البيان الشافي
المنتزع من البرهان الكافي

بسم الله الرحمن الرحيم

البيان الشافي

المنتزع من البرهان الكافي

تأليف

الفقيه العلامة

عماد الدين يحيى بن أحمد بن مظفر

(ت ٨٧٥ هـ)

المجلد السادس

مكتبة أهل البيت (ع)

صف وتحقيق وإخراج:

اليمن ـ صعدة ـ ت (٥٣١٥٨٠) سيار (٧١٣٨٤٢٩٨٩)

الطبعة الأولى

١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م

جميع الحقوق محفوظة لمكتبة أهل البيت (ع)

كتاب الكفالة

هي على ضربين: كفالة بالبدن وكفالة بالدين[(١)]، **أما الكفالة بالبدن** فهي تجب للمدعي على خصمه إذا طلبها؛ لأن حضور المدعى عليه إلى الحاكم حق للمدعي، ذكره في الشرح، قال فيه: وهي تصح سواء تقدمت دعوى على المكفول به أو لم. وهي تصح بغير إذن المكفول به[(٢)]، خلاف الإمام يحيى بن حمزة، لكن لا يلزمه الحضور بطلب الكفيل حيث لم يأذن له. ولا يعتبر فيها إذن المكفول له[(٣)]، وكذا في الضمانة بالمال[(٤)]، ذكر ذلك في البحر[(٥)]. وقال أبو

---

(١) لو قال: وكفالة بالمال لكان أولى.اهـ وهي عبارة البيان في قوله: فصل: وأما الكفالة بالمال.

(٢) وهل تلحقها الإجازة من المضمون عنه؟ قال الفقيه حسن: تلحقها، وقال الفقيه يوسف: فيه نظر ما لم تكن[١] عقداً. (معيار). وإذا أجازها المضمون عنه فإذا دفع الضامن رجع بما دفع على المضمون عنه. (قرر).

(٣) ما لم يرد، فإن رد بطلت الكفالة.

(*) وذلك لأن ما هذا حاله ضمان تبرع؛ فجاز من غير اعتبار رضا المكفول له كالضمان في الدين. (بستان بلفظه).

(٤) ينظر لو ضمن رجل لرجل بمثقال وعليه له مثله هل يتساقطان؟ (حماطي). أما إذا كانت الضمانة تبرعاً فلا يبعد التساقط ؛ لاستقرار المضمون به في ذمة الضامن، وأما غير التبرع فمحل نظر وتأمل، والأقرب عدم المساقطة؛ لعدم استقراره في ذمة الضامن؛ بدليل أنه إذا أبرئ لم يبرأ الأصل، بخلاف العكس. (شامي). سيأتي ما يفهم استقرار الدين في ذمة الضامن في قوله: إذا مات الضامن كان لصاحب الدين طلب ورثته يدفعون إليه من تركته، فيفهم منه استقراره، فتقع المساقطة، والله أعلم. (إملاء سيدنا حسن رحمه الله). لعله يقال: أين الاستقرار مع رجوع الورثة على صاحب الدين؟ إنما الاستقرار مع التبرع بعدم الرجوع، والله أعلم. لأن لصاحب الدين طلب المضمون، فالورثة قائمون مقام مورثهم.

(٥) **مسألة**: ولا تصح مع جهالة المكفول له، ولا يعتبر رضاه في الأصح، كالمكفول له بالدين تبرعاً. (بحر).

---

[١] اللفظ والتذهيب من هامش شرح الأزهار.

حنيفة: لا بد من رضاه.

مسألة: وألفاظها: تكفلت، وضمنت، وتحملت، وتقلدت، وتدركت، وتعهدت، وتقبلت، وزعمت، وأنا به أو بإحضاره كفيل أو زعيم أو ضمين أو غريم أو حميل أو قبيل، أو هو علي في الضمانة بالمال(١)، ونحو ذلك مما جرى به العرف. وكذا في الكفالة بالمال. قلنا: وسواء تكفل به أو ببدنه أو بوجهه أو بنفسه أو برقبته أو بجسده أو بحضوره.

فرع: وكذا لو تكفل ببعضه سواء كان جزءاً مشاعاً أو عضواً معلوماً كما في العتق، ذكره في الشرح. وقال الفقيه حسن: إنما تصح إذا كانت بجزء مشاع(٢) أو بعضو يعبر به عن الجملة(٣). قال في البحر: إذا قال: «تكفلت لك بزيد أو عمرو» لم تصح؛ للجهالة. وإذا شرط فيها الخيار بطل الشرط(٤)، وقال الشافعي: تبطل الكفالة؛ لأنها عقد عنده.

مسألة: وإذا كانت مطلقة فللمكفول له مطالبته بتسليم المكفول به متى شاء، ومتى سلمه مرة برئ من الكفالة إذا سلمه في بلد الكفالة(٥)، لا إن سلمه

---

(١) وكذا بالبدن إذا قال: علي إحضاره لك فإنه يصح ويلزمه. (كواكب).

(٢) وكذا لو قال الكافل: ثلثي أو ربعي كافل لك. (قرر). ولفظ حاشية السحولي: ولعل الكفيل كذلك. (قرر).

(٣) نحو الوجه والرأس.

(*) وعليه الأزهار.

(٤) نحو أن يقول: تكفلت لك بدينك أو بغريمك فلان ولي الخيار، إلاَّ أن يكون شرطًا حقيقيًّا بطلت، نحو أن يقول: تكفلت لك بدينك الذي على فلان إن كان لي الخيار، فلا تصح الكفالة.

(*) يعني: وصحت الكفالة؛ لقوله ﷺ: ((ما بال أقوام يشترطون ما ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ)) وهذا الحديث يقضي ببطلان شرط الخيار في الكفالة، وهذا عام إلا ما خرج بدلالة خاصة. (بستان بلفظه).

(٥) وإن لم يمكن المكفول الاستيفاء. (قرر).

في موضع يمكنه أن يتغلب عليه نحو المفازة، أو كان في يد قادر يمنعه منه، أو في حبس بحق أو بغير حق. وإن سلمه له في بلد آخر فقال المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي وأحد احتمالي أبي طالب: يبرأ[١]، وقال في الوافي وأبو يوسف ومحمد وأحد احتمالي أبي طالب: لا يبرأ.

فرع: فإن كان شرط عليه تسلمه له في بلد معين لزمه ذلك[٢]، وإن شرط تسليمه في موضع مخصوص من البلد كالسوق أو المسجد لم يصح[٣]، خلاف أحد وجهي أصحاب الشافعي[٤].

مسألة: إذا كانت مؤقتة بوقت معلوم أو إلى حصول شرط معلوم صحت، ومتى انقضى الوقت أو حصل الشرط بطلت، وقبل مضيه له المطالبة بإحضاره ولو مرة بعد مرة ما دام وقتها، ذكره في الشرح، قال الفقيه يوسف: إلا أن يجري العرف بأن التسليم لا يكون إلا مرة واحدة برئ بتسليمه مرة. وهكذا إذا جعلها إلى حصول شرط مجهول إذا كان له تعلق بالإيفاء، كالدياس ومجيء القافلة ونحوه، وإن لم يكن له تعلق بالإيفاء في العادة فلا حكم له، بل تكون الكفالة مطلقة[٥]، ولا فرق في ذلك كله بين الكفالة بالبدن والكفالة بالمال، ذكره في الزهور.

---

(١) حيث يمكن خصمه الاستيفاء منه. (شرح أزهار من البيع شرح «غالباً» في القرض).

(٢) يعني: ولا يبرأ بتسليمه في غيره؛ لأن على المكفول له مشقة في قبوله في غير تلك البلدة المعينة، وقد يكون له غرض في تسليمه فيها فلا يبطل غرضه. (بستان بلفظه).

(٣) أي: لم يلزم.

(٤) حجتنا أنه لا مؤنة عليه في نقله من موضع في تلك البلدة إلى موضع آخر؛ فلهذا لزمه قبوله. وحجتهم أنه إذا شرط موضعاً لم يجب قبوله إلاَّ فيه، كما لو سلمه له في بلد آخر. (بستان)

(٥) يقال: إنما يعتبر هذا في التأجيل، وهذا تأقيت لها كما في أول الكلام، وإذا كان تأقيتاً فلا فرق بين أن يكون له تعلق بالإيفاء أم لا. (مفتي). ولعل قوله: وهكذا...إلخ أراد به التأجيل فلا اعتراض. (شامي).

مسألة: وإذا كانت معلقة بحصول شرط معلوم أو مجهول فلا تصح حتى يحصل الشرط، وكذلك في الكفالة بالمال.

فرع: وإذا رجع عن الكفالة قبل حصول الشرط فقال في الكافي وأبو مضر والفقيه علي[(١)]: إنه يصح رجوعه مطلقاً، وقال الفقيه حسن: إنما يصح إذا كان قبل وجوب المال المكفول به[(٢)]، لا بعد ثبوته[(٣)] فلا يصح الرجوع[(٤)].

مسألة: إذا قال: «تكفلت لك ببدنه من الآن على أني لا أحضره إلا بعد مدة معلومة» صح ذلك، فلو سلمه قبل مضيها برئ، كما في الدين المؤجل إذا عجله، إلا أن يكون ثمة غرض في التأخير لم يبرأ بتعجيل التسليم.

مسألة: إذا قال: «تكفلت لك بزيد إلى وقت كذا» أو «إلى حصول كذا» فذلك يحتمل التأقيت للكفالة[(٥)]، ويحتمل أنها معلقة بحصوله فلا تصح حتى يحصل، ويحتمل أنه تأجيل للمطالبة، فيرجع إلى العرف في أيها يستعمل وأيها أراد فيعمل به، وإن التبس الحال بطل الشرط وكانت مطلقة، ذكره في الشرح، وعرفنا الآن أن ذلك يستعمل للغاية[(٦)]. وعند الشافعي: أنها لا تصح معلقة بشرط معلوم ولا مجهول[(٧)]، ولا تصح عنده بمال مجهول.

---

(١) قوي، وبنى عليه ابن بهران في شرحه.

(٢) وهو ظاهر الأزهار في قوله: ولا رجوع، وفي قوله: وله الرجوع قبله.

(٣) مثاله: أن يقول للمدعي: ما ثبت لك على المدعى عليه فأنا ضامن به، فإنه لا يصح الرجوع. وكذا لو قال: إن لم يعطك فلان ما هو لك في يوم كذا فأنا به ضامن، فإنه لا يصح الرجوع عنه عند الفقيه حسن، خلافاً لمن تقدم. (شرح زيادات).

(٤) قبل حصول الشرط؛ لأنه ضامن بما قد وجب، والشروط لا يصح الرجوع فيها. (نجري بلفظه).

(٥) فتبطل الكفالة بمضيه. (فريع).

(٦) وأن انتهاء الكفالة آخر الشهر. (غيث).

(٧) وذلك لأنها عنده عقد. (بستان).

مسألة: ولا تصح كفالة العبد المحجور؛ لأنها تؤدي إلى حبسه[١]، ذكره الإمام يحيى بن حمزة، وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: إنها تصح وتكون في ذمته[٢]، ولا يطالب بها إلا بعد عتقه[٣].

مسألة: وتبطل الكفالة مع بقاء الكفيل بأحد أمور ستة:

الأول: موت المكفول به[٤]. وقال مالك: يلزم الكفيل الدين.

الثاني: قضاء الدين، فلو عجز الكفيل عن تسليم المكفول به فتبرع بقضاء الدين ثم قدر على تسليمه لم يسترجع ما دفع[٥]، ولا يرجع به على المكفول

---

(١) قال عليه السلام: وفي ذلك إضرار بالسيد فلا تصح. وكلام المهدي عليه السلام كما ترى، قال: إلا أن يوهم الإذن فيها فجناية. (بستان).

(٢) إلا أن يدلس بالإذن فيها فجناية. (بحر).

(*) في (ج، د): إنها تصح في ذمته.

(٣) وفي شرح الفتح: مع التدليس في رقبته، ومع عدمه في ذمته.

(٤) هذا إجماع؛ وذلك لأنه لا يمكن دفع الموت ولا حيلة في دفعه، فالضمان ببدن المكفول به من الموت باطل، لأنه يكون تكليفاً لما لا يطاق ولا يمكن في الوسع. وهل يبطل الدين؟ فعندنا نعم؛ لأن الكفيل إنما تكفل بوجهه لا بدينه؛ فلهذا لم يلزمه ما عليه من الدين، كما لو غاب المكفول به ولم يمكن إحضاره. وقال مالك وابن سريج من أصحاب الشافعي: إنه يلزمه الدين. ووجهه أن الكفيل إنما يراد لأجل الوثاقة بالحق، فإذا تعذر الحق من جهة من عليه الدين وجب استيفاؤه من الوثيقة كالرهن. قلنا: التفرقة بينهما ظاهرة؛ لأن الرهن علق به الدين من أول وهلة، فلهذا استوفى منه، وههنا لم يتعلق الدين به؛ لأنه إنما تكفل بإحضار وجهه، وقد تعذر إحضار وجهه بالموت، فلهذا لم يلزمه الوفاء بالدين لما ذكرناه، فافترقا. (بستان بلفظه).

(*) أو كفيل الوجه. (قرر). لا بموت المكفول له فتكون المطالبة إلى الورثة. (حاشية سحولي معنى) (قرر). ولا بموت كفيل المال، بل تكون في تركته. (قرر).

(٥) يعني: من المكفول له، وذلك لأنه إنما تكفل بالبدن، فاذا سلم المال صار متبرعاً فلا رجوع له، ولا يرجع به على المكفول به؛ لأن المكفول به إنما يجب على الكفيل تسليم بدنه فقط، فاذا سلم المال فقد تبرع به، فلا يرجع به عليه. (بستان بلفظه).

به[(١)]، ذكره في تعليق الإفادة، إلا أن يكون قضاؤه للدين بأمر الحاكم وكانت غيبة المكفول به مما يجوز الحكم فيها على الغائب فيكون قرضاً له[(٢)]، وقال القاضي زيد وأبو جعفر[(٣)]: إذا كان ما سلمه باقياً بعينه فله استرجاعه، وقال الفقيه محمد بن سليمان[(٤)]: إن كان سلمه عما على المكفول به لم يرجع به، وإن سلمه لخلاص نفسه فله الرجوع به[(٥)]، والقول قوله فيما أراده. قيل: وهكذا لو مات المكفول به بعد أن سلم الكفيل الدين[(٦)].

الثالث: البراء من الدين[(٧)] أو من الكفالة[(٨)].

الرابع: إقرار المكفول له أنه لا حق له على المكفول به.

الخامس: تسليم المكفول به نفسه[(٩)] مع إظهار أنه عن الكفيل[(١٠)]، وكذا

---

(١) ولا يبرأ المكفول بوجهه من الدين إلاَّ إذا سلم الكفيل عنه. (قرر).

(٢) ويبرأ الغريم منه.

(٣) وضعفه في الأزهار بقوله: «قيل: وأن يسترد العين...إلخ». والله أعلم.

(٤) وقواه سيدنا علي للمذهب.

(٥) أما لو دفعه لخلاص نفسه فيقرب أنه يرجع على المكفول به، ولا يحل للمكفول له أخذه؛ لأنه مال في مقابلة حق ليس بمال، والمعاوضة بالأموال لا تصح إلا في مقابلة الأموال أو ما في حكمها. (ديباج). وظاهر الأزهار أنه لا رجوع له مطلقاً. ولو نوى الرجوع؛ إذ لا ولاية له. (قرر).

(*) فإن قيل: هذه مصالحة عن حق فبماذا يجاب؟ قال سيدنا عامر: هذا خاص في الكفالة وفي القصاص أنه يصح الصلح عن الحق.

(٦) ولا يرجع هنا وفاقاً بين القولين؛ لأنه إنما يرجع[١] إذا سلم الأصل. (زهور معنى).

(٧) لأنه إذا سقط الدين ببراء أو غيره سقطت الكفالة. (بستان).

(*) عبارة التذكرة: وبإبراء الأصل.

(٨) في كفيل الوجه والمال.

(٩) يعني: حيث يمكن الاستيفاء منه كما تقدم. (بستان لفظًا) (قرر). ولو في غير موضع الابتداء كما مر. (حاشية سحولي) (قرر).

(١٠) وظاهر الأزهار خلافه.

---

[١] على قول القاضي زيد.

تسليم الغير له برضاه عن الكفيل، فأما بغير رضاه فهو تعد.

السادس: تخلف المكفول له عن الحضور ليوم معلوم في مكان معلوم وقد شرط عليه الكفيل أنه إن حضر لذلك اليوم وإلا فلا حق عليه له في الكفالة(١)، وسواء حضر الكفيل في ذلك المكان أو لم يحضر.

مسألة: إذا فر المكفول به فعلى الكفيل إحضاره، وإلا حبس(٢) إذا كان يمكنه إحضاره(٣) ولو بعد مكانه أو دخل دار الحرب أو كان في يد ظالم أو في حبسه فإنه يتخلصه منه بما أمكنه(٤)، فإن لم يمكنه قط أو لم يعلم موضعه خلي الكفيل(٥).

مسألة: وللكفيل أن يطلب من المكفول له أن يثبت بدينه حتى يسلم المكفول به، فإن عجز عن تثبيت دينه لم يلزم الكفيل تسليم المكفول به(٦)، فإن

---

(١) أما هذه الصورة فلا تعد من مبطلات الكفالة؛ لأن شرطها لم يحصل، وهو حضور المكفول له، فلو قال: وعدم شرط ثبوتها. (سيدنا علي بن أحمد رحمه الله تعالى).

(٢) قوله: «وإلا حبس» وذلك لأنه لما تكفل به وجب عليه ما ذكرنا ليخلص عن الكفالة بتسليمه. ولكنه لا يحبس حتى تمضي مدة يمكنه الذهاب فيها إليه والإياب. وحكي عن ابن شبرمة أنه يحبس في الحال؛ لأن الحق قد توجه عليه، قال عليه السلام: وهذا خطأ؛ لأن الحق وإن كان قد توجه عليه فإنه يعتبر فيه الإمكان؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام))، ولو حبسناه فوراً لكن إضراراً به لا محالة. (بستان بلفظه).

(٣) ولو ببذل مال كثير. ما لم يجحف. (قرن).

(٤) ويستثنى له ما يستثنى للمفلس. (مفتي).

(٥) قوله: «خلي الكفيل» وذلك كمن عليه دين وهو معسر فإنه لا وجه لمطالبته بالدين مع الإعسار، ولأن تكليفه بإحضاره مع عدم العلم بموضعه يكون تكليفاً بما لا يطاق ولا يدخل في الوسع؛ فلهذا بطلت. (بستان بلفظه). وإذا أمكنه التسليم بعد ذلك لزمه، وقال الفقيه علي: لا يجب ولو تمكن؛ لأن قد بطلت. (غيث).

(٦) وتبطل الكفالة.

(*) واستضعف الإمام شرف الدين ذلك؛ لأن المكفول له لا يتحتم عليه إقامة البينة؛ إذ له طلب =

طلب صاحب الدين تحليف الكفيل ما يعلم ثبوت دينه كان له ذلك[١]، بخلاف الكفيل بالمال فدخوله في الكفالة به إقرار بثبوته.

مسألة: إذا شرط صاحب الدين على الكفيل أنه إن عجز عن تسليم المكفول به فدينه عليه صح ذلك[٢]، خلاف الشافعي[٣].

مسألة: قال في البحر: تصح الكفالة بإحضار العبد الآبق[٤]، وبالزوجة[٥] والصبي[٦]. يعني: حيث يجب تسليمهما. قال الإمام يحيى بن حمزة: وبالميت الذي يحتاج إلى إحضار صورته قبل دفنه[٧] للشهادة عليها[٨] أو نحوها[٩].

مسألة: ولا تجب الزيادة على كفيل واحد، بل يصح أن يتبرع به، فلو تكفل ثلاثة برجل وتكفل كل واحد منهم بصاحبيه صح ذلك[١٠]، ويكون لصاحب الدين مطالبة أيهم شاء بتسليم صاحبيه أو بتسليم المكفول به الأصل، ومن سلم

اليمين من الخصم، وربما أقر أو نكل أو رد اليمين، فلم يكن حقه مقصوراً على إقامة البينة، واختار أن الكفيل يحبس مطلقاً كما هو ظاهر كلام أهل المذهب، ذكره في شرح الأثمار.

(١) فإن نكل حبس حتى يسلم المال أو يحضر المكفول بوجهه.

(٢) لعل هذا يشبه قوله في الأزهار: «ما لم يشترط براءته فتنقلب حوالة».

(٣) لأنها عقد عنده.

(٤) حيث كان مؤجراً.

(٥) نحو أن تكون ناشزة.

(٦) حيث كان مؤجرًا وله عليه ولاية.

(٧) قيل: وكذا بعده كما ينبش للمال ونحوه.

(٨) نحو أن يقر لرجل بحق والشهود يعرفون صورته لا اسمه. ولفظ حاشية: كأن تكون عليه شهادة بأنه أقر لفلان أو جنى عليه، والشهود يعرفون وجهه دون اسمه، فينبش لذلك كما ينبش للمال ونحوه. (قرر).

(٩) كرؤية جناية على الميت.

(*) نحو الشهادة ليعرفوا من هو حتى تعتد زوجاته ويقتسم الورثة المال.

(١٠) والفائدة في ذلك أن بعضهم قد يكون أقدر على تسليم من عليه الحق، وبعضهم يعجز عن هذا ويقدر على تسليم الذي هو أقدر منه على تسليم من عليه الحق. (بستان بلفظه).

منهم أحد صاحبيه برئ منه لا من الأصل، ومن سلم منهم الأصل برئ منه ومن صاحبيه أيضاً، قال في اللمع والتذكرة: ويبرأ منه صاحباه أيضاً(١)؛ لأن تسليمه يكون عنهم الجميع، كما لو ضمنوا بمال وسلمه أحدهم برئ الباقون(٢). وقيل: إنهما لا يبرآن هنا؛ لأن الدين باقٍ(٣).

مسألة: وإذا طلب صاحب الدين من الغريم إقامة الكفيل ببدنه: فبعد ثبوت دينه تجب الكفالة مطلقة(٤) حتى يقضي دينه، وقبل ثبوت دينه إن كان بعد تحليف الغريم فلا تجب الكفالة إلا لقدر مجلس الحاكم(٥)، وقبل تحليفه يكون على رأي الحاكم في طلب الكفيل وفي قدر مدة الكفالة، قال أبو مضر: تكون مدتها إلى عشرة أيام في الأموال والحقوق، وفي النكاح وتوابعه إلى شهر(٦).

مسألة: ولا يجب على الغريم إقامة كفيل آخر ولو خشي غيبة الكفيل الأول(٧). فلو أخرج صاحب الدين الكفيل الأول من الكفالة(٨) وطلب كفيلاً آخر فقال في التذكرة: له ذلك(٩)، وقال الفقيه يوسف: لا يجب؛ لأن فيه مضرة بمن عليه الدين. قال في شمس الشريعة: ويصح البراء من الكفالة بالبدن أو

(١) قال في الديباج: وهو الأصح.
(٢) إذا سلم عنهم الجميع.
(٣) كالرهنين.
(٤) أي: مؤبدة ليس لها وقت مقدر، بل حتى يفي. (قرر).
(٥) يعني: حيث ادعى أن له بينة غائبة على ذلك الحق وطلب الكفيل من خصمه بوجهه حتى يحضرها كان له ذلك قدر مجلس الحاكم فقط. (شرح أزهار).
(٦) وعليه الأزهار في الدعاوى في قوله: فيكفل عشراً في المال .. إلخ. والمختار على رأي الحاكم.
(٧) ولفظ شرح الأزهار: ولا يجب إلا واحد، ما لم يخش فوت الأول فيجب له كفيل آخر إن طلبه.
(٨) يعني: بأن أبرأه من الكفالة، وهذه حيلة في طلب كفيل غير من قد كفل.
(٩) واختاره في الأثمار والكواكب إذا كان الإخراج لعذر كالمطل والتمرد، وإلا فلا؛ لأنه يؤدي إلى التسلسل[١]. ومثله عن الصعيتري بنظر الحاكم.

---

[١] وقرره سيدنا علي رحمه الله.

بالمال بلفظ الإخراج، لا من سائر الديون(١).

مسألة: إذا كان الدين مؤجلاً وطلب صاحبه كفيلاً أو رهناً فيه لم يجب له ذلك، كما ليس له أن يطلب الدين ولو كان الذي عليه الدين يريد السفر، ذكر ذلك الإمام يحيى بن حمزة عن العترة والفريقين. ولعله حيث يغلب بالظن رجوعه قبل حلول الأجل(٢). وقال أبو يوسف: بل يجب إذا كان من عليه الدين يريد السفر. قال الإمام يحيى بن حمزة: فإن كان الغريم يريد الخروج للجهاد فله طلبه بالكفيل -لخطر الجهاد- على أصح الوجهين(٣). ولعله قوي يريد كفيلاً بالدين.

مسألة: ويصح التبرع بالكفالة في الحدود كلها، وأما الوجوب فلا تجب فيما كان خالصاً لله(٤)،وما كان فيه حق لآدمي كحد القذف(٥) والقصاص(٦) وجبت قدر لبث الحاكم في المجلس(٧) لا أكثر منه. وقال أبو يوسف ومحمد:

---

(١) فلا بد من لفظ الإبراء. (*قرر*).

(٢) وإلاَّ لزم الكفيل. (*قرر*).

(٣) وذلك لأن المجاهد يعرض نفسه للقتل طلبًا للشهادة؛ فلهذا لم يكن بد من إقامة الكفيل أو الرهن ليستوفي صاحب الدين دينه، ويحتمل المنع من ذلك؛ لأن الدين لم يحل أجله فيستحق المطالبة فكذا لا يطلب الرهن والكفيل. (بستان بلفظه)

(٤) وذلك لأن الكفالة وثيقة، والحقوق المتعلقة بالله تعالى لا يستوثق فيها؛ لأنها معرضة للسقوط؛ فلهذا لا تجب الكفالة بها. فأما حد القذف والقصاص فذلك حق لآدمي، فتصح الكفالة ببدنه كما لو كان عليه دين لغيره، لكن لا تصح أكثر من قدر المجلس؛ لضعف وجوب التكفيل. وقول أبي يوسف ومحمد كما ترى. لنا ما مر، وقوله ﷺ: ((لا كفالة في حد)). (بستان بلفظه).

(٥) فقط. (شرح أزهار).

(٦) وظاهر الأزهار خلافه. (*قرر*).

(٧) فإن قلت: وما فائدة الكفالة قدر المجلس؟ ثم لو قدرنا أن الكفيل تمرد من إحضاره في ذلك الوقت حتى مضى مجلس الحاكم هل يلزمه إحضاره بعده؟ ثم ما الفائدة في ضمانة =

تجب في الكل مطلقاً.

مسألة: ولا يجب على الكفيل بالبدن إقامة كفيل آخر بوجهه، وأما الكفيل بالمال إذا طلب منه كفيل بوجهه فقال القاضي زيد: يجب، وقال الفقيه يحيى البحيبح: لا يجب؛ لأنه يؤدي إلى السلسلة، قال الفقيه يوسف: إلا أن يريد السفر وجب[1].

التبرع؟ قلت: فائدته جواز حبس الكفيل حتى يسلم في ذلك المجلس، وأما تمرده حتى مضى المجلس فتسقط به الكفالة كانقضاء وقت المؤقتة. وفائدة ضمان التبرع وجوب إحضاره على الضامن. (غيث).

(١) وصرح به في شرح الأزهار، وأطلقه في شرح قوله: ومسلسلة.

فصل [في الكفالة بالمال]

وأما الكفالة بالمال فهو عين ودين، أما العين فإن كانت أمانة لم تصح الضمانة بها وفاقاً، ذكره في الانتصار وشرح الإبانة، وإن كانت مضمونة فقال الناصر والشافعي والإمام يحيى بن حمزة، ورواه عن القاسمية: لا تصح الضمانة بها[١]، وقال في التذكرة والحفيظ، ورواه ابن أبي الفوارس عن المؤيد بالله: إنها تصح[٢]، فيجب تسليم العين ما دامت، وإن تلفت فلا شيء على الضمين[٣] إلا إن كان قال: «وإذا تلفت فأنا ضامن بقيمتها» لزمته القيمة[٤]، وقال في الكافي وخرجه ابن أبي الفوارس للهادي: إنه يجب تسليمها إن أمكن وإلا فقيمتها[٥].

مسألة: وأما الدين فتصح الكفالة به، سواء كانت بأمر الغريم أو تبرعاً. وألفاظها التي تقدمت، ولو بالكتابة[٦] أو الرسالة أو الوكالة[٧] أو الإشارة من

---

(١) وذلك لأن معنى الضمان ضم ذمة إلى ذمة، فيكون في ذمة الضامن والمضمون عنه، والمقومات لتفاوتها لا يمكن ثبوتها على الذمة. وحجة الآخرين أن لها ثمرة، وهي إحضار العين ما دامت باقية، فهذه هي فائدة الضمان بها. (بستان).

(٢) وكذا الضمانة بما يتعلق بالعين مثل الشرب ونحوه، فيضمن بإصلاحه.

(*) وفائدة الضمان بالعين المضمونة إذا تعذر احضارها لزمه قيمة الحيلولة. (حثيث).

(٣) مثل كفيل الوجه إذا مات بطلت الكفالة. (بحر).

(٤) ويصح الرجوع عن ذلك قبل تلفها. (قرر).

(*) أو يجري عرف بأن الكفالة بالعين كفالة بقيمتها إن تلفت أو بردها إن بقيت. (قرر ع).

(٥) واختاره المؤلف.

(٦) قوله: «ولو بالكتابة» لكن لا بد مع الكتابة من قرينة تدل على الضمان؛ لأن الكتابة المطلقة قد تكون عبثاً لا غرض فيها، وقد تكون تجربة للقلم ولتحسين الخط. (بستان بلفظه).

(٧) وصورة الوكالة بالكفالة أن يقول الرجل لغيره: وكلتك أن تجعلني كفيلاً لفلان عن فلان، فيقول الفلان: قد كفلت فلاناً لفلان بما له على فلان، أو يقول: تكفلت لفلان بما له من الدين على فلان عن موكلي.

الأخرس[١] أو المصمت. ولو كان الدين على ميت معسر[٢]، خلاف أبي حنيفة. وتصح ضمانة المرأة بغير إذن زوجها، خلاف مالك[٣].

مسألة: وصاحب الدين مخير بين طلب الضامن والمضمون عنه[٤] أو هما معاً، إلا أن يشرط الضامن براءة الغريم برئ وكانت حوالة[٥]، وقال في الفنون: لا يطلب إلا الضامن، وقال مالك: لا يطلب الضامن إلا إذا تعذر عليه طلب الغريم.

مسألة: وإذا مات الضامن كان لصاحب الدين طلب ورثته يدفعون له من تركته، ثم يرجعون على الغريم[٦]، ذكره في الإفادة.

مسألة: وتصح الضمانة لمن عليه الدين بمثل ما عليه أو بمثل ما يلزمه[٧]، وهي تسمى ضمانة درك، فحيث يضمن له بمثل ما عليه يصح ويلزمه في الحال،

---

(١) قوله: «من الأخرس» يعني: وكانت إشارة مفهمة؛ لأن الأخرس كامل العقل و إنما ختم على لسانه، بخلاف المبرسم ففي عقله فساد. (بستان بلفظه).

(٢) حجتنا قوله ﷺ: ((من ترك مالاً فلأهله، ومن ترك كلاً أو عيالاً فإليّ)). (بستان بلفظه).

(*) وأما الموسر فتصح بالأولى ، وتكون على الخلاف بين الفقيهين حسن ويوسف إذا أجاز الورثة هل يرجع الضامن أم لا.

(٣) قوله: «خلاف مالك» يعني: فلا تصح إلا بإذن زوجها. لنا أن كل من لزمه الثمن بعقد البيع والإجارة صح ضمانه. (بستان بلفظه).

(٤) قوله: «بين طلب الضامن والمضمون عنه» ووجهه أن الحق متعلق بذمة كل واحد من الضامن والمضمون عنه فكان له مطالبة كل واحد منهما كالضامنين، قال عليه السلام: ولهذا يقال: الضمانة أولها ملامة، وأسطها ندامة، وآخرها غرامة. (بستان بلفظه).

(٥) ويرجع؛ لأنه مأمور بالضمان. (جربي). فخالفت الحوالة، فيقال: غالباً.

(٦) إذا كان الضمان بأمر المضمون عنه، وإلا فلا يرجعون عليه.

(٧) حيث قال: اشتر وعلي الثمن أو تزوج وعلي المهر أو قال: احنث وعلي الكفارة، ونحوه. (كواكب معنى). وسيأتي في الكتاب قريباً.

كما في الزوجة إذا طلقها الزوج على ضمانة أبيها[١] أو غيره له بمهرها، وحيث يضمن له[٢] بما يُطالَب به لا يلزمه شيء حتى يُطالِب الغريم.

فرع: فلو كان المهر شيئاً معيناً حيث ضمن به للزوج فلعله يكون على الخلاف الذي مر في الضمانة بالعين[٣].وكذا يكون لو قال للغاصب[٤]: رد المغصوب وأنا ضامن لك به[٥]، والله أعلم.

فرع: فإن ضمن له بما يلزمه في المستقبل أو بما يطلب منه مما هو لازم له في الحال كما يعتاده كثير من الناس[٦] في بياعاتهم فهذه ضمانة معلقة بشرط، فإذا مات أحدهما قبل حصول الشرط بطلت[٧]، ويصح الرجوع عنها قبل حصول

---

(١) قد سبق في الخلع في أول الفصل. في المسألة ١٧ من أوله.

(٢) هذا جواب المسألة، وهو قوله: أو بمثل ما يلزمه.

(٣) فإن قلنا: إنه مضمون عليه صح على المذهب، وإن قلنا: إنه أمانة لم يصح وفاقاً. لكن ينظر ما يلزم الضامن للزوج؟ والقياس أنه يلزمه قيمة العين المعينة مهراً.

(٤) وعن الحماطي كالمصادرة فلا تصح.

(٥) يعني: إذا استحق على الذي رده إليه. (دواري). ولفظ حاشية: يعني: إذا طولب به بعد الرد، فيرجع الغاصب على الضامن بما لزمه. (قرر).

(*) يعني: فتكون من قبيل الالتزام.

(٦) وهذه المسألة قد تقدم فيها في البيوع تفصيل شاف وكاف لصاحب الكتاب قدس الله روحه في الجنة. (بستان بلفظه). في قوله: فصل: وإذا استحق المبيع، في المسألة الرابعة منه، وهي قوله: مسألة: وإذا ضمن البائع أو غيره للمشتري درك المبيع ...إلخ.

(٧) إلا أن تكون معلقة بعلم الله تعالى لم تبطل ولم يصح الرجوع. (نظرية). وذلك لأنه قد حصل الضمان مع التقييد بعلم الله والمضمون به ثابت في الذمة، وإنما لم يصح مع عدم التقييد لأنه قيد نفس الضمانة، فهو بمنزلة: إذا دخلت الدار فأنا ضامن لك بما على زيد، فلا تقع الضمانة إلا بحصول الشرط؛ لأن مجرد التقييد بعلم الله يصح ولو كان اللزوم في المستقبل، وإلا لزم لو قال: إذا علم الله أنك تقرض زيداً كذا فأنا ضامن لك به أن لا يصح الرجوع[١]، والظاهر خلافه. (شامي) (قرر).

---

[١] لفظ (الرجوع) موجود في (ج) لا في (د).

شرطها، لكن حيث يكون قبل ثبوت الدين يصح الرجوع وفاقاً[١]، وحيث يكون بعد ثبوته فيه الخلاف[٢]، وقد مر[٣].

مسألة: وأما الضمانة لمن لا دين له ولا عليه، بل يضمن له تبرعاً بدين على ذمة الضامن- فعلى الظاهر من كلام أهل المذهب لا تصح، كما قالوا: إنه لا يصح شرط الضمان على الوديع والمضارب والوكيل ونحوهم، وقال المنصور بالله والفقيه حسن: بل تصح مطلقاً، وقال الفقيه علي: إنها تصح إذا كان الضمان في مقابلة عوض أو غرض[٤]، لا تبرعاً، وهو مفهوم تعليل الشرح[٥].

مسألة: والضمانة صحيحة وفاسدة وباطلة، فالصحيحة حيث يضمن بدين أو حق واجب. والباطلة حيث يضمن بغير واجب، كمصادرة الظلمة. والفاسدة حيث يضمن بغير الدين الواجب، نحو من يتلف مثلياً ثم يضمن الضامن بقيمته أو العكس، أو يضمن بالشيء المتلف.

فرع: وإذا دفع الضامن المال إلى المضمون له: فإن كان بإذن المضمون عنه رجع عليه في الكل[٦]، ويكون للمضمون عنه أن يرجع على الظالم في الباطلة بما

---

(١) وذلك لأنه يشبه العقد الموقوف. (بستان).

(٢) بين الفقيه حسن والكافي ومن معه. والله أعلم.

(*) الأصح عدم الرجوع.

(٣) في (ب): الذي مر.

(*) قوله: «وقد مر» يعني: فعلى قول الكافي وأبي مضر والفقيه علي يصح رجوعه، وعلى قول الفقيه حسن لا يصح رجوعه بعد ثبوته. (بستان بلفظه).

(٤) واختار مثله قبيل باب الحوالة، وقد تقدم مثله أيضاً قبيل باب المزارعة، في مسألة: وسبعة لا يضمنون...إلخ.

(٥) في (ب): وهو يفهم من تعليل الشرح.

(٦) يعني: في الصحيح والفاسدة والباطلة.

(*) قوله: «رجع عليه في الكل» وذلك لأنه دفع بأمره فيستحق الرجوع عليه. (بستان بلفظه).

دفع عنه الضامن؛ لأنه كالوكيل له بما دفع، كمن قال لغيره: أضف عني فلاناً[١].
وإن كان تسليمه بغير إذن المضمون عنه: ففي الباطلة لا يرجع عليه ولو أمره بالضمانة عنه، ذكره في اللمع، بل يرجع على الظالم[٢] بما دفع إليه إن بقي، أو بعوضه إن تلف[٣]، وفي الفاسدة إن قال: «سلمت هذا عما على الغريم» فقد قضاه عنه؛ فلا يرجع على أيهما بشيء[٤]، وإن قال: «سلمت هذا عما ضمنت به» رجع به على من سلمه إليه[٥]؛ لأنه غير واجب، لكن مع علمه بأنه غير لازم له

---

(١) وهل يشترط في الأمر بالتسليم أن يقول: سلم عني لفلان، وكذا في الضمانة: اضمن عني لفلان، كما يشترط في: أضف عني فلاناً، أم لا يشترط بل يكفي مجرد الأمر بالتسليم كما هو ظاهر الأزهار، فما الفرق؟ ولعل الفرق أنه في الضيافة لا شيء في ذمة الآمر للمضاف، فافتقر إلى أن يكون التبرع عنه، بخلاف اضمن لفلان بكذا أو سلم لفلان كذا فهو ثابت في ذمة الآمر، والمأمور وكيل لا متبرع، ولكنه يقال على هذا الفرق: فيلزم في الباطلة أنه لا بد أن يقول: سلم عني لفلان فيعود السؤال. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) وقد تقدم في الخلع خلافه أنه يلزمه الألف ولو لم يقل: مني، و لعله هناك لتقدم السؤال؛ ولأنه هناك بمثابة الالتزام والضمان، بخلاف ما هنا، وهذا هو الفرق.

(*) وإذا فعل المعتاد كان الباقي للآمر، وإذا فعل زائداً على المعتاد كان الباقي للمأمور، وإن فعل دون المعتاد لم يرجع بشيء.اهـ ولا بد أن يقول المضيف: هذا من فلان، وإلا لم يرجع بذلك.اهـ وظاهر الأزهار الإطلاق.

(٢) وعليه الأزهار.

(٣) وسواء دفعه مختاراً أو مكرها. (قرر).

(٤) وهذا حيث سلم بلفظ القضاء أو أي ألفاظ التمليك، لا بالمعاطاة فقد تقدم أن المعاطاة غير مملكة، فيرجع على القابض.

(*) وقد سقط الدين.

(*) وعليه الأزهار بقوله: لا عن الأصل فمتبرع.

(٥) ولا يبرأ الأصل بتسليم الكفيل في الفاسدة إن سلم عما لزمه. (قرر).

أن يرجع به مع بقائه، لا بعد تلفه[١]، ومع جهله بذلك يرجع مطلقاً. وفي الصحيحة إن كان ضمن بإذن الغريم رجع عليه[٢]، وبغير إذنه لا يرجع على أيهما[٣]. وقال مالك: يرجع على الغريم.

مسألة: وفي الصحيحة إذا ضمن بإذن الغريم فليس له أن يطالبه إلا بعد أن يدفع عنه، فيرجع عليه بما دفع، ولكن له أن يطالبه بقضاء الدين إلى صاحبه حتى يبرأ من الضمانة، كما لمعير الرهن أن يطالب الراهن بفك الرهن، ذكر ذلك في الشرح والتقرير.

فرع: وإذا كان الدين من الدراهم الجيدة ثم أعطاه الضامن ردية أو مكسرة وقبلها الغريم لم يرجع الضامن على المضمون عنه إلا بمثل ما دفع[٤]. وكذا فيما أشبه ذلك[٥].

مسألة: إذا ضمن ذمي لذمي بدين على مسلم ثم صالحه عنه بخمر أو خنزير ففيه وجهان: أحدهما: يصح[٦]، ويرجع بالدين[٧]. والثاني: لا يصح[٨]،

---

(١) هلا قيل: بطلت الإباحة ببطلان عوضها، وهو الحق، وقد سبق في الأزبال النجسة مثل هذا. (مفتي). وقوي أنه يرجع مع البقاء والتلف.اهـ قلنا: لا عوض هنا فتأمل. (سيدنا علي).

(٢) في كفيل المال، لا الوجه كما تقدم فلا يرجع بشيء. (حاشية سحولي).

(٣) وقال في الأحكام: إن عليه عوضه فيما بينه وبين الله تعالى. وحمله المؤيد بالله على الاستحباب من باب المجازاة بالجميل، ذكر ذلك في البرهان. (بستان بلفظه).

(٤) يعني: لا بما ضمن في الأصل، وهي الجيدة والصحاح. (بستان بلفظه).

(*) قال في الانتصار: وأما إذا ضمن بألف مكسرة فدفع صحيحة لم يرجع بما دفع؛ إذ تبرع بالزيادة. (قرروع).

(٥) إذا لم يكن على وجه المصالحة.

(٦) قوله: «أحدهما يصح» وذلك لأن المعاملة واقعة بين الذميين، والخمر والخنزير مباح لهم المعاملة به. (بستان).

(٧) والصلح هنا بمعنى البيع.

(*) ولو قيل: يرجع بقيمة الخمر والخنزير لم يبعد. (سيدنا علي).

(٨) ولا يبرأ واحد منهما، ويرجع بخمره.

=

ورجحه الإمام يحيى بن حمزة[١]، قال الفقيه يوسف: وهو أولى؛ لأن الضامن كالوكيل للمضمون عنه، وهو لا يصح توكيل المسلم للذمي بدفع الخمر عنه. [قال سيدنا عماد الدين][٢]: ولعله يقال: إن الدين قد سقط، ولا يرجع الذمي على المسلم[٣] كما لو فعل ذلك تبرعاً[٤].

مسألة: إذا أبرأ صاحب الدين غريمه من دينه برئ هو والضامن[٥]، إلا أن يرد الغريم البراءة[٦] لم يبرءا[٧]. وإن أبرأ الضامن من الدين برئ وحده[٨] ولو رد البراء؛ لأن الذي عليه هو حق الضمانة، والحقوق لا يرد براؤها، ذكره في الشرح. وعلى أحد قولي المؤيد بالله: إنه يبرأ الغريم ببراءة الضامن. وهكذا في التأجيل بالدين فهو على هذا الخلاف[٩]. قال الفقيه علي: فلو قصد المبرئ

(*) ولو قيل: إن أضاف القضاء إلى المسلم نحو أن يقول: قضيتك عما في ذمته لك؛ لأنه كأنه ملكه الخمر وقضاه عما عليه فلا يصح، بخلاف ما لو قضاه عما في ذمته نفسه فإنه يصح، وكذا مع الإطلاق. (سماع سيدنا علي رحمه الله).

(١) لأنه حق متصل بحق مسلم فلهذا لم يكن جائزاً، وعلى هذا لا يبرأ واحد منهما عن حق المضمون له. (بستان بلفظه).

(٢) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٣) بل يرجع على المختار. (قرر).

(٤) فيه نظر يعرف بحسن تأمل. (من خط حثيث). قلت: ليس بتبرع حقيقة. (مفتي).

(٥) وذلك لأن الغريم أصل والضامن فرع، فإذا برئ الأصل برئ الفرع لا محالة. (بستان بلفظه).

(٦) في المجلس أو مجلس بلوغ الخبر، لا بعده فلا يصح الرد وقد وقع البراء كما يأتي.

(٧) وقيل: أما الضامن فقد برئ؛ لأنه إبراء من حق فلا يبطل بالرد.اهـ يقال: إنما يبرأ تبعاً للأصل، والأصل لما يبرأ، والأمر واضح، فلا وجه للحاشية. (شامي).

(٨) يعني: ولم يبرأ المضمون عنه، كالمرتهن إذا أسقط حقه من الرهن فإن الراهن لا يبرأ. (بستان بلفظه).

(٩) يعني: أن تأجيل الأصل يكون تأجيلاً للضامن ولا عكس.

إسقاط دينه بالكلية برئ الغريم ببراءة الضامن كما في المصالحة.

مسألة: إذا ملك الضامن الدين بهبة أو صدقة[١] أو نذر أو براءٌ على أحد قولي المؤيد بالله: إنه تمليك[٢] فإنه يرجع به على الغريم، خلاف الشافعي.

مسألة: إذا صالح الضامن[٣] صاحب الدين عن دينه بمعنى البيع رجع بالدين على الغريم[٤] ولو كان ما صالح به دون الدين، وإن كان بمعنى الإبراء رجع بما دفع، وأما باقي الدين فإن صالح عنه وعن الغريم برئا منه معاً، وإن صالح عن نفسه فقط برئ هو منه ولم يبرأ الغريم، بل يبقى عليه لصاحبه، وإن صالحه مطلقاً فعند الهدوية وأحد قولي المؤيد بالله أنهما يبرئان منه[٥]، وعند الناصر وأحد قولي المؤيد بالله أنه يبرأ منه وحده دون الغريم. قال الفقيهان محمد بن يحيى وعلي: وإنما برئ الغريم بمصالحة الضامن لا ببراءته لأن الصلح وقع

---

(١) **فائدة**: قال في البرهان: ويشترط القبول في الهبة والصدقة على أحد قولي أبي طالب والمؤيد بالله: إن هبة الدين لمن هو عليه تحتاج إلى القبول، ومثله في الانتصار أن القبول هنا شرط فيهما، وعلى أحد قولي أبي طالب وتخريج المؤيد بالله وأبو حنيفة: إنها لا تحتاج إليه، بل تبطل بالرد. (بستان بلفظه).

(٢) هو إسقاط على المذهب. (قرر). ولفظ حاشية: هذه المسألة هي المذهب إلا في الإبراء فيبرأ الضامن وحده كما تقدم ولا يرجع. (قرر).

(٣) بمال أو بدن. (بيان حثيث).

(٤) قوله: «رجع بالدين على الغريم» وذلك لأنه قد ملكه ولو كان ما صالح به يسيراً، وكما لو اتهبه. (بستان).

(٥) وعليه الأزهار بقوله: إلا في الصلح.

(*) يقال: ما الفرق بين هذا وبين الغصب حيث قال: ويبرأ من الباقي لا هم، وهنا يبرؤون جميعاً بالمصالحة؟ يقال: الفرق أن الضامن مأمور بالضمانة، بخلاف الغصب فهي عليه بالأصالة. (غيث).

عن أصل الدين، لا البراء فلم يقصد صاحب الدين إسقاط دينه بالكلية[(١)].

مسألة: إذا صالح الكفيل بالبدن عن كفالته[(٢)] لم يصح؛ لأنها حق لا يصح العوض عليه، ويبرأ من الكفالة[(٣)].

مسألة: إذا ضمن بدين حال على أنه يؤجله[(٤)] به مدة معلومة صح ذلك[(٥)]؛ وأما العكس ففيه وجهان[(٦)]، ذكره في البحر. [قال سيدنا عماد الدين][(٧)]: ولعل الصحة أولى.

---

(١) فلو قصد إسقاط دينه سقط. (قرد).

(٢) وكذا كفيل المال إذا صالح عن كفالته. (قرد).

(*) وأما حيث صالح عن الدين أو أبرأه منه أو وهبه أو تصدق عليه به أو صالحه بمعنى البيع فمثل كفيل المال؛ لأنه في حكم الثابت في ذمته. (من بيان حثيث).

(٣) ويرجع بما دفع مطلقاً كالشفعة. وظاهر الأزهار في قوله: «قيل: وأن يسترد العين إن سلم الأصل» أن المختار عدم الرجوع. والصلح عن الكفالة والقصاص ظاهر كلام أهل المذهب الصحة فيهما وإن كان عن حق، ولعله مخصوص فينظر. (إملاء شامي). ومثله عن القاضي عامر. ولفظ حاشية على قوله في الأزهار: «أو الصلح عنها» ما لفظه: ولا يلزم العوض المصالح به؛ لأنها حق، ولا يصح أخذ العوض عنه. وعلى قوله في الأزهار في الصلح عن الدم...إلخ بعد كلام القاضي عامر ما لفظه: وعلى المذهب أنه يصح الصلح ويسقط القود، ولا يلزم العوض؛ إذ هو حق.

(٤) والمراد بالتأجيل تأخير المطالبة أو حيث يصح التأجيل. (قرد).

(٥) قوله: «صح ذلك» ووجهه أن هذا الضمان صدر من أهله وصادف محله؛ فلهذا قضينا بصحته، ويكون الدين معجلاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن؛ لأن الضمان رفق ومعروف؛ فلهذا كان واقعاً على حسب الشرط. (بستان بلفظه).

(٦) أحدهما: المنع؛ لأن الضامن فرع للمضمون عنه، فلا يجوز أن يستحق مطالبة الضامن دون المضمون عنه. الثاني: الصحة، ويلزم الضامن التعجيل للدين دون المضمون عنه؛ إذ لا مانع، كالتبرع، فيجب الوفاء على حد ما ضمنه. (بستان بلفظه).

(٧) ما بين المعقوفين من (ج، د).

مسألة: وتصح الضمانة المعلقة بشرط معلوم أو مجهول، وبالمال المجهول[١]، وقبل ثبوت الدين، خلاف الشافعي في ذلك كله.

مسألة: وتصح الضمانة بما في ذمة العبد، لكن قال المؤيد بالله: لا يطالب به الضامن حتى يعتق العبد، وقال أبو حنيفة وأبو جعفر: بل يطالب به في الحال، كمن ضمن بحق على معسر، ذكره في البحر.

مسألة: إذا ضمن العبد بإذن سيده[٢] تعلق برقبته كدين المعاملة. قال الفقيه يوسف: ويصح أن يضمن العبد عن سيده، ويرجع عليه إذا دفع بعد عتقه وكان أذن له في الضمان. وكذا إذا ضمن السيد بما في ذمة عبده، ويكون له الرجوع عليه[٣] إذا دفع بعد عتق عبده وكان ضمانه بإذنه.

مسألة: من قال لغيره: اشتر وعلي الثمن، أو تزوج[٤] وعليّ المهر، أو احنث وعليّ ما لزمك[٥]، أو أنا ضامن لك بذلك- صح وكان ضمان درك، وله

---

(١) لا لو ضمن عن شخص مجهول فلا يصح . وكذا لا يصح مع جهل المكفول له. (شرح فتح معنى).

(*) والقول للضامن في قدره. (قرر).

(٢) وتصح ضمانة العبد بغير إذن سيده، ويكون في ذمته متى عتق[١] ولو كان مأذوناً له في التجارة.اهـ ومثل ما ذكره في البيان في باب المأذون، وهو مستقيم مع عدم العرف، فإن جرى العرف بالضمانة فالمختار ما في شرح الأزهار عن الإمام المهدي. (قرر).

(٣) إن قلت: لا يثبت في ذمة العبد لسيده دين؟ ينظر في هذا، فالذي في البيان إذا دفع بعد عتق عبده، فلا يرد ما ذكر؛ إذ قد صار حراً.

(٤) أو طلق. (تذكرة لفظاً).

(٥) أو ألزمت نفسي لك بما لزمك. (تذكرة) (قرر).

(*) فإن كان الملتزم بالكفارة فقيراً فإنه لا يجب عليه الصوم، بل تبقى الكفارة في ذمته؛ لأنه لا يصح منه فعل القربة البدنية عنه، بل يجب عليه من أي أنواع الكفارة غير الصوم؛ لأنه لا يصح منه فعله عن هذا الذي حنث، كذا حفظ وقرر.

---

[١] ما لم يدلس بالإذن كان في رقبته إذا كان مكلفاً كما مر في باب المأذون. (سيدنا علي بن أحمد عليه السلام) (قرر ع).

الرجوع عن الضمانة[١] قبل وجوب ذلك. وإذا طلق الزوج قبل الدخول لم يرجع على الضامن إلا بما وجب عليه، وهو نصف المهر، ذكره في حواشي الإفادة. ولعل المراد في الثمن والمهر حيث كانا قدر المعتاد، لا ما زاد عليه.

فرع: ولا يبرأ المضمون له مما لزمه إلا أن يدفعه الضامن عنه برئ، إلا في الكفارة فلا يبرأ منها إلا إذا كان الإخراج بإذنه[٢]. وليس للبائع والزوجة أن يطالبا الضامن. وهل للزوج والمشتري أن يطالبا الضامن قبل أن يدفعا للزوجة والبائع؟ الأقرب أن لهما ذلك؛ لأنها قد صحت الضمانة بعد لزوم المهر والثمن ولو أبرأت الزوجة من المهر والبائع من الثمن[٣]، والله أعلم.

مسألة: إذا قال: «ما ثبت لك على فلان فأنا ضامن به» لم يلزمه إلا ما ثبت بالبينة[٤]، لا ما ثبت بالإقرار أو بالنكول أو برد اليمين، ذكره في التذكرة. [قال سيدنا عماد الدين][٥]: ولعله حيث ضمن بغير إذن الفلان[٦]؛ لأنه لا يرجع

---

(١) في وجهه فقط ليرتفع الغرر. (قرره).

(٢) لأنه تبرع بحقوق الله تعالى، والتبرع بحقوق الله لا يصح.

(*) وكان غير عبد. (قرره).

(*) لأجل النية.

(*) وكذا إذا كان الضمان بزكاة أو فطرة أو أي شيء من حقوق الله المالية فالحكم فيها كذلك.

(٣) هذا يخالف قوله: لو طلق قبل الدخول لم يلزم إلا نصف المهر، ولأنه إذا أبرئ الأصل برئ الضامن، فينظر. (من خط القاضي عامر). يقال: إنما يبرأ الضامن ببراء الأصل حيث ضمن عليه، وأما هذا فهو ضمن للزوج لا عليه، والمطلق قبل الدخول لم يضمن له إلا بما لزمه، ولم يلزمه إلا نصف، فلا نظر. (سعيد هبل). وفي بعض الحواشي: لأنها بالإبراء كأنها قد قبضت فيحقق.

(٤) أو بعلم الحاكم. (قرره).

(٥) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٦) ولو قيل بعدم الفرق لم يبعد؛ إذ قد يتواطئا فيلحق الضامن مضرة، ولا سيما مع إعسار =

عليه، وهو لا يؤمن أن يتواطأ صاحب الدين والغريم على أكثر من الحق الواجب، فلا يلزمه إلا ما ثبت بالبينة على ثبوت الدين لا على الإقرار به. وله الرجوع عن الضمانة قبل ثبوت الحق(١). وعند الناصر والشافعي لا تصح الضمانة قبل وجوب الحق.

فرع: فإن قال: ما بعت من فلان فأنا ضامن بثمنه، أو ما أقرضته فأنا ضامن به- صح ذلك، وله الرجوع قبل وجوب ما ضمن به(٢).

مسألة: إذا ضمن بمهر الزوجة ثم طلقت قبل الدخول لم يلزمه لها إلا نصفه إن كان مسمى، وإن كان غير مسمى لم تلزمه المتعة(٣)، ذكره في تعليق الإفادة.

مسألة: ويعتبر أن يكون المضمون عنه يتميز عن غيره بذكر اسمه ونسبه ولو لم يعرف شخصه، فإن كان لا يعرف نحو قوله: ما سرق عليك أو غصب أو نهب(٤) فأنا ضامن به فقال في البحر والتذكرة والقاضي زيد: لا تصح الضمانة(٥)، وقال

المضمون عنه فتأمل. (شامي).

(١) كما تقدم في ضمان الدرك، وفي شرح الأزهار: لا يصح، فراجعه.

(*) وفي الغيث: لا يصح الرجوع؛ إذ الدين ثابت حيث قال: بدعواك، وكلام البيان مع الإطلاق. ولفظ التذكرة: نحو ما ثبت لك على هذا المنكر فأنا به ضامن، فيصح بما ثبت ببينة ولا رجوع.

(٢) وإذا جهل المضمونُ له الرجوعَ غرم الضامن؛ لأنه غار له. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

(*) وذلك لأنه يشبه العقد الموقوف، وهذا وفاق. (بستان).

(*) في وجهه أو علمه بكتاب أو رسول. (قرد).

(٣) لأنه لم يضمن إلا بالمهر، وهي لا تسمى مهراً.

(٤) وكذا ما بعت من الناس فأنا ضامن به، وقيل: إجماع أن الضمان على هذه الصورة لا يصح؛ لأنه على غير معين. (ديباج).

(٥) قوله: «لا تصح الضمانة» وذلك لأنه على ذمة مجهولة، ولم يجعلوه التزاماً؛ لأنه ليس في مقابلة عوض ولا غرض، ذكر هذا في الكواكب. (بستان). ولفظ الرياض: ولم يجعل هذا =

الفقيهان يحيى البحيبح وعلي: بل تصح؛ لأنه لا يستحق الرجوع عليه(١).

مسألة: ولا تصح الضمانة بما ليس في ذمة، نحو قوله: ما حرق عليك أو ما تلف أو ما غرق فأنا ضامن لك به، وكذا ما أكله السبع ونحوه، وكذا في قوله: ألق مالك في البحر وأنا ضامن به، إلا إذا كان عند خشية الغرق في السفينة فيصح لأجل الغرض الذي يقابله، وهو النجاة من الغرق(٢). وهذا يدل على أن ضمانة التبرع لا تصح(٣) إلا إذا كانت في مقابلة عوض أو غرض. قلنا: وله الرجوع قبل إلقاء المال في البحر لا بعده. فإن قال: «وأنا ضامن به أنا ومن معي من الركبان» لم يلزمه إلا حصته (٤)، ذكر ذلك في شرح الإبانة.

التزاماً كما في اشتر وتزوج وطلق، وهو يدل على أن البذل والالتزام في غير مقابلة أمر يفعله لا يصح.

(١) يعني: الضامن لا يستحق الرجوع على الغاصب ونحوه.

(٢) وتلزمه قيمته في تلك الحال.

(٣) المذهب تصح مطلقاً.

(٤) وحصة الركبان عليهم حيث رضوا أو قبلوا، فإن لم لزمته حصته فقط. وهل يكون ضمانهم على الرؤوس أو على قدر المال؟ الأقرب أنه على الرؤوس[١] إلا أن يجري عرف أنه على قدر المال. (شرح بهران) (*مرر*).

---

[١] إن كان لأجل سلامة الرؤوس. وعلى قدر الأموال إن كان لأجل سلامة الأموال، فإن كان لمجموعهما قسط، لعله بالوزن. (سماع) (*قرر ع*)، وقرره الشامي. (*قرر*). فان لم ينحصروا؟ لعله يلزم كل واحد أقل ما يثبت في الذمة، وقيل: إن لم ينحصروا لم تصح الضمانة، وقرره المفتي والشامي.

باب الحوالة

هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة. **ولها شروط ثلاثة:**

الأول: لفظها، إلا ما تقدم في الكفالة حيث شرط الضامن براءة الغريم(١)، قال الإمام يحيى بن حمزة: وكذا ما جرت به العادة فيها من اللفظ(٢) فإنها تصح به(٣).

الثاني: رضا المحيل والمحتال ولو كان غائباً إذا رضي بها متى علم، وقال الشافعي: لا تصح مع غيبته. وأما المحال عليه فلا يعتبر رضاه، خلاف أبي حنيفة.

الثالث: كون الدين المحال عليه ديناً مستقراً معلوماً(٤) موافقاً لدين المحتال في جنسه وصفته(٥)، فلا تصح الإحالة على عين كالوديعة ونحوها، ولا على ما لم يستقر كمال الكتابة، وكالمسلم فيه قبل قبضه(٦)، ورأس ماله قبل قبضه، وثمن الصرف قبل قبضه، فأما الإحالة بذلك على الغير فتصح(٧) إذا قبض قبل افتراقهما في الصرف ورأس مال المسلم.

---

(١) وعليه الأزهار بقوله: «أو ما حكمه».

(*) فتصح به وإن كان من ألفاظ الكفالة.

(٢) نحو أمرتك أو خذه من فلان.

(٣) وتصح من الأخرس بالإشارة، وبالكتابة والرسالة، وتلحقها الإجازة[١] إذا كانت عقداً. (قرد).

(٤) لهما، أو للمحيل ويثبت للمحتال الخيار. (قرد).

(٥) ونوعه. (قرد).

(٦) وذلك لأنه لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، وكذلك رأس ماله، وكذلك ثمن الصرف فمن شرطه التقابض؛ ولقوله ﷺ في دين السلم: ((من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره)). (بستان بلفظه).

(٧) بما عليه لا بما له. (قرد).

---

[١] لشبهها بالعقود. (معيار).

مسألة: ولا تصح بمجهول، ولا على مجهول، ولا في ذوات القيم حيث تثبت في الذمة؛ لأنها مجهولة(١)، والحوالة معاوضة مال بمال فلا تصح في مجهول، ذكره في البحر.

مسألة: ولا تصح مع اختلاف الدينين في الجنس أو الصفة؛ لأنه يؤدي إلى أن يلزم المحال عليه غير ما في ذمته بغير رضاه، وإن رضي بها كان فيها بيع الدين من غير من هو عليه(٢).

فرع: فإن اختلفا في الحلول والأجل فقال في مهذب الشافعي: لا تصح، وقال في التذكرة: تصح، لكنه يعتبر علم المحتال حيث أحاله بمعجل على مؤجل(٣).

مسألة: وتصح حوالة التبرع إذا رضي بها المحال عليه، خلاف الشافعي(٤). ولها صورتان:

---

(١) إلا أن يستويا في الجهالة كالمهر وعوض الكتابة، فيصح أن تحيل المكاتبة سيدها بالقيمي الذي كاتبها عليه سيدها على زوجها الذي قد تزوجها على ذلك القيمي. (مفتي) (قرره). ولفظ حاشية: إلا أن يكون الوجه الذي أثبتهما في الذمة متفقاً في كون كل واحد منهما يقبل الجهالة أو نوعها كخلعين أو مهرين أو نحوهما. (قرره).

(٢) يعني: فلا تصح.

(*) ينظر كيف صورة هذا؟ هكذا في بعض الشروح. أما إذا أحال المحيل من له بر مثلاً على من عليه شعير بشعير فالصورة ظاهرة[١]، وأما إذا أحاله بالبر على من عليه الشعير ببر فيصح؛ لأنه بيع الدين ممن هو عليه. (شامي). هذا المناسب للكلام وإن كان بخلاف الكتاب.

(٣) وإلا كان له الخيار، وفي العكس يصح بالرضا كما ذكره في شرح الفتح.

(*) إن قلنا: إنه تأخير مطالبة؛ إذ لو جعل صفة للدين لم تصح الإحالة؛ لأنه غير مساو.

(٤) حجتنا أن المحال عليه إذا قبل هذه الإحالة فكأنه قال لصاحب الحق: أسقط عنه حقك أو أبره عنه وعليَّ عوضه، ولو قال ذلك لكان لازماً؛ لأنه إتلاف مال بعوض على جهة الاستدعاء. وحجته أن الإحالة معاوضة، فاذا كان المحيل لا يملك شيئاً في ذمة المحال عليه لم تصح هذه الإحالة، كما لو اشترى شاة حية بشاة ميتة، ولأنه لو أحاله على من عليه دين غير مستقر لم تصح هذه الحوالة، فلا تصح على من ليس في ذمته شيء أولى وأحق، قال عليه السلام: وهذا المختار. (بستان).

=

الأولى: أن يقول المتبرع: «احتل عليّ بدينك الذي على زيد» ولو كره زيد، لكنه لا يبرأ حتى يدفع المتبرع، ذكره الفقيه علي[١]، فيكون لصاحب الدين مطالبة من شاء منهما، ذكره في البحر، ولا يرجع المتبرع بما دفع على زيد، فلو كان عليه له دين لم يبرأ منه، قال في البحر: إلا أن يدفع بإذن زيد رجع عليه[٢].

الثانية: أن يحيل من عليه الدين غريمه على رجل ليس عليه دين فيسلم الدين[٣] فإنه يكون متبرعاً[٤]، ذكره في الكافي. وقال الفقيه يحيى البحيبح: إنه يرجع عليه كما إذا أمره بالقضاء عنه، وهو ظاهر كلام محمد بن القاسم الذي يأتي.

فرع: فلو قال لرجل[٥]: «قد أحلتك على غريمي بالدين الذي لي عليه» كان وكيلاً له بقبضه من غريمه.

مسألة: إذا أوهم المحيل المحتال بأن المحال عليه غني أو وفي ثم بان خلافه فللمحتال الرجوع عليه بدينه، ذكره في الفنون[٦]، وهو المذهب، وقال في الأحكام: لا يرجع عليه. فلو لم يوهم بذلك بل سكت وجهله المحتال فقال الفقيه يحيى البحيبح: إن له الرجوع[٧]؛ لأن ذلك كالعيب في المبيع[٨]، وقال في المذاكرة: لا يرجع.

---

[١] يعني: لا يصح. (قرر).

(١) وكان القياس أن يبرأ الأصل؛ لأنه قد انتقل الدين من ذمة إلى ذمة، فقد صار في ذمة المتبرع.

(٢) وهل تلحقها الإجازة حتى تسقط بقدر الدين الذي أحال به على نفسه من له الدين؟ القياس تلحق كما ذكره صاحب المعيار؛ إذ لا فرق بين حوالة التبرع وغيرها. يستقيم إذا كانت عقداً.

(٣) أو يقبل؛ إذ قبوله كقوله: أبرئه وعلي عوضه، فيلزم؛ إذ أمره بإتلاف مال على عوض. (بحر معنى).

(٤) وقد برئ من عليه الدين. و(قرر).

(٥) يعني: ليس له عليه دين.

(٦) وذلك لما روي عن علي عليه السلام أنه قال: «إذا أفلس المحال عليه رجع طالب الحق على الذي أحاله»، ولا مخالف له في الصحابة، فجرى مجرى الإجماع...إلخ ما في البستان. (بلفظه).

(٧) وعليه الأزهار بقوله: «جهلها حالها».

(٨) ويكون رجوعه على التراخي على الأصح. (قرر).

فرع: فإن أفلس المحال عليه بعد الحوالة أو مات مفلساً فلا رجوع[١] للمحتال، خلاف زيد بن علي والناصر وأبي حنيفة.

مسألة: إذا أنكر المحال عليه دين المحيل ولا بينة به وحلف عليه فقال في الأحكام: لا يرجع المحتال على المحيل. قال الأمير علي: المراد به إذا كان عارفاً لثبوت الدين بإقرار الغريم أو غيره؛ إذ لو لم يعرف ثبوته رجع بدينه، وقال الفقيه يحيى البحيبح: لا فرق[٢]. قال الفقيه حسن: والأول أصح.

مسألة: وإذا تصادق المحيل والمحال عليه على عدم الدين لم يبطل حق المحال من المحال عليه، ولا يقبل تصادقهما عليه[٣]، لكن هل يرجع المحال عليه بما دفع على المحيل؟ فيه وجهان: الأصح الرجوع، ولعله يأتي على الخلاف

---

(١) لما روي أن جد سعيد بن المسيب كان له حق على أمير المؤمنين كرم الله وجهه، فسأله أن يحيله على رجل فأحاله عليه، فمات المحال عليه مفلساً، فعاد جد سعيد فسأل علياً صلوات الله عليه حقه، فقال له علي عليه السلام: «اخترت علينا غيرنا أبعدك الله»، وكان بمحضر من الصحابة ولم ينكر، فجرى مجرى الإجماع. ومن وجه آخر وهو أن الإحالة كالقبض للحق؛ فلهذا لا يرجع. وحجة زيد بن علي ومن معه أنا لو قلنا لا يرجع على المحيل لكنا قد أبطلنا حق المحتال، وذلك لا يجوز. لنا ما مر. (بستان)

(٢) وذلك لأن دخوله في الحوالة إقرار بثبوت الدين كما قال المؤيد بالله: إن دخول الضامن في الضمانة بالمال إقرار منه بثبوت الدين. وقال الفقيه حسن: إن قول الأمير علي أصح؛ لأن دخول المحتال في الحوالة إنما يكون إقراراً بالدين في الظاهر فقط، كما أن دخول المشتري في الشراء إقرار للبائع بملك المبيع في الظاهر فقط، ولا يمنع رجوعه بالثمن عند الاستحقاق، ذكر هذا عنهما في البرهان. (بستان بلفظه).

(٣) وذلك لأنه تصادق على إبطال حق الغير فلا يصح. (بستان بلفظه).

(*) ولفظ الكواكب: قال في البحر: وإذا تصادق المحيل والمحال عليه -بعد صحة الحوالة بإقرارهما- على أن لا دين للمحيل على المحال عليه فإنه لا يبطل حق المحال عن المحال عليه؛ لأنه قد صار حقه عليه واجباً في الظاهر. (كواكب بلفظها).

(*) وهذا حيث قد قبلها المحال عليه أو امتثل، وإلا فليس للمحال إلا تحليفه فقط. (شامي) (قرر).

بين الكافي والفقيه يحيى البحيح الذي في حوالة التبرع[١].

مسألة: ويصح أن يحيل المحال عليه من احتال عليه على غريم له آخر، وكذا ما تدارجوا.

مسألة: إذا قال المحيل: أحلتك على سبيل الوكالة، وقال المحتال: بل أحلتني بديني الذي لي عليك- فمع المصادقة بدينه القول قول المحتال، ومع إنكار المحيل لدينه القول قوله.

فرع: فلو اختلفا على العكس من ذلك فالقول قول المحتال[٢] أنها وكالة؛ لأن الأصل بقاء دينه على المحيل.

فرع: فلو اختلفا هل جاء بلفظ الحوالة أو الوكالة فالقول قول المالك أنها وكالة؛ لأن الأصل بقاء دينه على ملكه.

مسألة: وإذا اختلفا في قدر ما أحاله به فالبينة على مدعي الأكثر أيهما كان.

مسألة: وإذا طلب المحال عليه أن يرجع على المحيل بما دفع وزعم أنه أحال عليه بغير دين عليه له، وقال المحيل: بل بدين لي عليك- فالبينة على المحيل[٣]، رواه محمد بن القاسم عن إجماع العترة.

مسألة: إذا أحال المشتري البائع بالثمن على غريم له ثم رد المبيع بعيب فإنها تبطل الحوالة ويرجع بدينه على غريمه، إلا أن يكون البائع قد قبضه أو بعضه

---

(١) المختار أنه لا يرجع كما تقدم للكافي. إلا أن يؤمر بالتسليم. (قرد).

(*) يقال: بينهما فرق؛ لأن هناك قد سلم المحال عليه الدين المحال به عليه تبرعاً منه، وهنا لم يسلم.اهـ بل الفرض هنا أنه قد سلم ما أحيل به عليه إما برضاه أو أجبره الحاكم، فكلام الكتاب قويم.

(٢) قال عليه السلام: والأقرب أن القول قول المحيل إن أتى بلفظها، وإلا فقول المحتال. (شرح أزهار).

(٣) هذا يستقيم على أصل الفقيه يحيى البحيح أن من امتثل تبرعاً رجع.اهـ وعند الكافي لا رجوع. (قرد).

رجع عليه بما قبض؛ لأنه كالوكيل له بقبضه، لكن قال الفقيه حسن: المراد به إذا كان الرد بالحكم، لا إن كان بالتراضي[(١)] فلا تبطل الحوالة، بل يرجع على البائع بالثمن ولو لم يقبضه، وقال الفقيه علي: لا فرق[(٢)].

فرع: فلو كان البائع هو الذي أحال غريمه على المشتري فسلم المشتري إليه الثمن ثم إنه رد المبيع بعيب أو رده ورثته- فله ولهم الرجوع على البائع بما دفعوه للمحتال. قال الفقيه علي: فإن كان قبل التسليم: فإن كان الرد بالحكم[(٣)] بطلت الحوالة، وإن كان بالتراضي لم تبطل[(٤)]؛ لأن الحوالة حق للمحتال فلا تبطل بتراضي البائع والمشتري على الفسخ.

مسألة: إذا جحد البائع البيع بعد أن أحال غريمه على المشتري بالثمن: فبعد تسليم المشتري للغريم لا رجوع له عليه؛ لأنه أخذ حقه، بل يطالب البائع بالمبيع، فإذا بين عليه استحق المبيع إن بقي أو الثمن إن تلف[(٥)] من البائع، وإن حلف البائع فلا شيء للمشتري على الغريم[(٦)]. وإن كان ذلك قبل تسليم المشتري للغريم فمع تلف المبيع تبطل الحوالة[(٧)]، ومع بقائه وعدم البينة بالبيع

---

(١) فهو ملك جديد.

(٢) لأن الحق هنا للبائع، فإذا رضي بالفسخ فقد رضي بإبطال الحوالة.

(*) بالحكم أو بالتراضي.

(٣) أو رؤية أو شرط.

(٤) ومثل كلام الفقيه علي في شرح الأزهار، ولفظه: وإن كان بالتراضي لم تبطل. وعليه ما لفظه: وظاهر الأزهار خلافه، وهو أنها تبطل بالفسخ بالتراضي قبل القبض. ومثله في البحر، ولفظه: فأما قبل القبض فتبطل الحوالة في الأصح، كتلف المبيع قبل القبض.

(٥) يعني: المبيع. (من خط المصنف).

(٦) وأما على المحيل فلعله على الخلاف بين الكافي والفقيه يحيى البحيح. لا يرجع. (قرر).

(٧) وظاهر الأزهار أن الحوالة تبطل في الطرفين، وفي الزهور: إذا فسخ في الطرف الثاني.

قال الفقيه يوسف: يحتمل أن جحود البائع وحلفه يكون عذراً في الفسخ[١]؛ لتعذر تسليم المبيع[٢]، فإذا فسخ [المشتري][٣] بطلت الحوالة. ولا تقبل شهادة المحتال بالبيع؛ لأنه جارٌّ إلى نفسه تمام الحوالة.

فرع: وهكذا إذا أحالت الزوجة غريمها على زوجها بمهرها المسمى في النكاح الصحيح ثم انفسخ نكاحها قبل الدخول وسقط مهرها؛ فبعد تسليم الزوج للغريم يرجع عليها، وقبل تسليمه تبطل الحوالة[٤].

مسألة: من مات وعليه دين وله دين على الغير، فأحال الحاكم من له الدين على الميت على الذي عليه دين للميت- صحت الحوالة حيث لا وصي ولا وارث للميت أو امتنعا من القضاء.

فرع: وهو يثبت دين الميت على الغير بإقراره[٥] أو بالبينة من الوصي أو من الوارث أو الغريم، فيصح الحكم بالبينة للميت؛ لأنه لا يخشى منه ردها وإبطال الحكم، بخلاف الغائب فلا يصح الحكم له بالبينة؛ لأنه يخشى منه الرد وإكذاب الشهود.

---

(١) فيكون للمشتري الفسخ. (كواكب).

(٢) ونظره في الكواكب؛ لأنه قد ثبت حق المحتال عليه. [أي: على المشتري] فليس له إبطاله. (بلفظه). قلت: كالرد بالعيب ونحوه. (مفتي). ولأن حق المشتري سابق.

(٣) ما بين المعقوفين من (ب).

(٤) ولعل المراد إذا كان الفسخ بالحكم لأجل عيب أو رضاع أو نحوه، لا إن كان بالتراضي بين الزوجين كما تقدم في البيع[١]. قيل: هلّا تكون الحوالة استهلاكاً كما لو أبرأته أو نحو ذلك؟ (إملاء مفتي). قيل: إذا نقض العقد من أصله قبل الدخول تبين عدم صحة التسمية وصحة البراءة والإحالة وكل ما ترتب عليه.

(٥) وهذا يدل على بطلان القول بأن الإقرار للميت لا يصح. (بهران).

---

[١] يمكن الفرق بين النكاح والبيع؛ لأنه في النكاح بالفسخ يبطل استحقاقها للمهر من غير فرق بين حكم وتراض، بخلاف البيع فهو مع التراضي بمنزلة عقد جديد فلم يبطل استحقاقه الثمن المحال به، والله أعلم.

باب التفليس

المفلس: هو من قصر ماله عن دينه ولو هو كثير. **والمعسر**: هو من لا يملك شيئاً زائداً على ما يستثنى. والفقير: هو من لا يملك النصاب زائداً على ما يستثنى.

مسألة: فمن ادعى أنه معسر وظاهره اليسار فعليه البينة[١]، وإن كان ظاهره الإعسار قبل قوله مع يمينه، وإن كان حاله ملتبساً فحيث يريد استحقاق الزكاة ونحوها يقبل قوله بغير يمين -وقال أبو جعفر: عليه البينة- وحيث يريد إيجاب نفقته على قريبه الموسر عليه البينة[٢]، وحيث يريد سقوط المطالبة عنه بالدين عليه البينة[٣]، وقال في الفنون: يقبل قوله مع يمينه[٤]، وقال أبو العباس[٥]: يقبل قوله إذا كان الدين الذي عليه عوضاً عما ليس بمال، كالمهر والأرش ونحوه، لا إن كان عوضاً عن مال كالثمن والقرض فعليه البينة.

فرع: وظاهر اليسار والإعسار يثبت بشواهد أحواله وقرائن تصرفاته، ذكره أبو مضر، وقال القاضي جعفر[٦] والفقيه محمد بن سليمان: بأن يكون قد حكم عليه حاكم بأنه موسر أو معسر.

فرع: وإذا لم تقم بينة بيساره ولا بإعساره فإنه يحبسه[٧] الحاكم إلى أن يظن

---

(١) بالإعسار، ويحلف معها إن طلبت منه.

(٢) وذلك لأنه يريد إلزام الموسر حقاً له، فإن لم تكن دعواه على قريبه بل على بيت المال لطلب المواساة قبل قوله كما في الزكاة. (بستان بلفظه).

(*) ويحلف معها المؤكدة إن طلبت منه. (قرن).

(٣) والمؤكدة.

(٤) لأن الأصل الفقر. (بستان).

(٥) وقول أبي العباس كما ترى؛ لأن المهر والأرش لا عوض لهما يصل إليه، بخلاف الثمن والقرض فهو غني ببدلهما فعليه البينة. (بستان).

(٦) وهو راجع إلى كلام أبي مضر، وكلام أبي مضر طريق إلى كلام الفقيه محمد بن سليمان.

(٧) قوله: «فإنه يحبسه الحاكم» وذلك لأن النبي ﷺ كان يحبس، وأمير المؤمنين عليه السلام

=

إعساره ثم يرسله، وهو يختلف ذلك باختلاف الاشخاص، فهو على رأي الحاكم، وقال أبو حنيفة: من شهرين إلى ثلاثة ثم يسأل عن حاله، وقال محمد: من أربعة أشهر إلى ستة أشهر.

فرع: وإذا طلب المحبوس يصنع صنعة له في حال حبسه فقيل: إنه يمنع؛ لئلا يهون عليه الحبس، وقال الإمام يحيى بن حمزة: لا يمنع، وقال الامام المهدي أحمد بن يحيى: إنه على رأي الحاكم. [قال سيدنا عماد الدين[١]]: وهو الأولى.

فرع: ونفقة المحبوس من ماله، فإن لم يكن فمن بيت المال، فإن لم يكن فممن حبس من أجله، ويكون قرضاً عليه، خلاف أصاحب الشافعي. وإذا مرض أو جن أخرج إلى من يقوم به، ذكره في البحر.

فرع: وإذا بين بأنه معسر قبل أن يحبس فقال الناصر والشافعي والمؤيد بالله: تقبل بينته[٢]، وقال أبو طالب وأبو حنيفة: لا تقبل إلا بعد حبسه[٣]. قال أبو طالب: وإن طلبت منه اليمين المؤكدة وجبت؛ لأن بينته إنما تشهد بالظاهر[٤]. وقال مالك: لا تصح الشهادة بالإعسار؛ لأنها على النفي أنه لا يملك. قلنا: بل على

كذلك، وجرى بذلك عمل المسلمين من لدن الصحابة إلى يومنا هذا. نقل هذا من أول الباب إلى هنا من كتب الوالد قدس الله روحه. (بستان بلفظه).

(١) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٢) قوله: «تقبل بينته» وذلك لأن الشهادة مقبولة ولا يشترط فيها الحبس كسائر الشهادات، ولأن حبسه بعد قيام البينة ظلم، ويؤدي إلى استواء إقامة البينة وعدم إقامتها. وحجة أبي طالب وأبي حنيفة أن حبسه قبل الشهادة يكون أقوم لها وأكثر تأكيداً؛ إذ لا طريق لهم إلى الشهادة إلا بعد حبسه؛ لجواز أنه دافن للمال، فإذا ضيق عليه بالحبس عرف أنه لو كان له مال لأظهره؛ لأن بالحبس يظهر حك صفره في الإعسار. (بستان بلفظه).

(٣) وعليه الأزهار.

(٤) فعلى هذا لو شهدوا على إقرار الغرماء لم تلزم اليمين.اهـ لأنها تشهد بالتحقيق. وإن بينا معاً فبينة المعسر أولى؛ لأنها كالخارجة.

الإثبات بأنه معسر.

مسألة: إذا ادعى من عليه الدين على غريمه أنه يعلم[١] إعساره وأنكر فقال المؤيد بالله: له أن يحلفه ما يعلم[٢]. وهو الأصح، فإذا امتنع من اليمين لم يحبس بدينه. وروى أبو جعفر عن الهادي وأبي حنيفة أنها لا تجب اليمين، بل يحبس الغريم.

فرع: وإذا بين عليه صاحب الدين بأنه موسر: فإن كان بشيء مشار إليه قبض للدين[٣]، وإن كان بغير شي مشار إليه حبس حتى يظن الحاكم تلف ماله.

فرع: وإذا ثبت إعساره ثم ادعى غرماؤه أنه قد أيسر فلهم تحليفه إن كان قد مضى وقت يجوز أنه قد أيسر فيه، خلاف الناصر.

فرع: وإذا ثبت إعساره منع غرماؤه من ملازمته[٤]. وقال أبو حنيفة: لهم أن يلازموه بحيث إنهم يكونون معه أين ما كان[٥]؛ ليطلعوا على ما معه، ولا يمنعوه من التكسب.

مسألة: وليس على المعسر أن يتكسب لقضاء دينه، ولا يلزمه قبول ما وهب له

---

(١) أو يظن. (وابل).

(٢) ولا ترد؛ لأنها تؤدي إلى التسلسل. (هداية). وقواه المفتي والشامي. وقيل: إنها ترد ما لم يأت بها على وجه التهمة.

(*) ولا يظن. (وابل معنى). ومن هنا يؤخذ للهادي يمين التعنت.

(٣) قال الفقيه يوسف: هذا يستقيم إذا كان محجوراً عليه، فأما قبل الحجر فهي بينة لغير مدع. ولعله يقال: إن لهم حقاً فيه، وهو أن الحاكم يحجره لهم أو يقضيهم منه كما هو ظاهر إطلاق الكتاب [أي: التذكرة]. (كواكب).

(٤) الأزهار: ويحال بينه وبين الغرماء.

(٥) قال أبو حنيفة: وإذا لازمه فلا يدخل معه بيته إلا بإذنه. (بستان).

من المال[١] بلا خلاف، ذكره في الشرح. فأما العبد إذا لزمته السعاية فعليه التكسب؛ للخبر الوارد فيه[٢]. وكذا يجب لنفقة الزوجة في المستقبل[٣]؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة٢٣٦]. وكذا يجب لنفقة الأبوين العاجزين[٤] ولنفقة الابن الصغير[٥].

مسألة: إذا أفلس البائع قبل تسليم المبيع فالمشتري أولى به من غرماء البائع[٦] ولو بذلوا له الثمن، خلاف مالك[٧].

---

(١) وكذا النذر والوصية، فله الرد قبل الحجر. (قرر).

(*) ظاهره ولو من الولد.

(٢) أنه يستسعى غير مشقوق عليه إذا عتق ولزمته السعاية بالعتق. وأما إذا كان عليه دين في ذمته من قبل عتقه فإنه لا يلزمه التكسب له كسائر الديون. (بستان بلفظه).

(٣) وامَّا الماضي فدين كسائر الديون.

(٤) المعسرين.

(٥) وحيث دلس بأنه عبد، وأم الولد إذا جنت وأعسر سيدها، وأم ولد الذمي إذا أسلمت[١]. (قرر). فهذه مما يسعى لها الحر كما في حواشي شرح الأزهار.

(*) مطلقاً.

(*) **مسألة**: من عليه دين ولم يجد من يشتري أرضه إلا بنقص من القيمة ورأى الحاكم أنه يلزم غريمه قبولها بالقيمة لزم ذلك حفظاً للأموال، وإطلاق أصحابنا لا بد من النقد. (شرح حفيظ). وهكذا ذكره المنصور بالله إذا لم يجد من يشتريه إلا بنقصان. (شرح زيادات للقاضي عبدالله الدواري).

(٦) وذلك لأنه ملك المشتري بالعقد فلا يتعلق به حق غرماء البائع بحال، فان تعذر تسليم المبيع رجع المشتري بما قد سلم من الثمن اتفاقاً، وهو أحق بالباقي من غرماء البائع. (بستان بلفظه).

(٧) فقال: إن مع بذل الثمن يأخذه ويترك المبيع. (بستان).

---

[١] وفي الرهن إذا عتق العبد المرهون، وحيث التبس حر بعبد. (قرر).

مسألة: وإن أفلس المشتري قبل تسليمه للثمن: فقبل قبضه للمبيع يكون البائع أولى به[(١)] وفاقاً[(٢)]، وبعد قبضه له كذا أيضاً عندنا، وقال زيد بن علي والناصر وأبو حنيفة: بل يكون من أسوة غرمائه في ماله كله، وقال الشافعي: يكون أولى به بعد الحجر على المشتري لا قبله.

فرع: وإذا قلنا: إن البائع أولى به فهل يحتاج في أخذه إلى حكم أو لا؟ وهل يكون رجوعه فيه على التراخي أو على الفور عند علمه بإفلاس المشتري؟ في ذلك كله وجهان[(٣)]، الأرجح أنه يحتاج إلى الحكم مع حصول الشجار، وأنه يكون على الفور[(٤)]؛ لأنه تجدد له حق في ملك غيره، كرجوع الواهب عند علمه بتلف عوض الهبة المضمر، والله أعلم.

فرع[(٥)]: وإذا رهن البائع المبيع عند المشتري في دين عليه له فهل يكفي ذلك في فسخ البيع أو لا بد من اللفظ في الفسخ؟ فيه وجهان، رجح الإمام يحيى بن

---

(١) ولو بذل له غرماء المشتري الثمن على أن لا يسترده لم يجب عليه ذلك؛ لأن حقه في الرجوع قد تقرر بنص صاحب الشريعة فلا يجوز منعه منه. (بستان بلفظه).

(*) ولو قد مات البائع كما يأتي. (قرد).

(٢) لفظ شرح الأزهار: أما إذا أفلس المشتري قبل أن يقبض المبيع فلا خلاف أن البائع أولى به، ولا خلاف أيضاً أن المبيع إذا تعذر تسليمه أن للمشتري الرجوع فيما سلم من الثمن، ويكون أولى به من الغرماء إن كان باقياً بعينه في يد البائع. (بلفظه).

(٣) للشافعية.

(٤) وفي البحر: على التراخي[١].اهـ وكذا عن حثيث كالأولوية ولظاهر الخبر.اهـ وحد التراخي إلى أن يقبضه الغرماء؛ إذ قد خرج عن ملك المشتري.اهـ ويكون أولى به ولو قد طلبوا. (قرد).

(٥) هذا الفرع دخل وكان الأولى جعله في كتاب البيع، وهو يدل على أنه يصح الفسخ بغير لفظه فتأمل، ويؤيده أيضاً قوله في الأزهار: وإجازته عقد المالك لنفسه فسخ لا إمضاء. وهو يؤيد أيضاً كلام الفقيه يوسف الذي في البيع، لكن المختار هناك خلافه فينظر.

---

[١] ولفظه: قلت: الخبر يقتضي أولويته مطلقاً، لكن لا يؤخذ قسراً إلا بعد الحكم؛ للخلاف.

حمزة أنه يكفي، ولم يذكر حكم الرهن، والأقرب أنه يأتي على الخلاف[١] بين الهادي والمذاكرين هل يصح أم لا؟

فرع: وإذا حكم حاكم ببطلان حق البائع في المبيع فهل ينقض لمخالفة النص[٢] أو لا ينقض لأجل الخلاف؟ فيه وجهان أيضاً، الأرجح أنه لا ينقض[٣].

مسألة: وإنما يكون البائع أولى بالمبيع عند إفلاس المشتري بشروط خمسة:

الأول: أن لا يحتاج إليه المشتري لقوته أو ستر عورته أو تجهيزه إن مات أو نفقة عدة زوجاته، ذكر ذلك كله الأمير علي والشيخ عطية، وقال الفقيه علي: إن البائع أولى به[٤].

الثاني: أن لا يكون البائع عالماً بإعسار المشتري عند بيعه منه[٥]، خلاف بعض أصحاب الشافعي.

الثالث: أن لا يكون قد تعلق بالمبيع حق لنفسه[٦] -كالأمة استولدها المشتري[٧]، أو العبد كاتبه المشتري[٨]- ولا تعلق به حق للغير، نحو أن يكون عبداً

---

(١) كما تقدم في الهبات، فعند الهادي عليه السلام أنه يكون فسخاً للعقد الأول ودخولاً في الثاني؛ لأنه قال فيمن باع ما وهب: إنه يصح البيع ويكون رجوعاً في الهبة، مع أن البائع غير مالك في حال البيع. وعند المذاكرين لا يصح العقد الثاني، وقد انفسخ العقد الأول فقط، ووجهه أنه عقد في حال وهو لا يملك. (رياض) [تهامي (نخ)].

(٢) قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من وجد متاعه بعينه عند مفلس فهو أحق به)) ونحوه. (بحر).

(٣) لأن الحكم قطعي والخبر آحادي، ولا ينقض القطعي بالظني.

(٤) لظاهر الخبر.

(٥) أو عند تسليم المبيع. (مفتي). لأن تسليمه مع العلم رضا.

(٦) أي: المبيع.

(٧) لأنه قد صار لها حق في الاستيلاد. (بستان بلفظه).

(٨) يقال: قد تقدم في البيع في قوله: وللبائع فسخ ما لم ينفذ، وذلك كالكتابة قبل الإيفاء ونحو ذلك. اهـ الذي تقدم قبل القبض فتأمل.

(*) أو مثل به. لا التدبير. (قرر).

(*) لأن الكتابة عقد لازم من جهة المشتري فلا يجوز إبطاله إلا أن يعجز نفسه. (بستان) (قرر).

قد جنى على مال أو نفس فيما لا قصاص فيه[١] فالمجني عليه أولى به من البائع[٢]، ونحو أن يكون المشتري قد رهنه فالمرتهن أولى به[٣]، إلا أن يكون في قيمته زيادة على الدين فالبائع أولى بالزيادة إن كان يمكنه بيع بعضه للمرتهن بقدر دينه[٤]، وإن لم يمكن إلا ببيعه الكل فلا حق للبائع فيه؛ لأنه يبطل حقه ببيعه.

فرع: فإن استفكه المشتري من المرتهن كان البائع أولى به[٥]، وكذا إذا عجز العبد عن الكتابة رجع حق البائع عليه، ذكر ذلك في البحر، قال فيه: فإن كان المشتري قد دبر العبد أو أعتقه معلقاً بشرط كان البائع أولى به.

فرع: فإن كان المشتري قد أجر العبد أو زوج الأمة فقال في البحر: إن البائع أولى بهما، والنكاح والإجارة باقيان على حالهما[٦] والمهر والأجرة للمشتري[٧]، وقال في الشرح: إن الإجارة تبطل حق البائع؛ لخروج المنفعة عن ملك المشتري. قلنا: إنما يبطل حق البائع في المنفعة التي خرجت عن ملك المشتري فقط، كما إذا باع بعض المبيع وبقي بعضه، لكنه يبقى للبائع حصة المنفعة من الثمن[٨] يكون

---

(١) وأما ما فيه قصاص فيسلم للبائع ويقال للمجني عليه: اتبع العبد. (مفتي).

(٢) ما لم يكن في قيمته فضله، كما في الرهن، ذكره في الكواكب. (من بيان المفتي وخطه). والمذهب ما يأتي في الجنايات أنه يسلمه أو كل الأرش.

(٣) وللبائع أن يستفكه من يد المرتهن. (كواكب). ويكون فيما استفكه به أسوة الغرماء.

(٤) ويثبت له الرجوع في الباقي؛ لأنه عين حقه ولا حق لأحد فيه. (بستان بلفظه).

(٥) ومثله إذا أبرأ المجني عليه من الأرش. (سماع سيدنا علي) (فروع).

(٦) هذا في الإجارة الصحيحة والنكاح الصحيح.

(٧) وعليه الأزهار بقوله: وللمشتري كل الفوائد.

(٨) وصورة ذلك أن يقوم المبيع مسلوب المنافع مدة الإجارة وغير مسلوب، ويسقط بقدر ما بين القيمتين من الثمن يكون البائع فيه أسوة الغرماء.

(*) وهو ما بين قيمته مؤجراً وغير مؤجر، فما بينهما فهو حصة المنفعة. (كواكب). والمذهب أنه لا شيء للبائع مطلقاً؛ إذ الأجرة من الفوائد، وهي للمشتري. (شامي).

فيها أسوة الغرماء.

فرع: وإذا كان قد قام في المبيع شفيع[١] فقيل: إن البائع أولى به، وقال الفقيه حسن: الشفيع أولى به، ويكون ثمنه للبائع[٢]، وقال الإمام يحيى بن حمزة: الشفيع أولى به، ويكون البائع أسوة الغرماء.

الرابع: أن يكون البائع يصح منه تملك المبيع في تلك الحال، احترازاً من أن يكون المبيع صيداً والبائع قد أحرم[٣].

الخامس: أن لا يكون قد خرج المبيع عن ملك المشتري[٤] ولو عاد إليه بملك جديد[٥]، خلاف بعض أصحاب الشافعي.

فرع: وإن كان قد خرج بعضه عن ملك المشتري فالبائع أولى بما بقي منه بحصته من الثمن، ويكون أسوة الغرماء في حصة ما خرج، وكذا حيث قد تلف بعض المبيع إذا كان مما يصح إفراده بالعقد، كأشجار الأرض، أو ثمارها، أو ولد الحيوان، أو ثياب العبد، أو أبواب الدار، ويكون التحصيص على قدر قيمة ذلك

---

(١) أي: طلبت فيه الشفعة، لا الحكم أو التسليم بالتراضي فهو خروج ملك. (قرر). (من هامش شرح الأزهار).

(٢) وعليه الأزهار بقوله: وما قد شفع فيه استحق البائع ثمنه.

(*) وفاء بالحقين.

(٣) إلا أن يخرج من الإحرام قبل استهلاكه فهو أولى به.

(*) فإن كان المحرم هو المشتري فإنه يلحق بالشرط الخامس؛ لأنه قد خرج عن ملك المشتري. (صعيتري معنى). وكذا لو اشترى عصيراً من ذمي ثم اختمر عند المشتري.

(٤) باختياره، لا إذا كان كالميراث فالبائع أولى به. (وابل معنى). قال في البحر: إذ لم يفصل الدليل.

(*) في (ج، د): أن لا يكون المبيع قد خرج عن ملك المشتري.

(٥) إلا أن يعود إليه بما هو نقض للعقد من أصله كخيار رؤية أو عيب بحكم أو نحو ذلك. (قرر). وهو مفهوم قوله: بملك جديد.

يوم البيع[(١)]، ذكره في الشرح والتقرير، وسواء تلف بجناية أو بغيرها.

فرع:[(٢)] فإن كان نقصان المبيع مما لا يصح إفراده بالعقد -كالعور، والكسر، والزمانة[(٣)]، والشيخوخة، وقطع العضو، ورخص السعر، قال الفقيه يحيى البحيح: وكذا هدم الدار- فإن البائع مخير بين أخذ المبيع بغير شيء وبين تركه ويكون أسوة الغرماء[(٤)] ولو كان ذلك بجناية من الغير، وقال الشافعي: إذا هو بجناية[(٥)] بقي للبائع حصة الأرش من الثمن[(٦)]، فأما الأرش فهو للمشتري.

مسألة: فإن كان المبيع قد زاد مع المشتري فالزيادة على أربعة أضرب:

الأول: زيادة السمن والكبر في الحيوان، وزيادة الزرع والثمر، فيأخذها البائع بغير شيء[(٧)]، ذكره الهادي. وهذا بخلاف الرجوع في الهبة فالزيادة المتصلة تمنع الرجوع فيها لا هنا؛ لأن حق البائع أقوى من الواهب؛ ولهذا لا يبطل بالموت[(٨)]. وقال القاضي جعفر والفقيه يحيى البحيبح: إن البائع يغرم للمشتري

---

(١) وقيمته ليس فيه أشجار أو ثمر أو نحوه، فما بين القيمتين فهو الثمن كما في المبيع سواء، نحو أن تكون قيمتها بأشجارها عشرة، ومع عدم أشجارها ثمانية، فيكون ما بين القيمتين الخمس، وهو حصة ما يخرج من المبيع، فيكون في خمس الثمن أسوة الغرماء. (زهور) (قرد).

(٢) الأزهار: ولا أرش لما تعيب.

(٣) والزبيب الدّائل ونحوه.

(٤) وذلك كما لو اشتراه عالماً بعيبه.

(٥) في (ب): بجناية من الغير.

(٦) في (د): حصة الأرض [الأرش (نخ)].

(*) يعني: يأخذ المبيع ويبقى له أرش الجناية يكون فيه أسوة الغرماء.اهـ ينظر في هذا.

(٧) ومثله في شرح الأزهار في قوله: وللمشتري كل الفوائد ..إلخ.

(٨) لقوله ﷺ: ((من مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه)) فسوى ﷺ بين الحياة والموت. ومن وجه آخر وهو أنه إذا كان حياً فذمته باقية ويرجى وصول البائع إلى الثمن؛ فلهذا يكون له الرجوع إذا وقع الإياس أولى وأحق. (بستان بلفظه).

(*) أي: موت المفلس.

ما زاد في قيمة المبيع بذلك. وقال الأستاذ: يضمن ما غرم في الإنفاق عليه[١]، قال الفقيه حسن: يعني إلى قدر زيادة القيمة فقط[٢].

الثاني: الزيادة في السعر، فقال القاضي جعفر والفقيه يحيى البحيبح: إنه يخير البائع بين أخذ المبيع ورد زيادة القيمة على المشتري، وبين أن يباع ويأخذ من ثمنه قدر ثمنه الأول والباقي للمشتري[٣]، وقال الأمير الحسين والفقيهان محمد بن سليمان وحسن: يأخذ المبيع بغير شيء عليه، وهو يأتي قول الهادي، كما ذكره في زيادة السمن والكبر؛ لأنهما يزيدان في القيمة في الأغلب.

فرع: فلو باع بقرة بمائة فأنفق عليها المشتري عشرين حتى صارت تسوى مائة وأربعين- فعلى قول الهادي يأخذها البائع بغير شيء[٤]، وعلى قول القاضي جعفر يغرم للمشتري أربعين، وعلى قول الأستاذ[٥] يغرم له عشرين[٦].

الثالث: الزيادة الحاصلة من أصل المبيع[٧]، كالولد والصوف واللبن والثمر، فهو للمشتري، وعلى البائع أن يصبر حتى يدرك الثمر بغير أجرة على

---

(١) ومثله في الانتصار في الزرع إذا غرم في سقيه وما يحتاج إليه فإنه يجب على البائع ما غرم فيه المشتري؛ لأنه ليس متعدياً فيه حيث باع الأرض مزروعة. (بستان بلفظه).

(*) حيث كان للنماء كما في الأزهار.

(٢) وقيل على أصل الأستاذ: بل الذي غرم مطلقاً. (بستان بلفظه).

(٣) وفيه نظر؛ لأن حق البائع في عينه لا في ثمنه.

(٤) إذا كان الإنفاق للبقاء.

(٥) إذا كان للنماء.

(٦) يعني: الذي غرم، ولو كانت البقرة لا تسوى إلا مائة وعشرة فعلى قول القاضي جعفر يرد البائع عشرة، وعلى قول الأستاذ قيل: عشرين، وهي التي غرم، وقال الفقيه حسن: بل عشرة فقط ولا حكم لزيادة الغرامة. قال الفقيه حسن: ويأتي على أصل المؤيد بالله أنه لا حكم لما أنفقه المشتري؛ لأنه لا أصل له ظاهر كما ذكره في الشفعة، ذكر هذا كله في البرهان. (بستان بلفظه).

(٧) يعني: الحادثة مع المشتري. (قرد).

المشتري[(١)]؛ لأنه خرج المبيع عن ملكه بغير رضاه[(٢)]، بخلاف الشفيع فإنه يستحق أجرة بقاء الزرع في الأرض على المشتري؛ لأن حقه سابق لملك المشتري.

فرع: فلو كان المبيع جارية وقد ولدت عند المشتري[(٣)] أخذها البائع وولدها الصغير وسلم قيمته[(٤)] للمشتري[(٥)]. وقال أصحاب الشافعي: تباع هي وولدها ويأخذ البائع حصتها من الثمن.

فرع: قال أبو العباس: من اشترى أمة ثم ولدت عنده ولداً حادثاً عنده[(٦)]، ثم أراد ردها بعيب وقد أفلس- لم يكن له ردها؛ لأنه يقتضي رد ولدها [معها][(٧)] وقد تعلق به حق الغرماء، قال الفقيه يوسف: وهو يستقيم إذا كان

---

(١) الأزهار: وإبقاء ما له حد بلا أجرة.

(*) قال الفقيه حسن: بالإجماع. (صعيتري، وغيث). اتفوا هنا على سقوط الأجرة وعدم وجوبها، وعلى لزومها في الشفعة، وتجب في القسمة وفاقاً، واختلفوا في البيع، ذكره الصعيتري.

(٢) لكن يرد عليه في البائع حيث لم يدخل ما في الأرض، فقد خرج باختياره ولا أجرة على الزرع فينظر.

(*) بل لأن ملكه قوي.

(٣) من غيره[١] من زوج أو زنا. فأما منه فهو استهلاك.

(٤) يوم الأخذ. (قرد).

(٥) وقيل: إن البائع مخير: إما أن يأخذ الأم والأولاد ويرد قيمة الأولاد، وإما أن تباع الجارية والأولاد فيأخذ البائع ثمن الأم والمفلس ثمن الأولاد. (غيث). واختاره المفتي. قلنا: لا يصح هذا على أصلنا؛ لأنه يبطل حقه بالبيع. (مفتي). لعله بعد الحكم بالفسخ فلا اعتراض. (شامي).

(*) فإن لم يفعل بل تركها كان أسوة الغرماء في ثمنها. (شرح أزهار بلفظه).

(٦) يعني: اشتراها حائلاً وحبلت عنده. (بستان).

(*) وهو من غيره. (قرد).

(٧) ما بين المعقوفين من (ب).

---

[١] أو منه ولم يدعه. (قرد).

بعد الحجر عليه، لا قبله فلا يمنع الرد[١]. [وهكذا في الفوائد الأصلية لا الفرعية فلا تمنع الرد؛ لأنها للمشتري][٢].

فرع: قال الفقيه يوسف: وإنما يكون للمحجور عليه أن يرد بالعيب إذا كان الثمن مثل قيمة المبيع أو أكثر، لا إن كان أقل ففيه ضرر على الغرماء.

الرابع: الزيادة الحاصلة بفعل المشتري، فما كان له حد ينتهي إليه كالزرع فعلى البائع أن يصبر حتى يدرك بلا أجرة، وما كان لا حد له معين كالغرس والبناء فعلى البائع قيمته[٣] للمشتري، وإلا ترك المبيع وكان أسوة الغرماء في مال المشتري.

فرع: والفوائد الأصلية[٤] والفرعية للمشتري، ولا حق للبائع فيها إذا حدثت بعد البيع، خلاف المنصور بالله، رواه في التقرير. والحمل من جملة الفوائد، وقال في البحر: إنه كالسمن والكبر. فلو كان الحمل حاصلاً عند البيع ثم ولد أخذه البائع مع أمه، وفي زيادته الخلاف الذي تقدم[٥].

مسألة: إذا باع عرصة بمائه وهي قيمتها، فبنى فيها المشتري حتى صارت قيمتها مع البناء مائتين، ثم رخص سعرهما حتى صارا يسويان مائة فقط- فإن البائع يأخذهما ويرد قيمة البناء خمسين للمشتري إذا كانت قيمة العرصة منفردة خمسين[٦]، فلو كانت ثمانين رد للمشتري عشرين، وإن كانت قيمتها أربعين رد للمشتري ستين، ذكره الفقيه محمد بن سليمان.

---

(١) قيل: هذا بناء على أن علوقها عند المشتري ليس بعيب، وظاهر كلامهم أنها إذا كانت بكراً أو ثيباً فعلقت كان عيباً يمنع الرد.اهـ أو وجب الحد. (شامي).

(٢) ما بين المعقوفين من (ب)، وذكره في هامش (ج، د) وقال: صح نسخة.

(٣) قائماً ليس له حق البقاء إلا بأجرة. (قرر).

(٤) متصلة أو منفصلة.

(٥) بين الهادي والقاضي جعفر والأستاذ. (بستان بلفظه).

(*) فعند الهادي عليه السلام يأخذه بلا شيء كما تقدم. (قرر).

(٦) وعلى قول الأستاذ يرجع بما غرم وهو مائة إذا بناها بنقضها الأول، لا بآلات منه فقيمة آلاته وما غرم. (دواري) (قرر).

فرع: فلو كان البناء بآلات المبيع، نحو أن يهدم الدار ثم يبنيها بآلاتها وزادت قيمتها لأجل ذلك- فإنه يكون على الخلاف في زيادة القيمة[١] كما مر.

فرع: فلو أراد المشتري قلع ما غرس وهدم ما بناه فليس له ذلك إلا أن يرضى به البائع[٢]، فإن كان ذلك بعد الحجر على المشتري اعتبر رضا البائع بالقلع مع رضا الغرماء أيضاً[٣]، ذكر ذلك في الشرح. وقال أصحاب الشافعي: إن للمشتري أن يقلع ويهدم، ويغرم للبائع ما نقص من قيمة الأرض منفردة.

مسألة: إذا كان المشتري قد استهلك المبيع حكماً، كالطحن أو الغزل أو النسج ونحوه- فللبائع أخذه[٤] ولا أجرة عليه للمشتري[٥]، ولا شيء له إن نقصت قيمته بذلك، وإن زادت ففيها الخلاف الذي تقدم[٦]، ذكر ذلك في البحر.

مسألة: إذا اشترى ثوباً بعشرة، واشترى من آخر صبغاً بخمسة، ثم صبغ الثوب به ثم أفلس- فقال الإمام يحيى بن حمزة: يكون الثوب بين البائعين أثلاثاً؛ لأنه اختلط حقهما، فإن زادت قيمته على خمسة عشر ردا[٧] الزيادة للمشتري،

---

(١) والمختار لا شيء؛ لأنه الهادم. وفي التكميل: يرجع بما غرم ولو هدم الدار؛ لأن الهدم كالتعيب، ولا أرش فيه، والبناء للنماء. (قرد).

(٢) حيث كان المقلوع يضر بالأرض. ولفظ حاشية: حيث كان رفعه ينقص قيمة الأرض عن قيمتها قبل حدوثه، وإلا لم يعتبر رضا البائع. (بحر، وأثمار، وكواكب) (قرد).

(٣) إذا كان يضر بالمقلوع.

(٤) وذلك لأنه عين ماله لم يتعلق به حق للغير. «ولا أجرة عليه للمشتري» لأن العمل قد صار مستهلكاً فلا قيمة له. «ولا شيء له إن نقصت قيمته» كما لو وجد العبد مريضاً، ولأن المفلس نقص ماله بيده. (بستان)

(٥) إلا أن يكون قد غرم عليه في الطحن والغزل والنسج فيلزم البائع.

(*) والقياس أنها تلزمه الأجرة؛ لأنها للنماء.

(٦) يرجع بما غرم للنماء. (ذماري).

(*) المذهب لا شيء ما لم يكن للنماء. (قرد).

(٧) في (ب، ج، د): رد الزيادة.

وتكون عليهما أثلاثاً، وإن نقصت قيمته عن خمسة عشر كان النقصان على صاحب الصبغ؛ لأن حقه في الزيادة فقط إذا طلبها، ويكون[١] أسوة الغرماء في قدر النقصان. وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: إن حق صاحب الصبغ في الرجوع قد بطل، بل يكون أسوة الغرماء في ثمنه، وصاحب الثوب يأخذه ويدفع قيمة الزيادة للمشتري[٢]. ولعله أولى، ذكر ذلك في البحر.

مسألة: فإن كان المشتري قد خلط المبيع بماله خلطاً لا يتميز فهو على التفصيل والخلاف الذي في الخلط: فحيث يكون استهلاكاً يمنع حق البائع[٣]، وحيث لا يكون استهلاكاً لا يمنعه[٤]، بل يأخذ منه قدر حقه[٥]. فلو خلطه بأعلى منه أو أدنى ففي الأدنى يأخذه البائع[٦] بغير شيء إذا اختار أخذه، وفي الأعلى يمنع أخذه له[٧]؛ لأنه فوق حقه[٨]، ذكر ذلك في البحر.

---

(١) صاحب الصبغ.

(٢) بل ما غرم. وسواء زادت قيمة الثوب أم لا.

(*) والمذهب أنه -أي: البائع- يرد قيمة الصبغ سواء زادت قيمته [أي: الثوب] أو نقصت؛ لأنه للنماء. وكذا أجرة الصابغ، وهو المفهوم من قوله: لا للنماء فيغرم. (قرد).

(٣) يقال: هو متعد فينظر.

(٤) كأن يكون في مثلي لا يختلف أو قيمي.

(*) كأن يتفقا جنساً ونوعاً وصفة.

(٥) قوله: «بل يأخذ منه قدر حقه» وذلك لأن عين حقه موجودة من جهة الحكم لعدم التفاوت وإن عدمت من جهة الصورة. (بستان بلفظه).

(٦) وقيل: لا يأخذه؛ لأنه قد استهلكه وصيره قيمياً كما تقدم في الاختلاط. لكن يقال: هو غير متعد هنا فينظر. (هبل)

(٧) بل هو مثلي لا يختلف فلا فرق بين الأعلى والأدنى.

(٨) قوله: «لأنه فوق حقه» مثاله: لو اشترى صاعاً من زيت يساوي درهمين فخلطه بصاع من زيته يساوي أربعة دراهم، فلا يأخذ البائع صاعاً؛ لأن ذلك أكثر قيمة من عين ماله، =

مسألة: يصح تصرف المفلس في ماله بالهبة ونحوها ما لم يحجر عليه، ذكره في اللمع والتذكرة، وقال المنصور بالله: لا تصح هبته. قلنا: وكذلك إقراره يصح ما لم يثبت كونه توليجاً -وهو يثبت التوليج بإقرار المقر له، أو بإقرار المقر قبل إقراره أنه يريد الإقرار توليجاً أو محاباة، أو بقيام بينة على شاهد حاله وقرائن كلامه عند الإقرار- وإذا ثبت كونه غير صحيح بطل. قال الشيخ عطية: وإذا وقف ماله فإن كان بعد طلب الغرماء لم يصح، وإن كان قبله صح الوقف(١) [وفاقاً](٢).

ولا بقيمة صاعه؛ إذ ليس نقصاً، قال عليه السلام: ويحتمل أن له الرجوع؛ لأنه ليس فيه أكثر من أنه وجد عين ماله مختلطاً بمال المفلس، وذلك لا يكون مانعاً من الرجوع، قال عليه السلام: والمختار الأول، ويكون أسوة الغرماء؛ لتعذر الوصول إلى العين. (بستان بلفظه).

(١) المذهب أنه يصح وينفذ قبل الحجر، وبعده يكون موقوفاً.اهـ ولعله حيث لم يقصد الفرار وقصد القربة، وإلا لم يصح على المختار، وكلام عطية يشبه كلام الفقيه علي في تأويل كلام المؤيد بالله[١].

(٢) ما بين المعقوفين من (ب).

---

[١] الذي تقدم في الوقف.

باب الحجر[١]

أسبابه ثمانية:

وهي: الصغر والجنون والرق[٢]، فهذه تمنع صحة التصرف وفاقاً.

والرابع: المرض، فيمنع التبرعات[٣] مع استغراق الدين للمال، ومع عدم الدين يمنع في الزائد على الثلث[٤] إذا مات من ذلك المرض.

والخامس: الرهن، فيمنع المالك من التصرف في الرهن كما تقدم.

والسادس والسابع: الدين والتبذير، فعن زيد بن علي والناصر وأبي حنيفة لا يصح الحجر لهما معاً، وعند الشافعي وأبي يوسف ومحمد يصح لهما معاً، وعندنا يصح للدين لا للتبذير والسفه، وهو الإنفاق في المعاصي[٥] وفيما لا غرض له فيه ديني ولا دنيوي[٦]، كشراء ما يسوى درهماً بمائة لغير حاجة، ونحو ذلك، لا

---

(١) هو في اللغة المنع، قال تعالى: ﴿يَوْمَ يَرَوْنَ الْمَلَائِكَةَ لَا بُشْرَى يَوْمَئِذٍ لِلْمُجْرِمِينَ وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَحْجُورًا﴾ [الفرقان]، أي: حرماً محرماً عن قبول التوبة والأعمال الصالحة، ومنه تسمية العقل حجراً؛ لأنه يحجر صاحبه -أي: يمنعه- عن فعل القبائح، وحجر الكعبة لمنعه من الطواف بها، وسمي الحرام محجوراً لأنه ممنوع منه، فلما منع الحاكم صاحب المال من التصرف سمي فعله حجراً. وفي الشرع عبارة عن منع التصرف في الملك. (بستان بلفظه).

(٢) لفظ شرح الأزهار: وأما الرق فهو حجر، لكنه إذا عتق صح إقراره ولزمه ما أقر به. (بلفظه). يقال: إقراره صحيح مطلقاً، والموقوف على العتق المطالبة له به كما تقدم، فتأمل. (قرر).

(٣) كالغبن في تصرفاته إذا كثر.

(*) كالقرض والعتق والهبة والعارية والكفالة بالمال وبيع الغبن -كبيع ما يسوى عشرة بثمانية- ونحو ذلك.

(٤) إذا كان له وارث.

(٥) وهو السفه. (بستان معنى).

(٦) وهو التبذير. (بستان معنى).

الإنفاق في طيب الطعام وعالي اللباس وفاخر المشموم فليس بتبذير ولا سفه[(١)].

والثامن: عدم الرشد[(٢)]؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء٦] والرشد عندنا: هو العقل مع البلوغ، فمن بلغ عاقلاً لم يجز حبس ماله عنه مطلقاً. وقال أبو حنيفة: إنه إصلاح الدين، فمن بلغ غير مصلح لدينه لم يدفع ماله إليه حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ثم يدفع إليه. وقال الشافعي ومحمد والإمام يحيى بن حمزة[(٣)]: إنه إصلاح الدين والمال معاً، فمن بلغ غير مصلح لدينه أو لماله عن التبذير لم يدفع إليه ماله ما دام كذلك، وكذا إن حدث منه التبذير والسفه بعد الرشد منع من ماله عندهم ولم يصح تصرفه فيه، ويضمَن ما قبض من معاملة غيره إلا أن يكون المعامل له عالماً بحجره فقد سلطه عليه، ولا يحتاج الحجر عليه إلى حاكم عندهم، وقال أبو يوسف: لا بد من حجر الحاكم، نُقِل ذلك من البحر. وقال مالك: إن الصبية إذا بلغت رشدها لم يدفع مالها إليها

---

(١) لقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾ [الأعراف٣٢]، وهكذا لو أنفقه على العلماء والمتعلمين وإصلاح المناهل والمساجد وبناء الخانكات، وغير ذلك من أنواع القرب؛ لما في ذلك من القربة إلى الله تعالى وموافقة الشرع؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُ وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ﴾ [سبأ٣٩]. (بستان بلفظه).

(٢) ذكره هنا لأجل الخلاف، وإلا فقد دخل في الصغر والجنون.

(*) قوله: «عدم الرشد» هو كمال العقل، فمن لا عقل له فهو محجور عليه تصرفه ولو بلغ، ومن بلغ عاقلاً لم يحبس عنه ماله مطلقاً؛ لما ذكره في الكتاب، ولقوله تعالى: ﴿وءَاتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء٢] ولم يفصل بين حالة وحالة، وعدم الفصل دلالة على التعميم للحكم. وقول أبي حنيفة كما ترى . (بستان بلفظه).

(٣) لفظ البحر: الإمام يحيى: والسفه والتبذير والضعف والصغر والجنون والهرم وفقد الاستطاعة والمرض كلها أسباب للحجر وإقامة الولي؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ..﴾ الآية [البقرة:٢٨٢]. لنا: ما مر[١]. (بلفظه).

---

[١] قوله تعالى: ﴿وءَاتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء٢].

حتى تزوج، رواه في شمس الشريعة[١].

مسألة: وإنما يصح الحجر للدين من الحاكم إذا كان بعد طلب الغرماء له، ولو طلبه بعضهم فيكون الحجر لهم الكل، ويقسم ماله بينهم الكل، ذكره في التذكرة[٢]، وقال الفقيه علي: لا يكون الحجر إلا لمن حجر له حتى يقضيه دينه[٣]. فأما قبل طلب الغرماء للحجر فلا يصح عندنا، وقال الشافعي: يصح إذا رأى الحاكم فيه صلاحاً إلى قدر ثلاثة أيام لا أكثر. قلنا: ويصح الحجر ولو كان ماله أكثر من دينه إذا خشي منه تفويت ماله، ويصح قبل ثبوت الدين[٤]قدر ثلاثة أيام[٥] إذا رأى الحاكم فيه صلاحاً.

مسألة: ويكفي في الحجر أن يقول الحاكم: حجرت عليك مالك، أو منعتك التصرف فيه، أو ما في معنى ذلك. وهو يصح مطلقاً ومقيداً، فإن كان مطلقاً تعلق بماله كله وبما يملكه من بعد بهبة أو إرث أو غيره ولو أجرة نفسه[٦]. وكذا

---

(١) قوله: «في شمس الشريعة» وهكذا رواه عنه في الانتصار، قال فيه: حتى تزوج ويدخل بها الزوج، ثم لا تتصرف إلا في ثلث مالها، لا أكثر بغير معاوضة إلا بإذن زوجها. قلنا: قال ﷺ للنساء: ((تصدقن ولو من حليكن)) ولم يأمرهن بالمؤاذنة لأزواجهن. (بستان بلفظه).

(٢) وهو أيضاً يفهم من كلام أهل المذهب، حيث قالوا: إذا كان له غريم غائب فإنه يعزل له نصيبه من مال المحجور عليه، وإن ظهر له غريم بعد قسمة ماله بين غرمائه فإنهم يردون حصة هذا الذي ظهر من بعد القسمة، ذكر ذلك في الكواكب. (بستان بلفظه).

(٣) والظاهر خلاف كلام الفقيه علي. (صعيتري).

(٤) مع طلب الغريم. (شرح أزهار).

(٥) وعن الدواري موضع اجتهاد ولو شهراً.

(*) ولا يشترط ذكر الثلاث، فإذا حجر وأطلق كان لثلاث، وإذا بين في الثلاث استمر الحجر، وإن لم يبين بطل الحجر. (قرر). وتكون تصرفاته في الثلاث موقوفة. (قرر).

(٦) في (ب، ج): ولو أجّر نفسه.

ما اشتراه إلى الذمة[١] فإنه يصح، ولا يدفع ثمنه إلا بعد رفع الحجر، فيكون للبائع الخيار في الفسخ لتعذر قبض الثمن[٢]، كما إذا تعذر تسليم المبيع، ذكره الفقيه يوسف. ويُدخل المبيع في الحجر إذا لم يفسخه البائع.

مسألة: ويصح بيع المحجور عليه لِمالِه إذا كان لقضاء دينه[٣]، لا لغيره، وكذا تصرفه بغير البيع لا يصح[٤]، بل يكون موقوفاً على سقوط الدين أو إجازة الغرماء كلهم أو إجازة الحاكم إذا رأى فيه صلاحاً[٥]، وسواء كان هو الحاجر أو غيره، ذكره في الكافي. وكذا عتقه يكون موقوفاً، بخلاف عتق المريض فيصح ويسعى العبد في الدين؛ لأن المرض أخف حكماً من الحجر؛ ولهذا يصح إقرار المريض وبيعه وشراؤه.

مسألة: وإذا كان الحجر مقيداً تعلق بما قيد به من زمان، أو مكان، أو شخص، أو قدر معلوم من ماله، أو جزء معلوم منه[٦]، أو في شيء معين، أو في تصرف مخصوص كالهبة ونحوها أو الإقرار. ويصح معلقاً بشرط معلوم، فأما بشرط مجهول فقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: يصح أيضاً، وقال الإمام يحيى

---

(١) في (ب، ج، د): على الذمة.

(٢) ولو عالماً؛ لأنه من خيار تعذر التسليم.اهـ وقيل: ما لم يعلم، فإن علم فلا خيار له.

(*) وهذا خاص هنا في المحجور، لا في البيع فإن الحاكم في البيع يقبضه ويبيعه ويقضي البائع الثمن. (قرد).

(٣) ما لم يغبن غبناً فاحشاً. ولفظ شرح الأزهار في شرح قوله: أو بعد الفك: أما لو باع المحجور شيئاً من ماله لقضاء الغرماء صح ذلك إن لم يغبن. (بلفظه).

(٤) **مسألة**: وإذا أوصي للمحجور عليه أو أقر له بمال أو نذر عليه بمال فرد جميع ذلك لم يصح الرد؛ لأنه قد تعلق به للغرماء حق في ذلك. (سماع). قال في حاشية ما لفظه: قلت: يحقق، فإنما يمنع في تصرفاته حتى يكون موقوفاً أو تبرعاً فيما يملك، وهو هنا لم يقبل فلم يثبت له ملك فيستحق الغرماء منعه من نفوذ التصرف فيه. (مفتي).

(٥) إلا العتق ونحوه فليس له أن يجيزه. (شامي) (قرد).

(٦) مشاع كثلث أو ربع أو نحو ذلك.

بن حمزة: لا يصح، ذكره في البحر.

مسألة: وهل يكون الحجر كالحكم فلا يصح إلا في وجه المحجور عليه أو في غيبته التي يجوز فيها الحكم عليه؟ قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: الأقرب أنه لا يعتبر ذلك؛ لأن ليس فيه إزالة ملك له ولا إثبات حق، بل منعه من التصرف، فهو كالحبس(١).

مسألة: وبعد الحجر يجب تقسيط ماله بين غرمائه الكل الحاضر والغائب، فلو ظهر غريم بعد قسمة ماله بين الغرماء وجب رد حصته(٢) له، خلاف مالك(٣). وهذا يدل على أن الحجر لبعضهم يكون حجراً لكلهم.

مسألة: وما كان مؤجلاً من الدين لم يحل أجله بالحجر، خلاف مالك وأحد قولي الشافعي، لكن يترك له قسطه من المال(٤) حتى يحل أجله، ذكره في البحر والفقيه محمد بن يحيى، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يترك له شيء، وإنه لا يدخل في الحجر كما لا يحجر له ابتداء، وأشار إليه في الشرح، وقال الفقيه محمد بن يحيى: بل يدخل فيه تبعاً للدين الحال. فأما طلب الحجر للدين المؤجل فلا يصح(٥)، ذكره في الشرح وأبو جعفر والفقيه محمد بن سليمان.

مسألة: ومن ادعى ديناً على المحجور عليه لم يثبت إلا ببينة يقيمها المدعي أو

---

(١) يعني: حبس ماله.

(٢) إذا كان باقياً، أو قيمته إن كان تالفاً، فإن تعذر غرم الحاكم من بيت المال مع الخطأ. (قرر).

(٣) فلا يجب عنده رد حصته. قلنا: الحجر لبعض الغرماء حجر لكلهم؛ إذ حقهم في ماله على سواء، فهو مستحق لهم قطعًا؛ فينقض له الحكم كما لو خالف النص. (بستان) (قرر). ينظر؛ فإن المسألة اجتهادية. (مفتي).

(٤) واختاره المؤلف والدواري.

(٥) إلا إذا رأى الحاكم ﷺ صلاحاً وخشي تفويت المال قبل حلول الأجل جاز للمصلحة. (شرح فتح).

المحجور عليه -لأن له في ذلك حقاً[١]- أو بمصادقة الغرماء[٢]، لا بإقرار المحجور عليه أو بنكوله فيكون في ذمته لبعد رفع الحجر. وقال أبو حنيفة: يصح إقراره بالدين مطلقاً.

مسألة: إذا جُنِيَ على المحجور عليه جناية توجب القصاص فله أن يقتص أو يأخذ الأرش فيصير من جملة ماله، فلو عفا عنهما معاً ففيه وجهان للشافعية، قال الفقيه يوسف: والمذهب أنه لا يصح العفو عن الدية -لأنه إتلاف، وهو ممنوع منه- إلا في صورة، وهي حيث عفا عن الدية دون القصاص ثم عفا عن القصاص، وهذا على قول المؤيد بالله: إنه يصح العفو عن الدية دون القصاص، وأما على قول الهدوية فمهما بقي القصاص بقيت الدية[٣]، فلا يصح ذلك.

مسألة: وينفق على المحجور عليه وعلى عوله من كسبه[٤] إن كان، وإلا فمن

---

(١) وهو قبض جزء من المال ليقضيه من أقر له. (بحر).

(٢) أو بعلم الحاكم.

(٣) أما على قولنا: «إن الدية والقود أصلان» ففي ذلك نظر، والقياس أن تسقط الدية. (سحولي). فيكون إسقاطها هنا في حق المحجور موقوفاً كسائر تصرفاته، والله أعلم.

(*) اعرف أنه مهما بقي القصاص بقيت الدية عند الهدوية، وهذا على قول الفقيه حسن الذي يأتي، وأما على قول الفقيه علي فقال: تسقط وفاقاً[١] كما يأتي إن شاء الله تعالى[٢]، وهو ظاهر الأزهار؛ لأنهما أصلان.

(٤) القياس أن النفقة من ماله؛ لأنه لا يجب عليه التكسب، فإن تكسب كان من جملة المال، ولا يتعين عليه النفقة من الكسب. (قرد).

(*) وإنما قلنا: «من كسبه» لأن أمواله قد صارت مستحقة للغرماء بالحجر، «وإلا فمن ماله» لقوله ﷺ: ((ابدأ بنفسك ثم بمن تعول)). ويكون الإنفاق عليه يوماً فيوماً حتى يقتسمه الغرماء، ويكون إنفاقه على عادة الفقراء ولو كانت عادته خلاف ذلك. وقال الشافعي: كسوة مثله التي تعتاد قبل الإفلاس من خشن أو نفيس. قلنا: هو في حكم الفقراء لتعلق حق الغير بماله، فلا يستثنى له إلا مثل حالهم من غير إضرار. (بستان بلفظه).

---

[١] في غير المحجور، لا فيه فيكون سقوطها موقوفاً كسائر تصرفاته. (قرد).

[٢] في مسألة إذا عفا بعض الورثة ..إلخ أول كتاب الجنايات.

ماله[١] حتى يقسم بين الغرماء. ويكون إنفاقه على قدر عادة الفقراء[٢] ممن يشبهه في بلده، وقال الشافعي: على ما يعتاده هو.

فرع: ويبقى له ما يستثنى للمفلس، والزائد للغرماء يأمره الحاكم ببيعه لهم، فإن لم يفعل باعه عليه[٣] أو أمر من يبيعه، وقال أبو حنيفة: يجبره على بيعه. قال في الشرح: وإن رأى الحاكم الصلاح في بيعه قبل أن يأمره ببيعه جاز، نحو أن يجد من يشتريه والمحجور عليه غائب[٤] وكان في تأخيره ضرر على الغرماء.

مسألة: قال في البحر: ويستحب إحضار المحجور عليه عند البيع، وإحضار الغرماء لعل يكون فيهم من يرغب في شرائه فيرتفع ثمنه لكثرة الطالب.

مسألة: وأجرة السمسار من بيت المال إن كان[٥]، وإلا فمن مال المفلس[٦]. ويقدم بيع ما يخشى فساده[٧]، ثم الحيوان[٨]، ثم المنقول، ثم العقار. ويصاح في

---

(١) يقال: الكسب من جملة المال. (قرد).

(٢) في (ج، د): على عادة الفقراء.

(٣) وكذا غير المفلس ممن تمرد عن قضاء دينه أو نحوه جاز للحاكم فعل ذلك من بيع وإنفاق على من يجب على المتمرد إنفاقه. (حاشية سحولي).

(٤) غيبة يجوز معها الحكم. (شرح فتح). وفي حاشية: وقيل: وإن لم تكن الغيبة مما يجوز فيها الحكم؛ لأنه يعمل في ماله بالأصلح.

(٥) وذلك لأن هذا من جملة المصالح، وإلا فمن مال المفلس؛ لأن العمل إنما يكون من أجله. ويستحب أن يقول الحاكم للمفلس والغرماء: ارتضوا رجلاً ينادي ببيع المتاع؛ لأنهم أعرب بمن يصلح لذلك الأمر، ولأن فيه تطييباً لأنفسهم، وإذا رضوا غير ثقة لم يقبله الحاكم؛ إذ لا تؤمن خيانته. (بستان).

(٦) لأن العمل إنما كان من أجله. (بستان).

(٧) كاللحم والفواكه وما أشبه ذلك؛ لئلا يفسد. (بستان).

(٨) لأنه معرض للتلف، ويحتاج إلى مؤنة في بقائه. ثم المنقول؛ لأن الأيدي تناله ويخاف عليه الضياع بالسرقة والجناية. (بستان).

كل شيء في سوقه[١]، إلا العقار[٢] فلا يصاح به.

مسألة: والذي يبقى للمفلس هو ما لا يستغني عنه لنفسه وزوجاته وأولاده الصغار وأبويه المعسرين العاجزين[٣]: من المنزل والكسوة والنفقة على عادة الفقراء ممن يشبه حاله في ذلك البلد على وجه لا يتضرر به، وكذا الخادم إذا كان لا يقدر على خدمة نفسه[٤].

فرع: ويعتبر في النفقة ما يكفيهم إلى الدخل إن كان له دخل يعتاده أو كسب[٥]، فإن لم فقال في تعليق الإفادة والفقيهان يحيى البحيح وحسن: يبقى لهم قوت يوم فقط[٦]، وقال في الحفيظ: قوت سنة[٧].

فرع: وإذا كان في داره فضلة عن القدر الذي لا بد له منه بيع الزائد إن أمكن، وإلا بيعت الكل واشتري له مسكن قدر كفايته ببعض ثمنها، ويكون في

---

(١) فالكتب في سوق الوراقين، والبز في سوق البزازين، والطعام في سوقه، والبقر والغنم في سوقها. (بستان).

(٢) العقار: الأراضي والضياع، قال الأصمعي: وعقر الدار أصلها، ومنه قيل: إن العقار المنزل والأرض والضياع، وعقر بضم العين وفتحها. (ترجمان).

(٣) وقيل: من تلزمه نفقته من قرابته، وهو الظاهر من قول الهادي والسيدين، وصرح به أصحاب الشافعي.

(٤) أو كان في خدمته لِنفسه سقوط مروءة على ما سبق في الزكاة عن الإمام عز الدين. (مفتي).

(٥) ينظر هل يبقى لمن يتكسب وقت الحصاد بالسؤال من الزكاة وغيرها من أموال بني آدم؟ لعله كالكسوب، والله أعلم. ينظر، قرر أنه لا يكون كالكسوب. (شارح) (قرر).

(٦) العونتين. (حاشية سحولي) (قرر). وما يحتاج إليه عرفاً. (قرر).

(*) وعليه الأزهار.

(٧) قلت: ولا وجه له[١]. (بحر). وقيل: وجهه ادخار النبي ﷺ قوت سنة. ومن هاهنا إلى باب الصلح الأغلب أنه لا يحتاج إلى كلام عليه. (بستان).

---

[١] لأن المأخذ من ادخاره ﷺ قوت السنة لا حجة فيه؛ لأنه في غير المدين.

بلده في موضع لا يتضرر به. ويباع عليه خاتمه[١]، خلاف الشافعي، وكذا إذا كان في ثيابه زيادة بيع الزائد، أو كان فيها جودة بيعت واشتري له ببعض ثمنها ما يليق به كما مر، وكذا في خادمه إذا كان فيه فضلة يباع ويستأجر له خادم آخر. قال:أبو طالب: وإن أمكن أنه يستأجر له مسكن لم يشتر له، بل يكترى له ما يحتاج إليه، قال الفقهاء يحيى البحيبح وحسن ويوسف: والمراد به إذا كان له كسب فيه فضلة يكترى له منها، أو كان له غلة وقف فيها فضلة يكترى له منها، أو كان له مال لم يوجد من يشتريه وفي غلته فضلة يكترى له منها، فإن لم يكن شيء من ذلك فلا معنى للكراء.

فرع: ويترك له آلة صنعته التي يكتسب بها، ذكره في الكافي والتذكرة، قيل[٢]: إلا إن كانت توفي بالدين بيعت له[٣].

مسألة: إذا كان في كسبه[٤] أو غلاته التي قدمنا فضلة على ما يكفيه نجم عليه الحاكم تلك الفضلة على ما يراه في أوقات مقدرة يسلمها للغرماء على وجه لا يضر به، وعلى الغرماء أن يقصدوه لقبض ذلك[٥]، قال الفقيه يحيى البحيبح: وهذا يدل على أنه لا يلزم إيصال الدين إلى صاحبه، بل هو يأتي له، وقال المؤيد

---

(١) وسلاحه.

(٢) رواه في تعليق الهاجري عن الفقيه يوسف.

(٣) وقيل: لا تباع ولو كانت توفي بالدين إلاَّ زيادة النفيس. (شرح فتح).

(*) إذا كان يجد غيرها بالأجرة. (شرح فتح).

(٤) يعني: إذا اكتسب مختاراً نجم عليه الدين، لا أنه يجبر على التكسب. (رياض).

(*) حيث اختار الكسب. (مفتي).

(٥) سواء كان الدين مما يجب تسليمه إلى موضع الابتداء أم لا، فهذا خاص في المحجور عليه كما في حواشي شرح الأزهار. (قرر).

(*) وعليه الأزهار.

(*) وهو خاص في المحجور؛ لئلا يضر بكسبه، فلا يقاس عليه غيره، وسواء كان عن قرض أو غصب أو غيره، وهو ظاهر الأزهار والأثمار والزهور والوابل. واختاره الإمام شرف الدين عليه السلام.

بالله: إنه يجب إيصاله إليه أول مرة، فإذا امتنع منه لم يجب من بعد إيصاله إليه، قال المؤيد بالله: ولهم أن يطالبوه بإقامة كفيل بذلك القدر المنجم، قال الفقيه يحيى البحيبح: وهذا يدل على أن لصاحب الدين المؤجل أن يطلب كفيلاً به، وقال في البحر: ليس له أن يطلب فيه كفيلاً ولا رهناً[١] كما لا يطالب به.

مسألة[٢]: إذا طلب الغرماء تأخير بيع ضيعة المفلس ونحوها حتى يستغلوها بالزائد على قيمتها ثم تباع بالباقي فلهم ذلك.

مسألة: وإذا لم يوجد من يشتري ماله إلا بغبن ظاهر[٣] فله أن يمتنع من بيعه مدة قريبة[٤] حتى يأتي يوم السوق أو مجيء القافلة أو نحو ذلك[٥]، ذكره في الزيادات والكافي.

مسألة: إذا تصرف المحجور عليه[٦] في ماله وحكم حاكم بصحته، أو

---

(١) والمذهب أنه بنظر الحاكم.

(٢) هذه المسألة مثل قوله في الأزهار في باب المأذون: ولهم استسعاؤه، قال في شرحه: وإن شاءوا استسعوه في القدر الزائد ثم يباع ببقية الدين.

(٣) ولفظ الزهور: قال في الكافي: فان لم يوجد من يشتريه إلاَّ بوكس ظاهر...الخ.

(*) لكنه يقال: إذا لم يمكنه بيعه إلا بغبن فاحش هل يلزمه بيعه لقضاء الغرماء؟ ولعله المراد بالوكس الظاهر أيضاً؟ أجاب عليه السلام بأنه يجب بيعه، إلا أن يكون الغبن مجحفاً به لم يجب، هكذا ذكره عليه السلام حين سألته، ولعل مراده عليه السلام حيث لا يؤثر الإمهال مدة قريبة كما تقدم؛ إذ لو كان يزول ذلك الغبن بذلك الإمهال أمهل كما ذكره في الكافي. (نجري).

(٤) وقد قدرت المدة خمسة عشر يوماً. (صعيتري). وقيل: بل برأي الحاكم.

(٥) كنزول أهل الجبال. (زهور بلفظه).

(٦) **مسألة**: من ادعى أنه اشترى من المحجور عليه قبل الحجر وبين عليه بينة مطلقة، أو أنه قضاه دينه قبل الحجر، وأنكر أهل الدين تقدم تصرف المحجور عليه قبل الحجر- فيحتمل أن البينة على المشتري؛ لأن ظاهر الحال يشهد بالمنع، ولا وقت أولى من وقت، فيحكم بأقرب وقت، ويحتمل أن البينة على الغرماء؛ لأن الأصل نفوذ تصرف المالك وعدم تقدم الحجر، ولا وقت أقرب من وقت، فيحكم بأقرب وقت وقد حصل فيه =

الحاكم الأول حكم بصحته ناسياً لحجره- فإنه يصح؛ لأن المسألة خلافية[١]، إلا إن كان الحاكم الأول قد حكم بصحة حجره عليه لم يصح تصرفه ولا الحكم به[٢]، ذكره في البحر[٣]. وهذا يدل على أن الحجر[٤] إذا حكم به حاكم لم يصح رفعه من الحاكم ولا من غيره حتى يسقط الدين أو يرضى الغرماء كلهم، وهو محتمل للنظر؛ لأن الحكم إنما يقطع الخلاف في الحجر، لا أنه يمنع رفع الحجر، كما إذا حكم حاكم بصحة البيع ثم تفاسخ البائع والمشتري فيه.

مسألة: إذا رأى الحاكم صلاحاً في رفع الحجر عنه حتى يقر بدين عليه أو نحوه[٥] جاز، وسواء كان هو الحاجر عليه أو غيره، ذكره في الكافي.

مسألة: إذا قضى المفلس[٦] ماله كله بعض غرمائه وترك الباقين: فبعد الحجر عليه لا يصح، وقبله يصح ولا يأثم، إلا إن كان الباقون قد طلبوه فإنه يأثم، ذكره في الزيادات. وهذا في حال صحته، وأما في حال مرض موته فقال المؤيد بالله: يصح أيضاً، وقال الشافعي وأبو جعفر والأستاذ: لا يصح؛ لأن

الحجر.اهـ ويقرب أن الاحتمال الأول أقوى [أقرب (نخ)]؛ لئلا يؤدي إلى عدم تأثير الحجر لو قلنا بالاحتمال الثاني.

(١) خلاف زيد بن علي والناصر وأبي حنيفة كما تقدم في أول الباب عنهم. (خط سيدي عبدالرحمن الأكوع رحمه الله).

(٢) لأن الحجر صار مجمعاً عليه، ذكر معنى ذلك في الغيث.

(٣) قال الإمام المهدي عليه السلام في البحر: والأقرب أن قول الحاكم: حجرت بمنزلة الحكم؛ إذ هو إلزام. قال في الوابل: وصححه المؤلف عليه السلام. (شرح بهران). هذا بناء على أنه لا يعتبر لفظ الحكم.

(٤) يحقق هذا. (من بيان المفتي وخطه).

(٥) كأن يرى صلاحاً في معاملته للغير.

(٦) وسيأتي مثل هذا في الوصايا في قوله: مسألة: إذا قضى الرجل ماله كله...إلخ المسألة ٢٧ من قوله: فصل: يجوز أن يكون المسلم وصياً للذمي.. إلخ.

المرض كالحجر[١]. وهو أولى.

مسألة: إذا جنى المحجور عليه ما يوجب القصاص اقتص منه في الحال، وإن جنى ما لا قصاص فيه أو على مال فقال المؤيد بالله والقاضي زيد: يكون ضمانه في ذمته يطالب به بعد رفع الحجر[٢]، وقال أبو طالب والشافعي والوافي: يطالب به في الحال، ويكون من جملة ديونه. قال الفقيهان حسن ويوسف: والظاهر أنها خلافية، فشبه المؤيد بالله المحجور عليه بالعبد المرهون إذا جنى على الغير فإن المرتهن أقدم به، وشبهه أبو طالب بالعبد الجاني إذا جنى جناية أخرى فإنهم يشتركون فيه. قال الفقيه يوسف: وتشبيه المؤيد بالله أقوى. وقيل: ليس بينهم خلاف، بل كلام المؤيد بالله والقاضي زيد فيما صار في يده برضا مالكه ثم جنى عليه، وكلام أبي طالب والشافعي فيما لم يسلمه مالكه إليه، بل جنى عليه ابتداء.

مسألة: إذا كان على المحجور عليه كفارة لم يصح أن يكفر بالصوم[٣]؛ لأن ماله باقٍ على ملكه[٤] وهو متمكن من إخراجه، لكن منعه الشرع، ذكره المؤيد بالله، ولأنه يجوز أن يرتفع الحجر عنه قبل فراغه من الصوم[٥]، ولأنه كمن معه عبد وهو محتاج إلى خدمته.

---

(١) يقال: في التبرعات.

(٢) وعلى هذا لو كانت الجناية من عبده لم يقتص منه، والظاهر أن ذلك مستقيم. بل يقتص منه كما يقتص من سيده. ويمكن الفرق بأنه لا حق للغرماء في بدن السيد بخلاف العبد، فيحقق النظر في هذه المسألة.

(٣) والمراد حيث وقع الحنث بعد الحجر، أما لو كان قبل الحجر فإن الكفارة تشارك الدين كما سيأتي في الوصايا. (قرر).

(*) ويزكي ولا يتزكى.

(٤) يقال: وجوده كعدمه، ويشبه ما تقدم للمنصور بالله أن من وجد الماء وتعذر عليه استعماله يجوز له التيمم مع وجود الماء، وكلام المؤيد بالله كقول أبي مضر: لا يتيمم حتى يريق الماء. (ديباج). قلنا: هو هنا يجوز ارتفاع الحجر...إلخ. (مفتي).

(٥) قال الإمام المهدي عليه السلام: إنه إذا ظن بقاء الحجر ثلاثاً صح أن يصوم.اهـ وظاهر الأزهار خلافه.

مسألة: إذا كان المحجور عليه قد أحرم بالحج قبل الحجر فإنه يصير محصراً؛ لتعذر المال[(١)]، ذكره المؤيد بالله، وكذا لو أحرم بعد الحجر أيضاً. قال القاضي زيد: وهذا[(٢)] إذا كان يحتاج في السفر من النفاق أكثر من الحضر، فإن كان سواء لم يكن محصراً. وقال في الوافي: بل يسلم له نفقته مطلقاً ولا يحصر.

مسألة: ولا يلزم المرأة المفلسة أن تزوج حتى تقضي دينها من مهرها، ولها أن تزوج بدون مهر مثلها، كما لها أن تؤجر نفسها بدون أجرة مثلها.

---

(١) إذ يشبه انقطاع الزاد.

(٢) لعل هذا يستقيم في المتفضل، وأما غير المتفضل فلا يبقى له إلا قوت يوم فقط. اهـ وهذا يستقيم حيث قسم المال بين الغرماء، وأما قبل ذلك فقد تقدم[١] أن له أن يستنفق قدر عادة مثله في البلد من غير فرق بين متفضل وغيره. (شامي) (قرر).

---

[١] في قوله: مسألة: وينفق على المحجور عليه وعلى عوله.. المسألة العاشرة من أول الباب. (سماع سيدنا حسن).

باب الصلح

إنما يصح بلفظه إذا كان عن دين أو عن عين في يد غير مالكها[١]. وهو على ضربين:

الأول: بمعنى الإبراء، وهو حيث يصالح عن الدين ببعضه، فإن كان بمعجل عن معجل صح وفاقاً، وإن كان بمعجل عن مؤجل: فإن كان التعجيل تبرعاً[٢] صح وفاقاً، وإن كان مشروطاً فقال أبو طالب وأبو حنيفة: لا يصح، وقال المؤيد بالله وأبو العباس والمنصور بالله والشافعي: يصح[٣]، قال المنصور بالله: وإذا لم يعجل ما صالحه به كان له الرجوع فيما أسقطه[٤]، رواه في التقرير. وإن كان بمؤجل عن معجل لم يصح عند الهادي وأبي العباس وأبي طالب وأبي حنيفة؛ لأنه بيع[٥]، وقال المؤيد بالله: يصح[٦] وإنه[٧] إسقاط للبعض وتأجيل للبعض، وقواه الفقيه يحيى البحيح[٨]. وإن كان بمؤجل عن مؤجل: فإن كان الأجل الآخر مثل ما بقي من الأول صح وفاقاً، وإن كان أقل منه أو أكثر فقال الفقيهان حسن وعلي: يصح وفاقاً[٩] أيضاً، وهو ظاهر التقرير، وقال الفقيه

---

(١) فأما لو كانت في يد مالكها فليس بصلح، بل شراء. (قرن).

(٢) ممن عليه الدين.

(٣) وعليه الأزهار بقوله: «ويصح بشرط حط البعض» في باب القرض.اهـ وكذا هنا؛ لأنه لم يستثن إلا الصورة الآتية، وهي قوله: إلا عند نقد بدين.

(*) ووجه قول المؤيد بالله وأبي العباس أنه إبراء. (زهور).

(٤) ولعله يفهمه الأزهار بقوله: «ويرجع بما حط لأجله من لم يوف له به» في آخر باب الشروط.

(٥) لأنه يجري مجرى أن يبيعه عشرة بخمسة مؤجلة، وهو لا يجوز كما لا يجوز في الصرف. (بستان).

(٦) لأن ما هذا حاله حط وإبراء ونقصان من الدين فلهذا كان جائزاً، وتأجيل الخمسين لا يبطل الحط من الدين والنقصان منه. (بستان).

(٧) في (د): لأنه.

(٨) واختاره الإمام شرف الدين، وقواه المفتي وحثيث والشامي، قال في شرح التجريد: ووجهه أنه أجله ببعض وأبرأه من الباقي.

(٩) لأنهما قد اتفقا هنا في التأجيل وإن اختلف القدر. (شرح الأزهار).

محمد بن يحيى: بل هو على الخلاف: فإن كان أقل فهو كالصلح بمعجل عن مؤجل، وإن كان أكثر فهو كالصلح بمؤجل عن معجل.

والثاني: صلح بعوض من غير جنس الدين[(١)]، فقد يكون بمعنى البيع، وهو حيث يكون المصالح به عين، فحكمه كالبيع سواء، وقد يكون بمعنى الإجارة، وهو حيث المصالح به منفعة، فحكمه حكم الإجارة سواء[(٢)]، وقد يكون بمعنى الهبة، وهو حيث يصالح عن عين له في يد غيره ببعضها[(٣)]، فيكون قد وهب له باقيها، وقد يكون بمعنى العارية، وهو حيث يصالح عن عين له في يد غيره بمنفعتها مدة معلومة[(٤)]. ذكر الهبة والعارية في البحر. وهما يصحان مع

---

(١) الأولى: من غير جنس المصالح عنه.

(٢) قوله: «فحكمه حكم الإجارة سواء» ومثاله: أن يدعي عيناً في يد الغير أو ديناً في ذمته فيقر له بها، ثم يصالحه عن ذلك على سكنى دار شهراً أو خدمة عبد سنة، فهذا صحيح، ويملك المقر ما ادعي عليه، ويملك المقر له منفعة الدار أو العبد، ويشترط فيه ما يشترط في الإجارة. (بستان بلفظه). ويغتفر لفظها هنا. (*قرره*). وكذا البيع. (*قرر*) ولا يشترط القبول إذا كان بمعنى الإبراء ما لم يكن عقداً. (*قرر*).

(٣) نحو أن يقول: ادفع إليّ نصفها ووهبتك النصف الآخر. وهكذا لو قال المقر له: صالحني على هذه الدار بنصفها، أو قال المقر: أدفع إليك نصفها على أن تهب لي نصفها، فإذا وقع الصلح على ما ذكرناه صح، ويكون فرعاً على الهبة. (بستان بلفظه).

(٤) وصورته: أن يدعي عليه داراً في يده فأقر له بها، ثم قال المقر له: صالحني عن هذا الدار بسكناها سنة، فقال المقر: صالحتك، صح ذلك وكأنه أعاره سنة، وله الرجوع في عاريته. (بستان بلفظه).

(*) أو بمعنى جعالة، كصالحتك بكذا على رد عبدي، أو بمعنى فداء، كقولك للحربي: صالحتك بكذا على إطلاق هذا الأسير، أو بمعنى الفسخ، كأن يصالح عن المسلم فيه برأس ماله، أو بمعنى السلم، كأن يجعل المدعى رأس مال سلم، فهذا الصلح الذي بمعنى تلك الأشياء جائز صحيح، وقد ذكرها في كتب الشافعية. (شرح فتح لفظاً).

اعتراف من الشيء في يده[(١)]، لا مع إنكاره له فلا يصحان.

مسألة: والصلح إن كان بمجهول عن مجهول أو بمجهول عن معلوم فهو باطل وفاقاً[(٢)]، وإن كان بمعلوم عن معلوم فهو صحيح وفاقاً، وإن كان بمعلوم عن مجهول: فحيث المجهول دين في الذمة وصالح عنه بقدر معلوم من جنسه يكون[(٣)] كالبراء من مجهول يصح[(٤)] عند أبي طالب وأبي العباس وأحد قولي المؤيد بالله وأبي حنيفة، خلاف الناصر والشافعي وأحد قولي المؤيد بالله والوافي، وإن صالح عنه بغير جنسه أو كان المصالح عنه أعياناً جهلاها أو بعضها أو جهلها أحدهما[(٥)] فهذا كالبيع لا يصح عند الهادي والقاسم والناصر ومالك والشافعي، ويصح عند زيد بن علي والمؤيد بالله والحنفية؛ لأنه لا يحتاج إلى إقباض، ذكره[(٦)] في الكافي. وهكذا يكون الخلاف إذا باع المجهول ممن هو في

---

(١) من غير تغلب. (كواكب). وظاهر الكتاب لا فرق.

(٢) أما بمجهول عن مجهول فمثاله: أن يقر له بأشياء جملة ويصالحه على أشياء جملة، وسواء كانت تلك الأمور على جهة البيع أو على جهة الإبراء فإنه باطل؛ لأن الجهالة في الأمرين جميعاً غرر، وقد نهى ﷺ عن بيع الغرر. وأما بمجهول عن معلوم فمثاله أن يقر له بألف درهم ثم يصالحه على ما يكتسبه في هذا العام، أو يقر له بعبد أو ثوب ثم يصالحه على ما تغل أرضه؛ لأن الصلح إذا كان واقعاً على هذه الصفة فإن جهالة ما صولح به توجب بطلان الصلح. (بستان).

(*) سواء كان بمعنى البيع أو الإبراء. (قرد).

(*) أي: فاسد. (قرد).

(٣) في (ب): فهو كالبراء.

(٤) إذا كان المصالح يعلم أن المصالح به دون المصالح عنه، فإن كان يعلم أنه فوقه أو التبس لم يصح تغليباً لجانب الحظر. لأنه إذا كان فوقه فهو من بيع الشيء المتفق متفاضلاً، وهو ربا، وإن كان مثله فمن شرطه التقابض وإلا كان ربا، والله أعلم. (شامي) (قرد). وسيأتي معنى هذا الكلام المتقدم في المسألة الثامنة والتاسعة من هذه.

(٥) حيث كان الجاهل البائع، لا المشتري فيصح. ويثبت للمشتري الخيار.

(٦) في (ب): ذكر ذلك.

يده كما تقدم في البيوع[١].

مسألة: يصح الصلح عن الديون والأموال والدماء[٢] والديات[٣] والأروش البدنية والمالية بين المسلمين والكفار، ولا يصح في الحدود والأنساب؛ لأنه إذا وقع على إثبات ما هو غير ثابت منها فهو تحليل ما حرم الله، وإن وقع على إبطال ما هو ثابت منها فهو تحريم ما أحل الله. ومنه مصالحة السارق والقاذف على أن لا يرفعا[٤] إلى الحاكم.

فرع: وإنما لا يصح الصلح ولا يجوز على تحليل ما حرم الله أو تحريم ما أحل الله إذا كان مع بقاء سبب التحليل أو سبب التحريم بحيث لا يرفعه الصلح، نحو أن يصالح غيره على أن لا يطأ أمته أو زوجته، أو على أن لا يتصرف في ملكه، أو على أنه يمكنه من أمته أو حرمته، أو نحو ذلك، فأما مع ارتفاع السبب فيجوز[٥]، وذلك كالبيع[٦] والهبة والنكاح والطلاق[٧] ونحو ذلك.

---

(١) يصح عند المؤيد بالله، لا عند أبي طالب. (قرر).

(٢) وهذا على القول بأن القصاص أصل والدية بدل، أو يكون الصلح عن القصاص والدية معاً. وإنما صح عن الدم مع كونه حقاً لأنه يؤول إلى المال. (معيار). وقيل: بدليل خاص. (عامر). وفي بعض الحواشي: وعلى المذهب أنه يصح الصلح ويسقط القود ولا يلزم العوض؛ إذ هو حق، وأما الدية فهي باقية.اهـ لأنهما أصلان عندنا.

(*) الموجبة للقصاص.

(٣) مطلقاً عمداً أو خطأ.

(٤) في (ب): يرافعا.

(٥) وذلك نحو: بعت منك هذا بهذا، أو صالحتك بهذا عن هذا وأراد به البيع، فإن هذا صلح أحل حراماً بالنظر إلى قبل البيع، فيجوز لارتفاع سبب التحريم بالبيع، وكذا في الهبة لو قال: صالحتك بهذا على أن تهب هذا، وكذا في النكاح لو قال: صالحتك بهذا على أن تزوجني ابنتك فقال: زوجت فقد زال سبب التحريم، وكذا الطلاق. (تعليق الفقيه حسن).

(٦) يعني: يبيع أمته منه أو يهبها منه، أو يزوج ابنته منه أو أمته منه، والطلاق يعني: على عوض؛ لأن البيع ونحوه رافع لسبب التحريم.

(٧) فإن فيها تحليل ما حرم الله تعالى لكن زال بالعقد.

مسألة: قال الهادي: لا يجوز الصلح عن نقد بدين[١]، فأبقاه أبو العباس على ظاهره، وتأوله المؤيد بالله على أنه من غير جنسه[٢]، نحو أن يصالح عن دنانير بدراهم في الذمة[٣] ولم يقبضها قبل افتراقهما وما أشبه ذلك، فهو كالكالئ بالكالئ؛ لأنه كله في ذمة واحدة. وكذا بدراهم عن حب أو عكسه[٤] فلا يصح إلا أن يقبض في المجلس، ذكره في الشرح واللمع.

مسألة: إذا صالح بقفيز من المقشر غير معين أو من صبرة معينة لم يصح على القول بأنه قيمي[٥]، وعلى القول بأنه مثلي[٦] يصح حيث عينه في صبرة، لا حيث هو في الذمة إلا أن يقبضه في المجلس[٧].

مسألة: ولا يجوز الصلح مع إنكار الخصم، بمعنى أنه لا يحل للظالم منهما ما صار إليه بالصلح، سواء كان هو المدعي أو المدعى عليه، نحو أن يدعي على غيره شيئاً لا يجب له فيصالحه بشيء يسلمه له، فلا يحل له عندنا. وقال أبو حنيفة ومالك: يحل له[٨]؛ لأنه في مقابلة واجب، وهو إجابة الدعوى والمرافعة إلى الحاكم. فلو كان

---

(١) صوابه: عن حال بمؤجل؛ ليدخل المثلي.

(٢) وكذا من جنسه؛ لأنه بمعنى البيع عندنا.

(*) قوي.

(٣) ولو معينة عند الهادي فلا بد من قبضها قبل الافتراق. (قرز).

(٤) ولا بد أن يكون الحب موجوداً في الملك حيث صالحه به عن الدراهم.اهـ ولو تأخر القبض.

(٥) المختار أنه قيمي بعد التقشير إن كثر تقشيره [تكسيره (نخ)].

(٦) أحد قولي المؤيد بالله.

(٧) وكان المصالح عنه من غير الدراهم. وأما لو كان من الدراهم فلا بد من وجود القفيز في الملك سواء عين أم لا؛ لأنه يكون مبيعاً. (إملاء شامي) (قرز).

(*) ولو قبض؛ لأنه مبيع، والمبيع لا بد من وجوده في الملك، إلا أن يكون المصالح عنه من غير النقدين استقام كلام البيان. (قرز).

(٨) وقول أبي حنيفة ومالك كما ترى، وحجتهم في الزهور والبرهان كما في الكتاب، وفي =

الشيء المصالح به من غير المدعى عليه لم يحل له وفاقاً، ذكره في الشرح، فلو كان المصالح هذا أعطاه ما صالحه به بإذن المدعى عليه رجع بقيمته عليه، وللمدعى عليه أن يرجع على المدعي بما أعطاه الذي صالحه عنه عندنا، خلاف أبي حنيفة ومالك.

فرع: وكذا من ادعى على غيره شيئاً واجباً له فأنكره ثم صالحه ببعضه[١] فإنه لا يحل له الباقي منه، خلاف أبي حنيفة ومالك، وإن صالحه بجنس غيره لم يحل للمدعى عليه ما ادعاه المدعي[٢]، خلاف الكافي[٣].

فرع: فلو ادعى أحدهما أن الصلح وقع مع الإنكار، وقال الثاني: بل مع الإقرار- فالبينة على مدعي الإقرار؛ لأن الأصل عدمه[٤]، ذكره في البحر. ولا

الانتصار عن أبي حنيفة: لأن المصالحة بعد الإنكار دالة على رجوعه عن إنكاره الأول؛ فلهذا جاز ذلك، قال عليه السلام: وعلى هذا التعليل يزول الخلاف؛ لأنه إذا قال: إن مصالحته بعد الإنكار رضا وقد زال الإنكار مع الرضا فنحن لا نخالف في أن المصالحة مع الرضا صحيحة. (بستان بلفظه).

(١) حل للمدعي بلا إشكال؛ لأنه عين ماله. (شرح أزهار معنى) (قرر).

(٢) ولا يملكه ولو حصل لفظ البيع. (بحر معنى). أو الهبة أو النذر أو أي ألفاظ التمليكات لم يحل.

(*) ويكون العوض كالغصب إلا في الأربعة؛ لأنه في مقابلة عوض باطل. وقيل: كقيمة الحيلولة. (شامي).

(٣) يعني: فيكون كأنه باع ذلك منه بما أخذ منه، أشار إلى هذا في الكافي. (بستان).

(٤) فإن قلت: الأصل الثاني الصحة، والأصل الأول عدم الإقرار، فيتنزل على الخلاف، قلت: لعله يقال: إنه يشترط تقدم الإقرار، والأصل عدمه، والدخول فيه ليس بإقرار. (مفتي). قلت: مراد السيد رحمه الله أن الهادي عليه السلام لا يلزمه أن يقول بالأصل الثاني وهو الصحة؛ لأنه يعتبر فيها تقدم الإقرار، والأصل عدمه، والله أعلم. (شامي). ووجه ذلك هو أن الأصل الصلح عن الإنكار الذي قد عرف، ودعوى المدعى عليه بأنه قد أقر بها لا يكون مقبولاً إلا ببينة. (من الانتصار بخط القاضي ابن راوع).

يكون الدخول في الصلح هنا إقراراً من المدعى عليه؛ لأنه وقع بعد إنكاره[١]، بخلاف ما إذا طلب الصلح قبل إنكاره الدعوى فإنه يكون إقراراً.

مسألة: ليس لولي الصغير أن يصالح فيما ادعي عليه إلا بعد ثبوته بالحكم، ثم يصالح عنه بما أمكنه دونه. وإن كان الولي هو المدعي للصبي على الغير فلا يصح أن يصالح ببعض الحق أو بدونه من جنس آخر، إلا حيث لا يمكن تحصيله كله فيصالح بما أمكنه، ولا يبرأ الغريم من الباقي.

مسألة: قال في البحر: إذا قال المدعي للمدعى عليه: «أقر لي ولك ألف درهم» فأقر له لم يصح إقراره[٢] ولا يجب الألف[٣]، ولا يكون ذلك صلحاً.

مسألة: إذا صالح عن عشرة دراهم بخمسة على أنه إن دفعها يوم الجمعة وإلا فلا صلح: فإن كانت العشرة مؤجلة فهذا صلح بمعجل عن مؤجل فلا يصح على قول أبي طالب[٤] وأبي حنيفة، ويصح على قول المؤيد بالله وأبي العباس إذا وفى بما شرط، وإلا فلصاحبه الرجوع في الخمسة الآخرة، خلاف أحد قولي المؤيد بالله والناصر، وإن كانت العشرة معجلة صح الصلح والشرط حيث الشارط صاحب الدين؛ لأنه صلح بمعجل عن معجل[٥]، وإن كان

---

(١) وكذا إذا كان المصالح قد فهم دعوى المدعي فصالحه[١] خوفاً وتفادياً للخصومة فإنه ليس بإقرار، هذا هو المختار. (شامي).

(٢) يقال: قد ذكر في الخلع أن ذلك كلام مستأنف فلا يلزم العوض، وعلى هذا يصح الإقرار؛ إذ لا شرط ولا لزوم عوض، فينظر.

(٣) وذلك لأنه إخبار فلا يحل العوض عليه. (بستان). ولا يصح إقراره؛ لأنه إقرار مشروط.

(٤) هذا أحد احتماليه، كعن عشرة حالية بخمسة مؤجلة، والاحتمال الثاني: أنه يصح كالبيع على شرط تعجيل الثمن ليوم كذا. (تذكرة معنى).

(٥) قوله: «لأنه صلح بمعجل عن معجل» يعني: ولا يكون ذلك تأجيلاً، بل شرط أن يكون التسليم يوم الجمعة وإلا فلا صلح، كما في البائع إذا شرط تسليم الثمن في يوم معين وإلا فلا بيع، فيصح البيع والشرط عند أبي طالب. (بستان).

---

[١] يعني: ابتدأ قبل أن يدعي.

الشارط هو الذي عليه العشرة شرط تأجيله بالخمسة إلى يوم الجمعة فهذا صلح بمؤجل عن معجل(١)، وفيه الخلاف الذي مر(٢).

مسألة: إذا كان عند كل واحد من رجلين لصاحبه حب فتصالحا على أن يكون لكلٍ ما معه عوضاً عن الثاني: فإن كانا جنسين صح ذلك(٣)، وإن كانا جنساً واحداً فلا يصح إلا إذا علما التساوي فيهما عند العقد(٤)، ومع تجويز الزيادة أو النقصان لا يصح(٥).

مسألة: إذا كان المصالح به من غير جنس المصالح عنه صح مطلقاً(٦) إذا حضر في المجلس(٧) كما مر(٨)، وإن كان من جنسه فإن كانا قيميين صح مطلقاً(٩) أيضاً كما مر، وإن كانا مثليين فمع بقائهما لا يصح إلا مع العلم بالمساواة(١٠)، ومع التلف

---

(١) يقال: لم جعلها مؤجلة حيث الشارط المدين دون العكس؟ فينظر.

(٢) لا يصح.

(٣) مع التقابض قبل الافتراق. ولفظ الزهور: قال الفقيهان علي ومحمد بن يحيى: التقابض في المجلس شرط؛ لأنه لا يباع إلا يداً بيد، فتحتاج هذه المسألة إلى التأويل بأنهما تقابضا في المجلس، أما لو كان في الذمة كان في حكم المقبوض، لكن قوله: «عند» هو لما ليس في الذمة، بل للوديعة والغصب ونحو ذلك. (زهور بلفظه). يقال: هذا في أصل اللغة، وأما العرف «فعندي» يحتمل العين والدين كما صرح بذلك في شرح الأزهار في الإقرار، فابحث.

(٤) مع التقابض. (سحولي).

(٥) لأنه متضمن للربا.

(٦) يعني: ولا يشترط التساوي. (بستان) (قرر).

(٧) قلت: إذا كانا مثليين فالقبض قبل التفرق، وإن كانا قيميين أو الذي ليس في الذمة فمبيع؛ فيشترط الوجود في الملك والمعرفة للمبيع. (من بيان المفتي وخطه).

(٨) في مسألة المقشر، قبل هذه بخمس مسائل.

(٩) سواء كان بمثله أو أقل أو أكثر؛ لأن ما هذه صفته فهو في معنى البيع؛ فلهذا جازت المصالحة بأكثر من القيمة. (بستان).

(١٠) والتقابض قبل الافتراق. (قرر).

يجوز بمثله أو بأقل منه[١]، لا بأكثر[٢] ولا مع اللبس. ولا يكفي العلم المتقدم حيث يجوز بعده النقصان، خلاف الفقيه محمد بن سليمان.

فرع: فلو أتلف رجل على غيره ثوباً أو نحوه يسوى عشرة ثم صالحه باثني عشر درهماً لم يصح[٣] إلا على قول أبي العباس وأبي حنيفة: إن الثوب ونحوه باقٍ على ذمة المتلف فيقع الصلح عنه.

مسألة: يصح الصلح بشيء مبهم كالثوب المطوي[٤] ونحوه، ويصح بمال معلوم العين مجهول القدر كالجزاف[٥]، ويصح بشيء في الذمة من ذوات الأمثال إذا كان المصالح عنه عيناً، لا ديناً إلا أن يقبض ما صولح به في المجلس[٦].

---

(١) ويشترط قبض المصالح به في المجلس.

(٢) لأنه يكون ربا، كأن يصالح بعشرين عن عشرة في الذمة، كما لا يجوز بيع عشرة بعشرين. (بستان).

(٣) هلّا قيل: يكون الاثنا عشر عن قيمة الثوب من الذهب؛ إذ تقويم المقومات يصح بأحد النقدين، ولا ينصرف إلى ما يتعامل به على ظاهر إطلاق أهل المذهب، ويرجع هذا بالحمل على الصحة والخروج من الوقوع في الربا، لا يبعد ذلك، إلا أن يصرح بالمصالحة عن العشرة استقام الكلام، وسيأتي ما يؤيد هذا النظر في آخر باب الإبراء في قوله: مسألة: من أتلف على غيره شيئاً من ذوات القيم...إلخ. (شامي) (قرر). وقرر سيدنا حسن هذه الحاشية وطمس التذهيب على البيان. (من خط سيدنا عبدالرحمن الأكوع رحمه الله).

(*) هنا مذهب في نسخة فتأمل.

(٤) الذي لم يعلم ذرعه. (برهان).

(٥) وذلك لأنه إذا كان معيناً فالعلم حاصل به، وكونه غير معلوم الكيل والوزن لا يضر مع كونه معيناً، ولأنه يجوز بيع الجزاف إذا كان معيناً، وما صح بيعه جاز الصلح عنه؛ لأن الصلح بيع إذا لم يكن إبراء من الحق، ويكون إبراء إذا لم يكن بيعاً، فالصلح لا يخرج عن هذين الأمرين. (بستان بلفظه).

(*) حيث لا يجب التساوي.

(٦) إذا كان المصالح عنه من غير النقدين، وأما منهما فلا بد أن يكون المصالح به موجوداً في الملك إذا كان غير نقد؛ لأنه مبيع. (قرر).

مسألة: إذا استحق المال المصالح به وهو معين[١] بطل الصلح[٢]، سواء كان المصالح عنه عيناً أو ديناً أو ميراثاً أو غيره.

مسألة: من كان عليه دين لغيره ثم دفع إليه مالاً من غير جنسه ونواه عما عليه له، أو قال له: «دفعت إليك هذا على نيتي» ونواه عن الدين، وقبل الآخر وهو لا يعلم ما نواه- فإنه لا يقع عن الدين[٣]، فإذا استهلك المدفوع إليه ما قبضه ضمنه بمثله أو قيمته، فإن كانت من جنس الدين[٤] وقع قصاصاً[٥] بقدرها ، وإن كانت من غير جنسه لم تقع قصاصاً[٦] إلا بالمراضاة، ذكر ذلك الفقيه يوسف[٧].

مسألة: من له دين على غيره ولم يتمكن من قبضه منه إلا بقتله لم يجز له مطلقاً[٨]، وإن لم يتمكن منه إلا بضربه أو بحبسه لم يجز إلا بإذن الحاكم. بخلاف

---

(١) وهو مما يتعين؛ ليخرج النقدان.

(٢) ظاهره يبطل في العوضين معاً، وذكر الفقيه يحيى البحيح: أنه يبطل في المستحق ويفسد فيما لا يستحق، ويملك بالقبض، قال الفقيه علي: والظاهر خلافه. (زهور).

(٣) ظاهر هذا أنه لا بد من النية في قضاء الدين، وهذا يستقيم على كلام التذكرة والحفيظ الذي في آخر مسألة في الرهن. وقال أصحاب الشافعي وقواه الفقيه يوسف: إن له نيته كما تقدم.

(*) قد تقدم في المزارعة أنه يجوز بما تراضيا عليه، فعلى هذا أنه يشترط علم المدفوع إليه أنه أراد العوض هناك. (نظرية من خط المفتي). وقد تقدم في الرهن في اختلاف الراهن والمرتهن أنه هل عما فيه الرهن أو الضمين أو عن غيره أن القول للمرتهن، ولعل الفارق أن فيما تقدم سلم من جنس الواجب، وهنا من غير جنسه، فهو بمعنى البيع.

(٤) ونوعه وصفته.

(٥) في (ب): القصاص.

(٦) في (ب): لم يقع القصاص.

(٧) ينظر في هذه المسألة، وفي مسألة المخابرة في المزارعة، وحيث وفر الحق ساكتاً في آخر السلم، فالفقيه يوسف قد جزم فيما مضى أنه معاطاة، فكذا هنا، والقاضي يحيى صاحب البيان قال: صلح بمعلوم عن مجهول، كذا ذكره في بيان حثيث.

(٨) لأن الدين ليس عين ماله.

(*) سواء حكم له أم لا.

ما إذا كان له عين في يد غيره ولم يتمكن من أخذها إلا بقتله أو ضربه فإنه يجوز له ذلك دفعاً عن ماله، ذكره الفقيه يوسف.

مسألة: إذا صالح أجنبي زوجة الميت عن ورثته بغير إذنهم عما تستحقه الزوجة بالإرث وقد علمته نصيباً وجنساً ولو جهلت قدره وتفصيله صح ذلك، ويكون موقوفاً على إجازة الورثة كشراء الفضولي، ولكل منهما فسخه قبل إجازتهم، وسواء كان المصالح به ديناً أو عيناً، من مال الورثة أو من التركة إذا وقع الصلح بالزائد على نصيبها فيها(١)، فإن وقع بها الكل لم يصح(٢)؛ لأنها اشترت مالها ومال غيرها، وذلك لا يصح، وكذا إذا صالحها الورثة. فلو كانت العين من مال المصالح قال سيدنا عماد الدين فلعله لا يصح(٣)، إلا إذا كانوا أمروه بذلك(٤) كان لهم، ورجع عليهم بقيمة ما صالح به.

---

(١) وهو سبعة أثمان؛ لأنها تستحق الثمن.

(*) أي: في العين.

(٢) هذا أحد احتمالين ذكرهما صاحب الكتاب لنفسه في البرهان، قال: وهو الأظهر، قال: ويحتمل أن يصح ويكون كأنهم قد جعلوا ميراثها في باقي المال وهذه العين للورثة، فاشترتها منهم بميراثها، فيكون ذلك بيعاً وقسمة حيث المصالح الورثة. (بستان).

(٣) هلا قيل: يصح ويكون متبرعاً كما لو صالح بعض الورثة بعين من ماله كما يأتي إن شاء الله تعالى أنه يصح ويكون متبرعاً، وإلا فما الفرق[١]؟ فينظر.اهـ والأولى الصحة، ويكون موقوفاً على الإجازة. (هبل). حيث أضاف المصالح؛ لأنه شراء. و(قرن).

(*) بل يكون موقوفاً على الإجازة. (قرن).

(*) لأنه بيع، وهو لا يصح بلفظ الصلح إلا إذا وقع على ما في الذمة أو تحت اليد، وليس في ذمة المصالح ولا تحت يده شيء.

(٤) أو أجازوا وأضاف المصالح؛ لأنه شراء. (مفتي) (قرن).

---

[١] لعله يقال والله أعلم: الفرق أن الوارث الدين في حكم الثابت في ذمته مع أخذه التركة، بخلاف الأجنبي فليس في ذمته شيء.

فرع: فلو كان الصلح بمعنى الإبراء عن مهرها أو نحوه لم يحتج إجازة الورثة[١]، لكنه يبطل بردهم له إن كان الدين على الورثة، نحو أن يكونوا قد أتلفوا التركة، لا إن كانت باقية فلا يبطل بردهم؛ إذ لا شيء عليهم[٢].

مسألة: إذا[٣] أبرأت زوجها من مهرها إن لم يطالب سائر ورثتها بميراثه منها فعلى قولنا: إن البراء إسقاط- يصح، لكنه لا يقع البراء حتى يعلم حصول الشرط[٤]، وهو قبيل موت الزوج حال نزاعه؛ لأن «إن لم» للتراخي عندنا، فلو طالبه ورثتها بعد موتها بالمهر صح طلبهم. وعلى القول بأن البراء تمليك لا يصح ذلك[٥].

فرع: فلو وهب الزوج ميراثه منها لهم صح البراء، وإن باعه منهم أو وهبه لغيرهم بطل البراء، وإن مات الزوج قبل يطلب ميراثه منها فلعله يكون لورثته

---

(١) قوله: «لم يحتج إجازة الورثة» وذلك لأنها أسقطت حق نفسها، ولا يصح رجوعها عن ذلك. (بستان بلفظه).

(٢) لأنه إن سلم لها من ماله فهو متبرع، وهو يصح، وإن سلم من التركة فقد صار إليها ما تستحقه من التركة وإن أثم في القبض والتسليم. وهو يقال: أما إذا كانت قد أتلفت ما سلمه إليها فالكلام مستقيم؛ لأنه يثبت في ذمتها مثل ما بقي لها بعد البراء فيتساقطان، وأما إذا كان باقياً فالقياس إرجاعه إلى التركة؛ لأنه صار إليها على وجه التعدي ولم يجز الورثة، والله أعلم. (شامي) (قرر). يقال: يستقيم ما ذكر إذا كان المسلم غير مثلي، وإن كان مثلياً فالقبض صحيح؛ لأن قسمته إفراز، والكل واحد أخذ نصيبه بشرط مصير النصيب إلى المالك.. إلخ، وقد جعل المسألة أنه بمعنى الإبراء فينظر كيف يتمشى الكلام؟

(٣) في (ب): من أبرأت.

(٤) يقال: فلم يصح البراء وقد صار المهر ملكاً للورثة؟ ولعله على الخلاف في العتق ونحوه. لعله يقال: هذه وصية بالبراء مشروطة، وهي صحيحة، وقرينة كونها أرادت ذلك جعلها ترك المطالبة بحصته من تركتها، وذلك إنما يكون إذا تقدم موتها، فيكون حكمه حكم سائر الوصايا. (شامي).

(٥) لأن التمليك المعلق على شرط لا يصح. (بستان).

بعده أن يطلبوه؛ لأنه باق لهم، لكن لورثتها أن يرجعوا في البراء من مهرها؛ لأنه في مقابلة عوض -وهو ترك ميراثه لهم- ولم يحصل، والله أعلم.

فرع[١]: فإن كانت أبرأته من مهرها على أن لا يطالب ورثتها وقَبِل ذلك صح البراء[٢]، فإن طالبهم من بعد كان لهم الرجوع في البراء من حصتهم[٣] من المهر.

مسألة: إذا صالح بعض الورثة[٤] عن دين على[٥] الميت ففيه وجوه أربعة:

الأول: أن لا يكون للميت تركة، فليس على الورثة شيء، لكن حيث الصلح بمعنى الإبراء يبرأ الميت من الزائد[٦]، ولا يلزم الوارث ما صالح به إلا أن يضمن به[٧]، وحيث هو بمعنى البيع فإن جعل المصالح عنه مبيعاً -نحو أن يصالح بمائة درهم عن مائة قفيز براً- لم يصح ؛ لأنه تصرف[٨] بما في ذمة الميت إلى غير من هو عليه[٩]، وإن جعله ثمناً -نحو أن يصالح بعين عن دين من النقد- فإن كانت العين له صح الصلح، ويستحق الثمن على صاحب الدين[١٠]؛ لأنه لا يتعين عندنا[١١]، وإن كانت لغيره أو بعضها فإن أجاز مالكها صح كما مر، وإن لم بطل في حقه.

---

(١) تحقيق هذه الفروع أن الحق للزوج في الميراث باق في الشرط والعقد لم يحصل ما يخرجه عن ملكه، أما في الشرط فيقف على حصوله، وأما في العقد فقد صح البراء من جهتها ولم يسقط حقه، فمع مطالبته أو وارثه لها الرجوع أو ورثتها؛ لأنه على عوض، فتأمل. (شامي) (قره).

(٢) يعني: بالقبول؛ لأن ذلك عقد يصح بالقبول. (بستان)

(٣) في (ب): حصصهم.

(٤) والمسألة مبنية على أنه لم يكن ثمة وصي.

(٥) في (ج، د): عن.

(٦) هلّا قيل: البراء من الزائد مشروط بتسليم ما وقع الصلح به، ولم يقع التسليم، فينظر. (قره).

(٧) لصحة الضمان عن الميت المعسر.

(٨) أي: من له الدين.

(٩) لأنه باعه من غير من هو عليه، وهو الوارث، وليس في حكم الثابت [في ذمته] لعدم التركة.

(١٠) لعله حيث العين في يد من له الدين، وإلا كان بيعاً بلفظ الصلح، وهو لا يصح في غير بابه. (قره). إلا أن يجري عرف بأن لفظ الصلح من ألفاظ البيع، وعليه يحمل كلام الكتاب.

(١١) يعني: لا يتعين الذي على الميت، بل يستحق الوارث مثله على صاحب الدين ثمناً للعين المصالح بها. (بستان بلفظه).

الثاني: أن يكون للميت تركة ويصالح الوارث عن نفسه فقط صح صلحه عما يخصه من الدين، سواء كان صلحه بمعنى البراء أو بمعنى البيع، بعين أو بدين، من ماله أو من التركة إذا صالح بنصيبه(١).

الثالث: أن يكون للميت تركة ويصالح عنه وعن باقي الورثة صلحاً بمعنى البيع، وفيه صور أربع:

الأولى: أن يصالح بعين بإذن الورثة، فإن كانت من التركة صح، وإن كانت من ماله صح أيضاً ورجع عليهم بقيمة الزائد منها على حصته، كمن قال لغيره: أعتق عبدك عني، أو أطعم فلاناً عني، وإن ضمن في هذا لمن صالحه بما اختل في صلحه كان ضمان درك؛ إذا بطل الصلح ضمن الدين ورجع عليهم بحصتهم إذا نوى الرجوع ولو لم يأذنوا له في الضمان؛ لأن له ولاية(٢) في قضاء الدين من جنسه، لا من غير جنسه(٣).

الثانية: أن يصالح بدين على الذمة بإذن الورثة، كبعشرة عن قفيز حنطة أو عكسه(٤)- فيصح، ولا يكون من الكالئ؛ لأن الدين على ذمة الميت(٥)، ومال الصلح في ذمة الوارث(٦)، ولا يقال: إنه تصرف في الدين إلى غير من هو عليه؛ لأنه

---

(١) إذا كان في مستو غير أرض؛ إذ القسمة إفراز، وإن كان من الأرض فإن نوى القسمة وأجازوا صح، وإن كان لا يقسم بعضه في بعض صح في نصيبه فقط. (قرره).

(٢) حيث لا وصي. (قرره).

(٣) إلا أن يجبروا. (قرره).

(٤) لا يصح في العكس؛ لكون القفيز مبيعاً، وهو لا يصح أن يكون في الذمة.

(*) وفيه نظر ؛ إذ القفيز مبيع وقد قابله نقد فلا يصح أن يكون في الذمة. (رياض معنى).

(٥) لكن قد تعين على التركة فلا ذمة.

(٦) وهذا عندنا لأن الوارث ليس بخليفة، وأما من قال: «إن الوارث خليفة» لم يصح؛ لأنه في ذمة واحدة، وهو الوارث.

في حكم الثابت في ذمة الوارث لما كان مطالباً به. ويكون مطالباً بالعشرة كلها على قولنا: إن الحقوق تعلق بالوكيل في الصلح [١]، ويرجع على الباقين بحصتهم منها، وعلى القول الآخر[٢] لا يطالب إلا بحصته منها، فإن دفعها الكل فهو متبرع لا يرجع عليهم إلا أن يأذنوا له بالدفع. وإذا ضمن بالعشرة خير الغريم بين أن يطالب كلاً بحصته أو يطلبها الكل من المصالح له، وإذا دفعها الكل لم يرجع عليهم[٣] إلا إذا أذنوا له في الدفع أو في الضمان، فإن ضمن بغير إذنهم ثم أجازوا ضمانه فهل تلحقه الإجازة فيرجع عليهم[٤] أو لا تلحقه بل يكون متبرعاً؟ فيه تردد، وقد قال في التذكرة: إنها تلحقه الإجازة[٥].

الثالثة: أن يصالح بغير إذن الورثة بعين، فإن كانت من ماله صح، وهو متبرع فلا يرجع عليهم[٦]، وإن كانت من التركة صح في قدر نصيبه[٧]، ووقف في نصيب الباقين على إجازتهم، ذكره المؤيد بالله وأبو طالب، وإذا ضمن كان

---

(١) فيما هو بمعنى البيع. (قرر).

(*) وهو قول المذاكرين، خلاف قول السادة كما تقدم. (بستان). في قوله: مسألة: الحقوق تعلق بالوكيل .. إلخ المسألة السادسة من أول الوكالة.

(٢) وهو أن الحقوق لا تعلق بالوكيل، وهو قول السادة.

(٣) على القول أنه لا تعلق به الحقوق.

(٤) يعني: وهذا على القول الآخر، وأما على القول الأول فالحقوق متعلقة به، فيرجع وإن لم يجيزوا. (سماع سيدنا حسن رحمه الله).

(٥) فيرجع عليهم.

(*) فيلزم الفقيه حسن أن تلحق النذر؛ لأنه أقرب إلى العقد؛ من حيث إن قبوله عدم الرد، بخلاف الكفالة فلا تبطل بالرد، ذكره المؤلف. (يحيى حميد). يقال: هو أقرب إلى الاستهلاك فلا تلحق.

(٦) إلا أن يجيزوا مع الإضافة. أو أمروه بالدفع. (قرر).

(٧) ولهم نقض حصته أيضاً حيث كان ثم تركة غيرها من جنسها. (قرر).

ضمان درك إذا بطل الصلح ضمن الدين ورجع عليهم بحصتهم؛ لأن له ولاية في قضاء الدين من جنسه.

الرابعة: أن يصالح بغير إذنهم بدين على الذمة -كبعشرة عن قفيز أو عكسه- صح[(١)] في حصته من الدين، فيلزمه حصته مما صالح به فقط، ويقف في حصة الباقين على إجازتهم، فإن لم يجيزوه بطل[(٢)] ولو ضمن به المصالح؛ لأنه غير الواجب، وإن أجازوه صح ولا يلزمه إلا حصته؛ لأنه فضولي لا تعلق به الحقوق، إلا أن يضمن بما صالح به لزمه، وإذا دفع لم يرجع عليهم؛ لأنه متبرع[(٣)].

الرابع: أن يكون للميت تركة ويصالح صلحاً بمعنى البراء، وفيه صورتان:

الأولى: أن يصالح بإذن الورثة صح، ولا يلزمه إلا حصته مما صالح به؛ لأن الحقوق لا تعلق به، إلا أن يمكنه تسليم ما صالح به من التركة لزمه لمكان الولاية فقط، وإذا ضمن بذلك لزمه ورجع عليهم ولو لم يأذنوا له في الضمان؛ لأن له ولاية في القضاء من جنس الدين، لا من غير جنسه إذا[(٤)] دفعه منه فيكون متبرعاً، إلا إذا أذنوا له في الضمان ثم دفع من غير جنس الدين رجع عليهم بحصتهم من الدين[(٥)].

الثانية: أن يصالح بغير إذنهم، فإن صالح عن الميت أو مطلقاً صح وسقط باقي الدين مطلقاً، وإن صالح عنه وعن الورثة فإن لم يرده الورثة صح أيضاً،

---

(١) وفيه النظر الذي تقدم. (قرره).

(٢) أي: لم ينفذ.

(٣) لكن إن كان ضمانه بعد إجازتهم صح وفاقاً؛ لأنه بعد ثبوت الحق، وإن كان قبل إجازتهم ففيه الخلاف الذي في الضمان بالدين قبل وجوبه، فيصح عندنا، خلاف الناصر والشافعي. وإن أجازوا ضمانه عنهم ففيه التردد كما مر. واعلم أنه -قدس الله روحه- قد بين هذه المسألة بياناً شافياً وافياً كافياً، فجزاه الله عنا خيراً. (بستان بلفظه).

(٤) في (ب): فلو دفعه منه كان متبرعاً.

(٥) لأنه قد ملكه بالشراء.

وإن ردوه صح في حصته فقط، فيبرأ[١] من الزائد لا هم. فإن كان ضمن بما صالح به صح ضمانه، ذكره المؤيد بالله، وهو الصحيح؛ لأنه ضمن بما هو واجب من قبل الصلح، ومفهوم كلام أبي طالب أنه لا يصح ضمانه[٢] عنهم في حصتهم. وعلى قولنا بصحة ضمانه يرجع عليهم؛ لأن له ولاية في قضاء الدين من جنسه، لا من غيره.

(١) هو والميت.

(٢) لأن ضمانه في هذا الوجه لا يصح؛ لأن الميت موسر فلا تصح الضمانة عنه؛ لأن ذمته بريئة لم يثبت فيها شيء، وأما لو كان الميت معسراً صحت الضمانة.اهـ الضمانة عن الميت الموسر تصح ، وإنما منع الضمانة عن الميت الموسر أبو حنيفة.

باب الإبراء

هو على ضربين:

أحدهما لا يحتاج قبولاً، ولا يبطل بالرد، ويصح في المجهول وفاقاً، وهو البراء من الحقوق المحضة(١)، كالقصاص والشفعة وخيار الرؤية والعيب والشرط -لكن في خيار الرؤية خلاف قد تقدم(٢)- والبراء من اليمين، ومن الدعوى، وإبراء الضامن مما ضمن به، ذكره في الشرح والتقرير.

والثاني لا يحتاج قبولاً، ويبطل بالرد، وهو البراء من الديون، ويعتبر في رده أن يكون في مجلس البراء(٣)، لا بعده فلا يصح الرد، ذكره في التذكرة والروضة، وهو ظاهر كلام المؤيد بالله، ذكره في إبراء الغائب أنه لا يصح منه الرد متى علم به(٤)، وكذا في إبراء الصغير والميت. وقال الإمام يحيى بن حمزة وأحد قولي الشافعي: إن البراء لا يبطل بالرد، رواه عنهما في البحر.

فرع: وهذا على قولنا: إن البراء إسقاط، وأما على قول الناصر والشافعي وأخير قولي المؤيد بالله: إنه تمليك فإنه يحتاج القبول في المجلس، ولا يصح في

---

(١) وأما حق المرور ونحوه فقال في المعيار: لا يصح ؛ لأنه ليس في الذمة ولا عيناً فلا يصح البراء عنه، قلت: وظاهر الأزهار يدل عليه في قوله: إسقاط للدين.

(٢) يعني: لو أبطل خياره بعد الشراء وقبل الرؤية فهل يبطل أم لا؟ فقال في التذكرة وأبو جعفر وأبو مضر: يبطل[١]، وقال في التفريعات والتقرير والانتصار: لا يبطل؛ لأنه يتجدد. (بستان بلفظه).

(٣) أو مجلس بلوغ الخبر به[٢]. (شرح أثمار).

(*) وهذا فيه غرابة، والظاهر أن الرد قبل القبول صحيح ولو تراخى. (رياض).

(٤) بل يصح.

---

[١] وعليه الأزهار في البيع قوله: والإبطال بعد العقد.

[٢] فإن فارق المجلس من غير رد كان قبولاً، فلا يصح الرد بعد ذلك.

مجهول[١]، ولا معلقاً بشرط. قال ابن الخليل: أما الإحلال فهو إسقاط وفاقاً.

فرع: وكذا النذر والوكالة والوصاية لا تحتاج قبولاً وتبطل بالرد، لكن في النذر يكون الرد في المجلس[٢]، وفي الوكالة والوصاية يصح الرد مهما لم يقبل أو يشرع فيما أمر به، وأمَّا الوصية[٣] فعند الهادي عليه السلام وأحد قولي أبي طالب وأبي حنيفة لا تحتاج القبول، بل تبطل بالرد مهما لم يقبلها، وعند المؤيد بالله وأبي العباس والشافعي وأحد قولي أبي طالب أنها تحتاج القبول متى علم بها.

فرع: وأما البراء من الأعيان فإن كانت أمانة فهو إباحة لها، وإن كانت مضمونة فكذا أيضاً على أحد قولي المؤيد بالله، وقال أبو العباس وأحد قولي المؤيد بالله: إنه يصيرها أمانة فقط[٤].

فرع[٥]: وأما على القول بأن الإبراء تمليك فقال الفقيهان حسن ويوسف: إنه يفيد ملك العين، وخرجه أبو مضر وابن الخليل للمؤيد بالله. وقال الإمام يحيى بن حمزة والفقيه علي، وهو ظاهر اللمع في باب الإبراء: إنه لا يفيد التمليك

---

(١) ينظر لم لا يصح البراء من المجهول عند المؤيد بالله وقد صحح بيع المجهول حيث كان في قبض المشتري أو في ذمته، فينظر ما الفرق؟

(٢) أو مجلس بلوغ الخبر.(شرح فتح) (قرر).

(٣) في (ب): الوصاية.

(٤) فإذا أبرأ الغاصب والسارق فإنه يخرجهما من الضمانة إلى الأمانة، وتكون العين في أيديهما كالوديعة، ومثل هذا القول في الانتصار، وعن أبي العباس كالقول الأول. (بستان بلفظه).

(*) إلا العين المرهونة فلا تصير أمانة؛ لبقاء سبب الضمان، وهو عقد الرهن. (شرح حفيظ). وهو ظاهر الأزهار فيما تقدم في الإجارة، فيكون ما هنا مطلقاً مقيداً بما في الإجارة.

(*) ما لم يكرر، فإن كرر صارت إباحة. إلا أن يجري عرف أنه يريد التأكيد.

(*) إلا أن يجري عرف أنه يفيد الإباحة. (قرر).

(٥) هذا الفرع على أصل المؤيد بالله.

في الأعيان وفاقاً؛ لأنه لا يستعمل فيها، قال الفقيهان يوسف وحسن: فإن جرى العرف[١] في البراء من الأعيان أنه يستعمل بمعنى الرد فيما ملك بعقد كالمهر ونحوه[٢] وبمعنى التمليك فيما ملك بغير عقد كالإرث ونحوه- فإنه يصح، ويعتبر فيه شروط الفسخ حيث هو بمعنى الفسخ وشروط التمليك حيث هو بمعنى التمليك[٣] كما تقدم في الخلع.

فرع: قال الأستاذ والإمام يحيى بن حمزة: فأما الإحلال من الأعيان فإنه يصيرها مباحة لمن حلله سواء كانت أمانة أو ضمانة[٤].

فرع: والإباحة تصح في المجهول[٥]، وتقف على الشرط، ويصح الرجوع عنها[٦] متى علم به المباح له، وتبطل بموت المباح له، وكذا بموت المبيح إذا هي مطلقة، وإن كانت مؤقتة أو مؤبدة لم تبطل، بل يكون ما بعد موته وصية من ثلث ماله.

---

(١) قوي على أصلهم، وظاهر الأزهار فيما تقدم في الهبة في قوله: «وردها فسخ» خلافه.

(٢) عقود المعاوضات.

(٣) ومن أحكامه أنه إذا قبل غيره ثم أجاز فإنه يصح حيث هو بمعنى التمليك، لا حيث هو بمعنى الفسخ. وقد يلحق هذا في بعض النسخ.

(٤) هذا على أحد قولي المؤيد بالله، والمذهب كلام أبي العباس وأحد قولي المؤيد بالله كما تقدم في الفرع الأول.

(*) والأولى أنه على الخلاف في البراء.

(*) المذهب إن كانت أمانة فإباحة، وإن كانت ضمانة فإسقاط لضمانها.

(٥) وللمجهول. (معيار). قد تقدم في البيان في آخر باب التيمم ما لفظه: فأما إذا أبيح لأحدهم غير معين فالأقرب أنها لا تصح الإباحة؛ للجهالة. (بيان بلفظه من قوله: مسألة: إذا تيمم جماعة...إلخ).

(٦) قبل الاستهلاك. (شرح أزهار). حسناً لا حكماً، وقرره الشامي. ويرجع المباح له بالغرامة. (قرر).

فرع: وأما العقود فتفتقر إلى القبول في المجلس، وإلا بطلت، وهي البيع والإجارة والهبة والصدقة[١] والنكاح والكتابة والصلح[٢]، وكذا العتق والطلاق على عوض[٣]، لكنه يصح قبولهما في المجلس إن كان حاضراً أو في مجلس العلم بهما إن كان غائباً.

مسألة: وألفاظ البراء: أبرأت، وأحللت، وهو بريء، وهو في حل، لا إن قال: «أبرأك الله» فلا يبرأ[٤]؛ لأن الحق له لا لله، ذكره في البحر. [قال سيدنا عماد الدين][٥]: والأقرب أنه يبرأ إذا قصد به براءه[٦]. وكذا إذا قال: أسقطت ديني عنك أو قطعته عنك أو قطعت كل حق لي عليك فإنه يصح، والله أعلم.

فرع: فإن قال: لا حق لي عليك أو أعلم أن لا حق لي عليك كان إقراراً بالبراء[٧]، فيبرأ في الظاهر لا في الباطن، ذكره الفقيه يحيى البحيبح[٨]، وقال الإمام يحيى بن حمزة: إنه يكون إبراء، رواه عنه في البحر، وأطلقه في اللمع.

مسألة: وإن قال: «لا حق لي عليك فيما أعلم» أو «فيما أظن» لم يكن إبراء،

---

(١) أما الصدقة فالقبض يغني عن القبول فيها.

(٢) بمعنى البيع.

(٣) ولعله مخصوص فيهما، يعني: في العتق والطلاق، ولعل وجه الخصوص أنه لا يصح الرجوع فيهما. (كواكب). وكذا في الإقالة والحوالة. (قرد).

(٤) إلا أن يجري به عرف صح البراء. (شرح أثمار) (قرد).

(٥) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٦) أو جرى به عرف. (قرد).

(٧) أي: ببراءة ذمته.

(٨) قوله: «ذكره الفقيه يحيى البحيبح» قال في البرهان عنه: فلا يصح أن يدعي عليه شيئاً بعد ذلك ولو بين به، إلا أن يكون قد مضى وقت بعد إقراره يجوز أن يتجدد له عليه فيه الحق صحت دعواه وبينته إذا أرخوا من بعد إقراره. (بستان بلفظه).

فتصح دعواه عليه بعد ذلك[١].

فرع: فإن قال: ليس لي معك أو عندك[٢] شيء كان إقراراً بالبراء من الأعيان لا من الدين، قال الفقيه يحيى البحيح: وفي عرفنا أنه إبراء منهما معاً.

مسألة: إذا قال: «ليس لي عليك حق القصاص» لم تسقط الدية والأرش والحد، وإن قال: «ليس لي عليك حق يتعلق بالجراحة» لم يكن إبراء من الدم، ذكره أبو طالب، فقال الفقيه محمد بن يحيى: إن مراده يكون ذلك إبراء من الأرش، لا من القصاص فله أن يدعيه، وقال الفقيه علي: إن مراده بالدم القود في النفس، فلا يكون إبراء منه؛ لأن الجراحة تستعمل فيما دون النفس[٣] لا فيها، وهو مفهوم الشرح والتقرير[٤].

مسألة: من أخبره غيره ولو غير عدل[٥] أن غريمه قد أبرأه وغلب بظنه صدقه جاز له العمل به[٦] حتى يناكره الغريم في ذلك، فمع المناكرة لا يجوز

---

(١) وتسمع بينته هاهنا بحق عليه؛ لأن البينة علمت ما لم يعلمه، فلا يكون قوله الأول مكذباً لها.

(٢) قوله: «معك أو عندك» وذلك لأن هذا للأعيان، فإن ادعى عليه ديناً صحت دعواه. (بستان بلفظه).

(٣) فيسقط القصاص فيما دون النفس لا الأرش، فإن كان هذا مراد الفقيه علي فهو الأزهار، وإن أراد سقوطهما معاً فيما دون النفس فهو خلاف الأزهار كما ذكره في الكواكب.

(٤) وكذلك في الانتصار أيضاً والبحر، قال في الكواكب: والظاهر سقوط الأرش والقصاص على هذا القول، خلاف الأزهار. (بستان بلفظه). والذي في الأزهار: يسقط القصاص فيما دون النفس لا الأرش.

(٥) وفي الأزهار: لا بد من العدالة.

(*) هذا مثل قول الفقيه علي، وعلى كلام الأزهار عدل، قال عليه السلام: ولو لم يظن صدقه.

(٦) قوله: «جاز له العمل به» يعني: فلا يلزمه القضاء؛ لأن أخبار الآحاد معمول بها في أحكام الشريعة من العبادات والعادات والمعاملات في جلب النفع ودفع الضرر؛ لأن خبر الصادق يحرك الظن. (بستان بلفظه).

العمل بالظن في مال الغير، كما لو أخبره أن زيداً أتلف عليه شيئاً من ماله لم يجز له أن يأخذ شيئاً من مال زيد عوضاً عنه، ذكر ذلك كله المؤيد بالله.

فرع: فلو مات صاحب الدين ثم أخبر عنه مخبر بأنه قد كان أبرأه وغلب بظنه صدقه فللمؤيد بالله فيه قولان: أحدهما: يعمل به(١)؛ لأن الظن صادر عن صاحب الدين، وهو الميت، ورجحه الفقيه يحيى البحيبح(٢). والثاني: لا يجوز؛ لأن الحق قد صار لغير الميت، وهو الوارث.

مسألة: من قال لغيره: أبرئ فلاناً أو اجعله في حل من دينك، فقال: «أبرأت» أو «هو بريء» أو «أحللت» أو «هو في حل» صح البراء، وللمبرأ أن يرد البراء؛ لأن السائل له فضولي(٣)، ذكره المؤيد بالله. [قال سيدنا عماد الدين(٤)]: ولعل مراده إذا كان المبرأ حاضراً ورد في المجلس، لا إن كان غائباً(٥) كما تقدم.

مسألة: وليس على المستبريء من غريمه أن يخبره بأنه غني أو فقير(٦)، فلو أراه أنه فقير أو أن الدين قليل وكان غنياً أو الدين كثير بحيث لو علم بذلك ما أبرأه فقال المؤيد بالله: يصح البراء ولكنه يأثم(٧)؛ لإيهامه ما ليس بصحيح،

---

(١) قيل: ما لم ينازعه الورثة.

(٢)وهو مفهوم الأزهار حيث قال: «ويعمل بخبر العدل في إبراء الغائب»؛ لأن الميت غائب وزيادة. (مفتي).

(*) قوي حثيث.

(٣) يعني: بخلاف ما لو كان المبرأ هو السائل فتقدم سؤاله كقبوله، وهو لا يصح الرد بعد القبول. (إملاء).

(٤) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٥) والمذهب متى علم ولو غائباً.

(٦) إلا إذا سئل وجب عليه تعريفه. (قرر).

(٧) قوله: «ولكنه يأثم» وذلك لأنه يكون كاذباً، وقد قال ﷺ: ((من أراد أن يلعن نفسه =

وقال المنصور بالله والقاضي زيد: لا يصح البراء[١]. وكذا الخلاف لو لم يوهمه المبرأ لكن المبري أبرأه ظناً منه أن الدين قليل بحيث لو علم كثرته ما أبرأ منه[٢]. قال المنصور بالله: ويقبل قوله مع يمينه إذا ادعى ذلك.

مسألة: إذا قال: «أبرأتك من كل حق لي عليك» لم يدخل فيه حق الشفعة؛ لأنه ليس عليه في ذمته[٣]، وإن قال: «من كل حق» دخل فيه حق الشفعة. [قال سيدنا عماد الدين[٤]]: والأقرب -والله أعلم- أنه يدخل في الصورتين معاً؛ لأنه يسمى في العرف أن له عليه حق الشفعة.

مسألة: إذا أبرأ غريمه ولم يسم ما أبرأه منه ففيه صور ثلاث:

الأولى: لا يصح البراء فيها وفاقاً، نحو أن يقول: «أبرأتك» أو «أحللت عليك» أو «أنت في حل» ولا يزيد على ذلك، فهذا يحتمل أنه أراد البراء من الدين ويحتمل أنه أراد به من غير الدين كجرح القلب ونحوه، فلا يقع البراء[٥] إلا أن يقر أنه أراد به الدين، ذكره في الزيادات والكافي. ونحو أن يقول: أبرأت

فليكذب))، وفي حديث آخر: ((الكذب مجانب الإيمان)). (بستان بلفظه).

(١) قال الإمام المهدي عليه السلام: وهو قوي؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)). (بستان بلفظه).

(*) وقواه في البحر.

(٢) وفي الأزهار: يبرأ، وفرق في شرحه بين الطرفين.

(٣) **فرع**: وعلم أنه لا يصح عما ليس في الذمة كحق المسيل والاستطراق ووضع الخشب ونحوها؛ لأن محلها العين دون الذمة، ولذلك بقي استحقاقها مع اختلاف مالك العين، بخلاف الشفعة ونحوها فإنها مع تعلقها بعين مخصوصة ثابتة في الذمة؛ إذ يجب على من هي عليه التسليم، ولذا قلنا: إن الشفيع يملك بعقد البيع السابق. (معيار بلفظه).

(٤) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٥) من الدين.

أحد غرمائي[١]، أو يقول لغريميه: أبرأت أحدكما[٢]، أو يكون له دينان مختلفان على غريم فيقول له: أبرأتك من أحد الدينين[٣]- فلا يصح ذلك، ذكره في الشرح، إلا أن يقول: «أردت هذا[٤]» صح.

الثانية: يصح البراء فيها وفاقاً، وهو إذا سمى قدراً معلوماً بحيث يشمل دينه أو يزيد عليه، نحو قوله: أبرأتك مما يسوى ألف درهم أو نحو ذلك، فيصح البراء سواء كان دينه مثلياً أو قيمياً يسوى ألف درهم أو أقل، فإن كان يسوى أكثر بقي الزائد عليه.

الثالثة: مختلف فيها، وهي إذا قال: أبرأتك من الدين أو مما عليك لي أو من كل حق أو من كل قليل وكثير، فهذا إبراء من مجهول يصح عند أبي العباس وأبي طالب وأحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي الشافعي[٥]، خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي الشافعي والوافي وتخريج المؤيد بالله[٦] ورواية عن القاسم.

---

(١) ولعل وجهه أن الإبراء لا يثبت في الذمة.

(٢) ولكل واحد منهما تحليفه ما أراده، فإن نكل سقط الدينان. (قرر).

(٣) وله تحليفه ما قصد أحدهما. اهـ فإن نكل سقط الدينان. اهـ ينظر ما وجه سقوط الدينين، وهو يقال: النكول مترتب على صحة الدعوى، وهو لا يصح أن يدعي البراء من أحد الدينين لا بعينه؛ للغرر والجهالة، فلا بد من تعيين المبرأ منه بعينه، فيسقط بالنكول ما عينه في الدعوى فقط.

(٤) في (د): أردت ذلك.

(٥) قوله: «يصح عند أبي طالب وأبي العباس وأحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي الشافعي» لأنه إسقاط وليس تمليكاً، فلهذا صح، ولأنه إزالة ملك لا يفتقر إلى قبول كالوصية فصح في المجهول. وحجة الآخرين أنه تمليك فلا يصح في مجهول كالبيع. (بستان بلفظه).

(٦) من التبرؤ من العيوب جملة. وفي تخريجه نظر؛ لأن الإبراء مما في الذمة إسقاط فيصح بالمجهول، بخلاف الإبراء من العيوب فإنه تمليك أرش في مقابلة جزء من الثمن مجهول فلا يصح. (تعليق الفقيه علي على اللمع).

مسألة: وإذا سمى ما أبرأه منه ففيه صور **أربع**:

الأولى: أن يكون الذي عليه قيمياً يثبت في الذمة كالمهر ونحوه[١] وسماه عند البراء صح براؤه.

الثانية: أن يكون قيمياً لا يثبت في الذمة، نحو أن يتلف ثوباً أو حيواناً أو نحوه، فإن سماه عند البراء لم يصح؛ لأنه ليس عليه وإنما عليه قيمته، إلا إن أراد براءه مما عليه له صح، وعند أبي العباس وأبي حنيفة يصح البراء[٢]؛ لأنه باقٍ عليه عندهما. وإن أبرأه من قيمته صح البراء، خلافاً لهما[٣]، ذكره في التذكرة. وفيه نظر [على أصلهما][٤]؛ لأنها الواجب. وإن أبرأه مما يساوي ألفاً برئ عند الجميع.

الثالثة: أن يكون الدين نقداً أو مثلياً وسمى عند البراء جنسه وقدره صح وفاقاً، وكذا عندنا إن ذكر قدره[٥]، لا إن ذكر جنسه فقط فلا يصح، نحو أبرأتك من بر أو شعير[٦] أو نحو ذلك.

الرابعة: أن يذكر جنس الدين وقدره ويصفه بصفة مخالفة لصفته، نحو أن يبرئه من الدراهم البيض أو الصحاح والدين من السود أو المكسرة أو عكس

---

(١) الدية وعوض الخلع والنذر و عوض الكتابة.

(٢) وهو العرف الآن. (عامر).

(*) في (ب، ج): يصح البراء مطلقًا.

(٣) هذا مخرج لهما على أصلهما أن القيمي يثبت في ذمة المتلف له، والأقرب أنه يصح البراء عندهما من قيمته؛ لأنها الواجب على المتلف. (كواكب).

(٤) ما بين المعقوفين من (ب)، وهو في بقية النسخ حاشية.

(٥) وذلك نحو أن يكون عليه مد من الحنطة فأبرأه من مد مطلقاً فانه يصح وينصرف إلى ما عليه، ذكره في التذكرة. (بستان).

(٦) أما لو قال: من البر أو من الشعير صح البراء. (بستان معنى) (قرد).

(*) هذا لا يصح؛ إذ ذكر جنسه منكراً غير معرف، وإن قال: من البر أو من الدين الذي عليك لي صح ذلك، فحيث يعرفان قدره يصح وفاقاً، وحيث لا فعلى الخلاف في البراء من المجهول. (بستان بلفظه).

ذلك- فلا يصح البراء[١]، ونحو أن يبرئه من الجيدة أو المظفرية والدين من الرديئة أو الكاملية، ونحو ذلك من الأنواع أو[٢] الصفات المختلفة[٣].

فرع: فلو كان الدين عشرة خالصة فأبرأه من عشرة مغشوشة لم يصح البراء[٤]، وإن كان الدين عشرة مغشوشة فأبرأه من عشرة خالصة فقال المؤيد بالله: يبرأ من الفضة ويبقى النحاس، ولأبي مضر قولان: أحدهما: يبرأ من الكل. والثاني: لا يصح البراء. وهو الأولى[٥]. فإن أبرأه من عشرة دراهم مطلقاً وقع عن العشرة التي عليه مطلقاً.

فرع: فإن كان الدين عشرة بعضها خالص وبعضها مغشوش، أو بعضها جيد وبعضها رديء، فأبرأه من خمسة دراهم مطلقاً- كانت من الكل، من كل نوع بقدره[٦].

فرع: من كان له على غيره مد حنطة فأبرأه من مد مطلقاً صح وانصرف إلى ما عليه. قال في البحر: وكذا إذا قال: «أبرأتك من مائة درهم» وقال: «أردت مما[٧] يساويها» فإنه يبرأ.

---

(١) وذلك لفقد الصفة. (بستان).

(٢) في(أ): والصفات.

(٣) فلا يصح. (قرد).

(٤) وذلك لأن المغشوشة غير الخالصة. (بستان).

(٥) وذلك لأن الخاصة غير المغشوشة. (بستان).

(٦) فإن قلت: هلا يتعين الأدنى. (مفتي).

(*) إذ لا تخصيص لأحدهما عن الآخر، فلهذا وجب ما ذكرناه. (بستان بلفظه). ووجه آخر أنه لما لم يصف الخمسة التي استبرأ منها انصرف إلى الكل.

(٧) في (ب، ج، د): ما يساويها.

مسألة:(١) من أتلف على غيره شيئاً من ذوات القيم فهو مخير في ضمانه بين الدراهم والدنانير ولو جرت العادة بأحدهما فقط، ومن أيهما أبرأه المالك برئ من الكل، ذكر ذلك في الزيادات.

مسألة: إذا كان الدين مثلياً فإن أبرأه منه أو من مثله صح، وإن أبرأه من قيمته لم يصح(٢) إلا إن كان عند عدم المثل(٣).

مسألة: من له دين على ميت فأبرأه منه برئ هو والورثة(٤) ولو كان بعد استهلاكهم للتركة، وإن أبرأ ورثته منه فإن كان بعد استهلاكهم للتركة صح البراء، وقبل استهلاكهم لها لايصح إلا على القول بأن الوارث خليفة الميت. قال أبو مضر: وإن قصد بإبرائهم إسقاط دينه صح. قال الفقيه محمد بن سليمان: ويأتي على القول بأن البراء تمليك يصح إبراء الوارث ويملك الدين؛ لأنه في حكم الثابت في ذمته(٥) إذا كان للميت تركة.

مسألة: من له على ميت دين فوهبه له صح، ويكون إبراء فلا يحتاج قبولاً(٦)

---

(١) فائدة جليلة.اهـ وقد تقدم للشامي في الفرع الرابع من باب المصالحة فابحث.

(٢) إلا أن يقول: أردت إسقاط ديني. (قرر).

(٣) والمذهب أنه لا يبرأ وإن عدم المثل؛ لأن المثلي لا تلزم قيمته إلا بالدفع لا بالعدم. (سماع هبل) (قرر). يقال: البراء كدفع القيمة كما تقدم في الزكاة وفي إبراء الزوجة، فلا يرد ما ذكره القاضي رحمه الله، فكلام الكتاب مستقيم. (سيدنا علي رحمه الله).

(٤) ولا يصح الرد من الورثة. (قرر).

(٥) قال الفقيه يوسف: وفيه نظر؛ إذ ليس للغريم في التركة إلا حق لا ملك. (مصابيح). قيل: يتأمل.

(٦) وقد تقدم أنه يحتاج إلى القبول، ولكن الذي تقدم في الهبة[١] في غير الميت، وهنا للميت، والتذكرة هنا مثل البيان، وكذلك الكواكب فلا مناقضة. لكن جعله حجة لعدم اعتبار القبول للدين لكونه ميتاً ليس بوجه فرق، وإلا فكان يقال: يقبل له الوصي أو من صلح. (شامي).

---

[١] قد تقدم في الهبة مثل هنا سواء، فينظر أين تقدم خلاف هذا؟ فالذي في الفرع الثاني من أول باب الهبة صريح بمثل هذا، فينظر.

وفاقاً. وأما هبة العين للميت فلا تصح إلا حيث يكون محتاجاً إليها لكفنه أو قضاء دينه إذا قبلها وصيه[١]، ذكره أبو مضر والفقيه حسن، وقال في الانتصار: لا تصح. وهكذا إذا قبض له شيئاً من الزكاة عند حاجته إليها[٢].

مسألة: البراء يصح مطلقاً ومقيداً، فالمطلق يقع حالاً، ولا يحتاج قبولاً إلا على القول بأنه تمليك. وأما المقيد فهو عقد وشرط[٣]، أما العقد فنحو: أبرأتك على كذا، أو بكذا، أو لكذا، أو لأجل كذا، أو لكي كذا، وهو يفتقر إلى القبول[٤] في المجلس أو السؤال فيه، أو قبول الغير ثم يجيزه متى شاء ما لم يرده، أو تسليم العوض في المجلس[٥]، وإن كان غائباً قبل في مجلس علمه بالبراء[٦].

فرع: وبالقبول أو نحوه يقع البراء ويلزم ما شرط من العوض إن كان مالاً، فإن امتنع من تسليمه أجبر عليه إن كان قد ملك بنفس العقد، نحو: أبرأتك على كذا، فإن تلف العوض المعين[٧] بطل البراء[٨] كما في المبيع. وإن كان لا يملك بالعقد بل

---

(١) أو من صلح حيث لا وصي. (قرر). ويكون الوارث مقدمًا حيث وجد. (قرر).

(٢) ولو هاشمياً في الكفن، لا في الدين فلا يحل. (قرر). لفظ حاشية: أما إذا كان لقضاء دينه فلا بد أن يكون الميت مصرفاً للزكاة، وأما الكفن ولو هاشمياً؛ لأن الصرف ينصرف إلى المصلحة لا إلى المنتفع. (قرر) (من هامش شرح الأزهار من الهبة). ولو زكاة نفسه. (قرر).

(٣) اعلم أن الشروط لها مدخل في البراءة؛ لأن البراءة إزالة ملك فجاز دخول الشرط فيها كالطلاق والعتاق. (بستان).

(٤) الأزهار: ولا يعتبر فيه القبول كالحقوق المحضة إلا في العقد.

(٥) وهو مبني على أن التسليم[١] يحل محل القبول، وظاهر المذهب خلافه.

(٦) لعله حيث قبل له غيره في مجلس العقد، وإلا لم يصح قبوله في مجلس العلم كما هو مقرر.اهـ لا يعترض على كلام الكتاب، فهو كالطلاق والعتاق؛ لصحة تعليقه بالشروط وبعوض وبغيره، فوافقهما في العلة.

(٧) قبل القبض النافذ. ينظر.

(٨) وذلك نحو أن يكون عرضًا فتلف، أو حيوانًا أو منفعته فمات، أو داراً أو سكناها مدة معلومة فخربت، كما في المبيع إذا تلف قبل قبضه. (بستان).

---

[١] وهو قوي مع جري العرف.

يحتاج إلى تمليك -نحو: أبرأتك على أن تهب لي كذا- لم يجبر عليه، بل يكون للمبرئ الرجوع في البراء إذا امتنع، وكذا إذا تلف العوض المعين. ومثل ذلك في الطلاق يوجب الرجوع إلى قيمة العوض(١)، وفي العتق إلى قيمة العبد(٢).

فرع: فإن كان العوض غرضاً يحصل للمبرئ وليس بمال فإن حصل تم البراء، وإن لم يحصل فللمبرئ الرجوع، خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله. قال الفقيه يوسف: وإن كان ليس بمال ولا غرض فيه بل عبث فلا حكم له(٣).

مسألة: وأما الشرط فإن كان مستقبلاً وقع البراء متى حصل الشرط، سواء كان الشرط معلوماً أو مجهولاً، إلا على القول بأن البراء تمليك فلا يصح معلقاً بشرط. فإن(٤) كان الشرط هو موت المبرئ كان البراء وصية من الثلث(٥).

فرع: فإن كان الشرط نفياً، نحو: إن لم تبين بدعواك فقد أبرأتني، وقال: نعم، أو إن لم تنقض التوبة فقد أبرأتك، ونحو ذلك- فإن ذكر لذلك وقتاً معيناً برئ بمضيه، وإن أطلق فهو على التراخي في «إن لم»، فلا يقع البراء حتى يحصل العلم بحصول

---

(١) اعلم أن الطلاق والعتاق لا يبطلان بتعذر العوض في العقد، ولا يصح الرجوع فيهما؛ لقوة نفوذهما؛ بدليل أنهما لا يبطلان بالرد، بخلاف البراء، فافترقا. (بستان بلفظه).

(٢) وقد ذكر الفرق بين العتق والنكاح في هامش شرح الأزهار في النكاح وفي العتق فابحث. والله أعلم.

(٣) والمذهب أنه لا يقع البراء إلا بحصوله. ولفظ حاشية: فإن لم يكن الغرض مقصوداً قال عليه السلام: فالأقرب أن ذلك لا يفتقر إلى قبول ولا مجلس، بل كالشرط المحض. واستضعفه المؤلف، واختار بقاء كلامهم على ظاهره فلا بد من القبول.اهـ ولا رجوع لتعذره. (سيدنا حسن رحمه الله) (قرر).

(*) كعلى أن تحرك أصبعك. (سماع).

(*) قوي حثيث وسلامي.

(٤) في (ب): وإن.

(٥) ويخالف الوصية في أنه لا يصح الرجوع قولاً، بل بالفعل فقط، ولا يبطل بقتل المبرئ، ولا بموت المبرأ قبل موت المبرئ، وفي أنه يصح البراء للميت. (شرح فتح) (قرر). فان قال: «إن مت فأنت بريء» بطل بموت المبرأ قبل موت المبرئ. (حاشية سحولي لفظاً) (قرر).

الشرط، وهو قبيل موت من علق به الشرط. وكذا في «إذا لم»، ذكره في التذكرة واللمع، وقال في بسيط الغزالي: إنها للفور؛ لأنها ظرف زمان، ذكره الشافعي. وأما «حين لم» و«متى لم» و «ومهما لم» و«وقت لم» فهي للفور وفاقاً.

فرع: وإن كان الشرط حالياً فحيث هو صفة للمال، نحو: إن كان قدره كذا، أو إن كان حالاً، أو مؤجلاً، أو إن كان صفته كذا فأنت برئ منه- فهذا الشرط يصح وفاقاً[(١)]، وإن كان الشرط ليس بصفة للمال -نحو: إن كنت فقيراً، أو ابن زيد، أو ما أشبه ذلك- فعلى قول الهدوية وأحد قولي المؤيد بالله: يصح الشرط[(٢)]، فيقع البراء إن كان حاصلاً، لا إن كان معدوماً. وعلى أحد قولي المؤيد بالله: لا يصح هذا الشرط، بل يقع البراء مطلقاً. وعند الشافعية يفسد البراء لفساد الشرط. وهكذا في الهبة[(٣)].

فرع: فأما الحقوق المحضة كالشفعة[(٤)] ونحوها فيصح تعليقها بالشروط وفاقاً، وكذا في البراء من الدعوى على قولنا: إنه لا يكون إبراء من الحق.

مسألة: فإن قال: «احلف على أني أبريك»[(٥)] فحلف لم يبرأ حتى يبرئه، فإن امتنع أجبر على البراء[(٦)].

---

(١) اعلم أن هذه الأوصاف والشروط كلها متعلقة بالحق، وحكم الشرط فيها أن يثبت مع البراءة، فمتى حصل الشرط حصلت البراءة، ومتى تعذر الشرط لم تصح البراءة. (بستان).

(٢) وذلك لأنه لا فرق عندهم بين أن يكون الشرط صفة للدين أو لغيره في أنه يصح. وعلى أحد قولي المؤيد بالله: لا يصح هذا الشرط، ووجهه أنه ليس من الشروط المحضة المتعلقة بالأوقات المستقبلة ولا هو صفة للحق؛ فلهذا لم يصح. (بستان).

(٣) فعند القاضي يحيى لا تفسد الهبة، وعند صاحب الأزهار يلغو ما لم يكن مالاً ولا غرضاً وإن خالف موجبها، وفي الغيث: لا تصح بمستقبل. (من خط المفتي).

(٤) بعد طلبها؛ لئلا يكون تراخياً. (قرر).

(٥) في (أ): أبرأتك.

(٦) لأنه عقد فقام الحلف مقام القبول. (مفتي).

(*) وذلك كما لو قالت: «طلقني على أن أبريك» فطلق ثم امتنعت من البراء فإنها تجبر عليه. (بستان بلفظه).

باب الإكراه

حد الإكراه الذي يمنع صحة اللفظ هو: خشية التلف أو قطع عضو، أو ضرب أو حبس مجحفين يؤثران في النفس[١]، ذكره في اللمع عن الأحكام وأبي طالب. قال أبو مضر: وفي حكمه الخروج من البلد[٢]؛ لأن الله تعالى قرنه بالقتل. وقال المؤيد بالله وأبو جعفر وابن أبي الفوارس والأكثر: إن الذي يبطل حكم اللفظ هو ما أخرج عن حد الاختيار. وظاهر كلام التقرير أنه خوف الضرر[٣]. وقال في الأحكام: إنه خشية العنت والأذى، ذكره في الطلاق.

مسألة: وأما فعل المحظور فلا يبيحه إلا خشية التلف أو نحوه[٤]، وقال الإمام يحيى بن حمزة: إن خشية الضرر تبيحه، قال: ومنه[٥] السب وإسقاط العمامة والجر بالرجل في الملأ لأهل العلم والشرف، قال: وكذا أخذ المال.

مسألة: والأشياء على ثلاثة أقسام:

الأول: العقود والألفاظ، وفيها ما مر من الخلاف[٦].

والثاني: ترك الواجبات، فيبيحه خشية الضرر كما تقدم في التيمم وفي صلاة العليل.

---

(١) اعلم أن هذا ضابط جامع للمعنى، فالضرب بالثوب واللطم بالكف لا يكون إكراهاً، وكذلك الحبس ساعة لا يكون إكراهاً. وفي حكم الحبس أيضاً التقييد وكتف اليدين إلى الظهر. (بستان بلفظه).

(٢) حيث يؤدي إلى تلفه أو عضو منه، وإلا فلا.

(٣) وهو ظاهر الأزهار.

(٤) يعني: تلف عضو أو حاسة، قيل: أو بعض عضو، أو مال يحصل به تلفه أو تلف عضو منه. (قرد).

(٥) أي: من الإكراه.

(٦) المذهب الضرر كما هو ظاهر كلام التقرير.

(*) يعني: الأربعة الأقوال التي تقدمت.

الثالث: فعل المحظورات، وهي ضربان: أحدهما: لا يبيحه الإكراه ولا الضرورة، وهو أشياء:

منها: قتل الغير أو قطع عضو منه[١]، وهو وفاق[٢]، وكذلك ضربه، خلاف البلخي. قال الإمام يحيى بن حمزة: إلا قتل المرتد والزاني المحصن[٣] بغير إذن الإمام فيجوز عند الإكراه؛ لأن حفظ نفسه يقاوم ذلك.

ومنها: الزنا، فلا يبيحه الإكراه وفاقاً، وأما مقدماته ففيها نظر، قال الفقيه يوسف: والأقرب الجواز، كما ذكروا في الطبيب أنه يجوز له علاج المرأة وإن اقترنت الشهوة بنظره إليها ونحوه[٤] إذا خشي تلفها.

ومنها: إتلاف مال الغير، فقال المؤيد بالله والقاضي زيد: يجوز عند الإكراه كعند ضرورة الجوع. وهو الأصح[٥]. وقال أبو طالب: لا يجوز[٦].

ومنها: سب الغير[٧] وقذفه، فقال في الانتصار وشرح الأصول: لا يبيحه

---

(١) وأما إيلام نفسه وسبها فيجوز؛ إذ قد جاز أكل بضعة منه عند الضرورة. (قرد).

(٢) قوله: «وهو وفاق» وذلك لأن ضرره راجع إلى الغير، فلا يجوز إزالة الضرر عن نفسه بإيقاعه على غيره، فإذا أكره الإنسان على قتل الغير فلا يجوز له أن يقتله، بل يوقع في نفسه أن عذاب الدنيا بقتل المكره له أخف من عذاب الآخرة الذي يستحقه بالقتل لغيره. (بستان بلفظه).

(٣) بعد الحكم عليه، وقال القاضي عامر: لا فرق.

(٤) اللمس. (بحر).

(٥) يعني: مع خشية التلف، لا الضرر فلا يجوز.

(*) ويكون بشرط الضمان. (بستان) (قرد).

(٦) وهو متأول على الإجحاف به أو الضرر.

(٧) حياً وميتاً، يقال: ما الفرق بينه وحيث أجاز أهل المذهب أكله بعد موته لخشية التلف؟ ينظر. يقال: في سبه نقص وهتك عرض، بخلاف الأكل منه. (شامي) (قرد).

الإكراه. وقال في شرح الإبانة وقاضي القضاة والحنفية: إنه يبيحه[١] قياساً على إتلاف ماله، وعلى كلمة الكفر. وأجيب عنه بأن الله تعالى لا يتضرر بالسب والواحد منا يتضرر به[٢]، وبأن له شبهة في مال غيره عند الضرورة وليس له شبهة في عرضه.

الثاني: تبيحه الضرورة الكلية والإكراه عند خوف القتل أو قطع عضو أو الضرب أو الحبس المجحفين[٣]، وهو سائر المحظورات، كأكل الميتة وشرب الخمر وكلمة الكفر ونحو ذلك، وكذلك سب الغير[٤] وإتلاف ماله على قول من أجازه، ومقدمات الزنا[٥].

فرع: قال قاضي القضاة: والصبر على القتل عند الإكراه على كلمة الكفر يكون أفضل[٦]، ونحو ذلك مما فيه إعزاز للدين، لا على أكل الميتة وشرب

---

(١) قلت: وهو قوي حيث لا يتضرر المقذوف. (بحر). وقواه حثيث.

(*) وأما الإكراه على سب الملائكة فيلحق بسب الآدمي لا بكلمة الكفر.اهـ وظاهر الأزهار الجواز.

(٢) إلا أن يعرف أن المسبوب لا يتضرر أو أذن له بذلك جاز.

(٣) المؤديان إلى تلفه أو تلف عضو منه. (شرح أزهار معنى).

(٤) أما السب فالمذهب خلافه. (سماع سيدنا حسن رحمه الله).

(٥) يعني كما تقدم للفقيه يوسف. (بستان).

(٦) لتفضيله صلى الله عليه وآله وسلم إيمان ياسر لما صبر على القتل. (بحر لفظًا). وقد سئل صلى الله عليه وآله وسلم عن إسلام عمار وأبيه فقال: ((إسلام ياسر أفضل لما صبر على القتل، وأما عمار فأخذ برخصة الله، وأما أبوه فصبر على الحق فهنيئاً له)). (مقاليد). وفي الكشاف: فإن قلت: أي الأمرين أفضل: فعل عمار أم فعل أبويه؟ قلت: فعل أبويه؛ لأن في ترك التقية والصبر على القتل إعزازاً للإسلام، وقد روي أن مسيلمة أخذ رجلين فقال لأحدهما: ما تقول في محمد؟ قال: رسول الله. قال: فما تقول فيَّ؟ فقال: أنت أيضاً، فخلاه، وقال للآخر: ما تقول في محمد؟ فقال: رسول الله. قال: فما تقول فيَّ؟ فقال: أنا أصم، فأعاد عليه ثلاثاً =

الخمر ونحوه[١] فيجب عند الإكراه عليه بالقتل، ويأثم إن لم يفعل، قال الفقيه يوسف: إلا إذا كان ممن يقتدى به جاز له تركه. وعلى قول المؤيد بالله يجوز مطلقاً.

فرع: وفي الإكراه على الكذب يلزمه الصرف بالنية، وإلا أثم إذا لم يصرف[٢]، خلاف أحد قولي أبي علي. وكذا يكون في الإكراه على كلمة الكفر.

مسألة: وما فعله المكره من العقود والألفاظ فلا حكم له إلا أن ينوي صحته صح ، ذكره في الشرح، وقال الفقيه يحيى البحيبح: لا يصح، وقال أبو حنيفة: إنها تصح مطلقاً إلا البيع[٣] والإقرار والردة، قال: ويرجع بما لزمه في ذلك من غرم أو تلف مال على من أكرهه.

مسألة: من حلفه ظالم كرهاً لم تصح يمينه[٤] ولو على ترك محظور أو فعل

وأعاد جوابه فقتله؛ فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: ((أما الأول فقد أخذ برخصة الله، وأما الثاني فقد صدع بالحق فهنيئاً له)). (كشاف). وعنه ﷺ: ((ثلاث من كن فيه وجد حلاوة الإيمان: أن يكون الله ورسوله أحب إليه مما سواهما، وأن يكره أن يعود إلى الكفر كما يكره أن توقد نار فيقذف فيها، ومن أحب عبداً لا يحبه إلا لله)) رواه أنس. (انتصار من حد الردة).

(١) سائر المنكرات.

(٢) مع التمكن من الصرف، لا لو أدهش عليه فلا إثم.

(*) هذا ذكره أبو هاشم وأحد قولي أبي علي. (بستان).

(٣) لقوله تعالى: ﴿عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء٢٩].

(٤) ينظر هل هو على ظاهره ولو لم يصرف، أو لا بد من الصرف كما في الإكراه على الكذب وكلمة الكفر، فيحقق؟ وظاهر الأزهار في قوله: «وبه تبطل أحكام العقود» يقوي ظاهر هذا، وقد تقدم في الأيمان في قوله: فصل: وللمحلف على حق...إلخ ما يفهم اشتراط الصرف، وقوله هنا في الأزهار: «ويتأول كلمة الكفر» يفهم اشتراط الصرف في اليمين، وإلا لزمت. (شامي).

واجب؛ إذ لا يلزمه الحلف.

مسألة: من أكره على الفطر في صوم الفرض جاز له عند خشية الضرر[١]، ولزمه القضاء، وقال الفقيه محمد بن يحيى: لا يجوز إلا إذا خشي القتل[٢] أو نحوه[٣].

مسألة: من أكره على الزنا ففعل أثم وفاقاً[٤] ولم يحد، ذكره في اللمع والأزرقي وأبو يوسف ومحمد، وقال المؤيد بالله: إنه يحد الرجل لا المرأة. ويتفقون في سائر الحدود إذا أكره على سببها أنه لا يحد، ذكره في الشرح. ويتفقون في الزنا إذا لم يبق له فعل ولا تمكين أنه لا يأثم ولا يحد ولا يفسد صومه، وأما إحرامه فقال الفقيهان حسن ويحيى البحيح: لا يفسد[٥]، وقال الفقيه محمد بن يحيى: يفسد[٦]. [ومثله في شرح الإبانة[٧]].

مسألة: من خشي الغرق في السفينة[٨] جاز له إلقاء مال غيره[٩] في البحر إذا

---

(١) بناء على أنه ترك واجب.

(٢) في (ب): التلف.

(٣) بناء على أنه فعل محظور.

(٤) حيث بقي له فعل أو تمكين. (بستان).

(٥) حيث لم يبق له فعل. (قرر). وقد تقدم ما يؤيده في الحج في قوله في الأزهار: فصل: ولا يفسد الإحرام.

(٦) حيث بقي له فعل. (قرر).

(٧) ما بين المعقوفين من (د)، وهو في (ج) حاشية.

(٨) فإن قيل: قد ذكروا فيمن احتاج من مال غيره أنه يجوز له إذا خشي التلف أن يأخذه ولو أدى إلى أنه إذا امتنع صاحبه قتله، فَلِمَ يشترط هنا عدم التضرر؟ قلت: هذا الكلام فيما لا يجوز له تناوله إلا برضا أربابه، بخلاف ما تقدم فهو فيما يجب على مالكه، فيضمن قيمته في تلك الحال. السؤال بخط المصنف، والجواب بخط المفتي رحمهما الله.

(٩) بعد طرح مال نفسه، ويكون الطرح على حسب الأموال.

كان ينجيه، بشرط الضمان[١]، وأن لا يخشى على مالكه التلف ولا الضرر.

مسألة: من خشي التلف من الجوع جاز له أن يأكل من مال غيره ما يسد رمقه بشرط الضمان ولو أعطاه مالكه[٢]، إلا أن يفهم منه أو من شاهد الحال أنه تبرع به[٣]، ذكره المؤيد بالله والناصر وأحد قولي أبي طالب، وقال قاضي القضاة وأحد قولي أبي طالب: لا ضمان عليه سواء أخذه أو أعطاه مالكه.

فرع: وإذا كان مالكه مضطراً إليه[٤] لم يحل له أخذه، إلا أن يؤثره مالكه حل له، ذكره المؤيد بالله.

مسألة: من أكره على قتل غيره[٥] أثم وفاقاً، وأما القود فهو على من أكرهه عند الهدوية، وقال المؤيد بالله: بل عليه[٦]، وقال الشافعي: يقتلان معاً، وقال أبو يوسف: لا يقتل أيهما.

---

(١) بقيمته في ذلك المكان. إن كان قيمياً.

(٢) وقال الفقيه يحيى حميد: إن أخذ ضمن، وإن أعطاه مالكه لم يضمن. ولفظ حاشية: أمَّا إذا أعطاه مالكه مع خشية التلف فيكون من باب سد الرمق فلا رجوع كما تقدم. (قرن).

(٣) لم يجب.

(٤) بتلف أو ضرر في الحال، لا في المآل. (قرن).

(٥) فقتله.

(٦) الأزهار: وفي المكره خلاف.

باب السبق[١]

هو بفتح الباء اسم للجعل، وبسكونها اسم للفعل. وهو على **أقسام أربعة**:

الأول: محظور، وهو حيث لا يخلو أحد المتسابقين من غنم أو غرم، وحيث يغلب بالظن عطب الحيوان لطول المسافة، أو أنه يرى عورة غيره، أو يرى غيره عورته، أو أنه يجرح بدن غيره أو قلبه، أو أن غيره يجرح منه بدناً أو قلباً، وسواء كان عمداً أو خطأ.

وحيث تكون المسابقة على ما لا يقاتل عليه من بغل أو حمار أو فيل، أو بين السفن، أو بين الحمام- إذا كان ذلك على عوض ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، ورجحه الفقيه يوسف[٢]، والثاني يجوز، ورجحه في البحر في البغال والحمير[٣] والفيلة. وأما بغير عوض فيجوز[٤]، ذكره في البحر.

مسألة: والمسابقة على الأقدام جائزة بغير عوض، ومع العوض لا يحل أخذه، ذكره القاسم وأبو طالب والشافعي، وقال بعض أصحاب الشافعي

---

(١) هو يستعمل في المسابقة على الخيل والإبل، وفي الرمي أيضاً بالقياس والسهام، والدليل عليه الكتاب والسنة والإجماع والقياس، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا﴾ [يوسف١٧]، وقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ﴾ [الأنفال٦٠] ولا إعداد إلا بتعويد. وأما السنة فقوله ﷺ: ((لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر)) والنصل بين السهام، والخف بين الإبل، والحافر بين الخيل وما في معناها. وأما الإجماع فهو منعقد على جواز المسابقة وعلى كونها مشروعة، والإجماع آكد الأدلة. وأما القياس فهو أن بالمسلمين حاجة إلى ممارسة الأسلحة ليدفعوا بذلك عن أنفسهم من يقاتلهم، ولن يكون ذلك إلا بالفرسان الحذاق وأهل القياس الممارسين للرماية. (بستان بلفظه).

(٢) في (ب، د) مذهب هنا، وفي (ج) مذهب على قوله: ورجحه في البحر.

(٣) دون غيرهما مما مر؛ لظاهر الخبر.

(٤) عائد الى الجميع.

والإمام يحيى بن حمزة: يحل[١].

الثاني: مكروه، وهو حيث يجوز حصول شيء مما يمنع الجواز مما تقدم ولم يحصل ظن بحصوله.

الثالث: مستحب، وهو لمن يتأهب[٢] للجهاد، وسواء كان عاماً أو خاصاً، مع انتفاء ما يوجب تحريمه مما تقدم.

الرابع: مباح، وهو فيما عدا ما تقدم من الأقسام الثلاثة.

مسألة: وتختص الخيل فيه بتسمية الرهان[٣]، ويختص الرمي فيه بتسمية النضال[٤].

مسألة: إذا اختلف ما يتسابق عليه في الجنس كفرس وجمل، أو في الجودة كعتيق وهجين[٥] من الخيل، أو بختي[٦] ونجيب من الإبل- ففيه وجهان لأصحاب الشافعي: أحدهما: المنع؛ لأن المقصود به الاختبار، وقد ظهر اختلافهما. والثاني: الجواز إذا تقاربا في الجري بحيث يجوز استواؤهما، لا إن عرف فضل أحدهما.

---

(١) هذا إذا كان العوض من أحدهما فقط، أو مع دخول محلل وهو يجوز سبقه. (قرد).

(٢) أي: يتدرب.

(٣) يعني: بتسمية السبق عليها رهان.

(٤) النضال -بالضاد معجمة- المناضلة بالرمي، وبالمهملة السهم.

(٥) قوله: «كعتيق وهجين» فالعتيق أفضل، والهجين أدنى، والعتيق: الذي أبواه عربيان، وهي خيل نجد وبوادي تهامة والجوف ومأرب واليمامة ولحج. والهجين: هو ما كان الأب عتيقاً والأم عجمية فولدها هجين. والمقرف: ما كان الأب عجمياً والأم عربية فالولد مقرف. والبختي من الإبل أعلى من النجيب، وهذا اختلاف نوع، وفيه الوجهان اللذان ذكرهما في الكتاب. (بستان بلفظه).

(٦) البختي من الإبل أعلاها. والنجيب: طويل العنق. ولفظ حاشية: البختي: القوي الذي يحمل الكثير. والنجيب: الذي يحمل القليل وفي جريه خفيف.

مسألة: وعقد المسابقة جائز غير لازم[١]؛ فلكل واحد [منهما][٢] أن يرجع عنه ولو بعد الشروع فيه، لكنه يكره ممن قد ظهرت علامة عجزه؛ لأنه إخلاف للوعد[٣]. وقال أبو حنيفة: إن عقدها باطل. وأحد قولي الشافعي: إنه لازم.

فرع: والوفاء بالجعل مستحب إذا كان معلوماً سواء كان عيناً أو ديناً ولم يكن ثمة مانع من عثور أو نحوه[٤]، فمع حصول المانع يخير بين الوفاء والترك. وحيث سلمه في الوجهين معاً[٥] يكون إباحة؛ له الرجوع فيه مع البقاء لا مع التلف.

مسألة: وإذا دخلا فيه على وجه اللزوم كان محظوراً، ذكره في التقرير واللمع.

مسألة: وإذا كان العوض من أحدهما فقط إن سبقه صاحبه جاز[٦]، وهو المشروع، وإن شرط على من تأخر منهما للسابق: فإن لم يكن معهما ثالث فهو قمار لا يجوز الدخول فيه[٧]؛ لأنه لا يخلو أحدهما من غنم أو غرم حيث سبق أحدهما، ولو

---

(١) وذلك لأنه لم يتقدم لوجوبه غير الوعد، ولا شك أن الموعود به لا يجب فعله من طريق الحكم، ولأنه تمليك عين بغير عوض فلهذا كان عقداً غير لازم كالوصية، ولأنه بذل عوض فيما لم يتيقن حصوله كالقراض. (بستان).

(٢) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٣) وعلى العلة يكره ممن قد ظهرت قوته.اهـ ولعله بناء على الأغلب أن التخلف إنما يحصل من العاجز.

(٤) كانكسار أو انكشاف عورة أو نحو ذلك.

(٥) مع عدم المانع ومع حصوله.

(٦) وذلك لأنه لم يجتمع فيه الغنم والغرم، فليس ذلك بقمار. (بستان).

(٧) نحو أن يخرج كل واحد منهما عشرة على أن أيهما سبق أخذ العشرين فهذا لا يجوز، فإن دخل بينهما محلل لا يخرج شيئاً على أن المحلل إن سبق أخذ العشرين، وإن سبق غيره أخذ العشرين ذلك السابق جاز. (صعيتري). ولفظ الزهور: وصورة المحلل أن يقول أحدهما: إن سبقت أخذت مالك، وإن سبقت أخذت مالي، وإن سبقت أنا وإياك المحلل فلكل ماله، وإن سبق المحلل أخذ المالين. ويشترط في المحلل أن يجوز سبقه، وفي الحديث عنه ﷺ: ((إذا دخل فرس بين فرسين حل السبق)). (زهور بلفظه).

تحيلا في ذلك بنذر أو نحوه فلا يصح، وإن كان معهما ثالث لا عوض عليه بل على من تأخر منهما للسابق[١] منهم: فإن كان على واحد منهما فقط إذا تأخر جاز[٢]، وإن كان على من تأخر منهما ولو كلاهما إن تأخرا فيأخذ الثالث عوضهما إذا سبقهما فيجوز، ذكره في الانتصار والشافعي، ورواه أبو جعفر عن أبي طالب، وقال مالك: لا يجوز[٣]، وهو ظاهر الشرح.

مسألة: ولا بد من بيان طرفي موضع السباق: ابتداؤه وغايته[٤]. وندب فيه لكل ما يحتمله، كميل أو نحوه لغير المضمر من الخيل، وخمسة أميال أو نحوها للمضمر منها، وللإبل ما يليق بها.

---

(١) **حاصله**: أنهم إن استووا فلا شيء لهم، وإن سبقا المحلل مستويين فلا شيء له ولا لهما، وإن سبق أحدهما فله ولا شيء للمحلل، وإن سبق أحدهما والمحلل كان المال له وللمحلل، وإن سبقهما جميعاً فللمحلل دونهما جميع المالين، سواء استويا أو اختلفا. (من خط السيد صارم الدين. من هامش البحر) (قرر).

(٢) وعلى الجملة فإنه لا يلزم الثالث شيء ولو سبقاه، بل يكون له وحده إن سبقهما معاً، وإن سبق هو وأحدهما كان لهما على المسبوق، وإن سبق أحدهما وتأخر صاحبه هو والمحلل كان له من صاحبه ولا شيء على المحلل، هذا مع تجويز السبق وعدمه كما قال ﷺ: ((من أدخل فرساً بين فرسين...)) الخبر، وذلك جائز. (شرح فتح).

(٣) وذلك لأنه يمنع من أن يكون العوض من غير الإمام، ولأن إدخال الثالث لا يفيد عنده. لنا قوله ﷺ: ((من أدخل فرساً بين فرسين فليس بقمار)). (بستان).

(٤) وذلك لتعيينه ﷺ للمضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع، وهو قدر خمسة أميال أو ستة، ولغير المضمرة من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق، وهو قدر ميل واحد. والمضمرة: هي التي تسقى اللبن وتعلف المنعقد من العلف دون الرطب، وتجري طرفي النهار، فإذا نزل الفارس عقيب الجري مسح عرقها بطرف الجل، يفعل ذلك أربعين يوماً، فيشتد لحم الفرس وعصبه ويكثر جريه. وغير المضمرة: هي التي تأكل الرطب من العلف كالقضب، وتكون في أكثر أوقاتها قائمة لا تجري ويرفه عليها. (بستان بلفظه).

مسألة: ويجوز أن يكون العوض من غيرهما إمام أو غيره[١] لمن سبق منهما، لا لهما معاً إلا حيث معهما ثالث وسبقاه. وقال مالك: لا يكون العوض إلا من الإمام.

فرع: ويجوز شرط العوض للمجلي[٢] وحده -وهو الأول- أوْ له وللمصلي[٣]، لا لهما وللتالي ومن بعده من خيل الحلبة، فإن شرط لهم الكل وزيد لكل منهم على من دونه ففيه خلاف بين الشافعية[٤].

---

(١) وسواء سلمه الإمام من ماله أو من بيت المال، فمن ماله لأنه ﷺ سابق بين الخيل وجعل العوض من ماله، ومن بيت المال لأن في ذلك حثاً على الفراسة والرمي فيتقوى بها الجهاد ويقع به الصلاح للمسلمين، ومن مال الغير لأنه بذل مال على مصلحة، كما لو وقف فرساً في سبيل الله أو فعل قربة من القرب المتعلقة بالجهاد. (بستان بلفظه).

(٢) أسماء الخيل في السباق أولها المجلي: وهو السابق والمبرز، ثم المصلي وهو الثاني، ثم المسلي وهو الثالث، ثم التالي وهو الرابع، ثم المرتاح وهو الخامس، ثم العاطف وهو السادس، ثم الحظي وهو السابع، ثم المؤمل وهو الثامن، ثم اللطيم وهو التاسع، ثم السكيت وهو العاشر. والمحفوظ عن العرب السابق والمصلي والسكيت الذي هو العاشر، أما باقي الأسماء فأراها محدثة. والفسكل: الذي يأتي آخر الخيل في الحلبة. (من كفاية المتحفظ). وفي البحر: وخيل الحلبة عشرة يجمعها على الترتيب قولنا:

مجـــل مصـــل مســـل لهـــا ... ومرتـــاح عاطفهـــا والحظـــي
ومســـــحنفر ومؤملهـــــا ... وبعـد اللطـيم السـكيت البطـي

وقد يسمى السكيت فسكلاً وكعيتاً وقاشوراً، وقد يسمى العاطف نشيطاً، ويسمى المسحنفر مأمولاً، وقيل غير ذلك. الجوهري: ترتيبها: المجلي ثم المصلي ثم المسلي ثم التالي ثم العاطف ثم المرتاح ثم المؤمل ثم الحظي ثم اللطيم ثم السكيت. قلت: والأول أصح. (بحر).

(٣) وسمي المصلي لأن رأسه عند صلى السابق، قال القتيبي: والسكيت يخفف ويشدد. (حاشية بستان).

(٤) يصح؛ إذ يجتهد كل في تحصيل الزيادة بسبقه، ولا؛ إذ المقصر لم يفته كل الغنم فلا يؤمن تقصيره. (بحر بلفظه).

مسألة: وإذا شرط أن السابق يطعم العوض أصحابه جاز[١]؛ ويستحب له الوفاء بذلك، وقال الإمام يحيى: يبطل عقد المسابقة بذلك الشرط، وقال أبو حنيفة: يبطل الشرط. قال في البحر: يعني على قول من يقول بها، فأما هو فلا يقول بصحتها.

مسألة: ولا بد من تعيين ما يسعيان[٢] عليه من الخيل ونحوها؛ لأن المقصود اختباره. ويخرجان من مكان واحد مستويين، وإن طلب كل واحد منهما أن يكون في الميمنة قرع بينهما. ويكره لغيرهما الإجلاب[٣] والاجتماع عليه والحث لأحدهما على السبق.

مسألة: وإذا شرط للسبق من أحدهما لصاحبه قدر معلوم -نحو أذرع معلومة[٤]- اعتبر به، وإن لم يبين اعتبر بعنق الحيوان إذا استويا فيه، وإن اختلفا[٥] فبالكتف مع عدم العذر للمسبوق، ذكره أصحاب الشافعي.

فرع: ولا يصح أن يفضل أحدهما[٦] أقداماً معلومة[٧] أو نحوها أو عدداً معلوماً من الرمي؛ لأن ذلك أمارة العجز، فلا فائدة للاختبار بالمسابقة والمراماة؛ لأن من شرطها أن يكون يجوز سبق كل واحد لصاحبه، فلو كان يعلم

---

(١) قال الفقيه يحيى البحيح: وهو المذهب. (شرح بحر).

(٢) في (أ): يسبقان.

(٣) قوله: «ونهي غيرهما عن الإجلاب» يحتمل أن مراده كثرة الاجتماع والحضور عليهما؛ لأنه ربما يؤدي إلى فشلهما وقلة ثباتهما أو أحدهما. وقيل: إنه الحث بالكلام لأحدهما على أن يسبق الثاني. (كواكب).

(*) الإجلاب: الصياح.

(٤) نحو أن يقول أحدهما: إذا سبق السابق بعشرة أذرع مثلاً ونحو ذلك.

(٥) فكان أحدهما أطول عنقاً. (بستان).

(٦) يعني: في ابتداء السبق.

(٧) نحو أن يقول العاجز لصاحبه: فضلني بعشرة أذرع أو أقدام أو نحوها أتقدم بها عليك ونحو ذلك.

أن أحدهما يسبق لم تصح المسابقة، وفي الرمي وجهان حيث يعلم أن أحدهما أرمى، رجح الإمام يحيى الصحة[١].

مسألة: ولا بد من بيان قدر المسافة في الرمي[٢]، ولا يصح أن يكون قدراً لا يصاب في مثله في العادة[٣].

فرع: ولا بد من بيان قدر الغرض[٤] المرمي طولاً وعرضاً وارتفاعاً، ويكون قدر شبر فما فوق؛ لأن ما دونه يشق إصابته، ذكره في البحر.

فرع: ويعتبر تجانس الآلات واستواؤها أو تقاربها، كالحراب والنشاب والقسي: إما عربية كلها أو شامية أو جبارية[٥]، وما عين من ذلك لم يرجع عنه إلى غيره من جنسه، وما لم يعين انصرف إلى المعتاد في البلد، وقيل: لا بد من التعيين[٦].

فرع: ولا بد أن يكون الرامي اثنين، فلا يصح من واحد على عوض إذا أصاب في قدر معلوم؛ لأنه كأنه قيل له: ناضل نفسك، ذكره في البحر[٧]،

---

(١) المختار الجواز للندب.

(٢) وذلك لأن الإصابة يختلف حالها بالقرب من الغرض والبعد منه. (بستان بلفظه).

(٣) وقد اختلف في تقدير الذي يصاب فيه في العادة، فقيل: من خمسين ذراعاً إلى ثمانين ذراعاً، وقيل: قدر مائتين وخمسين ذراعاً، قال عليه السلام: والذي لا يصاب في مثله ما زاد على ثلاث مائة وخمسين ذراعاً، قال عليه السلام: وما رمى على أربع مائة ذراع إلا عقبة بن عامر الجهني، قال عليه السلام: وفيما بين مائتين وخمسين ذراعاً إلى ثلاث مائة وجهان، قال عليه السلام: فأما عرف الرماة في زماننا هذا فمقدار خمسة عشر ذراعاً في المناضلة، بخلاف الحرب. (بستان بلفظه).

(٤) بالمعجمة لا بالمهملة.

(٥) بتشديد الياء وفتحها. في بعض النسخ: حبارية، نسبة إلى ملك. هي البيض من القسي.

(٦) قوله: «وقيل لا بد من التعيين» وذلك لأنه قد يكون أحدهما في نوع أحذق من النوع الآخر. (بستان بلفظه).

(٧) لفظ البحر: فلو قال أحدهما: ارم عشرين سهماً فإن كانت إصابتك أكثر[١] فلك عشرة فسد العقد؛ إذ هو كقوله: ناضل نفسك فإن كانت إصابتك أكثر من خطئك فقد ناضلتني، ولا صحة إلا بأن يرمي كل منهما. (بحر).

=

خلاف بعض أصحاب الشافعي.

مسألة: ولا بد من بيان عدد الرشق[١] الذي يعتبر فيه الإصابة؛ لأن مع الإطلاق يجوز أن المغلوب يغلب فيما بعد.

مسألة: ولا بد من بيان قدر الإصابة هل مرة أو مرتين أو نحو ذلك، وبيان صفتها هل قرع[٢] أو خسق أو مرق أو خرم، ويعتبر في القرع بالنصل لا بالفوق ولا بعرض السهم[٣].

مسألة: وإن شرط في الإصابة أن يكون عشرة أسهم ونحوها متوالية ففيه وجهان، الأرجح المنع؛ لأن ذلك نادر في العادة. ويجوز اشتراط ثمانية أسهم من عشرة[٤] ونحو ذلك.

مسألة: وإذا تشاجروا في البداية بالرمي قرع بينهم، ذكره الفقيه يوسف. وإذا تشاجروا بعد ذلك فيمن يقف عن يمين الغرض قدم به من له البداية. وإذا شرطوا استقبال الشمس أو استدبارها صح، وإن لم يذكر ذلك ثم اختلفوا فيه

---

[١] يعني من خطئه. (شرح بحر).

(١) الرشق: هو بكسر الراء عدد الرمي بين الرماة، وأما بفتح الراء فهو عبارة عن الرمي نفسه، يقال: رشقه، إذا رماه. (بستان بلفظه).

(٢) القرع: هو ما أصاب الغرض ولم يؤثر فيه تأثيراً ظاهراً. والخسق: هو ما أصاب الغرض وخدش فيه وثبت فيه. والمرق: هو الذي ينفذ في الغرض ويقع خارجه، ويسمى الصادر. والخرم: هو الذي يصيب الغرض ويقطعه من جانبه. (بستان بلفظه)، ولفظ حاشية: القرع: هو إصابته من غير خرق ولا مرق. والخسق: الإصابة مع الخرق من دون أن يمرق. والمرق: أن ينفذ. والخرم: هو الذي يخرم في جانبه حتى يثلمه. (شرح فتح معنى).

(٣) فإذا أصاب بذلك لم يحتسب له؛ لأن ذلك من أسوأ الرمي وأردئه. والفوق يسمى القِدح، وهو الثلمة التي في أسفل السهم التي يوضع فيها الوتر. (بستان بلفظه).

(٤) وعن المفتي رحمه الله أنه مثل الأولة لندوره.

من بعد أجيب من طلب استدبارها؛ لأنه أقوم للإصابة في العادة.

مسألة: وإذا رمى أحدهم ثم حولت الريح الغرض عن موضعه فأصاب موضعه حسب له قارعاً(١)، لا إن أصابه في الموضع الذي تحول إليه فلا يحسب له ولا عليه(٢)، بل يعيده بعد رد الغرض إلى موضعه الأول، ذكره في البحر. قال سيدنا عماد الدين: ولعله يستقيم إذا كان تحول الغرض عن موضعه في حال رميه أو بعده، لا إن كان قبله(٣)، والله أعلم.

مسألة: ولا يحسب عليه ما انكسرت فيه قوسه أو انقطع فيه وتره(٤).

مسألة: ويجوز اشتراط قرع عشرة أسهم من عشرين سهماً ونحو ذلك، أو خاسق بقارعين، فيكون خاسق سهمين أغلب من قارع ثلاثة، وخاسقان وقارع أغلب من أربعة قوراع، وعلى ذلك فقس.

مسألة: ولا يحسب له ولا عليه ما حصلت فيه الإصابة أو الخطأ بفعل الريح(٥). وما وقع في المنخرم من الأول أو من غيره لم يحسب لصاحبه مطلقاً(٦)، وما وقع في المنخرق حسب قارعاً(٧).

مسألة: ولا يصح أن يشترط اختلاف موضع إصابتهما من الغرض، نحو أن

---

(١) قوله: «حسب له قارعاً» بناء على الأقل؛ لأنه المتيقن؛ لأن الغرض لو كان في مكانه لأصابه. (بستان).

(٢) لأن الشرط بينهما الإصابة في الموضع الأول، وقد تحول عنه، وكلام صاحب الكتاب كما ترى، فإذا تحول قبل الرمي ثم رمى فقد قصده إلى حيث تحول إليه. (بستان بلفظه).

(٣) فيحسب له؛ لأنه قد قصده.

(٤) قوله: «أو انقطع فيه وتره» وذلك لأن خطأه لم يكن من سوء الرمي فتحسب عليه، وإنما كان من أجل فساد الآلة. وهكذا لو انعقدت عصبة في يده أو نحو ذلك من الموانع. (بستان بلفظه).

(٥) لأنه إن أصاب الغرض فلم يصب بحذقه، وإن أخطأ فليس ذلك من سوء رميه. (بستان).

(٦) وذلك لأن موضع المنخرم ليس من الغرض. (بستان).

(٧) لأنه المتيقن. (بستان).

يشترط إصابة أحدهما في وسطه والثاني في طرفه[١].

مسألة: ولا يصح أن يشرط أن يكون في يد أحدهما من السهام حال رميه أكثر مما في يد الثاني[٢]؛ لأن الاختبار لا يكون إلا مع الاستواء، ذكره في البحر.

مسألة: ويصح أن يكون الغرض لهما واحداً، ويصح أن يكون لكل واحد منهما غرض مع الاستواء، وسواء كانا متواجهين أم لا.

مسألة: ويكون الرمي سهماً بسهم فقط، إلا أن يشترطوا أكثر -كخمسة بخمسة أو نحو ذلك- صح.

فرع: وإذا شرطا أن يرميا سهماً سهماً فقط[٣] وأيهما أصاب الغرض أولاً أخذ العوض الذي من غيرهما صح، ويحتمل أن لا يصح؛ إذ لا يعرف به الحذق، فرب رمية من غير رام، ذكره في البحر.

مسألة: وإذا أصاب أحدهما لم يكن له أن يفتخر على صاحبه، ولا يغيظه، ولا أن يزعجه على المبادرة بالرمي فيدهش فيخطئ، ولا للثاني أن يتراخى عن الرمي بتعديل قوسه وسهامه حتى يتغير وهم الأول[٤] الذي أصاب به، وليس لهما أن يمدحا من أصاب[٥] ويذما من أخطأ؛ لأن ذلك يؤدي إلى الغيظ.

---

(١) قوله: «في طرفه» وذلك لأن المناضلة في الرمي إنما تراد وتقصد ليعرف بها الحذق وفضل أحدهما على الآخر، فلهذا كانت موضوعة على التساوي. (بستان بلفظه).

(٢) إذ يضعف رميه ويشوشه. (بحر). ولأنها تشغله باستعمال يده. (مفتي).

(٣) قوله: «سهماً سهماً» يعني: أن كل واحد يرمي بسهم واحد فقط ولا يزيد بعده شيئاً، فيحتمل أنه يصح؛ لأن المقصود الإصابة، وهي حاصلة بالسهم الواحد، قال عليه السلام: وهذا المختار، ويحتمل المنع من ذلك؛ لما ذكره في الكتاب، لأنه لا يحصل بذلك معرفة الحذق والفضل كما ذكره. (بستان بلفظه).

(٤) يعني بالسهم الثاني وما بعده حيث يريد الإصابة ثانياً.

(٥) عبارة البحر: ويندب الإشهاد، ولهما الإخبار بما شاهدا، ولا يمدحان مصيباً ولا يذمان مخطئاً؛ اتقاء للغيظ. (بحر).

مسألة: وتجوز المناضلة بالرمي بالأحجار وبالمقلاع[١] وبالمنجنيق وبالمزراق، وأن يشترط إصابة الدرية[٢]، ويستحب الوفاء بها شرط حيث لا عارض من ريح[٣] أو انكسار سهم أو غيره. ويكره نسيان ما تقدم ذكره بعد إدراكه؛ للحديث: ((من تعلم الرمي ثم نسيه فتلك نعمة جحدها)).

مسألة: وتصح المناضلة بين طائفتين، خلاف بعض أصحاب الشافعي، ويجعل لكل طائفة رئيس يختار من يقدم من أصحابه محاذياً لمن يقدمه الثاني من أصحابه، واحداً بعد واحد من كل طائفة، ولا يكفي رئيس لهم الكل[٤]؛ لأنه يتهم باختيار الحذاق لنفسه[٥]. وإن شرط تقدم فلان ثم فلان إلى آخرهم فسد العقد؛ لأنه يبطل اختيار الرئيس، وهو عمدة فيهم.

فرع: وفي قسمة العوض وجهان: أحدهما: يقسم بينهم على سواء بين الطائفة المستحقة له المصيب منهم والمخطئ. والثاني: أنه يكون للمصيبين منهم فقط[٦] يقسم بينهم على عدد الإصابة، ذكره في البحر[٧].

مسألة: ويحرم جعل ذي روح غرضاً للرمي بالسهام أو بالحجارة ونحوها،

---

(١) وهو الوظف في عرفنا. (بستان).

(٢) قال في الشمس: الدرية تهمز ولا تهمز، وهي الحلقة التي يتعلم عليها الطعن. (من خط المصنف). وفي البستان: الدرية التي يعلق عليها الغرض، فإذا شرطوا أن إصابتها كإصابة الغرض صح. (بستان).

(٣) عاصفة كما تقدم، لا الخفيفة، فإذا وقع السهم وأصاب حسب له. (بحر معنى).

(٤) قوله: «ولا يكفي رئيس لهم الكل» يعني: أنه رئيس عليهم الكل وهم حزبان، فهو يتهم كما ذكر. واعلم أن من شرط الحزبين أيضاً الاستواء في العدد، فلو كان أحدهما أكثر لم يصح؛ لأن الغلبة ربما تكون بالكثرة لا بالحذق والكياسة في الرمي. (بستان بلفظه).

(٥) حيث كان في إحدى الطائفتين، وإلا صح. (هبل).

(٦) وذلك لأنهم إنما استحقوا العوض لأجل الإصابة لا غير، قال عليه السلام: وهذا المختار. (بستان).

(٧) حيث لم يشترط، وإلا فحسب الشرط. (مفتي) (فريع).

ولو كان حربياً أو سبعاً عادياً حيث أمكن قتله بدون ذلك[١].

فرع: وكذا تحرم المراجمة بالأحجار ونحوها[٢] ولو وثق بالميل؛ لما فيه من جعل ذي الروح غرضاً. وتكره[٣] الإشارة بالحد إلى محقون الدم[٤].

مسألة: والضرب بالصولجان[٥] على الأقدام كالسعي عليها[٦] يجوز إذا كان بغير عوض ولا يؤدي إلى محظور مما تقدم، وأما على الخيل فكرهه الهادي، وأباحه الناصر. وكذلك السباحة في الماء ورفع الأحجار والقيام على ساق[٧] والمشابكة[٨] واللعب بالخاتم[٩] وما لا يعد للحرب يجوز إذا كان بغير عوض. واختلف في المصارعة على عوض، فقال المحاملي: لا يجوز، وقال أهل العراق: يجوز، وقال الفقيه يحيى البحيبح: إن ذلك كله جائز إذا كان برضا صاحب العوض ولم يكن قماراً، لا إن كان على سبيل اللزوم[١٠] فلا يجوز.

مسألة: ويحرم اللعب بالشطرنج، وأجازه الشافعي إذا كان بغير عوض ولا يشغل عن الصلاة. وكذا القمار بما له قيمة عند الناس لا يجوز، فأما بما لا قيمة له عند

---

(١) يعني: لأن هذه الأمور مثلة، والمثلة محرمة. (بستان بلفظه).

(٢) في (أ): بالحجارة وغيرها. وفي (د): في حجار.

(٣) تنزيه.

(٤) وتحرم إن أفزعه. (قرر).

(٥) قال في النهاية وشمس العلوم: الصولجان: عود في طرفه انعكاف تضرب به الكرة. (بستان بلفظه). قال القتيبي: والصولجان بفتح اللام، قال في الديوان: وهو يسمى المحجن أيضاً. (من خط مصنف البستان).

(٦) أي: على الأقدام.

(٧) أو المشي على رجل واحدة، وهو الحجل في العرف. (فتح وشرحه).

(٨) وهي المعاصرة. (شرح فتح).

(٩) ولعله بدرجه كما يفعل بالحلق الصغار.

(١٠) بالمناذرة ونحوها.

الناس ولو كان له قيمة عند أهل ذلك اللعب فقال الفقيه يحيى البحيح: يجوز ، وقال الفقيهان علي وحسن: لا يجوز؛ لأنه عادة السفهاء.

مسألة: ويحرم الحذف(١) لذي روح(٢)، واللعب بالشفع والوتر(٣) إذا كان فيه قمار، واللعب الذي فيه تكسر وتعطف كالرقص. وتجوز الأرجوحة(٤) واللعب عليها للرجال والنساء ما لم يؤد إلى محظور، ذكره النواوي والعمراني من أصحاب الشافعي.

---

(١) الخذف: أن يجعل الشيء بين إصبعين؛ لأنها من شعار قوم لوط.

(٢) لعله يكره ولو لغير ذي روح؛ لأنه من فعل قوم لوط.

(٣) وهي المخاباة. (شرح فتح).

(*) وهي المخاباة. كل إشارة إلى الغير بما في اليد ليعرف كم قدرها هل شفع أو وتر.

(٤) قال في النهاية: الأرجوحة: حبل يشده طرفاه في موضع عال ثم يركبه الإنسان ويحرك وهو فيه، سمي به لتحركه ومجيئه وذهابه. (من خط مصنف البستان). قال الأزرقي من الشافعية: وهي مباحة للحاج وغيره. ويجوز أن ينشد عليها الأشعار المباحة دون المحرمة، ذكره العمراني.

(*) وهي المدراهة، قال الشعبي: وهي تنفع من وجع الظهر.

كتاب القضاء

للقاضي شروط سبعة:

الأول: أن يكون ذكراً مكلفاً، فلا يصح حكم المرأة[١]، خلاف أبي حنيفة فيما تصح شهادتها فيه، وخلاف ابن جرير مطلقاً.

الثاني: أن يكون عدلاً كما في الشاهد[٢].

الثالث: أن يكون عفيفاً عن الطمع الذي يورث التهمة ويجرح في العدالة، ذكره في التقرير.

الرابع: أن يكون جيد التمييز، فيفرق بين المدعي والمدعى عليه، وبين الدعوى الصحيحة والفاسدة، صلباً في أمر الله، لا يصرفه الحياء عن الحق، فيستوي فيه عنده القريب والبعيد والدنيء والشريف والغني والفقير، ولا يكون جباراً شديداً بحيث يهابه الخصم فلا يستوفي حقه، ولا هيناً ضعيفاً بحيث يجترئ عليه الخصوم ويطمعون فيه فيغلب القوي منهم الضعيف، ويكون حلياً وافر العقل لا يستفزه الغضب ولا يستخفه الطيش[٣]؛ لأن ذلك يؤدي إلى اضطراب رأيه واختلال تمييزه فيشتبه عليه الحق بالباطل، ذكر ذلك في الشرح والتقرير.

الخامس: أن يكون عالماً بطريقة الحكم فيما يقضي به، فيمكنه استخراج ما عرض من المسائل من أصولها، وهي الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس[٤]، ويعرف ما أجمع عليه السلف الصالح وأجمع عليه أهل البيت عليهم السلام؛ لئلا يحكم

---

(١) وأما الفتيا فتصح منها. (قرر).

(*) قال في الصنعاني عليه السلام: وكذا الخنثى المشكل؛ لجواز أن يكون امرأة. (بستان بلفظه).

(٢) وفي الأزهار: المحققة. قال في حاشية السحولي: ولا يغتفر في حقه ما يغتفر في حق الشاهد كما سبق، نحو فسق التأويل، وكفر التأويل، بل لا بد من الورع. (بلفظها) (قرر).

(٣) نوع من الجنون. وفي حاشية: قلة العقل، بل غير وافر العقل.

(٤) في (أ): وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

بخلافه. وليس من شرطه معرفته بكتاب الله تعالى كله، بل بما يتعلق بالأحكام الشرعية، وهو خمسمائة آية. وكذلك سنة النبي ﷺ ليس من شرطه معرفتها الكل، بل يكفيه منها كتاب من الصحاح، وليس من شرطه أن يكون ذلك كله معه على ظهر الغيب، بل يكون يعرف مواضع الأحكام منها بحيث إذا عرضت له الحادثة أمكنه استخراجها من موضعها، وهذا بناء على أنه يجب أن يكون مجتهداً، ولا يجوز أن يكون مقلداً عند القاسم والشافعي وأبي يوسف، وذكره أبو طالب وأبو العباس للهادي، وقال المؤيد بالله مذهباً وتخريجاً والمنصور بالله وأبو حنيفة وأصحابه، ورواه أبو جعفر عن الهادي والناصر: إنه يجوز أن يكون مقلداً(١). قال الفقيهان يوسف ومحمد بن سليمان: وهو القوي(٢).

مسألة: وإذا كان القاضي مجتهداً فليس له أن يحكم باجتهاد غيره مع إمكانه للاجتهاد، ذكره أبو طالب وأكثر الفقهاء، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: يجوز، إلا أن يكون قد اجتهد في تلك المسألة لم يجز له العمل باجتهاد غيره والعدول عن اجتهاده إجماعاً.

مسألة: وفي اشتراط كونه كاتباً(٣) وجهان، رجح الإمام يحيى الوجوب(٤)؛ لافتقاره إلى معرفة ما وضعه كاتبه(٥)، بخلاف النبي ﷺ فتكفي فيه عدالة كاتبه؛ لأنه إذا خان نزل الوحي على النبي ﷺ، ذكره في البحر. ويجوز كون القاضي عبداً(٦) أو مكاتباً أو مدبراً، خلاف أبي حنيفة والشافعي.

---

(١) واختاره الإمامان. الإمام شرف الدين والإمام المهدي.

(٢) لئلا تعطل الأحكام وتضيع الحقوق لعدم المجتهدين وخصوصاً في زماننا.

(٣) والمراد أنه يقرأ، لا أنه يكتب المقروء فلا يجب. (بستان).

(٤) وظاهر المذهب عدم اشتراطه. (شامي).

(٥) والثاني: يستحب، ولا يكون ذلك واجباً.

(٦) مأذوناً [لا فرق. (قرر)] أو تعين عليه. قال القاضي عبد الله: قلت: أو كفاية؛ إذ لا يمنع =

مسألة: وأما المفتي فإن أفتى على سبيل الحكاية عن غيره جاز ولو كان مقلداً إذا تكاملت فيه شروط الرواية[١]، وإن أفتى مطلقاً فقال المؤيد بالله والإمام يحيى وأحد وجهي أصحاب الشافعي: يجوز للمقلد[٢]، وظاهر كلام الشرح وأحد وجهي أصحاب الشافعي[٣] لا يجوز إلا للمجتهد.

السادس: أن يكون سليماً من العمى والخرس[٤] والآفات المنفرة كالجذام والبرص الفظيعين، لا العور والصرع[٥] وتغير اللسان[٦] وثقل السمع فلا يمنع، وكذا السهو والغفلة القليل، لا الكثير فيمنع، ذكر ذلك في البحر.

السابع: حصول الولاية من إمام حق أو من محتسب[٧]، أو من خمسة[٨]

من واجب.اهـ ويلزم لسيده الأجرة إلا حيث تجوز الاستعانة. ويكون إليه ما إلى الحاكم من تزويج من لا ولي لها ونحوه. (قرر).

(١) ولا أحفظ فيه خلافاً. (بحر).

(٢) واختاره السحولي.

(٣) واختاره الهبل.

(٤) وكذا الصمم، وهو آفة في الأذنين. (بستان، وحاشية سحولي).

(٥) لكن في الصرع لا يصح القضاء حاله، وبعد الصرع واستكمال العقل يجوز قضاؤه. (بستان).

(٦) كالفأفأة. (بحر بلفظه).

(٧) هكذا ذكره في الأزهار والبحر أن إليه ذلك كالإمام. (بستان بلفظه).

(٨) قوله: «أو من خمسة» يعني: حيث لا إمام، ووجه ذلك عند المؤيد بالله أن نصب خمسة للسادس إذا جاز اعتماده في الولاية الكبرى -وهي الإمامة- جاز أن يكون عمدة في تقرير الولاية الصغرى، وهي الحكم؛ لإجماع الصحابة عليه في الإمامة وإن اختلفوا في المنصب. قلنا: لا نسلم، قال عليه السلام: ولا يقال: إن قول المؤيد بالله هذا يقضي بأنه يقول بإمامة المشايخ؛ لأنه ولو قال: العقد طريق إلى الإمامة فالخلل وقع في نفس المختار. (بستان بلفظه). وفي الزهور في الوقف: ولم ينكر علي عليه السلام العقد، وإنما وقع الاعتراض في المعقود له، لكن يقال: وكيف يصح من المؤيد بالله عليه السلام الاستدلال بهذا وفي مذهبه أن طريقها الدعوة؟ بيض له في الزهور.

ذوي فضل وتمييز وعلم بما يجب عقلاً وشرعاً، ذكره المؤيد بالله، أو من جهة الصلاحية لذلك عند الهدوية وأكثر العترة حيث لا إمام[١]، أو من جهة سلطان ظالم ونحوه حيث لا إمام على تخريج المؤيد بالله والشافعي وأحمد بن عيسى، وعند القاسم والناصر والمؤيد بالله وأبي العباس وأبي طالب وأبي علي وأبي هاشم لا تصح التولية من الظلمة ولا تجوز، حتى قال أبو علي وأبو هاشم: إن التولي من جهتهم يوجب الفسق؛ لأنه يوهم أنهم محقون، ومثله في الكافي، وقيل: إنه خطأ لا يقطع بكبره، قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: وهو الأولى.

فرع: فلو حكم حاكم متول من جهة الظلمة فقال أبو علي: إنه لا حكم له بل ينقض، وإن أقام حداً أعيد[٢] إلا في قطع السارق[٣]، روى ذلك في الشرح. وذكر في الكافي وشرح الإبانة أن فساق التأويل لا تنقض أحكامهم وفاقاً[٤]، يعني أحكام حكامهم، وقال أبو يوسف: بل تنقض، وقد ذكر أبو طالب فيمن حكمه الخصمان أنه ينقض حكمه إذا عرض على حاكم وخالف مذهبه[٥]، وقال

---

(١) ولا محتسب.

(٢) هذا بناءً على أنه يجب الحد بقيام الإمام وإن وقع سببه في غير زمن الإمام أو مكان يليه.اهـ ويضمن الأرش والأموال.

(٣) قوله: «إلا في قطع السارق» وذلك لأن القطع كان متعلقاً بجارحة منه وقد زالت، قال في البرهان: ويلزم على هذا أن السارق إذا سرق ثم قطعت يده لغير حد أنها لا تقطع رجله، والله أعلم. (بستان بلفظه). لكن ظاهر الأزهار خلافه. (مفتي). سيأتي في البيان في حد السارق ما يؤيد كلام البستان، ولفظ البيان: فرع: إذا قطعت يد السارق بعد السرقة لغير السرقة سقط عنه القطع؛ لأن ذلك حكم تعلق بيده وقد زالت فيسقط، ذكره المنصور بالله والشافعي وأبو حنيفة. (بلفظه من الفرع الثالث من قبيل النوع الخامس).

(٤) قال في البرهان: لأن أمير المؤمنين عليه السلام لم ينقض أحكامهم، ومثله ذكر الإمام عليه السلام في الانتصار؛ لأنه لا سبيل إلى نقض أحكامهم إذا كانت مطابقة للقواعد الشرعية من غير مخالفة، فإن كان ما حكموا به مخالفاً للنصوص القرآنية والإجماعات المقطوع بها وجب نقضه. (بستان بلفظه).

(٥) وهذا مبني على أن التحكيم لا يكون ولاية ينفذ بها الحكم، وقال المؤيد بالله ومالك وابن =

المؤيد بالله: لا ينقض[١]. ولعل المراد حيث هو يصلح للحكم لكن ليس له ولاية. ولعل هذا الخلاف يأتي في حكم كل حاكم مختلف فيه[٢]، والله أعلم.

مسألة: إذا كانت التولية للقضاء عامة أو مطلقة فله أن يحكم حيث شاء ومتى شاء وبين من شاء، وإن كانت مقيدة بزمان أو مكان أو شخص أو قضية معينة صح الشرط ولم يخالفه في حكم ولا سماع دعوى ولا شهادة، وأما سماع الجرح والتعديل فعلى القول بأنه خبر يجوز، وعلى القول بأنه شهادة لا يجوز، ذكره الفقيه حسن.

فرع: وإذا شرط الإمام على القاضي شرطاً فيما يتعلق بالحكم لزمه؛ لأنه ينوب عنه، بخلاف الخمسة إذا شرطوا على من ولوه فلا يصح شرطهم؛ لأنه ليس بنائب عنهم، ولأنه لا يصح منهم فعل ما شرطوه في الحكم فلا يصح شرطهم له[٣].

مسألة: وكل ما كان جرحاً في الشاهد فهو جرح في الحاكم ولو لم يمنع الصلاة خلفه، كالغيبة والنميمة[٤]، فقد جرت بهما عادة كثير من المسلمين، وهو لا يقطع

أبي ليلى، وحكاه في شرح الإبانة عن زيد بن علي والناصر: إن ذلك ولاية، فعلى القول الأول إذا وقع الحكم أمضاه إن وافق مذهبه، وعلى الثاني هو ماض ولا ينقض إلا بقاطع. (غيث معنى).

(*) لأنه إذا كان مخالفاً لمذهبه لم يحل له تقريره، كما أنه لا يحل له أن يحكم بخلاف مذهبه. (بستان).

(١) لأنه حكم قد صح ولزم فلم يكن له فسخه بمخالفة مذهبه، كما لو كان من حاكم قد ولاه الإمام. (بستان بلفظه).

(٢) العبرة بمذهب الحاكم: فإن كان مذهبه الجواز لم ينقض حكمه، وإن كان مذهبه عدم الجواز فلا حكم لحكمه.

(٣) بخلاف الموصي والموكل والمحتسب فهو يصح منهم الفعل فيصح منهم الشرط. (شرح تذكرة) (قرر).

(٤) حيث لم يتخذهما خلقاً وعادة، وإلا لم تصح صلاته. (قرر). كما تقدم في الصلاة.

بكبرها فلا تمنع الائتمام به في الصلاة، وتمنع صحة الشهادة والحكم[١]، ذكره الفقيه علي. قال في الكافي: وكذا إذا ظهر منه الشعر الغزل في امرأة معينة لا تحل له كان جرحاً. وإذا فعل كبيرة لم يصح منه الحكم إلا بعد التوبة والاختبار[٢] كما في الشاهد. وهكذا يكون في الإمام كما تقدم تفصيله[٣].

مسألة: وإذا كان الحاكم مجمعاً عليه وجبت الإجابة إليه على من طلب إليه، ويستحب أن يقول: سمعاً وطاعة، وإن كان مجمعاً على بطلانه لم تجز المرافعة إليه في شيء مختلف فيه، كميراث ذوي الأرحام، وميراث الجد مع الأخ، ونحو ذلك؛ لأنه لا يفصله إلا الحاكم[٤]، ويجوز فيما هو مجمع عليه ليستعان به على وفاء الحق[٥]؛ لأنه لا يحتاج إلى حكم، كنفقة الزوجة[٦] ومصيرها[٧] إلى بيت زوجها، ونفقة الولد الصغير المعسر، ومقر بالدين ليسلمه وإلا حبس، وجاحد

---

(١) والمذهب أن النادر لا يمنع الشهادة والحكم فلا فرق، والله أعلم، وقد ذكره المهدي عليه السلام، أعني: أنه يصح منه الحكم حيث تصح الصلاة خلفه.

(٢) مع تجديد التولية كما في الأزهار في الوقف. (قرر).

(٣) بل لا يشترط الاختبار، فتعود ولايته من غير اختبار كما ذكره في الوقف، فتكفي التوبة. (*) في الوقف.

(٤) وذلك لأن قطع هذه الخلافات إنما يكون من جهة الحكام الثابتة عدالتهم النافذة بصائرهم. (بستان بلفظه).

(٥) لأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وذلك لا يحتاج إلى ولاية. (بستان بلفظه) (قرر).

(*) ولا يكون أداء الشهادة إليه إغراء له على ما لا يجوز من الإنكار بغير علم؛ لأن العلم إنما يشترط على الأصح في كون المنكر منكراً، لا في الطريق إلى فعله فيكفي الظن[١]، وقد حصل الظن بالشهادة. (صعيتري من أول كتاب الشهادات).

(٦) الصالحة للوطء. (شرح أزهار).

(٧) الواو بمعنى مع.

---

[١] الأزهار أنه يريق عصيراً ظنه خمراً ..إلخ.

له ليقر أو يحلف وإلا حبس[١]، ذكر ذلك في اللمع عن مجموع ابن الخليل، قال في حواشي الإفادة عن أبي طالب: إلا أن يكون في ذلك إيهام بأنه محق[٢] لم يجز. وقال أبو مضر: لا تجوز المرافعة إلى فاسق مطلقاً.

فرع: وإن كان مختلفاً فيه كالمقلد ومنصوب الظلمة أو الصلاحية فإن اتفق مذهب الخصمين[٣] على صحة ولايته وجبت الإجابة إليه على من طلب، ذكره المؤيد بالله، وإن كان مذهبهما عدم صحة ولايته أو اختلف مذهبهما فيه فإن كان الذي نصبه الإمام فقد قطع الخلاف، فتجب الإجابة إليه، ذكره الفقيه يوسف، وإن نصبه غيره ففي الحق المختلف فيه لا تجوز المرافعة إليه، وفي المجمع عليه تجوز، وقال الفقيه يوسف: إن العبرة بمذهب الحاكم، فإذا كان عنده صحة ولايته لزم الخصم ما حكم به عليه، وإلا لزم أنه[٤] لا يصح حكم حاكم مختلف فيه، وقد تقدم خلاف في هذا[٥].

---

(١) قد تقدم في الصلح أنه لا يحبس إلا بإذن الحاكم. وسيأتي في البيان في آخر السير في المسألة الخامسة من آخره عن المؤيد بالله ما يؤيد البيان هنا، ولفظه: مسألة: ويجوز للمسلمين حبس الدعار...إلخ.

(٢) أو يؤدي إلى إغرائه على فعل قبيح. (تكميل) (قرر).

(٣) في (ج، د): فإن اتفق الخصمان.

(٤) في (ج، د): أن.

(٥) يعني: إذا وقعت المرافعة إلى حاكم آخر وكان عنده أن الحاكم الأول ليس بحاكم كان له نقض ما حكم به عند أبي طالب، ذكره في حكم من حكمه الخصمان، خلاف المؤيد بالله، وقد أشار إلى هذا صاحب الكتاب فيما تقدم بقوله: ولعل هذا الخلاف يأتي في حكم كل حاكم مختلف فيه، بعد ذكر الخلاف بين السيدين، ومثل هذا الخلاف أيضاً قد تقدم في الشهادات. (بستان بلفظه).

(*) يعني: في الشهادات، وقوي كلام الفقيه يوسف هنا كما هناك.

مسألة: والإجابة للشريعة واجبة في الظاهر مطلقاً[(١)]، وأما في الباطن فإذا علم المدعى عليه أن دعوى المدعي باطلة لم تلزمه إجابته[(٢)]، وقال أبو حنيفة: بل تلزمه.

مسألة: وندب للقاضي إذا خرج للحكم أن يلزم السكينة والوقار[(٣)]، وأن يسلم على من مر عليه يمنة ويسرة، ويجلس مستقبلاً للقبلة؛ لأنه أشرف المجالس، وقال الناصر: يستدبرها كالخطيب، ولا يتكئ على يساره[(٤)]؛ لأنها جلسة المغضوب عليهم، ذكر ذلك في البحر.

مسألة: ويجب عليه التسوية بين الخصمين في السلام والكلام والمصافحة والتعظيم والإقبال والسماع[(٥)] ورفع الصوت إلا على من ساء أدبه[(٦)]، ويسوي بين الخصمين في المجلس ولو أحدهما مؤمن والثاني فاسق، ذكره الناصر، إلا الذمي والمسلم فيرفع مجلس المسلم. قال الإمام يحيى ومالك: وكذا إذا رافع

---

(١) ويفهم الوجوب من قوله في الأزهار: ويجاب كل من المدعيين إلى من طلب.

(٢) إلا أن يتهم بالتمرد عن الشرع وجب لدفع التهمة. (قرد).

(٣) يعني: في حال مشيه، وإن كان له مركوب خرج راكباً إن كان يعتاده؛ لأنه أهيب له، ويستحب أن يدعو عند خروجه بما كان الرسول ﷺ يدعو به عند خروجه من داره، فكان يقول: ((اللهم إني أعوذ بك أن أضل أو أُضل، أو أزل أو أُزل، أو أظلم أو أُظلم، أو أجهل أو يجهل علي))، وأن يسلم على من مر عليه يمنة ويسرة؛ لقوله ﷺ: ((يسلم الراكب على القائم والماشي، ويسلم القائم على القاعد، والماشي على القائم، والقليل على الكثير)). ويجلس مستقبلاً للقبلة؛ لقوله ﷺ: ((أشرف المجالس ما استقبل به القبلة)). ولا يتكئ على يساره؛ لأنه ﷺ رأى رجلاً متكئاً على يساره فقال: ((هذه جلسة المغضوب عليهم)). (بستان بلفظه).

(٤) على راحة يده.

(٥) لما روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال: ((من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه ولفظه وإشارته ومقعده)). (شفاء).

(٦) أو تعدى على صاحبه. (زهور).

الوضيع الرفيع وعرف الحاكم من قصده أنه يريد وضع منزلته لم يسو بينهما[١].

فرع: فإن كان أحد الخصمين قدم من غيبة فهل يجوز للحاكم أن يخصه بسلام القادم أم لا؟ فيه نظر، والأقرب الجواز[٢]؛ لأنه لا يستنكر في العادة ولا يورث التهمة، وربما يكون في تركه إهانة للقادم وانكسار لخاطره.

مسألة: وإذا وقف الخصمان بين يديه خير بين الانتظار لمن يتكلم منهما وبين أن يقول هو أو أعوانه: ما حاجتكما؟ أو من يتكلم منكما[٣]؟ ولا يخص أحدهما بطلب الكلام[٤]. ثم يسمع كلام المدعي وجواب المدعى عليه، ويتفهمه، ويتثبت في مضمون كلامهما، ويحثهما على التصادق، فإن لم يفعلا فعلى الصلح، إلا أن يتبين له الحق لأحدهما لزمه إعلامه به[٥]، فإن رضي بالصلح بعد علمه بالحق جاز، وإلا وجب الحكم له إذا طلبه.

فرع: وليس له الحكم قبل سماع جواب المدعى عليه[٦]، فإن فعل عمداً

---

(١) والمختار وجوب التسوية، ولكن لا يهين الرفيع، بل يرفع الوضيع إلى مرتبة الرفيع من غير عكس. (عامر).

(٢) بعد أن يذكر لخصمه أن خصمك فلاناً قدم من سفره فيسلم عليه سلام القادم؛ لأنه إذا فعل ذلك زالت عنه التهمة وسكن قلب الخصم. (صعيتري). فإن لم يفعل ذلك كان قدحاً في عدالته.

(*) في (ج، د): قال سيدنا عماد الدين: والأقرب الجواز.

(٣) أو يتكلم المدعي منكما. (شرح فتح).

(٤) قوله: «ولا يخص أحدهما بطلب الكلام» وذلك لأن فيه كسراً لقلب الآخر وإيغاراً لصدره. وإذا ابتدأ أحدهما بالدعوى وأراد الآخر أن يداخله بالكلام في حال كلامه فإن الحاكم يمنعه من ذلك؛ لأن المداخلة تمنع المدعي من بلوغ غرضه في الدعوى، ويؤدي إلى غلطه والتباس كلامه. (بستان بلفظه).

(٥) وقيل: إنه لا يلزمه؛ لأنه لم يرد عن أمير المؤمنين علي عليه السلام أنه عرف الخصم أن الحق له في قصة الأقراص. (شرح فتح).

(٦) ولو كان عالماً بثبوت الحق عليه؛ لجواز أن يكون له مخلص. (قرر).

بطلت ولايته، وسهواً لم يصح، بل يعيده بعد سماع الجواب.

مسألة: وإذا كان الخصمان أعجميين أو أحدهما والحاكم عربي أو العكس فقال أبو حنيفة والإمام يحيى: إنه يكفي[(١)] مترجم عدل يعرفه بكلام الخصم، وقال الشافعي ومالك: لا بد من اثنين[(٢)] عدلين، وإن ذلك شهادة، رواه في البحر.

مسألة: وإذا أقام المدعي البينة وعرف الحاكم عدالتها أو عدلت له فإنه يسأل المدعى عليه هل عنده ما يدفعها به، فإذا طلبه الإمهال حتى يأتي بما يدفعها أمهله على قدر ما يراه صلاحاً[(٣)]، وإذا عجز عن دفعها لزمه الحكم بها إذا طلبه المدعي[(٤)]، قال المنصور بالله: إلا أن يخشى الحاكم ضرراً من الحكم جاز له تأخيره أو تركه[(٥)]، رواه في التقرير، وأطلق في الشرح أنه لا يجوز له تأخيره.

فرع: والأقرب أنه إنما يجب الحكم حيث لا يصل المدعي إلى حقه إلا به، نحو من يدعي على غيره شيئاً وأنكره ثم بين به، أو حلف عليه يمين الرد، أو نكل المدعى عليه، فيجب الحكم حينئذٍ، فأما من طلب الحكم له في شيء في يده

---

(١) قوي، ومثله في الفتح في الشهادات.

(٢) وحجة الشافعي ومالك أنه تثبيت إقرار فافتقر إلى العدد، كما لو شهد المترجم على إقراره في غير مجلس الحاكم. (بستان بلفظه).

(٣) وفي الانتصار: إلى ثلاث ثم برضا الخصم، فإن مضت مدة الإمهال ولم يأت بما يبطلها حكم عليه؛ لقول عمر في كتابه إلى أبي موسى الأشعري: واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أمداً ينتهي إليه، فإن أحضر بينته أخذت له حقه وإلا أبرمت القضية؛ فإنه أنفى للشك وأجلى للعمى. (بستان بلفظه).

(٤) وفي حكمه قبل طلب المدعي وجهان: أصحهما يجوز[١]، وقيل: لا؛ إذ هو حق للمدعي فيعتبر إذنه. قلنا: المرافعة قرينة إذنه. (بحر).

(٥) وهكذا عن شريح أنه ترك الحكم لما خاف. (بستان).

---

[١] وقواه المفتي والشامي وحثيث.

يريد به تقرير ملكه على وجه الاحتياط فلا يجب الحكم له[١].

فرع: وإذا حكم الحاكم أمر المدعى عليه بتسليم الحق إن طلبه المدعي، فإن امتنع حبسه إذا طلب المدعي حبسه لا إن لم يطلبه. قال الفقيه يحيى البحيبح: وأمره له بتسليم الحق يكفي في الحكم، وقال في المنتخب والمؤيد بالله وأبو طالب والمنصور بالله: إن الحكم يحتاج إلى لفظه[٢]. قال القاضي زيد: يعني حيث يحتاج إلى الحكم، وهو في المختلف فيه لا في المجمع عليه.

مسألة: ولا يحبس الأبوان بدين الولد، بل بنفقة الولد الصغير[٣]. ونفقة المحبوس تكون من ماله، فإن لم يكن فمن بيت[٤] المال، فإن لم يكن فمن الحابس[٥] له، ويرجع بها عليه إذا نوى الرجوع[٦]. وأجرة السجان من بيت المال، فإن لم يكن فعلى من حبس[٧] له. وما يحتاجه الحاكم من الأوراق وأجرة الأعوان فمن بيت المال.

---

(١) قلت: ولو حكم لم يصح، ذكره في الزيادات وشرحها، وقد ذكره القاضي عبدالقادر التهامي في تذكرته.اهـ ما لم يعلم صحة ملكه. (شرح حفيظ).

(٢) كأن يقول: حكمت، أو تقرر لدي. (مفتي) (قرر). أو تقرر عندي. (قرر).

(٣) قال الفقيه يوسف: وكذا الكبير. (رياض معنى). وكذا سائر القرابة.

(٤) بعد قريبه الذي تلزمه نفقته. (قرر).

(٥) ولعل وجه وجوب القرض على خصمه هو كونه محبوساً لأجله، فصار ممنوع التصرف من جهته؛ فلذلك كان أخص من غيره، فجرى مجرى قرض المضطر. ولا أدري من أين نقلت المسألة. (صعيتري).

(٦) وكان الإنفاق بأمر الحاكم أو المحبوس.اهـ لعله يقال: الأصل في الأعيان العوض ولو إنفاقاً، فتكفي نية الرجوع؛ لأن القول لمدعي العوض في الأعيان ولو سلم بغير أمر، فهذا ما ظهر، والله أعلم.

(٧) ولا يرجع. (قرر).

مسألة: ويجوز للحاكم أن يقيد المحبوس[١] إذا خشي هربه[٢]، ذكره الناصر وأبو جعفر، واختاره في التذكرة والحفيظ، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز، وذكره أبو العباس للهادي. ويتفقون في الدعار أنه يجوز تقييدهم[٣]. وعلى الحاكم أن ينظر في أمر المحبوسين وفيما حبسوا لأجله، ولا يغفل عنهم؛ لجواز أن يكون فيهم من قد وجب إخراجه، ذكره في البحر.

مسألة: وليس للقاضي أن يلقن الخصم ولا الشاهد على وجه التعصب والتقوية له وفاقاً، وأما على وجه التثبيت[٤] له لئلا تبطل دعواه أو شهادته فقال المؤيد بالله وأبو طالب: يجوز[٥]، وأطلق الهادي وأبو العباس أنه لا يجوز، ورواه في شرح الإبانة عن زيد بن علي وأبي حنيفة والناصر والشافعي.

فرع: ويتفقون أنه يجوز له أن يقول: صحح دعواك أو شهادتك، وأنه لا يلقن في الحدود ما يصححها، بل ما يسقطها، وأنه لا يتعنت على الشهود[٦] بحيث يفزع المشهود له، ذكره في الشرح. ويجوز له أن يطلب الإقرار[٧] من

---

(١) قيل: وإن لم يطلب.

(٢) وكذا إذا عرف أنه لا يخرج مما عليه إلا بذلك. (شرح أزهار معنى) (قرر).

(٣) قوله: «أنه يجوز تقييدهم» لما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يقيد الدعار بقيود لها أقفال تفتح عند تأدية الصلاة. (بستان بلفظه).

(٤) قال في الفتح: التثبيت بأن يثبته بما فهم من قصده أنه المراد بدعواه أو إجابته، وإنما عدل عن صفة [صيغة (نخ)] الصناعة والأقوال المعتبرة لرحامته وعدم إحسانه وغباوته. (شرح فتح لفظًا) (قرر).

(٥) وعليه الأزهار: إلا تثبيتاً.

(٦) لأنه فضول، وهو ممنوع من ذلك. لفظ البستان: وذلك لأن المقصود من الحكم إنما هو الحكم بالشهادة متى ثبتت، فأما التعنت فهو فضول من جهة الحاكم لا وجه له. (بستان بلفظه).

(٧) في (ج، د): أن يطلب له الإقرار.

المدعى عليه بما أمكنه من البحث إذا ظن صدق المدعي.

مسألة: ندب للقاضي[١] أن يتخذ أعواناً يستعين بهم على إحضار الخصوم[٢] ودفعهم عن الزحام ورفع الأصوات التي تشغله عن النظر. ويكون تقديم الخصوم على ما يراه صلاحاً من تقديم الأول فالأول على ترتيبهم في الحضور إليه، أو تقديم البادي على الحضري، أو المسافر على المقيم، أو الضعيف[٣] على القوي، أو يقرع بينهم.

مسألة: وإذا ثبت الحق بالبينة أو بالإقرار لم يحكم به حتى يطلبه المدعي، وقال الإمام يحيى: قد دعواه الأولة كافية في الطلب، فيحكم له.

فرع: وإذا لم يثبت الحق ووجبت اليمين على المدعى عليه لم يحلفه الحاكم[٤] حتى يطلبه المدعي، فلو حلفه قبل أن يطلبها لم تصح يمينه، كما إذا حلف بنفسه ابتداء، وإن حلفه المدعي بغير أمر الحاكم ففيه قولان هل يصح أم لا؟ قال الفقيهان حسن ويوسف: الأرجح أنه يصح إذا كان الحق [المدعى][٥] مجمعاً عليه[٦]، وكذا إذا حلفه قبل المرافعة، فأما في المختلف فيه فلا تجب اليمين ولا تصح إلا بأمر الحاكم[٧].

---

(١) وفي الأزهار: يجب.

(٢) إلا أن يعرف أن خصمه طلبه إليه للإهانة فلا يجب عليه إحضاره، بل يسأل المدعي هل له بينة، فإن كانت أمر بإحضاره، وأما التحليف فيحلفه في داره. (شرح أثمار معنى).

(٣) قيل: جاهاً، وقيل: جسماً، وقيل: شوكة، وقيل: ظرافة في دعواه، وكلها وجه للتقديم.

(*) ولو تأخر في الوصول. (قرن).

(٤) يؤخذ من هذا أن المتولي للتحليف هو الحاكم لا المدعي. (سماع سيدنا حسن بن أحمد الشبيبي رحمه الله) (قرن).

(٥) ما بين المعقوفين من (ب).

(٦) يعني: في الظاهر.

(٧) بل تصح مع التراضي واتفاق المذهب.

=

مسألة: وإذا حضر الشاهدان فهل للحاكم أن يستشهدهما من غير طلب المدعي؟ فيه وجهان، رجح الإمام يحيى أن له ذلك، لكن لا يقول لهما: اشهدا بكذا[١]، بل يقول: ما عندكما في كذا؟ ذكر ذلك في البحر.

مسألة: إذا حضر الخصمان وكل واحد مدع لصاحبه: فإن سبق أحدهما بالدعوى قدمه الحاكم، وإن ادعيا معاً أو تشاجرا في التقدم قدم الأضعف منهما[٢]، فإن استويا قرع بينهما، ذكره في التقرير.

فرع: ويجعل للنساء مجلساً متميزاً عن الرجال[٣]، فلو كانت الخصومة بين رجل وامرأة فقال الفقيه يحيى البحيبح: إنهما يحضران في مجلس النساء، وقال الفقيه علي: العبرة بالمدعي منهما، فإن كان كل واحد منهما مدعياً لصاحبه ادعى كل واحد في مجلسه الذي يليق به، إلا أن يرى الحاكم صلاحاً في خلاف ذلك فعل.

مسألة: قال في البحر: إذا كانت المرأة مخدورة[٤] لا تخرج لحوائجها[٥] وكلت من يخاصم لها، وإلا أمر الحاكم من يحكم بينها وبين خصمها في بيتها[٦] إذا كان مأذوناً له في الاستخلاف[٧].

(*) مع المشاجرة واختلاف المذهب.

(١) لما روي عن شريح أنه قال للشاهدين: أنا ما دعوتكما، فإن قمتما لم أمنعكما، وأنا أتقي الله بكما، فاتقيا الله في أنفسكما. (بستان بلفظه).

(٢) حالاً ومنزلة. (شامي). وعن سيدنا محمد بن راوع: جسماً.

(٣) والخنثى كالمرأة. وقيل: يجعل لها مجلساً منفرداً. (مفتي). وقواه السحولي.

(٤) في (ب): مخدومة.

(٥) إلى السوق. (صعيتري).

(٦) وكذا من له رئاسة وحشمة واحترام، كعالم وأمير ونحوهما. (بيان حثيث). وقد تقدم ما يشبه ما ذكره في الدعاوي في البيان عن البحر في تحليف المريض والرفيعة في المسألة السابعة من قوله: فصل: يحكم للمدعي مع إنكار خصمه فابحثه.

(٧) وفي التذكرة: له الاستخلاف وإن لم يؤذن له. وهو الأولى؛ لأنه يتصرف بالولاية لا بالوكالة.

فرع: وإذا أنكر خصم المرأة كون هذه المرأة التي حضرت خصمه فعليها البينة بعدلين[١]، وذلك نحو أن يقر بحق لبنت زيد أو لزوجته ثم ادعت امرأة أنها تلك المقر لها وأنكر.

مسألة: ويندب[٢] له أن يتخذ له أصحاب مساءلة ذوي عفة وورع وخبرة بالناس وأمانة، لا يخشى منهم الحيف ولا الشحناء؛ ليعرفوه بأحوال الشهود ومن شهدوا له وعليه، ويحرص على أن لا يعرفوا بذلك؛ لئلا يجتهمهم الناس ويحترزوا عنهم، قال الفقيه علي: وهذا يدل على أنه يصح الجرح والتعديل في غير وجه الشاهد[٣]، لكن لا بد أن يقول الحاكم للشاهد: جرحك فلان وفلان[٤]؛ لجواز أن يكون عنده ما يمنع جرحهما له من عداوة بينهم أو خصمة أو جرح.

مسألة: ولا يجهد الحاكم نفسه بطول القعود للحكم؛ لأنه يجب أن يكون حال المحاكمة خالياً عما يؤذيه ويشغله عن استيفاء النظر، فيتوخى للحكم أوقاتاً يكون فيها خالياً عن كل ما يشغله عن التفكر[٥]، ذكره في الشرح.

مسألة: وليس له أن يضيف أحد الخصمين[٦] دون صاحبه، ولا يفتيه في غير

---

(١) أو رجل وامرأتين، أو رجل ويمين المدعي. (قرر).

(٢) وظاهر الأزهار الوجوب.

(٣) وجعله في شرح الأزهار من فوائد الخلاف، فمن قال: الجرح والتعديل خبر لا شهادة لم يعتبر أن يكون في وجه الخصم ولا شاهده، ومن جعلهما شهادة لم تصح إلا في وجهه.

(٤) حيث رأى الحاكم في ذلك صلاحاً. (مفتي).

(*) وأما المعدل فهل لا بد من ذكره للخصم أو يصح التعديل وإن لم يذكر للخصم المعدل؟ الظاهر أنه لا بد من ذكره؛ لجواز أن يدفع عدالته بأمر يعرفه.

(٥) في (د): التذكر.

(٦) لما روي أن علياً عليه السلام أضاف رجلاً -أي: أنزله، قال في الضياء: يقال: أضفت الرجل، إذا أنزلته للضيافة وإن لم يحضر الطعام- فلما نزل عنده أدلى إليه بحجة الخصومة، فقال علي صلوات الله عليه: ارحل عنا؛ فقد سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: ((لا يضيفن أحدكم =

حضرة صاحبه[١]، ذكره المرتضى، وقال في التذكرة: لا يفتيه مطلقاً، ولا يشير عليه إلا بإنصاف الحق، ولا يخوض معه في شيء من أمره، ولا يخصه بالترحيب، سواء كان ذلك كله سراً أو جهراً، فإن فعل شيئاً من ذلك فقال الفقيه علي: إنه يمنع الحكم بينهما، وإن حكم لم يصح حكمه، وقال الفقيه محمد بن سليمان: إنه يمنع إذا علم به الثاني أو كان يدخل التهمة على الحاكم، وإن لم يحصل أحد الأمرين جاز له الحكم، وقال الإمام يحيى: لا يمنع الحكم بينهما مطلقاً[٢].

مسألة: وليس له حضور دعوة مخاصم قط[٣]، وأما دعوة من ليس بمخاصم فكذا إن كانت خاصة ولو معه غيره، وإن كانت عامة[٤] كالولائم جاز. والنظر فيما إذا كان عليه شيء من الأرفاد ونحوها التي يجب قضاؤها، أو على غيره له شيء من ذلك، واتفق سبب يوجب القضاء في حال المخاصمة، هل يجوز له القضاء للخصم أو قبول ما قضاه الخصم من ذلك؟ والأقرب أنه يقضي ما عليه[٥]؛ لأنه واجب، ولا يقبل ما هو له إن كانت التهمة تلحقه به، وإن لم جاز قبوله.

أحد الخصمين دون الآخر))، ولأن في الضيافة لأحدهما دون صاحبه إيناساً وإنصافاً وإدخال سرور في قلبه دون قلب صاحبه. (بستان بلفظه).

(١) وذلك لوجهين: أما أولاً فلأنه لا يجوز للحاكم الفتوى؛ لأنه يريد إنفاذ الحكم فلا حاجة إلى الفتوى، وأما ثانياً فلأن فتوى أحدهما دون الآخر إعانة له على خصمه وتقوية له عليه، فلا يجوز له ذلك. (بستان بلفظه).

(٢) وذلك لأنه قد أخطأ بفعله الأول فلا يخطئ ثانيًا بترك الحكم. (بستان)

(٣) سواء كانت عامة أو خاصة؛ لأنه يورث التهمة. (بستان معنى).

(٤) له ولأمثاله. (غيث بلفظه).

(٥) وفي الغيث: والأقرب عندي أن الأولى التأخير إلا لضرورة، فإن اضطر إلى التعجيل فعل لا على وجه الخفية، بل يظهر سبب ذلك التعجيل؛ فراراً من التهمة. (بلفظه).

مسألة: وليس له أن يقيم حداً ولا تعزيراً ولا قصاصاً في مسجد، وأما الحكم فيه فيجوز[١] إذا عرضت الخصمة وهو فيه[٢]، وأما إذا دخله ليحكم فيه فقال في التقرير وأبو حنيفة وأبو جعفر: يجوز أيضاً، وقال الشافعي: يكره[٣]، وقال في الوافي: لا يجوز.

مسألة: ويكره له أن يبيع ويشتري بنفسه؛ لئلا يحابى، ولكن يأمر غيره بذلك على وجه لا يعرف أنه له.

فرع: وله أن يستقرض من غيره، قال الفقيه يوسف: إلا حيث يعرف أنه لا يقرض إلا لمكان الولاية فلا يجوز له؛ لقوله ﷺ: ((لعن الله الوالي يتجر في رعيته)).

مسألة: ويكره له أن يحكم في حال تأذٍ بجوع أو عطش أو شبع أو نوم، أو بدفاع بول أو غائط، أو في حال غضب أو عجل أو اشتغال بال[٤]. قال في البحر: والكراهة في ذلك للحظر[٥].

مسألة: وليس عليه ولا له أن يسأل ما سبب الحق الذي شهد به الشهود[٦]؛

---

(١) وذلك لما روي أنه ﷺ حكم في المسجد، وأمير المؤمنين عليه السلام وعمر وعثمان. (بستان بلفظه).

(٢) ما لم يشغل مصلياً، فإن شغله لم يجز. (قرر).

(٣) تنزيه.

(٤) وذلك لأن هذه الأمور تمنع من التؤده والتأني في الحكم واستيفاء النظر، وقد قال ﷺ: ((لا يقضي القاضي وهو عضبان، ولا يقضي ونفسه تتوق إلى الطعام والشراب))، وقيس على ما ذكرنا سائر الأمور المذكورة. والكراهة في ذلك للحظر، فلا يجوز له ذلك، لكن لو فعل هل يصح حكمه؟ قال عليه السلام: نعم يصح؛ لما روي عنه ﷺ أنه حكم في حال الغضب. (بستان بلفظه).

(٥) فإن حكم صح حكمه. (شرح الأزهار معنى). لما روي عنه ﷺ أنه حكم في حال الغضب في قوله: ((اسق أرضك يا زبير حتى يبلغ الماء [الجدر])). قلنا: معصوم.

(٦) من ملك أو حق. (قرر).

لأن ذلك تعنت عليهم، قال الفقيه حسن: إلا أن يرى في ذلك صلاحاً[١]. وقال أبو حنيفة: يجوز.

مسألة: قال في البحر: إذا طلب منه الإشهاد على ما حكم به أو كتابته في سجل حفظاً له أو خوفاً[٢] عليه بعد موت الحاكم أو عزله وجب عليه ذلك[٣].

مسألة: وإذا أقر بأنه قد حكم بشيء فإنه يقبل قوله من غير بينة ما دام قاضياً[٤]، لا بعد عزله إلا ببينة[٥]. وقال محمد: لا يقبل إلا ببينة مطلقاً. وقال أحمد: يقبل قوله مطلقاً.

مسألة: طلب القضاء والدخول فيه على أقسام خمسة:

الأول: واجب، وهو حيث يثق من نفسه بالعلم والعمل به، وكان بالمسلمين إليه حاجة، وغيره لا يقوم مقامه في ذلك، فيتعين الفرض عليه[٦].

الثاني: محظور، وهو حيث لا يثق من نفسه بالعلم ولا بالعمل به[٧].

الثالث: مندوب، وهو حيث يثق من نفسه بالعلم والعمل به وغيره يقوم مقامه،

---

(١) **قوي**، واختاره في الأثمار والفتح.

(*) نحو أن تعرض له تهمة في بطلان السبب الذي شهد به الشهود، أو يتوهم أن ذلك الحق أصله من الربا. (بستان بلفظه).

(٢) في (أ، ب): وخوفاً.

(٣) هكذا في الانتصار، قال عليه السلام: وصفة التسجيل أن يقول: حضر القاضي فلان بن فلان وهو منصوب من الإمام فلان بن فلان، وحضره خصمان فلان بن فلان فأقر له فلان بن فلان بكذا وكذا، ويكتب القاضي على رأس هذا السجل اسمه واسم أبيه. (بستان).

(٤) قوله: «ما دام قاضياً» وذلك لأنه يملك الحكم فملك الإقرار به، كالأب لما ملك العقد على البنت الصغيرة ملك الإقرار بذلك، وكالزوج لما ملك الطلاق ملك الإقرار به. لا بعد عزله؛ لأنه غير مالك للحكم فلا يملك الإقرار به كسائر الرعية. (بستان بلفظه).

(٥) على الحكم أو على إقراره بالحكم قبل العزل. (**قرين**).

(٦) ويجب عليه الطلب. (هداية). في البريد، وقيل: في الميل كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

(٧) في (ب): وبالعمل به، وفي (ج، د): أو بالعمل به.

لكن فيه زيادة استظهار في أموره[(١)] وصلاحيته، أو يكون خامل[(٢)] الذكر في العلم وإذا دخل في القضاء ظهر علمه وانتفع به غيره، ذكر ذلك في الانتصار.

الرابع: مكروه، وهو حيث يثق من نفسه بالعلم والعمل به وهناك من يقوم مقامه[(٣)]، وتزداد الكراهة إذا كان مشغولاً بالعلم والتدريس ودخوله في القضاء يشغله عن ذلك.

الخامس: مباح، وهو حيث يثق من نفسه بالعلم والعمل به وهناك من يقوم مقامه، لكنه فقير فيدخل في القضاء لطلب الرزق من حيث يحل له[(٤)].

---

(١) كأن يكون من أهل الجهة.

(٢) في (ج، د): وكذا لو كان خامل الذكر ..إلخ.

(٣) قوله: «وهناك من يقوم مقامه» وذلك لأنه لا يأمن على نفسه من الخطر، ولهذا امتنع ابن عمر حين طلبه عثمان للقضاء، وكذلك أبو ذر رضي الله عنه لما طلب للقضاء هرب فقيل له: لو وليت القضاء وقضيت بالحق، فقال: من يقع في البحر إلى كم يسبح. (بستان بلفظه).

(٤) وفي البحر أنه مندوب؛ من حيث اكتسب بالطاعة. وفي التكملة احتمالان، رجح التحريم، لكن الذي في التكملة فيمن قصد بإظهار علمه بعث الناس على مواساته ..إلخ ، قال: فالأقرب التحريم؛ لجريه مجرى التكسب بالعبادة والعلم وأخذ الأجر على ذلك، ويحتمل الجواز إن لم يقصد الشرف، كما يجوز الدخول في القضاء ليعود عليه بما يقوم بمؤنته.

(*) قوله: «لطلب الرزق من حيث يحل له» قال عليه السلام: لأنه لا بد له من تكسب، واكتسابه بتولي الطاعة أولى من الاكتساب بغيره، قال عليه السلام: وهذا يستحب له أيضاً. قال عليه السلام: فإن طلب الإمام رجلاً يوليه القضاء فهل يتعين عليه؟ يحتمل أن لا يتعين عليه، ولا يجوز إجباره؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((إنا لا نجبر على الحكم أحداً)). ويحتمل أن يتعين عليه وللإمام إجباره؛ لأنه دعاء إلى واجب؛ فلهذا تعين عليه، ولأنه لو امتنع مع دعاء الإمام له فربما امتنع الباقون، فيؤدي ذلك إلى تعطيل القضاء، ويؤيد ما ذكرناه ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: ((أتدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة؟)) قالوا: الله ورسوله أعلم، قال: ((هم الذين إذا أعطوا الحق قبلوه، وإذا سئلوه بذلوه، وإن حكموا بين الناس حكموا كحكمهم على أنفسهم)). (بستان بلفظه).

فرع: قال الإمام يحيى: الحكم أفضل من الجهاد؛ لأنه لحفظ الموجود، والجهاد لطلب الزيادة. يعني حيث الجهاد بالغزو إلى بلاد الكفر، لا إن كان دفاعاً فهو لحفظ النفوس والأموال.

فرع: وقد ورد في القضاء أخبار مختلفة بعضها ترغيب فيه وبعضها تنفير عنه، فمن الترغيب قوله ﷺ: ((لأجر حاكم عدل يوماً أفضل من أجر رجل يصلي في بيته سبعين سنة))، ولأن فيه أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر، ولأن الله تعالى أمر رسوله بالحكم فحكم ﷺ، وكذلك كبار الصحابة حكموا كعلي عليه السلام وأبي بكر وعمر وعثمان وابن مسعود ومعاذ، ولأن في تركه ضياع كثير من الأموال وتمكيناً لأهل الظلم، وفي ذلك فساد البلاد والعباد. ومن التنفير[1] عنه قوله ﷺ:

---

(١) ومن التنفير ما روي عنه ﷺ أنه قال: ((شكت البقاع إلى الله تعالى فقالت: يا رب، تطرح فينا نتن المشركين، فقال: اسكتي فوعزتي وجلالي لو طرحت فيك نتن القضاة والولاة لكان أنتن وأنتن)) رواه في الزهور عن شمس الأخبار. وعنه ﷺ: ((من حكم بين اثنين فجار فقد ظلم ولعنة الله على الظالمين))، شعراً:

إذا خان الأمير وكاتباه ... وقاضي الأرض داهن في القضاء
فويل ثم ويل ثم ويل ... لقاضي الأرض من قاضي السماء

ولأن الخطر في الحكم أشد من الخطر في الفتيا، وقد ورد فيها أخبار وآثار، وعن بن أبي ليلى: أدركت عشرين ومائة من أصحاب النبي ﷺ فما كان منهم محدث ولا مفت إلا ود أن أخاه كفاه. شعراً:

إذا استفتيت عما فيه تحريم وإحلال ... فلا تعجل ففي فتياك أخطار وأهوال
فإن أخطأت في الفتوى فبئس الأمر والحال ... وإن أحسنت لا يعدوك إعجاب وإدلال
وتأويل لما[١] قد خالف الأقوال أفعال ... وربي ذم أقواماً بما لم يفعلوا قالوا

نقل ذلك من الزهور. (بستان بلفظه).

---

[١] في الزهور: لمن.

((ليأتين على القاضي[١] يوم يود أن لو لم يقض بين اثنين في تمرة))، ولأنه تحمل تكليف شديد ودخول في خطر عظيم؛ ولهذا نفر عنه كثير من العلماء والفضلاء.

فرع: وأما قوله ﷺ: ((من قلد القضاء فقد ذبح نفسه بغير سكين)) فقيل: إنه عبارة عن كثرة ثوابه إذا جاهد نفسه على الصبر وترك الهوى والعصبية، فيكون ثوابه كثواب من ذبح بغير سكين لكثرة الألم[٢] كثواب الشهداء، ذكر ذلك في شرح الإبانة[٣]، وقيل: إنه عبارة عن التحذير عنه لخطره[٤]، ومثله عن ابن عباس، ويكون المراد به فيمن تولاه وهو لا يصلح له لجهل أو فسق، ذكره في الانتصار.

مسألة: وأما حضور العلماء لمجلس الحكم فان كان يعينه على النظر والرأي فهو مستحب، وإن كان يشغله عن استيفاء النظر فهو مكروه[٥].

مسألة: وللحاكم أن يحكم بما علمه في الأموال والحقوق[٦] والنسب[٧] ونحوها مطلقاً[٨]، خلاف مالك وأحد قولي الشافعي وأحمد وإسحاق. وقال أبو

---

(١) في لفظ الحديث: العدل. رواه في جامع الأسيوطي.

(٢) في (ب): ألمه.

(٣) واختاره القاضي عبدالله الدواري.

(٤) ذكره في معالم السنن. وقواه شيخنا المفتي.

(٥) في بعض الحواشي: حظر.

(٦) وهل يحتاج إلى مدع أو له ذلك ابتداء، أو يحتاج إلى مجرد الدعوى فقط لجواز أن قد سقط، وأما السؤال بالحكم بعد ذلك فلا يحتاج؟ ينظر. في حاشية على الأزهار على قوله: «وله القضاء بما علم» ما لفظه: بعد سماع الدعوى والإجابة. (قرر).

(٧) في (ب): الأنساب.

(٨) سواء علم به قبل توليه القضاء أو بعده، في بلد ولايته أو غيرها. (بستان بلفظه) (قرر).

(*) لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ﴾ [المائدة٤٢]، وما علمه الحاكم وتيقنه فهو أوضح الحق وأقسط الحكم. قلنا: ولا فرق بين قبل قضائه أو بعده للظواهر فإنها لم تفصل، ولأنه بمنزلة الشهادة، فكما يجوز أن تقبل شهادة من لا يصلح حال التحمل لها فكذلك الحاكم، ذكره في الشرح. (تعليق الفقيه علي).

حنيفة: لا يحكم إلا بما علمه بعد توليه للقضاء وفي بلد ولايته أيضاً، لا بما علمه في غيرها.

فرع: وأما الحدود فلا يقضي فيها بعلمه[١] إلا في حد القذف[٢]، وقال في التفريعات وأحد قولي الشافعي: لا يقضي به في حد القذف. وأما القصاص فقال في التذكرة وهو مروي عن عمر: لا يقضي فيه بعلمه، وقال في الحفيظ وهو مروي عن أبي طالب: إنه يقضي فيه بعلمه[٣]. وروى في الكافي عن الناصر وأحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي الشافعي: أنه يقضي بعلمه في كل شيء.

مسألة: وليس له أن يحكم لنفسه ولا لسيده ولا لعبده ومدبره وأم ولده ومكاتبه وعبد مكاتبه، ولا لعامله وشريكه، كما في شهادته سواء، وإنما يحاكم في ذلك إلى الإمام أو إلى حاكم غيره[٤] ولو من جهة الصلاحية[٥] أو الخمسة على

---

(١) وذلك لإجماع الصحابة أن الإمام ينوب عن المسلمين في إقامة الحد، فيكون هو الخصم، فلا يجوز أن يحكم فيما هو خصم فيه؛ ولهذا لا يحكم لنفسه، ولذلك أجزنا الحكم بعلمه في حد القذف لأن الخصم هو المقذوف. (صعيتري).

(٢) فيحكم بعلمه؛ لتعلق حق الآدمي به. (بحر). ولعل مثله التعزير الذي يتعلق بحق الآدمي فيحكم بعلمه، ويحتمل أن التعزيرات جميعها يفعل فيها بعلمه كما هو ظاهر العموم؛ إذ لم يستثن إلا حد غير القذف. (حاشية سحولي لفظاً).

(٣) وعليه عموم الأزهار في قوله: وله القضاء بما علم إلا في حد غير القذف.

(٤) وكذا الإمام ليس له أن يحكم لنفسه وعبده وشريكه، بل يرافع إلى قاضيه. (شرح أزهار بلفظه). يقال: كيف يحاكم إلى قاضيه وولاية القضاء تثبت من جهته، فكأنه يحاكم إلى نفسه، وهلا كان ذلك كما نص المؤيد بالله في المنع من شراء مال من له ولاية عليه بأن يوكل وكيلاً للصغير ونحوه بشراء ذلك من صاحب الولاية أو بيعه، فإنه منع من ذلك، قال: لأن ثبوت تصرف الوكيل مستند إلى الولي فلم يصح؟ قلنا: جاز لخبر علي عليه السلام، ومرافعة النصراني إلى شريح في الدرع، ولأن ولاية القاضي عند نصب الإمام في الحقيقة من جهة الله تعالى، لكن الإمام شرط، سيما عند من يقول: إن ولاته لا ينعزلون بموته. (ديباج بلفظه).

(٥) حيث الحاكم المرافع من جهة الصلاحية؛ لأن من شرطه أن لا يكون في زمن إمام.

قول من يعتبر ذلك.

مسألة: ويجوز الحكم على الغائب في غير الحدود إذا لم يعرف موضعه[١]، أو عرف لكنه لا ينال ولو هو في البلد، أو كان على مسافة يجوز فيها الحكم عليه، وهي الغيبة المنقطعة، ذكره في الشرح والفقيه يحيى البحيبح، وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى والفقيهان محمد بن سليمان وحسن: بل مسافة ثلاثة أيام فما فوق، وقال الإمام يحيى: مسافة السفر على حسب الخلاف فيها[٢]، وقال في مهذب الشافعي: إذا كان خارج البلد. وعند زيد بن علي والناصر وأبي حنيفة وأحد قولي المؤيد بالله لا يصح الحكم على غائب.

فرع: ويتفقون في صور، منها: المتمرد عن الحضور أنه يصح الحكم عليه. ومنها: بيع مال الغائب عند خشية فساده[٣] أنه يصح[٤]. ومنها: سماع الدعوى والشهادة على الغائب أنه يصح، ذكره في الشرح والانتصار. ومنها: الحكم على الميت إذا حضر بعض ورثته[٥] وغاب بعضهم[٦]. ومنها: إذا ادعى الشفيع على رجل أنه اشترى داراً أو نحوها وله الشفعة فيها وبين بذلك والبائع غائب فإنه

---

(١) ولفظ الكواكب: قوله: «مجهول مكانه» يعني لا يعرف أين هو، أو كان في بلاد واسعة بحيث لا يوجد إذا طلب إلا بعد مدة المسافة التي يجوز الحكم فيها على الغائب المعروف مكانه. (بلفظه) (قرر).

(*) بعد أن علم خروجه من ميل بلده. (غيث معنى). وظاهر الكتاب الإطلاق كولاية النكاح.

(٢) هل هي بريد أو ثلاث.

(٣) أو لغرامة تلحق مالكه، كحيوان أو نحوه.

(٤) بل يجب على الحاكم؛ لأنه قد صار وليه في تلك الحال.اهـ وقواه حثيث. وقيل: يجوز ولا يجب.

(٥) في (ج، د): بعض الورثة.

(٦) حيث لا وصي .

يحكم له[١] ويقوم المشتري مقام البائع[٢]. ومنها: إذا ادعى مدعٍ أنه باع شيئاً في يده من فلان الغائب وهو يريد ثمنه وبين بذلك فإنه يحكم له به، ويبيع الحاكم ذلك الشيء عن الغائب[٣] ويقضيه ثمنه. ومنها: الحكم للغائب أنه لا يصح إذا كان بالبينة[٤]؛ لأنه يؤدي إلى تكذيب الشهود برد الغائب له، بخلاف الحكم للميت فيصح[٥]؛ لأنه لا يرد[٦].

فرع: وإذا أراد الحكم على غائب أو متمرد أو صغير أو مجنون فإنه ينصب له وكيلاً يجيب الدعوى[٧] بالإنكار وتقوم الشهادة في وجهه، فإن أمكنه جرح الشهود فعل، وإلا حكم عليه الحاكم. وقال الشافعي وابن أبي الفوارس: لا يحتاج إلى نصب وكيل عنه.

فرع: قال في الزيادات: وإذا قامت الشهادة في وجه الخصم لم يصح أن يحكم الحاكم في غير وجهه مع إمكان حضوره[٨].

---

(١) بالشفعة.

(٢) حيث كان المبيع في يد البائع.

(٣) مفهومه ولو أنكر المشتري عند قدومه فقد نفذ الحكم والقضاء. ومثله في الصعيتري.

(٤) إن قلت: وكذا بعلم الحاكم؛ لجواز أن يعود فيرد ذلك بأن يقول: قد أبرأت قبل ذلك أو دفعه إليّ أو نحو ذلك. (مفتي). جزم بذلك في بعض الحواشي. (قرر).

(٥) فلو أقام من له دين على الميت بينة بدين للميت على الغير ليقضيه صحت وسمعت، ذكره في الزيادات. (صعيتري) (قرر).

(٦) فلو كان له وارث هل يرد؟ عن الشامي ما لفظه: أما إذا كان عليه دين أو كان قد أوصى بوصايا مثلاً فليس له الرد بالنظر إلى ذلك القدر، وأما فيما زاد أو حيث لا شيء عليه من ذلك فلا يبعد صحة الرد؛ إذ الإقرار في الحقيقة له، فينظر، والله أعلم. (قرر).

(٧) وهل يحتاج المدعي إلى إضافة الدعوى إلى المدعى عليه؟ ظاهر كلامهم يحتاج إلى ذلك. (حثيث).

(٨) لجواز أن له حجة يدفع بها الشهادة. قال الفقيه يوسف: فإن علم الحاكم أنه لا حجة للخصم حكم عليه في غير وجهه. (تعليق زيادات).

(*) هذا ذكره الهادي عليه السلام.

مسألة: من كانت غيبته مما لا يجوز الحكم فيها عليه فإنه يراسل للحضور أو يوكل وكيلاً، فإن امتنع جاز الحكم عليه. وكذا فيمن توارى في بيته وامتنع من الحضور والتوكيل فإنه يحكم عليه بعد صحة امتناعه عند الهدوية، وقال المؤيد بالله فيمن توارى في بيته: إنه يؤمر إليه ثلاث مرات للحضور، فإذا امتنع أمر الحاكم من يدخل عليه ويجبره على الحضور إذا أمكن، وإن لم يمكن حكم عليه. وللحاكم أن يؤدبه على ذلك بما رآه صلاحاً[١] أو يسمر عليه بابه، ذكره في شرح الإبانة.

فرع: ولا تجب اليمين المؤكدة مع البينة التي على الغائب[٢]، خلاف الشافعي[٣]. وللحاكم بيع مال الغائب عنه لقضاء ما ثبت عليه من الدين، لكن هل يكون له نقضه متى قدم ويسلم قيمته، كما ينقض الوارث بيع الوصي لقضاء الدين؟ فيه تردد[٤]. فأما المتمرد من القضاء إذا باع الحاكم ماله فليس له نقضه.

مسألة: إذا قامت الشهادة على الغائب ثم حضر قبل الحكم لم تجب إعادة الدعوى والبينة، بل يخبر بالشهود ليتمكن من جرحهم أو رد ما شهدوا به[٥] إذا أمكنه.

---

(١) بحبس أو ضرب بعد قيام الشهادة العادلة[١] أن تأخره لغير عذر؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات٦]. (بحر بلفظه).

(٢) بل تجب إذا طلبها المنصوب.

(*) لأنها لا بد أن تطلب، ولا طلب مع الغيبة.

(*) لأنها لا تجب إلا إذا طلبها الخصم، فهلا كان للمنصوب طلبها كما له الجرح؟ القياس أن له الطلب؛ لقيامه مقامه. (شامي) (قرر).

(٣) ينظر في كلام الشافعي، فإنه لا يوجب المؤكدة مطلقاً.

(٤) المذهب ليس له النقض؛ لأنه يؤدي إلى عدم الثقة بأعمال الحكام. (هبل، ومفتي، وشامي).

(٥) بإبراء أو قضاء أو نحو ذلك. (بستان معنى).

---

[١] في البحر: الشهادة الكاملة.

مسألة: من بين على غائب بدين له وحكم له به، ثم ادعى أن للغائب ديناً على رجل حاضر فلا يصح إثباته بالشهادة إلا بعد الحجر على الغائب(١)، بل له أن يحلفه بأمر الحاكم(٢)، فإن نكل أو أقر أمره الحاكم بتسليمه إلى الغريم الذي ادعاه عن دينه. فلو قدم الغائب من بعد ورد الإقرار رجع المقر بما دفع للغريم(٣)؛ لأنه دفعه لظنه الوجوب لا تبرعاً.

مسألة: إذا شهد شاهدان بشيء ثم عميا أو خرسا قبل الحكم بطلت شهادتهما؛ لأن ذلك يمنع قبول شهادتهما، ذكره في الكافي وأبو حنيفة، ورواه في التقرير عن المؤيد بالله، قال الفقيه يحيى البحيبح: والأولى أنها لا تبطل إلا في الرجم كما تقدم(٤).

مسألة: الحكم على **وجوه ثلاثة**:

الأول: ينفذ فيه ظاهراً لا باطناً وفاقاً، وهو في صور أربع:

الأولى: فيما حكم به تقريراً ليد المدعى عليه حيث حلف عليه، فإذا قامت الشهادة بعد الحكم قبلت(٥).

---

(١) أو يحيل الحاكم صاحب الدين على الغريم الحاضر فيصح إقامة البينة من الغريم. (تعليق لمع). ولفظ حاشية: أو يحيل الحاكم الغريم بذلك على المدعى عليه إن كان عليه دين، فحينئذٍ يصح منه الدعوى وإقامة البينة. (من تعليق اللمع للدواري).

(*) لأنه قد تعلق حقه به. (بستان بلفظه).

(*) وهذه حيلة في صحة الدعوى للغائب.

(٢) وقال القاضي عبدالله الدواري: ليس له التحليف؛ إذ وجوبها مترتب على صحة الدعوى. (ديباج). ومثله في الصعيتري.

(٣) إذا كان ديناً، فإن كان عيناً صار لبيت المال.

(*) لا رجوع؛ لِئلا يتواطئا عليه. (سماع ذماري). ومثله في شرح الفتح.

(٤) في الشهادات في مسألة: إذا تغير حال الشهود، قبيل كتاب الوكالة.

(٥) ما لم يحكم الحاكم بقطع الحق لأجلها. (غيث من الدعاوي من شرح قوله: ما لم يحكم فيهما).

الثانية: في القصاص إذا حكم بوجوبه وهو ساقط.

الثالثة: ما كان فيه سبب للتحريم، كالحكم بزوجية امرأة لرجل وهي رضيعة له في الباطن أو كافرة أو نحو ذلك.

الرابعة: فيمن حكم له بملك شيء مطلقاً[(١)] وهو في الباطن لغيره.

الوجه الثاني: ينفذ الحكم فيه ظاهراً وباطناً وفاقاً بين من يقول: كل مجتهد مصيب، وهو في ثلاث صور:

الأولى: ما كان لا نص فيه للعلماء، بل حكم فيه الحاكم باجتهاده- صح ظاهراً وباطناً.

الثانية: ما أوقعه الحاكم من العقود والفسوخ، كبيع مال المفلس، وكالفسخ بين المتلاعنين ولو كان الزوج كاذباً، لا نسب الولد فلا ينتفى في الباطن حيث الزوج كاذب، وكذا فيما كان ابتداء تمليك كالحكم بشفعة قد بطلت في الباطن: فإن كان بطلانها مجمعاً عليه -كأن يكون قد أبطلها الشفيع- لم ينفذ الحكم في الباطن، وإن كان بطلانها مختلفاً فيه -كأن يكون قد تراخى في طلبها- نفذ الحكم في الباطن إن كان مذهب الشفيع أنها لا تبطل أو كان جاهلاً للبطلان، وإن كان عالماً به فعلى أحد قولي المؤيد بالله والكني: إنه ينفذ باطناً[(٢)] فيطيب له، وعلى أحد قولي المؤيد بالله وابن الخليل: لا ينفذ باطناً فلا يطيب له. وكذا في الحكم بالدية على العاقلة في قتل ظاهره الخطأ وهو عمد، فمع علم المحكوم له بأنه عمد لا ينفذ الحكم في الباطن، ومع جهله ينفذ باطناً، ذكره في التذكرة والحفيظ والفقيه يحيى البحيبح، وقال الفقيه يوسف: لا ينفذ باطناً؛ لأن دية العمد لا تحملها العاقلة إجماعاً[(٣)].

---

(١) الذي لا ينضاف إلى عقد ولا فسخ. (شرح أزهار لفظًا).

(٢) وعليه الأزهار في الوصايا: وللموافق المرافعة إلى المخالف. وظاهر الأزهار هنا أيضاً في قوله: وحكمه في الإيقاع والظنيات ينفذ ظاهراً وباطناً.

(٣) إذا كانت الجناية مجمعاً على كونها عمداً، وإلا نفذ ظاهراً وباطناً، وقد ذكر معناه الوشلي رحمه الله. (قرد).

الثالثة: في مسائل الخلاف، فما حكم به الحاكم لزم الخصمين ظاهراً وباطناً إذا كانا لا مذهب لهما، أو كان مذهب المحكوم له أنه يجب له الحق ومذهب المحكوم عليه أنه لا يجب له، فأما حيث مذهب المحكوم له أنه لا يجب له ففيه القولان اللذان تقدما للمؤيد بالله[١]. قال الفقيه يوسف: وهذا إذا[٢] كان عندهما أن المسألة اجتهادية، فلو كان عند أحدهما أنها قطعية كبيع أم الولد عند الهدوية[٣] كان الحكم في حقه ظاهراً فقط[٤]. قال في الكافي: وكذا فيمن طلق امرأته ثلاثاً بلفظ واحد وعنده أنها ثلاث ثم حكم حاكم بأنها واحدة فإنه يصح ظاهراً وباطناً، إلا على قول المؤيد بالله وأبي حنيفة: إن المسألة قطعية فلا ينفذ في الباطن. قال في شرح الإبانة: وكذا لو حكم حاكم بصحة نكاح المتعة أو الشغار أو بجواز ذبيحة تركت التسمية عليها عمداً فإنه لا ينفذ باطناً؛ لأنه مخالف للدليل القاطع. قيل[٥]: وكذا على قول من يقول: إن الحق مع واحد، فإذا حكم له بخلاف مذهبه لم ينفذ في الباطن، كالجد إذا حكم له بالميراث كله مع الأخ وعنده أنه لا يستحقه، أو يحكم به لذي رحم وعنده أنه لا يستحقه، أو يحكم ببطلان الطلاق قبل النكاح وعند الزوج أنه صحيح، ذكره في معالم السنن. وفيه نظر[٦]؛ لأن ذلك ظني.

الوجه الثالث: مختلف فيه، وهو في دعوى العقود والفسوخ أو ما في

---

(١) أصحهما لا يجوز ولا ينفذ باطناً ولا يحل. وقيل: يحل.

(٢) في (ج، د): وهذا أصح إذا كان ..إلخ. وفي (ب، د): قيل: وهذا.

(٣) في (أ): عند الهدوي، وفي (ب): عند الهادي.

(٤) مستقيم إذا كان مذهب المحكوم له عدم صحة ما حكم به الحاكم له، وأما إذا كان المحكوم عليه هو الذي مذهبه عدم صحة ما حكم به عليه فإنه يلزمه ظاهراً وباطناً.

(٥) قلت: وهو الموافق لقوله أولاً: عند من قال كل مجتهد مصيب، في أول المسألة. (مفتي).

(٦) لا نظر فيه مع كونه ظنياً؛ لأن الكلام فيما الحق فيه مع واحد من الظنيات، لا في القطعيات. (من هامش بيان السيد صلاح بن الوزير).

(*) والمقرر على أصل من يقول: «إن الحق مع واحد» أنه يقول: ينفذ الحكم ظاهراً وباطناً؛ لأنه يؤدي إلى أن لا يستقر حكم. (حاشية سحولي).

معناهما[(١)]، كمن يدعي بيعاً أو نكاحاً أو طلاقاً أو إقالة أو إقراراً أو نحو ذلك، وبين به وحكم له به- فإنه يكون ظاهراً لا باطناً حيث الباطن خلافه عند المؤيد بالله والهدوية. وعند أبي حنيفة والوافي أنه ينفذ باطناً أيضاً[(٢)].

مسألة: إذا وصل كتاب قاض إلى قاض آخر بالحكم فله صورتان:

الأولى: أن يحكم الأول ثم يكتب إلى الثاني أنه ينفذ حكمه فإنه ينفذه[(٣)] ولو خالف مذهبه، خلاف مالك وأحد قولي الشافعي فيما خالف مذهبه. قال الفقيه حسن: والتنفيذ من الثاني ندب لا وجوب، وقال الفقيه يوسف: بل وجوب[(٤)]. ولعل الأول أرجح.

الصورة الثانية: أن تقوم الشهادة العادلة بحق عند الأول، أو يصح عنده بعلمه ولم يحكم به، بل يكتب إلى القاضي الثاني أنه يحكم به- فإنه يصح أن يحكم به الثاني إذا وافق مذهبه، لا إن خالفه، وإنما يصح بشروط ثمانية: أن لا يتغير حال الأول

---

(١) في (ج، د): العقود أو الفسوخ أو ما في معناها.

(٢) قال: روي أن علياً عليه السلام قضى بزوجية امرأة بشهادة شاهدين فقالت: والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين، اعقد بيننا عقداً حتى أحل له، فقال: زوجك شاهداه. قلنا: مراده أكذبك شاهداه، فلا يقتضي ما ذكرت، سلمنا لزم صحة العمل بشهادة الزور ونكاح الرضيعة، وهو موضع اتفاق. (بستان بلفظه). ولعل عدم إجابة علي عليه السلام لها إلى الاحتياط لما في ذلك من التوهين والتشويش في الأحكام الشرعية وعدم الوثوق بها.

(٣) قوله: «فإنه ينفذه» وكذلك يجوز للإمام أن يكتب إلى الحاكم، ويجوز للحاكم أن يكتب إلى الإمام، حجتنا أنه صلى الله عليه وآله وسلم كتب إلى الضحاك أن يورث امرأة من دية زوجها، ولأنه صلى الله عليه وآله وسلم جهز جيشاً وأمر عليهم عبدالله بن رواحة، ودفع إليه كتاباً مختوماً وقال: لا تفكه إلا بعد ثلاث، فإذا مضت الثلاث ففكه واعمل بما فيه. قال عليه السلام: ولأن الحاجة داعية إلى ذلك. وقول مالك وأحد قولي الشافعي كما ترى. قلنا: تبطل فائدة الحكم ونصب الحكام. (بستان بلفظه).

(٤) كالأمر بالمعروف.

بموت أو فسق أو عزل قبل حكم الثاني، وأن لا يتغير حال الثاني بشيء من ذلك قبل الحكم، وأن يشهد الأول على نفسه بأن هذا كتابه إلى الثاني، وأن تقوم الشهادة عند الثاني أن هذا كتاب الأول، وأنه أشهدهما على ما فيه، وقرأه عليهما أو قرأه غيره بحضرته أو قرآه عليه، فإن قرآه في غير محضره وأشهدهما على ما فيه فعلى قول أبي طالب وأبي العباس لا يصح، وعلى قول المؤيد بالله والمنصور بالله يصح. و أن لا يكون ذلك في الحدود والقصاص، ولا في عبد أو ثوب أو نحوه[١] موصوف[٢] غير مشاهد[٣]، وأن يذكر حدود الأرض أو الدار المحكوم بها أو يذكر اسمها الذي تميز به، وقال أبو حنيفة: لا يكفي الاسم، وأن يذكر اسم المحكوم له واسم المحكوم عليه واسم[٤] آبائهما وأجدادهما بحيث يتميزان عن غيرهما، أو يكونان مشاراً إليهما عند الأول والثاني، أو ينسبان إلى صناعة أو تجارة أو نحوها يتميزان بها[٥] عن غيرهما. الثامن: أن لا يكون القاضيان في بلد واحد؛ لأن ذلك كالإرعاء فلا يصح في بلد واحد[٦]، خلاف أبي يوسف ومحمد. وهذا الشرط الثامن والثلاثة الأول تعتبر في الصورة الثانية لا في الأولى، وباقي الشروط يعتبر فيهما معاً.

---

(١) سائر الأعيان.

(٢) وغير الموصوف بالأولى.

(٣) قوله: «غير مشاهد» وذلك لأنه يمكن إحضاره، فلا بد أن يحضر وتقوم الشهادة على عينه. (بستان بلفظه). قال عليه السلام: وقد يذكر لمذهبنا أن العبد لو اشتهر شهرة ظاهرة جاز ذلك كالدار. (شرح أزهار بلفظه). واختاره الإمام شرف الدين عليه السلام.

(٤) في (ب): وأسماء.

(٥) في (ب): مما يتميزان به.

(٦) ما حواه البريد. (قرر).

(*) قلت: فيلزم أن يصح حيث يجوز الإرعاء كمرض.(مفتي).

فرع: وإذا قامت الشهادة بأن القاضي الأول أمر الثاني أن يحكم بما قد صح له من غير كتاب كتبه معهم إلى الثاني فإنه يصح، ذكره في الشرح والشافعي، وقال الناصر وأبو حنيفة: لا يصح إلا مع كتاب[١]. قلنا: ولا يضر انكسار ختم الكتاب قبل وصوله إلى الثاني، خلاف أبي حنيفة وزفر. ولا يعتبر ذكر اسم القاضي المكتوب إليه في الكتاب[٢]، وقال الناصر وأبو حنيفة: لا بد من ذكر اسمه في باطن الكتاب وفي عنوانه، رواه في البحر[٣].

مسألة: وإذا حكم حاكم على من بينه وبينه خصمة أو شحناء فإن كانت الخصمة في نفس ما حكم به عليه لم يصح، وإن كانت في غيره فإن كانت لأجل ما يتعلق بالقضاء -كأن يكون قد حده أو أدبه أو حكم عليه بشيء- لم يمنع ذلك من الحكم عليه، وإن كان لغير ذلك كان حكمه كشهادته عليه على الخلاف[٤]، ذكره الفقيه يوسف. ولعل مراده في جواز الحكم، فأما إذا حكم فإن كان مذهبه الجواز صح حكمه، وإن كان مذهبه عدم الجواز فمع علمه لا يصح، ومع جهله يصح.

مسألة: من أمره حاكم بحد رجل معين أو برجمه أو بقطع يده بعد أن حكم بصحة ذلك عليه جاز له امتثاله ولا يجب؛ لأن الحاكم لا يلزم غيره اجتهاده إلا

---

(١) قلنا: العمدة الشهادة. (بستان).

(*) قلت: ويحمل عليه الأزهار. (مفتي).

(٢) وذلك لأن التعويل على شهادة الشهود، وهذا موجود. وحجة الناصر وأبي حنيفة أنه إذا لم يفعل ذلك احتمل التزوير؛ فلهذا لم يقبل، واختاره الإمام عليه السلام للمذهب. قلنا العمدة الشهادة. (بستان بلفظه).

(*) ولا اسم القاضي الكاتب. (بحر).

(٣) في (ب): ذكره في البحر.

(٤) لا يصح الحكم والشهادة.

في المتحاكمين إليه فقط، بخلاف ما إذا أمره بذلك الإمام[١] فإنه يجب امتثاله ولو خالف مذهب المأمور؛ لأنه يصح منه إلزام غيره مذهبه فيما يتعلق أمره بالأئمة وأهل الولايات، كحقوق الله المالية[٢] والحدود والجمعات والأحكام والولايات، لا في غير ما يتعلق به من أصول الدين وأصول الشرع والعبادات البدنية[٣] وما يتعلق به في أمور نفسه ومعاملاته، قال في التذكرة والحفيظ والسيد يحيى بن الحسين: والمراد بذلك حيث ينفذ أمر الإمام، لا حيث لا ينفذ فلا يجب امتثال أمره عند أبي طالب، وقال الفقيه يوسف: لا فرق، بل يجب؛ لأن أمره يقطع الخلاف[٤] إذا كان عنده أن ولايته عامة.

مسألة: وإنما يلزم المأمور امتثال أمر الإمام بشرطين: الأول: أن لا يعلم المأمور بطلان ما أمره به الإمام، نحو أن يعلم أن الذي أمره برجمه أو بقتله غير مستحق لما أوجبه عليه، فإن علم بذلك لم يجز له امتثاله[٥]. الثاني: أن يكون فيما يجوز التقليد فيه، فأما فيما لا يجوز التقليد فيه كالتكفير والتفسيق فلا يجوز له تقليده في تكفير غيره أو تفسيقه[٦] ما لم يصح له ذلك. و أما في قتل من اعتقد

---

(١) وكذا المحتسب في غير حد. (قرر).

(٢) كأن يأمره بتسليم الزكاة من القليل والكثير والجمعة في غير المصر ونحو ذلك، فهذا يجب امتثاله فيه ولو خالف مذهب نفسه.

(٣) كأن يقول: امسح جميع رأسك أو تمضمض في الوضوء ونحو ذلك فلا يجب عليه امتثال أمره.

(٤) قلنا: يقطع الخلاف في بلد ولايته فقط.

(٥) ويجب عليه الهرب، فإن فعل قتل به.

(٦) فأما ما يأمر به الأئمة ومن يقوم مقامهم من حرب الباطنية ونحوهم- المطرفية- ففي الغيث أنهم إنما يأمرون بالقتل ونحوه لا بالاعتقاد، فكان كالأمر بالحد، وإلا لتعذر المقصود بالإمامة من الجهاد والحدود، والصحيح ما ذكره المنصور بالله عليه السلام من أن قول الإمام كالدليل؛ إذ يفيد العلم الشرعي كحكم الحاكم بالقصاص والحد .. إلخ ما في حواشي شرح الأزهار في المقدمة فابحث.

الإمام كفره كالمجبري ونحوه فكذا لا يجوز له قتله أيضاً امتثالاً لأمر الإمام عند الأكثر؛ لأن ذلك عملي يترتب على علمي لا يقلد فيه، وقال القاضي عبدالله الدواري: يجوز تقليده فيه؛ لأنه عملي[(١)]. وكذا يأتي في تقليد الهدوي في رطوبة المجبرة. وقد قال في التقرير في كبائر العصيان: إنه يجوز التقليد في كونها تنقض الوضوء، لا في كونها توجب الفسق[(٢)].

مسألة: إذا قال الحاكم لفاسق: «بع مال اليتيم أو المسجد بكذا» صح؛ لأن هذا توكيل له، لا إن قال له: «بعه بما رأيت» فهذا تولية له[(٣)]، ولا ولاية لفاسق، ذكره المؤيد بالله، وهو على أحد قوليه. وكذا إذا قال له: حد فلاناً، لا إن قال له: حد من رأيت يستحق الحد. قال الفقيه محمد بن سليمان: وإنما يجوز توكيله بالحد إذا كان في محضر الحاكم أو أمينه[(٤)]، أو كان أميناً لا يتهم بالزيادة والنقصان[(٥)]. وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي أبي طالب وأحد قولي المنصور بالله وأبي حنيفة أنها تصح تولية الفاسق الأمين[(٦)].

مسألة: وإذا اختلف الخصمان في الحاكم الذي يتحاكمان إليه فالحق للمدعي،

---

(١) يعني: يجوز التقليد فيه، قال: كما أن الحاكم يحكم بردة من قامت عليه الشهادة بالردة ويأمر بقتله، ويرجم من قامت عليه الشهادة بالزنا، وذلك تقليد للشهود. (بستان بلفظه).

(٢) هما متلازمان.

(٣) بل وكالة مفوضة، ولا يفوض غير الأمين.

(٤) وعليه الأزهار بقوله: حضره أو مأمونه.

(*) إذا كان عدلاً. (قرد).

(٥) وجه التشكيل أنه لا بد من حضور الحاكم أو أمينه مطلقاً، سواء كان يتهم بالزيادة أم لا. وهو ظاهر الأزهار بقوله: وإقامة فاسق على معين حضره.

(*) المذهب خلافه؛ لأنه لا أمانة للفاسق.

(٦) وقواه الإمام شرف الدين عليه السلام.

فيجاب إلى من طلب إليه[١] إذا كان في البريد أو دونه، لا فيما فوقه إذا كان في البريد حاكم غيره[٢]، ذكره في التذكرة والمنصور بالله وأبو جعفر والفقيه محمد بن سليمان، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يجب إلاَّ أن يعرف من قصد المدعي أنه يريد مضارة من ادعاه بذلك أو كان ذلك يؤدي إلى تضييع من يعول.

فرع: فإن كان كل واحد منهما مدعٍ لصاحبه أجيب كل واحد في دعواه إلى من طلب كما مر، ويقرع بينهما في البداية[٣]. قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: وهل للحاكم المختلف فيه أن يحكم على غائب؟ فيه تردد[٤].

مسألة: ويجب أن يكون كاتب القاضي عدلاً ولو عبداً، قال الفقيهان علي وحسن: وهذا إذا كان القاضي لا يقرأ ما يكتبه، فأمَّا حيث يقرؤه فلا تجب العدالة، وقال الفقيه يوسف: لا فرق[٥]، بل تجب مطلقاً، وإنه يجب عليه معرفة ما كتبه كاتبه مطلقاً.

مسألة: تبطل ولاية القاضي بأحد أمور ثمانية:

الأول: بالجور، نحو أن يحكم بغير الحق عمداً، أو بغير مذهبه عمداً لغير مرجح.

الثاني: موت الإمام أو المحتسب[٦] أو بطلان ولايته عند أبي طالب

---

(١) وذلك لأن الحق له فلزمت إجابته، ولأن الغرض وصوله إلى ما يدعيه، ولعله ليس معه إلا شاهد واحد والحاكم الذي طلب إليه يحكم بالشاهد واليمين، أو لعل الحاكم يعلم القضية فيحكم له بعلمه، فلأجل هذا وجبت إجابته. (بستان).

(٢) قوله: «إذا كان في البريد حاكم غيره» وذلك لقوله ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)). (بستان بلفظه).

(٣) حيث لم يتقدم أحدهما بالنطق، بل نطقا في حالة واحدة. (قرر).

(٤) قلنا: العبرة بمذهبه. (مفتي).

(٥) قوي؛ لقوله تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة٢٨١]. (مفتي).

(٦) وتبقى ولايته من جهة الصلاحية.

والشافعي[١]، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: لا تبطل ولايته بذلك، لكنه لا يقيم[٢] حداً. وكذا الخمسة إذا ماتوا لم تبطل ولاية من ولوه على قول من يعتبر النصب[٣].

الثالث: قيام إمام[٤] حيث كانت ولايته من غير إمام.

الرابع: عزل الإمام له ولو لم يعلم به، فلا يصح حكمه بعده، ذكره في الكافي. قال في الانتصار: وليس للإمام عزله إلا لمصلحة، فإن عزله لغير مصلحة أثم وانعزل القاضي[٥]. وكذا الخمسة ليس لهم عزل من ولوه إلا لمصلحة.

الخامس: عزل القاضي لنفسه إذا كان في وجه من ولاه[٦]، كما في الوكيل على الخلاف الذي فيه.

السادس: فعله لكبيرة، قال الفقيه علي: وكذا غير الكبيرة من المعاصي، كالغيبة والنميمة والكذب ونحوه كما في الشاهد. [قال سيدنا عماد الدين][٧] ولعل هذا يستقيم على قول الهدوية في الجرح، لا على قول المؤيد بالله[٨].

---

(١) قوله: «عند أبي طالب والشافعي» وذلك لأن الحاكم إنما يتصرف بأمر الإمام، فيبطل تصرفه بموته، كالوكيل إذا مات موكله، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: لا تبطل ولايته بذلك؛ لأن القضاء ولاية فلا تبطل بالموت كالوصاية، ولأن المولى عنه باق، وهو الله تعالى. (بستان بلفظه).

(٢) في (د): لا يتم.

(٣) وعليه الأزهار بقوله: لا الخمسة.

(٤) أو محتسب في بلد ولايته عند أبي طالب، وعند المؤيد بالله مطلقاً.

(٥) فإن أقر أنه عزله عمداً بطلت ولايته وولاية القاضي. (بحر معنى) (قرر).

(٦) مع قبول الإمام ونحوه [المحتسب.] للعزل، وإلا لم ينعزل. (حاشية سحولي). لأنه يجب عليه المضي فيه فيما يتعلق بالولايات، فأما الخمسة إذا نصبوا شخصاً ثم عزل نفسه إليهم صح ذلك على قول من اعتبر النصب، لا على قول الهدوية.

(٧) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٨) لأنه يقول: من غلبت محاسنه مساوئه مع تجنبه الكبائر لم يكن جرحاً فيه. (بستان من الشهادات).

السابع: زوال عقله[١] أو ذهاب بصره ولو عاد من بعد فلا تعود ولايته إلا بتجديد[٢]، خلاف الفريقين.

الثامن: ظهور الارتشاء منه[٣] ولو مرة واحدة[٤]: إما باشتهاره، أو شهادة عدلين كما في الجرح. وعلى قول المؤيد بالله يصح بخبر قرينٍ واحد عدل، ذكره في الإفادة، لكن المراد حيث قال: إنه ارتشى من غيره، فأما إذا قال: إنه ارتشى منه فلا يقبل قوله إلا بشهادة، وإن لم يأت بها فله تحليفه على ما ادعاه[٥]، وقال في شرح الإبانة: لا يحلفه حتى ينعزل. وقال الفقيه حسن: لا تصح الشهادة على الارتشاء[٦]؛ لأنها لغير مدع[٧]، [قال سيدنا عماد الدين[٨]:] ولعل المراد حيث شهدوا بأنه ارتشى من فلان[٩]، فأما إذا شهدوا بأنه يرتشي فإنه يجرح به، كما إذا شهدوا بأنه يجور[١٠] أو يظلم، والله أعلم.

---

(١) يعني: بالجنون ونحوه، لا بالصرع فقد تقدم أنه ليس بمانع.اهـ بعد زواله؛ لاستكمال عقله، كما لا يمنع من الولاية ابتداء لا يمنع من استمرارها. (سيدنا علي).

(٢) لأن ولايته مستفادة ، والمستفادة لا تعود إلا بتجديدها. (بستان).

(٣) قوله: «ظهور الارتشاء» وذلك لقوله ﷺ: ((لعن الله الراشي والمرتشي في الحكومة))، ولأنه إن أخذ الرشوة للحكم بالحق فهي حرام؛ لأن الحكم بالحق واجب عليه، وإن أخذها ليحكم بالباطل فهي حرام أيضاً ولا يجوز أخذها، وإن أخذها ليوقف الحكم عن إمضائه فإمضاء الحكم واجب، وهي حرام أيضاً. (بستان بلفظه).

(٤) ولو قل الارتشاء إذا كان له قيمة في القيمي أو لا يتسامح به في المثلي.

(٥) وظاهر الأزهار أنه لا يمين عليه إلا بعد العزل.

(٦) إلا من باب الحسبة. (قرن).

(٧) وقيل: إنها لمدع، وهم المسلمون، فتصح حسبة. ونحوه في الإفادة ومحمد وأبو العباس وعلي خليل.

(٨) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٩) واختار في الأثمار أن البينة تسمع من طريق الحسبة ويجرح بها.

(١٠) في (ب): يخون.

مسألة: قال المنصور بالله وأبو جعفر والإمام يحيى: يجوز[١] لصاحب الحق أن يرشي الحاكم أو غيره ليتوصل إلى أخذ حقه وإن لم يحل للحاكم ما يأخذه منه[٢]، كما يحل للأسير أن يستفدي نفسه بماله من الظالم، [قال سيدنا عماد الدين[٣]:] ولعل مرادهم حيث حقه مجمع عليه[٤]، لا في المختلف فيه.

مسألة: وإذا حكم الحاكم بعد ما بطلت ولايته فهو باطل يجب نقضه ورد ما حكم به أو قيمته، فإن تعذر ضمنه الحاكم من ماله[٥] إذا كان ما حكم به مختلفاً فيه، لا إن كان مجمعاً عليه[٦] مع العلم بثبوته[٧].

فرع: فلو أجاز حاكم ما حكم به غير حاكم[٨] فقال في التقرير: لا يصح، وقال في الكافي: إنه يصح عند الحنفية، كالعقد الموقوف إذا أجيز.

فرع: وعلى الإمام أن يظهر أمر الحاكم الذي ظهر منه الارتشاء أو غيره من المعاصي إذا لم يندفع عن ذلك إلا بإظهاره[٩].

مسألة: إذا أذن الإمام لغيره أن ينصب قاضياً فإنه يصح، وليس للقاضي أن ينصب قاضياً آخر إلا أن يأذن له الإمام، وإذا أذن له وفعل ثم مات الأول لم

---

(١) المذهب لا يجوز.

(٢) وذلك لأن الدافع يدفع العوض ليدفع الضرر عن نفسه، بخلاف الآخذ. (بستان بلفظه).

(٣) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٤) ولفظ البيان في الإجارة: وإن كان مجمعاً عليه فكذا على ظاهر المذهب، يعني: لم يجز. في الفرع الثالث من قوله: فصل: ويحل للحجام والخاتن...إلخ.

(٥) ولعله إذا حكم بعد بطلان ولايته لأمر يرجع إليه كفسق أو نحوه، لا لعزل الإمام له قبل أن يعلم به فيكون الضمان من بيت المال، كالخطأ مع تعذر التدارك، والله أعلم. (هبل).

(٦) لا فرق فينقض. (قرد).

(٧) في (ب): بثبوت الحق.

(٨) في (أ): غير حاكم عدل.

(٩) فيكون إظهار أمره من باب النهي عن المنكر. (زهور).

ينعزل الثاني[١].

مسألة: إذا حكم[٢] حاكم معتقداً للخطأ لم يصح، وبطلت ولايته، ووجب رد ما حكم به أو قيمته، وإن تعذر ضمنه إلا أن يكون مجمعاً عليه[٣]. وإن حكم معتقداً للصواب ثم بان خطؤه لم ينقض، إلا أن يخالف دليلاً قاطعاً من القرآن أو من السنة المتواترة أو إجماعاً متواتراً فحينئذٍ يجب عليه وعلى غيره نقضه[٤] ورد ما حكم به أو قيمته، وإن تعذر ضمنه من بيت المال؛ لأن خطأ الإمام والحاكم

---

(١) قوله: «لم ينعزل الثاني» وذلك لأن الأصل هو الإمام، وهو باق؛ فلهذا لم تبطل الولاية. قال عليه السلام: والمستحب للإمام أن يأذن للقاضي في الاستخلاف؛ لأنه قد يحتاج إلى ذلك. (بستان بلفظه).

(٢) **مسألة**: إذا حكم الحاكم وأراد إبطال حكمه فإما أن يكون الرجوع عنه من غير خطأ أو أراد إبطاله لتيقن الخطأ، إن كان الأول لم يصح عند المؤيد بالله، وعند القاضي زيد يصح رجوعه، وإن كان الثاني فإما أن يعلم الخطأ أو يظنه، إن ظنه لم ينقض حكمه؛ لأن الظن لا ينقض الظن سيما بعد الحكم، وإن علم الخطأ فإن كان مجمعاً عليه وجب عليه نقضه وإظهار ذلك، وصدق في ذلك، وإن كان مختلفاً فيه فإن علم أنه قصر حال الحكم فكذلك، وإن لم يعلم ذلك بل ظنه لم يكن له نقضه. وكذلك القاضي غير الحاكم حكمه مع حكم الأول حكم ما ذكرنا. (شرح لمع للدواري).

(٣) لا فرق كما تقدم. (قرر).

(٤) **تنبيه**: قال عليه السلام واعلم أنه نقل عن أصحاب أبي حنيفة مسائل مخالفة للنصوص الباقية [غير المنسوخة]: الأولى: مسألة النكاح بلا ولي، لأنها مخالفة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل)). الثانية: تجويز شهادة الفاسق؛ لأنه يخالف قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق٢]. الثالثة: بطلان القصاص بالمثقل؛ لأنه يخالف قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة١٧٩]. فقال بعض أصحاب الشافعي: إنه ينقض حكمهم في هذه المسائل؛ لما قدمنا من أن الخطأ فيها ظاهر بدليل قاطع، وقال بعضهم: لا ينقض؛ لأن الخطأ فيها إنما ظهر بقياس غير جلي. (بستان بلفظه).

على بيت المال. وقال أبو حنيفة: لا يجب ضمانه، وأحد قولي الشافعي أنه يكون على عاقلته. قلنا: فلو لم يكن بيت مال فقال السيد يحيى بن الحسين: إنه يضمن من ماله[١]، قال الفقيه يوسف: وفيه نظر، والأولى أنه لا يضمن.

فرع: فإن خالف خبراً صريحاً آحادياً أو قياساً جلياً لم ينقض به[٢]، وقال الإمام يحيى وأصحاب الشافعي: ينقض بالخبر، وقال مالك: ينقض بالقياس الجلي.

فرع: وقد تكون المسألة قطعية عند عالم واجتهادية عند عالم، فإذا رفعت إلى من يراها قطعية نقض الحكم، وإن رفعت إلى من يراها اجتهادية لم ينقضه، وذلك كبيع أم الولد والطلاق الثلاث ونحوه.

فرع: قال الفقيه حسن: فلو باع الواقف ما وقفه أو باعه وارثه قبل الحكم بصحة وقفه، وحكم حاكم بصحة بيعه لم ينقض؛ لأنه قد وافق قول قائل[٣]. وليس لقاضٍ أن ينقض حكم قاضٍ غيره إلا بما ينقض به حكم نفسه.

مسألة: من ادعى على غيره شيئاً قد حكم به حاكم للمدعى عليه: فإن كان الحكم له بملكه مطلقاً غير مضاف إلى سبب لم تسمع دعوى المدعي ولا بينته، إلا أن يدعي انتقاله إليه من بعد الحكم من المحكوم له، ذكره في الزيادات، قال الفقيه حسن: ولا تجب فيه يمين أيضاً، وقال الفقيه يوسف: بل تجب[٤]؛ لأنه إذا أقر به صح إقراره.

وإن كان الحكم له بملكه مضافاً إلى سبب نحو الشراء أو الهبة أو الإرث أو نحو ذلك من رجل يملكه، ثم ادعاه المدعي وبين عليه أنه له بسبب معين يوجب الملك- فإنه ينظر الحاكم في السببين وبينتيهما، فإن كانت الثانية أولى من الأولى

---

(١) وإذا نوى الرجوع على بيت المال متى وجد فله ذلك؛ لأن الأرض لا تخلو من بيت المال لكن عدم في بلده. (عامر).

(٢) وهو مفهوم الأزهار في قوله: «إلا بدليل علمي».

(٣) وهو قول أبي حنيفة، ولعله بناه على أن إجماع الآل ليس بحجة، فينظر.

(٤) قلنا: إذا لم تصح الدعوى فما صحت اليمين.

بالإجماع لو تعارضتا نقض الحكم الأول وحكم به للثاني، نحو أن يبين الأول أنه اشتراه من زيد وهو مالكه وحكم له به، ثم بين الثاني أن زيداً هذا قد كان باعه منه أو أقر له به قبل بيعه من الأول، أو أن المحكوم له الأول قد كان أقر به للثاني قبل الحكم له به فينقض حكمه، أو يبين المشتري بعد الحكم للشفيع بأنه قد كان أبطل شفعته[(١)]، وما أشبه ذلك. وإن كانت البينتان على سواء لو تعارضتا، أو فيهما خلاف أيهما أرجح، أو لا يعرف فيهما إجماع ولا خلاف- فإن الحكم الأول لا ينقض، وذلك نحو أن يبين الأول بأنه اشتراه من زيد [وهو مالك له][(٢)]، والثاني أنه اشتراه من عمرو[(٣)]، أو كان الأول داخلاً بالنظر إلى الشيء المدعى والثاني خارجاً[(٤)]، أو يبين المشتري على الشفيع أنه قد كان تراخى في الطلب.

فرع: وكذا لو تنازع خصمان في شيء وأظهر كل واحد منهما حكماً له به وبين عليه: فإن كان الحكمان مطلقين بالملك غير مضافين إلى سبب فهما سواء، فيقسم بينهما[(٥)]، إلا أن يؤرخا بوقتين فالأول أولى، أو أرخ أحدهما فقط فهو أولى عند الهدوية ، خلاف أحد قولي المؤيد بالله. وإن كان أحدهما مطلقاً والثاني مضافاً إلى

---

(١) ولم يرجع فيها في المجلس.اهـ لأن فيها خلاف الشافعي أن له الرجوع عن الإبطال في المجلس كما تقدم في الشفعة.

(٢) ما بين المعقوفين في المطبوع فقط.

(٣) هذا مثال السواء؛ لأن الملك من زيد لا يمنع الملك من عمر. (بستان). فيقسم نصفين. وقد تقدم لفظ البيان في الإقرار في أول الفصل.

(٤) هذا مثال الذي فيه الخلاف. (بستان).

(٥) بعد التحالف أو النكول. (قرد).

(*) ظاهر هذا ولو كان أحدهما داخلاً والآخر خارجاً في أنه يقسم بينهما، وهو ظاهر إطلاق الفرع، ووجهه أنه لا ينقض الحكم الأَّ بدليل علمي، والداخل والخارج مختلف فيه، وقد أشار إلى هذا في آخر المسألة التي قبيل الفرع حيث قال: أو كان الأول داخلاً...إلخ، والله أعلم. (قرد).

سبب يوجب الملك فالمطلق أولى[(١)]. وإن كانا مضافين إلى سببين: فإن كان أحدهما أولى من الثاني بالإجماع[(٢)] فهو أولى، وإن لم فإن تقدم أحدهما فهو أولى، وإن لم فهما سواء فيقسم بينهما[(٣)].

مسألة: إذا حكم الخصمان رجلاً يحكم بينهما فقال أبو طالب وأبو حنيفة وأحد قولي الشافعي والوافي، ورواه في الكافي عن القاسم والهادي: إنه لا يصح[(٤)]، وقال المؤيد بالله وأحد قولي الشافعي، ورواه في شرح الإبانة عن زيد بن علي والناصر: إنه يصح فلا ينقض إلا بما ينقض به حكم الحاكم. وعلى القول الأول ليس للخصم نقضه بنفسه، ولا لحاكم أن يعترضه إلا أن يرفع إليه، فإن وافق مذهبه أمضاه، وإن خالفه نقضه.

فرع: ولا بد أن يكون هذا المحكم ممن يصلح للحكم[(٥)]، وقال الفقيه علي: لا يجب ذلك. ومحل الخلاف في التحكيم هو حيث يكون في زمن إمام وحيث يليه أيضاً، فأما في خلافه فيصح إما من طريق التحكيم أو من طريق الصلاحية.

---

(١) ظاهره ولو تأخر التاريخ، والله أعلم. (شامي) (قرر).

(٢) كما مر أنه اشترى من زيد إلى آخره.

(٣) بعد التحالف أو النكول. (قرر).

(٤) لأنه يؤدي إلى الاستغناء عن الإمام والحكام، ولأن التحكيم لا يوجب ولاية للمحكم. وعند الآخرين أنه يصح ويوجب الولاية له في الحكم بينهما؛ لقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء:٣٥]، ولأنه ﷺ حكم سعد بن معاذ في بني قريظة، وتحاكم عمر وأبي بن كعب إلى زيد بن ثابت، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم. فعلى هذا لا ينقض إلا بما ينقض به حكم الحاكم؛ لقوله ﷺ: ((من حكم بين اثنين تراضيا بحكمه فلم يعدل فعليه لعنة الله))، فلما توعده على ترك العدل في الحكم دل ذلك على أنه إذا عدل لزم حكمه بنفس الحكم كالحاكم من جهة الإمام. (بستان بلفظه).

(٥) في تلك الحادثة. (قرر).

مسألة[١]: إذا ترافع أهل الذمة[٢] إلى حاكمنا حكم بينهم بمذهبه[٣]، وإن لم يترافعوا إلينا فما كان من أفعالهم موافقاً لقول عالم من المسلمين لم يعترض، وما لم يوافق[٤] فقال أبو طالب وأبو العباس: يعترضون فيه، وقال المؤيد بالله: لا يعترضون[٥].

(١) هذه المسألة هي تنبيه في شرح الأزهار في النكاح شرح قوله: أو سمى تسمية باطلة.

(٢) وكذا سائر أهل المذاهب. (قرر).

(٣) يعني: كما يحكم بين المسلمين؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة٤٩]. (بستان بلفظه).

(٤) وذلك كنكاح الأمهات والبنات. (بستان).

(٥) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ﴾ [المائدة٤٢]، فظاهر الآية على أن المجيء شرط في الحكم بينهم، فإذا قلنا: إنه يحكم بينهم من غير مرافعة كان مخالفاً لظاهر الآية، ولأنهم مقرون على أعظم من هذا، وهو الكفر. قلنا: ما عرف تقريرهم عليه فهو مخصوص، وما التبس فهو منكر يجب إنكاره. (بستان بلفظه).

فصل في رزق القاضي

إن كان من الإمام جاز من بيت المال مطلقاً[(١)]، ومن الزكاة بشرط فقره، لا مع غناه، ذكره في الشرح والبيان، وقال في التذكرة وتعليق المذاكرة: يجوز لأجل المصلحة على قول الهادي[(٢)]، وهو قول المنصور بالله، قال: ولو فوق نصاب. قلنا: ولا يمنع القاضي من ذلك تعين الوجوب عليه؛ لأن أصل الوجوب في الحكم هو على الإمام، فإذا ناب عنه القاضي حلت له الأجرة، وقال الإمام يحيى وأصحاب الشافعي: لا تحل له حيث هو مكتفٍ[(٣)].

مسألة: وإن كان القاضي من جهة الخمسة أو الصلاحية جاز له أخذ الرزق

---

(١) يعني: ولو مع غناه. (بستان).

(٢) ومثله في الصعيتري عن نهاية المجتهد لبعض المالكية، واختاره المفتي والشامي، واختاره [وأجازه (نخ)] الفقيه حسن وإمامنا المتوكل على الله، أعني: أنه يجوز صرف الزكاة إلى الأغنياء من طريق المصالح كالحكام والمفتين، ورواه الفقيه ناجي عن ابن أبي الفوارس والفقيه يحيى البحيبح.

(٣) قوله: «حيث هو مكتف» قال عليه السلام: وحيث قد تعين عليه القضاء بحيث لا يقوم أحد مقامه، فمع الكفاية وتعين الوجوب لا يجوز؛ لأن القضاء فرض توجه عليه فلا يجوز له أخذ الرزق عليه مع الاستغناء عنه، قال عليه السلام: فان لم يكن له كفاية أو كان ذا كسب يشغله القضاء عنه جاز له أخذ الرزق عليه دفعاً للضرر عنه. وإن لم يتعين عليه القضاء وله كفاية فالمستحب له أن لا يأخذ عليه رزقاً؛ لأنه قربة في حقه يكره له أخذ العوض عليها، وإن أخذ الرزق جاز؛ لفعل الصحابة مع أبي بكر، فإنهم جعلوا له درهمين في كل يوم من بيت المال، وروي أن الصحابة جعلوا له شاة لغدائه وشاة لعشائه وألف درهم في كل سنة، فلما ولي عمر الخلافة قال: لا يكفيني ذلك، فضاعفوا له ذلك، فاذا تقرر هذا في الخلافة كان في القضاء مثله؛ لأنهما في معنى واحد. ولـمَّا ولى عمر شريحاً القضاء قدر له في كل شهر مائة درهم، فلما ولاه أمير المؤمنين عليه السلام أجرى له ذلك، وروي أنه جعل له في كل شهر خمسمائة درهم. (بستان).

ممن في ولايته بشرطين: أن يكون بطيبة نفوسهم، وأن يكون على وجه لا يدخل عليه تهمة، نحو أن يجمعوه له في غير محضره؛ فلا يعلم من أدى ومن لم يؤد، ومن أدى قليلاً ومن أدى كثيراً، ونحو أن يفرضوا له شيئاً معلوماً على كل بالغ عاقل منهم[١] ويرضون بذلك، ذكره في الإفادة.

فرع: فإن أعطوه من واجباتهم بنيتها فقط جاز بشرط أن لا تدخل عليه تهمة، لكن إن كان من المظالم ونحوها جاز مطلقًا، وإن كان من الزكوات جاز بشرط فقره على الخلاف المتقدم.

مسألة: وإن كان القاضي من جهة الظلمة أو البغاة فإن أعطوه من خالص أموالهم جاز، وإن أعطوه من مال الجبايات التي لا يعرف مالكها فعلى القول بصحة النصب من جهتهم يجوز مطلقاً، وعلى قولنا بعدم صحته يجوز مع فقره[٢]، لا مع غناه؛ لعدم المصلحة فيه، إلا أن يكون فيه مصلحة غير القضاء كالفتوى[٣] والتدريس جاز من بيت المال، لا من الزكوات على الخلاف المتقدم. وهذا بناء على أن لهم الولاية في صرف ما في أيديهم من المظالم، خلاف أحد قولي المؤيد بالله والناصر والمنصور بالله فإلى الإمام إن وجد.

مسألة: وما يأخذه القاضي أو المفتي على كتابة العلامة وقصاصة القبالة

---

(١) على سواء.

(٢) حيث لم يكن توليه قدحاً في عدالته، وذلك حيث كان مذهبه جواز التولي منهم.

(*) ظاهره ولو بلغ فعله الفسق، وهذا يتنزل على أصل المؤيد بالله، لا إذا لم يبلغ درجة الفسق فلا يضر وإن جرح في عدالته، والله أعلم. (نظرية).

(٣) إن قيل: إذا لم يصلح للقضاء -لتوليه منهم وهو لا يستجيزه- فكذلك لا يصلح للفتوى، وأما التدريس فإن كان على طريق الرواية وقلنا: يجوز قبول خبر فاسق التأويل فذلك مستقيم، فلعل الجواب عن هذا أنا لا نقطع بكبره، كما ذكره الإمام المهدي عليه السلام، وفيه تأمل؛ لأن مجروح العدالة وإن لم يبلغ الفسق فلا يعمل بفتواه.

وكتابة الفتوى فإن كان قدر أجرة مثله غير قاض[١] على ذلك العمل جاز[٢]، ذكره أبو مضر، وادعى أنه إجماع، قال الفقيه يوسف: ويحتمل أن لا يجوز إذا كان يعرف أنه لا ينفذ حكمه أو فتواه إلا بالكتابة منه؛ لأنها تجب عليه. وإن كان ما يأخذه أكثر من أجرة مثله فالزائد رشوة لا يحل، فإن عقد في ذلك عقداً صحيحاً بيعاً أو إجارة لم يحل له أيضاً، ذكره في الانتصار ومهذب الشافعي، كما إذا حاباه الغير في بيعه وشرائه فالمحاباة رشوة، وهو يأتي على قول الحقيني للهدوية[٣]، ويأتي على قول المؤيد بالله أن العقد ينصرف إلى اللفظ ولا حكم للضمير فيحل له، وهو يأتي قول الفقيه يحيى البحيح الذي ذكره للهدوية[٤].

مسألة: والهدية للإمام والقاضي والمفتي وأهل الولايات لا تحل لهم[٥] إلا في صورتين: الأولى: حيث عرف من قصد المهدي أنها لله تعالى أو للتبرك، وكان لا يلحقه بها تهمة. الثانية: حيث تكون الهدية ممن يعتاد الإهداء إليه من قبل دخوله في الولاية، وكان لا يلحقه بها تهمة، والمهدي غير مخاصم.

مسألة: ويحبس الإمام أو الحاكم من لزمه حق لغيره وامتنع منه إذا طلب

---

(١) ويكون بصفة القاضي في العلم وحسن الخط.

(*) ولا مصاحباً لقاض. (قرر).

(*) ويستحق المسمى ولو كثر، ما لم يكن الزائد لأجل الولاية أو يورث التهمة. (عامر).

(٢) ظاهره ولو قد فرض له الإمام أجرة. (قرر).

(٣) يعني: الذي تقدم له وللفقيه يحيى البحيح هل المضمر كالمظهر في كل شيء أو في الربا فقط. (بستان بلفظه).

(٤) في مسألة البغية.

(٥) قوله: «لا تحل لهم» وذلك لقوله ﷺ: ((هدايا الأمراء غلول))، وفي رواية: ((هدايا العمال غلول))، وعنه ﷺ أنه قال: ((من ولياه ورزقناه فما يأخذ من بعد ذلك فهو غلول)). (بستان بلفظه).

صاحب الحق حبسه، ثم لا يخرجه حتى يسلم الحق أو يرضى خصمه[١] أو يتبين إعساره. فلو كان الخصم وكيلاً لغيره ففيما تعلق به الحقوق كالثمن والأجرة يحبس أيضاً، وفي غيره كوكيل الخصومة لا يحبس، إلا أن يضمن بما لزم موكله حبس به.

مسألة: يجوز لكل من له ولاية[٢] أن يحبس من رأى من الدعار والمفسدين والمؤذين وأهل المعاصي على قدر ما يراه صلاحاً، وكذا تقييدهم وتأديبهم بما يراه حسناً، ولكل بما يليق به، ولو كان ضرهم لغيرهم مخوفاً في المستقبل، ذكره في التقرير[٣].

(١) وإخراج المعزر إلى الإمام أو الحاكم، لا إلى من عزر لأجله. (قرر).

(٢) ولو بالصلاحية. (قرر).

(٣) وهكذا قال في الإفادة: ومن عرف بأذية المسلمين والتمرد عليهم أو اتهم بذلك فإن الشرع يقضي بتأديبه وزجره. قال في حواشيها: حكى القاضي يوسف عن المؤيد بالله أنه كان يحبس الدعار، وأنه بقي واحد في الحبس أربع سنين، وقتل رجل امرأته فحبس وبقي في الحبس حتى مات، ومات آخر في حبسه. قال الفقيه يحيى البحيبح: وهذا جائز للمسلمين مع الاجتماع لذلك والنظر فيه، ويجوز ذلك بالظن. (بستان بلفظه).

كتاب الحدود[١]

هي سبعة أنواع:

[حد الزنا]

الأول: **حد الزنا**، وهو يجب بإيلاج الذكر قدر ما يوجب الغسل في فرج آدمي قبل أو دبر، على الفاعل والمفعول به، إذا كان لا عن شبهة، ولو لفّ على ذكره خرقة، ذكره في البحر، ولو كان أحدهما صغيراً أو مجنوناً فيحد المكلف. وقال أبو حنيفة: لا تحد المرأة إذا زنى بها صبي[٢]؛ لأنها تبع له[٣].

فرع: ويستوي في ذلك قبل المرأة ودبرها ودبر الذكر عند الهادي والقاسم والمؤيد بالله وأحد قولي الشافعي[٤]، وعند الباقر والصادق والناصر وأحد قولي القاسم والمنصور بالله ومالك وأحد قولي الشافعي أن الزنا في الدبر يوجب

---

(١) اعلم أن الحد في اللغة هو المنع؛ ولهذا سمي البواب حداداً؛ لأنه يمنع الخارج من الدخول والداخل من الخروج، وسمي السجان حداداً لأنه يمنع أهل السجن من الخروج، وسميت الحدود حدوداً لأنها تكون مانعة من ملابسة الكبائر الموجبة لها. وهو في الشرع عبارة عن العقوبة المقدرة المستوفاة لحق الله تعالى. فقولنا: «عبارة عن العقوبة» عام في كل العقوبات. وقولنا: «المقدرة» يحترز بها عن التعزير فإنه غير مقدر. وقولنا: «المستوفاة لحق الله» يحترز به عن القصاص؛ لأنه حق لآدمي. ودليله قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ الآية [النور٢]، وقوله ﷺ: ((من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى، فمن أبدى لنا صفحته أقمنا عليه حق الله))، وفعله ﷺ؛ فإنه أقام الحد على ماعز والغامدية. والإجماع ظاهر على وجوبه بعد كمال شروطه. (بستان).

(٢) والعكس يحد عنده.

(٣) فالاعتبار بالرجل، فإذا سقط عنه الحد سقط عنها. قلنا: زانية فلزمها وإن سقط عنه، فسقوط الحد عن أحد الواطئين لمعنى يخصه لا يوجب سقوطه عن الآخر. (بستان بلفظه).

(٤) لما روي عنه ﷺ: ((إذا أتى رجل رجلاً فهما زانيان، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيان)). (شفاء).

القتل مطلقاً[١] هل كان دبر ذكر أو امرأة، ذكره في التقرير عن الكافي. وعلى ظاهر كلام الشرح واللمع أن دبر المرأة مثل قبلها. وعند أبي حنيفة ورواية عن المؤيد بالله أن الزنا في الدبر يوجب التعزير فقط[٢].

مسألة: والزنا بالبهيمة كالزنا بالمرأة[٣] عند أبي طالب وأحد قولي القاسم وأحد قولي الشافعي، وعلى أحد قولي القاسم وأحد قولي الشافعي أنه يوجب القتل مطلقاً، وعند الناصر والمؤيد بالله والمرتضى وأبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي أنه يعزر فقط.

فرع: وحكم البهيمة أنه يستحب إخراجها من[٤] ذلك البلد[٥]، ويكره أكلها

---

(١) لقوله ﷺ: ((اقتلوا الفاعل والمفعول به))، وسواء كان بكراً أم ثيباً؛ لأن الخبر لم يفصل في ذلك. (بستان).

(٢) لنا قوله ﷺ: ((إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان)) فسماه الرسول ﷺ زانياً، فيجب فيه ما يجب في الزنا في البكر والثيب. (بستان بلفظه).

(٣) ولو استدخلت المرأة فرج شيء من البهائم فإنها تحد وترجم إذا كانت محصنة. وهل يستحب إخراجه من تلك البلد لئلا ترمى به أو تراه فتعاوده؟ الأقرب أن ما لزم في الذكر لزم في الأنثى. (قرر).

(٤) في (ب، ج، د): عن.

(٥) وذلك لئلا يراها الزاني فيعاودها، ولئلا يرمى بها عند رؤيتها. ولا تحرم، بل يكره أكلها تنزيهاً. وحجة من قال: تحرم وتقتل قوله ﷺ: ((واقتلوا البهيمة معه)). وكذا لو كانت غير مأكولة لئلا تأتي بولد مشوهاً؛ لما روي أن راعياً أتى بهيمة فأتت بولد مشوه الخلق، قلنا: معارض بنهيه ﷺ عن ذبح البهيمة لغير أكلها، قال المهدي عليه السلام: فيحمل على أنه أراد عقوبته بذبحها إذا كانت له وهي مأكولة؛ جمعاً بين الأدلة. قالوا: يضمن الزاني قيمتها إن عرفت بعينها؛ لأنها حيوان تلف فوجب ضمانه كسائر المتلفات، لا إن التبست فلا ضمان إجماعاً، ولا يجب الفحص في معرفتها. نعم، ويعزر ناكح اليد لقوله ﷺ: ((لعن الله ناكح البهيمة وناكح اليد)). (بستان بلفظه).

ولا يحرم، ولا يضمنها الزاني بها. وعلى أحد قولي الشافعي ورواية عن علي عليه السلام أنها تحرم وتقتل وتحرق، ويضمن الزاني بها قيمتها إن عرفت بعينها، لا إن التبست بغيرها. وقال القاسم: تقتل إذا هي غير مأكولة ويضمنها الزاني.

مسألة: إذا وقع الزنا في دار الحرب فقال القاسم وحكاه علي بن العباس عن العترة: إن ما وقع فيها فهو هدر(١) لا شيء فيه إلا الإثم، سواء كان زنى أو قتلاً أو إتلاف مال، إلا الكفارة في قتل الخطأ فتجب لظاهر الآية، وقال الشافعي ومالك وأبو يوسف: إنه يجب فيها ما يجب في دار الإسلام، وقال أبو طالب وأبو حنيفة: إن القتل فيها يوجب الدية لا القصاص(٢)، وأما الزنا فيها فقال أبو طالب: من زنى فيها ثم خرج إلينا فلا حد عليه، وإن دخلها الإمام أو أميره بجيش ثم زنى منهم أحد فإنه يحد(٣)، نقل ذلك من الشرح.

مسألة: إذا زنى الذمي بمسلمة حد وعزر(٤)، وقال زيد بن علي والناصر والشافعي: إنه يقتل؛ لأنه نقض الذمة، وكذلك في المستأمن عندهم إلا الشافعي. وكذا عندهم إذا عقد الذمي بمسلمة. وقال مالك وأحد قولي الشافعي: لا يحد الذمي. وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يحد المستأمن، روى ذلك في الشرح.

فرع: وكذا فيمن زنى بذات رحم له أو بفاطمية أو في المسجد أو في نهار

---

(١) قوله: «فهو هدر» وذلك لأنها دار إباحة لا تجري فيها الأحكام الإسلامية، فما وقع فيها يكون هدراً. (بستان بلفظه).

(٢) وهو ظاهر الأزهار.

(٣) بل لا حد؛ لأنه لا بد أن يقع في بلد ولاية الإمام عندنا، إلا أن يكون بعد أن ثبتت الحكمة للإمام فمستقيم.

(*) قوي حيث قد ثبتت الحكمة [الحكم (نخ)] للإمام.

(٤) قوله: «حد وعزر» وذلك لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور٢] ولم يخص ذمياً من ملي ولا حربياً من مستأمناً، ولأن الكفار داخلون تحت الخطابات الشرعية من الأوامر والنواهي. وزيادة التعزير لهتك الحرمة في هذا وفي الذي بعده. (بستان بلفظه).

رمضان فإنه يعزر مع الحد.

مسألة: من تزوج بامرأة لا تحل له[(١)] ودخل بها عالماً حُد وعزر[(٢)] -خلاف أبي حنيفة فقال: العقد شبهة- وإن كان جاهلاً فلا شيء عليه. وكذا المجوسي إذا تزوج من محارمه لم يحد؛ لأنه جاهل لتحريمه. قال الفقيه علي: وإذا كان تحريم المرأة على المسلم مما يعلم ضرورة من الدين فإنه يصير مرتداً بالعقد عليها[(٣)]، كما إذا أظهر استحلالها أو اعتقده.

مسألة: من زنى بامرأة ثم تزوجها أو بأمة ثم ملكها لم يسقط الحد[(٤)]، خلاف أبي يوسف.

مسألة: شروط الإحصان لوجوب الرجم على الزاني ثلاثة:

الأول: أن يكون بالغاً عاقلاً[(٥)] حراً في وقت زناه وفي وقت وطئه لزوجته.

---

(١) قوله: «بامرأة لا تحل له» وذلك كأمه أو أخته أو امرأة أبيه أو ابنه أو من طلقها ثلاثاً ولم تزوج غيره أو معتدة أو خامسة؛ لقوله ﷺ: ((من وقع على ذات رحم محرم فاقتلوه)) ولم يفصل في ذلك بين أن يكون قد عقد عليها أو لم يعقد. وقول أبي حنيفة كما ترى. (بستان بلفظه).

(*) من نسب أو سبب.

(٢) ينظر ما وجه زيادة التعزير حيث لم يكن محرمها؟ اللهم إلا أن يكون التعزير لأجل العقد؛ لأن فيه تهاوناً حيث لا يكفر به، فيحقق.

(٣) إذا استحل.

(٤) ينظر ما الفرق بين هذا وبين تملك السارق العين المسروقة قبل الرفع أنه يسقط عنه القطع؟ لعله يقال والله أعلم: إن السرقة مشوبة بحق آدمي يصح منه إسقاطه قبل الرفع؛ فلذا إن تملك السارق للعين المسروقة يسقط عنه القطع، كأن المسروق عليه عفا عنه بالبيع منه، بخلاف الزنا فهو حق لله محض، هذا ما ظهر لي من دون اطلاع، وللناظر نظره، والله أعلم. (من خط سيدنا عبدالرحمن الأكوع رحمه الله).

(٥) فلو وطئ السكران في حال سكره صار محصناً[١] ولم تصر الموطوءة محصنة. (قرر). وقيل: يحصن كل واحد منهما صاحبه. (شامي). قال المفتي: وظاهر الأزهار أنه لا يصير محصناً ولا يحصن المرأة.

---

[١] ما لم يكن الخمر المزيل الذي شربه مباحاً له. (عامر).

الثاني: أن يكون قد تزوج نكاحاً صحيحاً[١] ودخل بزوجته في قبلها[٢]، لا في دبرها وحده فلا يكفي. وعند مالك وأحد قولي المؤيد بالله أن النكاح الفاسد يوجب الإحصان.

الثالث: أن تكون زوجته عاقلة، فالمجنونة لا تحصنه[٣]، ويجوز كونها أمة أو صغيرة تُصلح للوطء. وعند زيد بن علي والناصر وأبي حنيفة أن من شرطها البلوغ والحرية.

فرع: ولا يشترط بقاء الزوجة تحته حال الزنا، خلاف الناصر والصادق. ويعتبر في المرأة من شروط الإحصان كما في الرجل. وليس من شرطه الإسلام؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم رجم ذميين[٤]، وقال زيد بن علي والناصر وأبو حنيفة: إنه شرط[٥] في حال زواجته وفي حال زناه، فيعتبرون كون الزوجين معاً بالغين عاقلين حرين مسلمين. وظاهر كلام المرتضى أن الإسلام شرط.

فرع: والردة تبطل الإحصان، ذكره المؤيد بالله وأبو حنيفة، خلاف الشافعي[٦].

فرع: فلو ارتد الزوجان معاً ثم أسلما عادا محصنين بالوطء بعد إسلامهما، وكذا في المملوكين إذا عتقا والكافرين إذا أسلما[٧] ثم حصل الوطء بعد العتق

---

(١) والعبرة بمذهب الزاني.

(٢) ولو حائضاً أو نفساء. (قرر).

(٣) لعدم كمال اللذة في جماعها. (بستان).

(*) وكذا في العكس.

(٤) والمراد إذا كان عقدهم يصح على قول عالم من علماء الإسلام. (كواكب معنى).

(٥) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من أشرك بالله فليس بمحصن))[١]، وفعله باليهوديين منسوخ. (غيث).

(٦) قلت: وهو المذهب. (بحر).

(٧) والصغيرين إذا بلغا والمجنونين إذا أفاقا.

---

[١] وهذا نص في موضع الخلاف، واختاره عليه السلام، قال المهدي عليه السلام: أراد فليس بمحصن لدمه؛ جمعاً بين الأدلة. (بستان).

أو الإسلام صارا محصنين، ذكر ذلك كله في الكافي(١).

مسألة: والإحصان يثبت بإقرار الزاني(٢)، أو بعلم الحاكم(٣)، أو بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين على وجه التفصيل لشروطه، لا مجملاً(٤)، ذكره الهادي. وقال مالك والشافعي: لا يثبت بشهادة النساء. قلنا: ويثبت دخوله بزوجته بإقراره أو بمفاجأة الشهود(٥). قال في الكافي: وإذا كان الزوج خصياً أو عنيناً فلا إحصان(٦). وإذا أقر أحد الزوجين بالدخول كان محصناً دون الثاني إلا أن يصادقه.

مسألة: والزنا يثبت بأحد أمرين:

الأول: إقرار الزاني أربع مرات في أربعة مجالس عند إمام أو حاكمه أو عند شهود أربعة. ويعتبر في تفريق(٧) المجالس بالمقر ولو كانت في مجلس واحد

---

(١) يستقيم في العبدين إذا عتقا، لا في غيرهما؛ إذ الإسلام غير شرط في الإحصان، والردة لا تبطله على المختار. (قرد).

(٢) ولا يكفي أن يقول: أنا محصن، بل لا بد من التفصيل. (كواكب). إلا أن يكون من أهل التمييز ومعرفة شروطه كفى الإجمال وإلا فلا، فإن التبس فالقياس سقوطه. (قرد).

(*) ولو مرة. (قرد).

(٣) و المختار أنه لا يثبت بعلم الحاكم. ولا بالشهرة ولا بالنكول. (قرد).

(٤) نحو أن يشهدوا أنه محصن فلا يكفي الإجمال، فلا بد من ذكر الشهود شروط الإحصان. (رياض، وكواكب).

(*) عبارة الكواكب: ولا بد من ذكر الشهود لشروط الإحصان، لا إن شهدوا بأنه محصن فلا يكفي، ذكره الهادي عليه السلام. (قرد).

(٥) وفي حاشية: يقال: ما طريق الشهود إلى الإحصان؟ قال سيدنا: بالولادة في فراش في نكاح صحيح، أو الإقرار[١] بالنكاح الصحيح والدخول، أو التواتر بذلك. (زهور) (قرد).

(٦) فيه نظر. (من بيان حثيث). ولعله يريد لو استدخلت ذكره صار محصناً، هذا الذي نظره، والله أعلم. (عن الشامي).

(٧) في (ج، د): تفرق.

---

[١] ولو مرة. (قرد).

للحاكم، نحو أن يقر عنده مرة ثم يغيب عنه بحيث لا يراه، ثم يأتي ثانياً فيقر ثم يغيب عنه، ثم يأتي ثالثاً ويقر، ثم كذلك رابعاً، أشار إليه أبو طالب وأبو حنيفة والفقيهان محمد بن سليمان وحسن، وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: لا يعتبر مغيبه عن الحاكم، بل تحوله من مكان إلى مكان كما هو ظاهر خبر ماعز، وقال الفقيه يحيى البحيبح: بل يكون في أربعة مجالس للحاكم. وقال الناصر والمؤيد بالله: لا تعتبر المجالس، بل إذا أقر أربع مرات ولو في مجلس واحد، وقال في الوافي: لا بد أن تكون المجالس في أيام، كل مجلس في يوم. وقال مالك والشافعي: يكفي الإقرار مرة واحدة.

مسألة: ولا بد في الإقرار بالزنا من أن يفسره بالإيلاج فيمن يحرم عليه وطؤها مختاراً غير مكره ولا جاهل لتحريم الامرأة. ويجب[١] على الحاكم أن يسأله عن كل شبهة[٢] يسقط الحد بها على وجه التلقين له بما يسقط الحد، فإذا لم يتلقن أقام الحد عليه.

فرع: قال في الكافي: وإن أقر بالزنا بامرأة لا يعرفها هو ولا الحاكم فإنه يحد[٣]، بخلاف ما إذا شهد عليه شهود أنه زنى بامرأة لا يعرفونها فإنه لا يحد[٤].

مسألة: من أقر بالزنا بامرأة معينة فكذبته فقال في التقرير: إنه يحد للزنا،

---

(١) وفي الأزهار: وندب تلقين ما يسقط الحد.اهـ بعد استفصال كل المسقطات وجوباً. (حاشية سحولي).

(٢) قوله: «أن يسأله عن كل شبهة» وذلك لما روي عنه ﷺ أنه قال لماعز لما أقر عنده أربع مرات: قد أقررت أربعاً فبمن؟ قال: بفلانة، فقال رسول الله ﷺ: ((لعلك لمست)) قال: لا، فقال: ((لعلك قبلت)) قال: لا، قال: ((فلعلك نظرت)) قال: لا، قال: ((جامعتها؟)) قال: نعم، فأمر برجمه، وكل ذلك من الرسول ﷺ حرص على سقوط الحد من جهته بأدنى تأويل. (بستان بلفظه).

(٣) لأن الإقرار يقبل الجهالة، بخلاف البينة. (من خط البكري).

(٤) لأنه يجوز أن تكون الموطوءة زوجته أو أمته. (بستان بلفظه).

وقال الشافعي والإمام يحيى: يحد للزنا وللقذف[١]، وقال أبو حنيفة: يحد للقذف، لا للزنا فإنكارها شبهة فيه[٢].

الثاني: شهادة أربعة ذكور أصول عدول: إما على إقراره بالزنا أربع مرات كما مر، وإلاَّ على مشاهدتهم للإيلاج[٣] كالميل في المكحلة فيمن يحرم عليه وطؤها. قال الفقيهان علي ويوسف: ويجوز لهم نظر العورة لتحمل الشهادة عليه[٤] كما يجوز للقابلة، ومثله ذكره أصحاب الشافعي، وقال في البحر[٥]: لا يجوز إلا إذا اتفق على وجه المفاجأة.

فرع: وبعد ذلك يجب تلقينه ما يسقط الحد[٦]، مثل: لعلك مكره، أو لعل لك شبهة في ذلك، فإن تلقنها سقط الحد[٧]، وإن لم حد.

فرع: ولا يشترط اجتماعهم عند أداء الشهادة، بل يجوز تفريقهم[٨]، خلاف أبي حنيفة ومالك فقالا: إذا تفرقوا كانوا قذفة. قلنا: وسواء كانت الشهادة على

---

(١) قال في حاشية على البحر: وفيه نظر؛ لأنه لم يضف الزنا إليها، بل إلى نفسه فقط.

(٢) في (ب): شبهة له.

(٣) في (ج، د): على شهادتهم الإيلاج.

(٤) وهل يجب على الواحد إذا رأى الزاني يزني أن يطلب الشهود لقيام الحد زجراً للزاني؟ يجب من باب النهي عن المنكر حيث لا ينزجر بدونه. (إملاء شامي) (قرر). أما جواز تحمل الشهادة فيجوز سواء كان ينزجر بدونه أم لا، وأما وجوبها فهو حيث لم ينزجر، فيكون من باب النهي عن المنكر، فلا يقال: في الحواشي مناقضة.

(*) حيث لا ينزجر عن الزنا إلا بذلك. وقيل: لا فرق كما تقدم في باب اللباس في البيان في قوله: مسألة: ويجوز النظر إلى عورة الغير عند الضرورة.

(٥) ينظر في هذا النقل عن البحر فليس فيه أنه المذهب. قيل: ذكر ذلك في باب اللباس.

(٦) وفي الأزهار: يندب.

(٧) قوله: «فإن تلقنها سقط الحد» وذلك لما روي عنه ﷺ أنه كان يتعرض لدرء الحد بما أمكن، ولهذا قال ﷺ لمن أراد أن يقر بالزنا: ((أنت زنيت؟ قل: لا)). (بستان بلفظه).

(٨) فإن جاءوا مجتمعين لم يفرقوا كما مر. (قرر).

حر أو عبد، ذكر أو أنثى.

مسألة: وإن شهد اثنان على الزنا واثنان على إقراره به لم يجب الحد عليه[١] ولا عليهم[٢]. وكذا إذا شهد عليه أربعة بالزنا وردت شهادتهم لفسقهم أو لغيره فلا حد على أيهم.

مسألة: إذا شهد أربعة على رجل بالزنا ثم شهد عليهم أربعة آخرون بالزنا حد الأربعة الأولون للزنا[٣]. فلو شهد أربعة ثالثة على الأربعة الثانية بالزنا حد المشهود عليه أولاً والأربعة الثانية للزنا. فلو شهد أربعة رابعة على الأربعة الثالثة بالزنا حد الأربعة الأولون والأربعة الثالثة فقط.

مسألة: إذا شهد ثلاثة على رجل بالزنا وشهد رابع على شهادة رجل آخر بأنه زنى حد الثلاثة[٤]، لا الرابع ولا المشهود عليه، ذكره في الكافي.

مسألة: ولا تجب الشهادة بالزنا، بل يستحب لهم تركها من باب الستر[٥]،

---

(١) بل يعزر. (قرر).

(٢) قوله: «لم يجب الحد عليه ولا عليهم» أما هو فلأن الشهادة لم تكمل على شيء واحد، وإنما هي على شيئين، فكانت الشهادة باطلة؛ لأن الشهادة بالإقرار مغايرة للشهادة على الفعل، فلم يتفق الأربعة على نوع واحد. وأما هم فلأن العدد قد كمل لكن الشرع رد الشهادة. (بستان بلفظه).

(٣) قوله: «حد الأربعة الأولون» وذلك لأنه ثبت عليهم الزنا بشهادة من بعدهم، وسقط الحد عن المشهود عليه أولاً لِثبوت الجرح في حق شهوده الذين شهدوا عليه، وعلى هذا فقس. (بستان بلفظه).

(٤) قال في الكافي: أما الثلاثة فيجب عليهم حد القذف بالإجماع، وأما الرابع فلا حد عليه؛ لأنه لم يشهد عليه بالزنا، وإنما أخبر عن غيره بذلك وحكى عنه ذلك. (بستان بلفظه).

(*) لعدم كمالها، أي: الشهادة، فإن شهد رعيان معهم سقط الحد عنهم الجميع؛ لكمالها. (قرر).

(٥) قوله: «من باب الستر» لقوله ﷺ: ((هلا سترت عليه بثوبك)). (بستان بلفظه)، قاله ﷺ لهلال بن أمية، وقال لهزال: ((لو سترته بثوبك كان خيراً لك مما صنعت)). وكان هزال أمر ماعزاً أن يعترف. (شمس).

إلا إذا عرفوا أنه لا ينزجر عن الزنا إلا بالحد لزمهم أن يشهدوا نهياً عن المنكر.

مسألة: إذا قذف رجل غيره بالزنا ثم جاء بأربعة شهود عليه فسقة فقال أبو حنيفة: لا حد على أيهم[١]، وقال الإمام يحيى بن حمزة ومالك: يحد القاذف والشهود، وقال أبو يوسف: يحد القاذف فقط، ذكر ذلك في البحر. [قال سيدنا عماد الدين[٢]:] ولعل المذهب كقول أبي يوسف.

مسألة: إذا شهد أربعة ذميون أو مسلمون على ذمي بالزنا حد، إلا أن يسلم قبل الحد سقط[٣]؛لأن الإسلام يجب ما قبله، إلا حد القذف فلا يسقط بالإسلام[٤]، ذكره في التقرير. وأما الحربي إذا زنى أو سرق أو قذف غيره أو قتل ثم أسلم فإنه يسقط عنه حكم ذلك كله، ذكره في الكافي والمنصور بالله.

فرع: والذمي إذا سرق أو قذف غيره ثم أسلم ثم لحق بدار الحرب ثم سبي سقط عنه الحد[٥]، ذكره في التقرير وأبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يسقط[٦]، وذكره الإمام يحيى بن حمزة للمذهب. وكذا يأتي في الحربي إذا سبي، والله أعلم.

---

(١) وهو ظاهر الأزهار حيث قال: ولم تكمل البينة عدداً.اهـ وإن كملها نحو أن يأتي معه بثلاثة شهود فإنه يسقط عنه حد القذف ولو لم تكمل عدالتهم. (غيث). ولو لم يأتوا بلفظ الشهادة، ولو كفاراً، ذكره في البحر والنجري. ولو صبياناً أو نساء. و(قرر). وفي الثمرات أيضاً في سورة النور في آية القذف: الرابع: إذا كانت الشهادة لا يحكم بها نحو أن يكونوا ذميين أو فسقة أو مجانين أو عمياناً فإن بكمال عددهم يخرجون عن أن يكونوا قذفة، هذا كلام أهل المذهب، وهو قول الحنفية، وإذا كان ثم قاذف فقياس كلام أهل المذهب وهو قول زفر أنه يسقط عنه الحد، وكذلك يلزم على قول الأكثر لو شهد أربع نسوة ألا يحدهن هنا للقذف. (ثمرات) (قرر).

(٢) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٣) وعليه الأزهار: وبإسلامه ولو بعد الردة.

(٤) إلا بعد الرفع؛ لأنه قد صار حقاً لله تعالى. وقيل: لا يسقط مطلقاً.

(٥) قوي في غير حد القذف.

(٦) واختاره في البحر، وهو الأرجح للمذهب. (من بيان حثيث).

مسألة: إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فصدقهم فقال أبو حنيفة والمنصور بالله: تبطل الشهادة والحد[(١)]، إلا أن يقر أربع مرات حد بإقراره، وقال الشافعي: لا يسقط الحد مطلقاً، وقال أبو جعفر والأمير الحسين: لا تبطل الشهادة حتى يقر أربع مرات فتبطل ويحد لإقراره، إلا أن يرجع عن إقراره سقط الحد، قال الفقيه محمد بن سليمان: إلا أن يعيد الشهود شهادتهم ثانياً حد بها[(٢)].

مسألة: إذا شهد عليه أربعة بالزنا بامرأة معينة في وقت واحد ومكان واحد، لكن شهد اثنان منهم أنه زنى بها مطاوعة واثنان أنها مكرهة- فلا حد على المرأة والشهود[(٣)]، وأما الرجل فكذا عند الناصر والشافعي وأبي حنيفة والفقيه يحيى البحيبح[(٤)]، وقال أبو يوسف ومحمد والفقيه محمد بن سليمان: إنه يحد، ويحمل على أن أول الفعل إكراه وآخره مطاوعة أو العكس. والأول أصح.

---

(١) وذلك لأنه إذا أقر بالزنا فقد صدقهم، ومع الإقرار به لا تصح شهادتهم، والإقرار بالزنا لا يجب به الحد إلاَّ أن يقر أربع مرات، وهو لم يقر إلا مرة واحدة، وهذه حيلة في درء الحد عمن قامت عليه الشهادة بالزنا. وقال الشافعي: لا يسقط الحد؛ لأن تصديقه إياهم يعضد قولهم، وتكذيبه إياهم يعارض قولهم، فإذا وجب الحد عليه عند المعارضة كان وجوبه عند المعاضدة أولى وأحق. (بستان بلفظه). ولكن هل يجب[١] على من إليه إقامة الحدود أن يلقنه الإقرار بعد كمال الشهادة؟ الظاهر أنه من التلقين، فيكون حكمه حكمه.

(٢) هذا يعود إلى كلام أبي جعفر، والمذهب خلافه؛ لأنه يؤدي إلى التسلسل. (مفتي). وهو أنه كلما شهدوا أقر وهلمَّ جرا.

(*) المذهب خلافه. (قرر).

(٣) اتفاقاً.

(٤) وذلك لأن الشهادة لم تكمل على فعل واحد، وإنما هي شهادة في الحقيقة على فعلين؛ لأن زناها مطاوعة مغاير لزناها مكرهة. وحجة الآخرين ما ذكره في الكتاب، ولأن الشهادة قد كملت بشهادة الأربعة فيجب أن يلزمه الحد كما لو شهدوا بلفظ واحد. لنا ما مر. قال الوالد قدس الله روحه: والأول أصح ؛ لأنه لا يثبت الحد بالتجويز، بل يسقط بالشبهة. (بستان).

---

[١] بل يندب على المختار.

مسألة: إذا حبلت امرأة فارغة فقال في الشرح والبحر والفقيه يحيى البحيبح: إنها تحد[١] إلا أن تدعي شبهة أو يظهر لها زوج، وقال أصحاب أبي حنيفة والشافعي والإمام يحيى بن حمزة: لا تحد؛ لجواز الشبهة.

مسألة: ولا يحد الأخرس[٢] للزنا بإشارته؛ لأنه يجب التفسير، ولا بالشهادة؛ لأنه يجب تلقينه الشبهة. وكذا لا يحد للسرقة[٣] والقذف بإشارته، ذكره في التقرير. وأما القصاص فيقتص منه بالبينة، وأما بإشارته فقال أبو حنيفة وأحد احتمالي أبي طالب: يقتص منه[٤]، وقال أبو بكر الرازي و أحد احتمالي أبي طالب: لا يقتص منه.

---

(١) قوله: «إنها تحد» قال الفقيه يحيى البحيبح: وذلك كما أن الحد يجب على من تقيأ الخمر أو شم رائحتها منه. وحجة الآخرين تجويز الشبهة، كما روي عن عمر بن الخطاب أنه أتي إليه بامرأة حامل فسألها فقالت: لم أحس حتى ركبني رجل من غير رضاي، فقال عمر: دعوها. (بستان بلفظه).

(*) قوي، وقواه إمامنا المتوكل على الله عليه السلام، والله أعلم.

(٢) أو تعذر الكلام بأي وجه.

(٣) وظاهر الأزهار خلافه[١] في قوله: وكل عقد إلا الأربعة. والله أعلم.

(٤) لأنه حق لآدمي فلا يسقط بالشبهة. (بحر).

---

[١] وهو أنه يحد للسرقة. ولفظ شرح الأزهار في قوله: «مكلفاً»: ويلزم المكلف ولو أعمى أو أصم أو أخرس.

فصل في كمية الحد وصفته

أما كمية الحد فإن كان المحدود عبداً أو أمة أو مدبراً أو أم ولد فهو خمسون جلدة، وكذا المكاتب إن لم يؤد شيئاً، وإن أدى بعض المال حد بقدر ما أداه من حد الحر وبقدر ما لم يؤد من حد العبد، فحيث أدى نصفه يحد خمساً وسبعين، وحيث أدى ربعه فاثنتين وستين[(١)]، وحيث أدى ثلثه فستاً وستين[(٢)]؛ لأن الكسر يسقط. وعند أبي حنيفة والشافعي أنه كالعبد مهما بقي عليه شيء.

وإن كان حراً فالبكر يحد مائة جلدة فقط، إلا أن يرى الحاكم صلاحاً في تأديبه زائداً على ذلك[(٣)] فعل. وعند زيد بن علي والصادق وأحد قولي الناصر والشافعي ومالك وأحمد بن عيسى والإمام يحيى بن حمزة أنه يجب التغريب مع الجلد، وهو حبس سنة عند زيد بن علي والصادق وأحد قولي الناصر، وقال مالك والشافعي: إنه طرد سنة إلى قدر مسافة مرحلتين فما فوق[(٤)].

والمحصن يجلد مائة ثم يرجم حتى يموت، وقال أبو حنيفة والشافعي: الرجم فقط.

مسألة: من زنى بميتة حد[(٥)]، خلاف المؤيد بالله[(٦)]. ولا يسقط الحد بطول المدة، وقال أبو حنيفة: إن حد الخمر يسقط بطول المدة، وأما سائر الحدود عنده

---

(١) وذلك لأن عليه ثلاثة أرباع حد العبد، وذلك سبع وثلاثون ونصف، فيسقط الكسر، وربع حد الحر خمس وعشرون.

(٢) لأن عليه ثلثي حد العبد ثلاث وثلاثون وثلث، فيسقط الكسر، وعليه ثلث حد الحر كذلك.

(٣) لزيادة هتك الحرمة.

(٤) وفي البحر ما لفظه: وأقل الطرد مسافة القصر؛ لتحصل الغربة.

(*) ولا تغرب المرأة البكر إلاَّ مع المحرم كالسفر، وأجرته منها؛ إذ وجب بجنايتها. وقيل: في بيت المال كأجرة الجلاد.(بحر بلفظه).

(٥) وفي البحر: مسألة: وفي وطء الميتة التعزير فقط كلو أتى جماداً.

(٦) وعليه الأزهار بقوله: حي.

فإن ثبتت بإقراره لم تسقط، وإن ثبتت بالبينة سقطت. قال أبو يوسف ومحمد: وطول المدة هو شهر فما فوق.

مسألة: ولا يقيم الحدود إلا الإمام أو حاكمه أو من أمره بها، إذا وقع سببها في زمن الإمام وفي مكان يليه، لا إن وقع في مكان لا يليه أو قبل قيامه ولو في وقت إمام قبله عند الهدوية، وعند المؤيد بالله إذا وقع في زمن إمام ولو في غير ولايته أقام الحد عليه متى أمكنه ولو كان في زمن إمام قبله. وعلى قديم قولي المؤيد بالله: إن الحاكم من جهة الخمسة يقيم الحدود. وقال مالك وأبو حنيفة: إن لأمراء الأمصار وحكامهم إقامة الحدود، قال مالك: وكذا خدمهم. وقال ابن شروين[1]: يجوز للمسلمين إقامة الحدود.

مسألة: وللسيد أن يقيم الحد على عبده وأمته[2]، سواء كان السيد رجلاً أو

---

(١) بفتح المعجمة وسكون الراء وكسر الواو، هكذا وجد في الحدائق، وهو صاحب المدخل، كتاب مصنف على مذهب الهادي عليه السلام. والله أعلم.

(٢) فلو أن العبد زنا لا في زمن إمام ثم ظهر إمام قبل أن يقيم السيد الحد فهل يسقط الحد أو يقيمه السيد؟ ينظر. الأرجح السقوط ؛ لأن ولاية السيد قد بطلت بقيام الإمام. وليس للإمام أن يقيمه؛ إذ وقوع الزنا في غير وقته.

(*) فلو وقع الزنا في حال صغر السيد أو جنونه؟ في حاشية السحولي: لا يحد الولي عبد الصغير ونحوه.اهـ قيل: يكون موقوفاً على بلوغه. (قرر).

(*) ولو كان السيد فاسقاً. (حاشية سحولي) (قرر). أو كافراً. (قرر). إذا كان العبد كافراً. (قرر).

(*) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((إذا زنت أمة أحدكم فليحدها، فإن عادت فليحدها، فإن عادت فليبعها ولو بضفير)). والمراد به حقير الأشياء. (صعيتري).

(*) فإن كانا شريكين حده أحدهما بحضرة الآخر. (قرر). فإن غاب أحدهما هل لسيده الآخر إقامة الحد عليه أو لا؟ ينظر. في حاشية: له أن يقيم الحد عليه بقدر حصته حيث خشي الفوات.اهـ أو التمرد. (قرر).

(*) وأما المكاتب فهل يحده سيده؟ فيه نظر. (كواكب). عن القاضي عامر: إن لم يؤد شيئاً حده، وإن كان قد أدى شيئاً تبعض. وفي الوابل: يسقط حيث لا إمام؛ لأن حده إلى الإمام. (شرح أثمار معنى). وقواه في تعليق الفقيه حسن؛ إذ الولاية لا تتبعض. وقيل: يبقى أمره موقوفاً.

امرأة، إذا لم يكن ثمة إمام، لا مع وجوده فهو إليه، ذكره في التقرير والمنصور بالله، وقال الشافعي: إن له ذلك مع وجود الإمام، وقال أبو حنيفة: ليس له ذلك مطلقاً.

فرع: وإنما يحده[١] إذا رآه يزني أو أقر له أربع مرات، لا بقيام الشهادة؛ لأن سماعها إلى الحاكم، ذكر ذلك الفقيه محمد بن يحيى، وقال الفقيهان محمد بن سليمان وحسن: ليس له أن يحده بعلمه[٢]، كما ليس للإمام والحاكم أن يحدا بعلمهما، وهو ظاهر كلام الشرح. وقال بعض أصحاب الشافعي: تصح الشهادة إلى السيد، وقال في البحر: إذا قامت شهادة إلى حاكم من غير الإمام كان للسيد أن يحده بها[٣].

فرع: ولا يحد الإمام والحاكم من لزمه الحد حتى يسأل عن حاله: هل هو حر أو عبد، بكر أو محصن، وعن عدالة الشهود وصحة عقولهم وأبصارهم، وهل بينهم وبينه عداوة أو خصمة، وعن زمان الزنا ومكانه، وعن المرأة المزني بها[٤] أو الرجل الزاني بالمرأة[٥] من هما؛ لجواز الشبهة فيهما كالأمة المشتركة وأمة الابن ونحوهما.

مسألة: وصفة الحد أن يجرد المحدود من لحافه إلا ثوباً واحداً فيبقى عليه. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يبقى عليه إلا ما يستر عورته، إلا في حد القذف فيبقى عليه ثوب. قلنا: ويستحب أن يكون الرجل قائماً والمرأة[٦] قاعدة، ولا تربط يداه،

---

(١) في (أ): وإنما يجلده.

(٢) إلا حد القذف. (قرر).

(٣) وعليه الأزهار.

(٤) يعني: حيث شهدوا على الرجل.

(٥) يعني: حيث شهدوا على المرأة.

(٦) ولو أمة. (قرر). وكذا الخنثى. (قرر).

ويفرق الضرب على جميع جسده إلا الوجه والمذاكير والمراق[(١)]، ويجوز ضرب الرأس[(٢)]، خلاف أبي حنيفة والشافعي، وقواه الفقيه يحيى البحيبح. قال الداعي: يكون أكثر الضرب في ظهر المرأة وأكتافها، وفي عجيزة الرجل.

مسألة: ويكون الجلد بسوط أو عود متوسط لا دقيق ولا غليظ، ولا جديد ولا عتيق، لا عقدة فيه. قال في البحر: ويكون طوله ذراعاً[(٣)] وعرضه إصبعاً[(٤)]، ويضربه به ضرباً مؤلماً[(٥)]، يرفع الضارب ذراعه فقط بحيث لا يرى باطن إبطه[(٦)]. ولا يجوز النقصان من الواجب على وجه الرقة له والرأفة به، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ﴾ [النور٢].

فرع: وأشد الضرب التعزير[(٧)]، ثم حد الزنا، ثم الشرب[(٨)]، ثم حد القذف، وقال مالك: الحدود سواء. ثم يحفر للمرجوم ندباً إلى سرة الرجل

---

(١) فإن لم يتوق ضمن ولا يعاد[١]. (عامر). وقيل: بل يعاد، ويلزم في الأول الأرش.

(*) وإلا ضمن. (قرين).

(*) ولعل المراق: الإبط والفرجان والبطن والأذنان. (زهور) (قرين).

(٢) لقول علي صلوات الله عليه وسلامه للجلاد: (اتق وجهه ومذاكيره، واضرب الرأس فان الشيطان فيه).

(٣) من غير القبضة. (قرين).

(٤) قيل: الإبهام. (قرين).

(٥) فان لم يوجع الذي حد إيجاعاً بليغاً فانه يحتمل أن يضمن أرش ذلك الحد ويعاد الحد. (ديباج).

(٦) فإن أبان إبطه تأرش منه، ولا يعاد، وكذا إن نقص، ويعاد مع النقص. (قرين).

(٧) حيث عزر بالضرب. (قرين).

(٨) في الأزهار تقديم القذف على الشرب، وهو المذهب.اهـ ولعل ما حكاه هنا مبني على ما حكاه علي بن العباس من إجماع آل الرسول ﷺ أن حد الشرب أشد من حد القذف، والله أعلم.

---

[١] وهو الموافق لما يأتي في قوله في الأزهار: فإن فعل قبله لم يعد.

وثدي المرأة، ولا تغل أيديهما. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يحفر للرجل. قيل: والسنة أن يكون الجلد في يوم والرجم في يوم.

مسألة: ويجب أن يكون أول من يرجم الشهود حيث وجب بالشهادة(١)، وفي الإقرار الإمام أو الحاكم إن حضر أو مأموره(٢)، ثم سائر المسلمين يرجمونه بالحجارة حتى يموت(٣). وقال مالك والشافعي: لا يجب هذا الترتيب في الرجم. ويتفقون في الجلد وفي قطع السارق أنه لا يجب على الشهود؛ لأنه يحتاج إلى صنعة.

فرع: إذا هرب المرجوم حال رجمه: فإن كان ثبوته عليه بالبينة لحق بالرجم، وإن كان ثبوته عليه بإقراره لم يلحق(٤)؛ لجواز أنه رجع عن إقراره، فلو لحقوه فلا ضمان عليهم؛ لأن الأصل عدم الرجوع وعدم الضمان، ذكره في البحر. قال الإمام يحيى بن حمزة: وإن ضربت رقبة المحصن بالسيف جاز، لكن الرجم سنة، والمقصود هو قتله.

---

(١) ويقدم شهود الإحصان، ثم شهود الزنا، ثم المسلمون. وقيل: يقدم شهود الزنا. (شامي).

(٢) في (ب): إن حضرا أو مأمورهما.

(*) لأن له أن يستخلف، وأما مع حضوره[١] فليس له أن يستخلف، بل يكون أول من يرجم. (شرح أزهار).

(٣) ويكون الحجر من نصف رطل الى رطل، ذكره الهادي عليه السلام. وندب لكل واحد أربعة أحجار فصاعدا. (ديباج). ولفظ البستان: قال عليه السلام: وصفة الحجارة أن تكون بين الحجر الصغير والكبير، فلا ينبغي أن يرميه بحجر كبير يموت منه، ولا يرميه بحصى صغار فيطول الأمر في قتله. (بلفظه) (قرر).

(٤) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم في ماعز: ((هلا خليتموه))، ولصحة الرجوع عن الإقرار، ولا ضمان؛ إذ لم يضمنهم صلى الله عليه وآله وسلم؛ لاحتمال كون هربه رجوعاً أو غيره. (بحر بلفظه).

---

[١] موضع الرجم. (حاشية سحولي) (قرر).

فرع: وإذا امتنع الشهود من الرجم سقط[١]، وأما إذا تعذر منهم[٢] بأن غابوا[٣] أو ماتوا أو قطعت أيديهم فكذا يسقط على الأصح، وخرَّج أبو جعفر للناصر وخرَّج أبو العباس للهادي أنه لا يسقط، وقواه الفقيه محمد بن سليمان.

مسألة: وإذا زنى الإمام فلا حد عليه؛ لأنها تبطل إمامته بأول الفعل؛ فوقع زناه في غير زمن إمام. وإن زنى والده حده، وقال أبو حنيفة: يأمر غيره بحده.

مسألة: من فعل ما يوجب الحد ثم دخل الحرم لم يحد فيه[٤]، ولا يخرج منه، لكن لا يطعم ولا يسقى[٥] ولا يباع منه شيء حتى يخرج منه[٦]، ثم يحد. وهكذا فيمن لزمه القود ثم دخل الحرم، وقال الشافعي: إنه يحد ويقتل فيه. وأما

---

(١) لا الجلد فلا يسقط. (قرر).

(٢) أو من الإمام حيث هو أول من يرجم. (حاشية سحولي) (قرر).

(٣) أما إذا غابوا أو مرضوا انتظر حتى يزول العذر. (قرر).

(٤) قال في الأثمار وشرحه: وإذا رأى الإمام صلاحاً في ترك من لجأ إلى غير الحرم فانه يجوز له تركه، بل قد يجب ذلك إذا خشي من إخراجه مفسدة أو نحو ذلك، ويجب الإخراج حيث لا مصلحة في ترك من لجأ الى غير الحرم من مشاهد الأئمة والفضلاء. (تكميل).

(*) حرم مكة، لا حرم المدينة فيقام فيه إجماعاً، ذكره في شرح الفتح. قال المفتي: ينظر ما الفرق؟ وجه الفرق إقامته ﷺ للحدود في المدينة، وكذلك الخلفاء من بعده، بخلاف مكة، وهو واضح.

(٥) إذا كان حده القتل؛ لأنه قد صار غير محترم، فأما إذا كان حده الجلد أو قطع عضو فإنه يسد رمقه؛ لأنه محترم الدم. (شامي) (قرر).

(٦) بنفسه، فأن أخرج مكرها لم يجز إقامة الحد عليه ونحوه، إلاَّ أن يخلى فيقف خارجاً باختياره أقيم عليه. (حاشية سحولي لفظاً) (قرر). وفي حاشية: فان أخرجه غيره مكرها وجب رده[١]؛ إذ قد ثبت له حق بدخوله كما قيل في غيره من الصيود.

---

[١] إن أطاعه على الرجوع، لا مع الامتناع. (قرر).

القصاص فيما دون النفس فيستوفى منه فيه وفاقاً[١]، ذكره في شرح الإبانة[٢].

فرع: فإن فعل ما يوجب الحد أو القود في الحرم أقيم عليه خارج مكة، قال الفقيهان يحيى البحيح وحسن: يعني خارج المدينة؛ لأنه هتك حرمة الحرم، ومثله في شرح الإبانة، وقال الفقيهان محمد بن سليمان وعلي: إن المراد خارج الحرم[٣] متى خرج بنفسه[٤].

مسألة: من لزمه الحد وهو مريض فالمحصن يجلد ثم يرجم[٥]، والبكر لا يجلد حتى يبرأ، فإن كان مرضه مما لا يرجى زواله في العادة وخشي فوت الحد بموته جاز أن يجمع عشرة أسواط ويضرب بها عشر مرات إن كان يحتمل ذلك، أو يجمع أكثر من ذلك، على ما يراه الحاكم، أو يؤخذ عثكول نخل فيه مائة خيط ويضرب به مرة[٦]، قال الفقيه يحيى البحيح: لكن لا بد من وقوع خيوطه كلها

---

(١) وفي الأزهار: فإن ارتكب فيه أخرج . وفي البحر: قلت: إن ارتكب سببه فيه. (بحر). والمختار أنه يخرج منه إن ارتكب سببه فيه.

(*) المختار لا فرق. (قرن).

(٢) قال المهدي عليه السلام: هذا إذا ارتكب سببه فيه. (بستان).

(٣) المحرم. (شرح أزهار).

(٤) وفي الأزهار أنه يخرج.

(٥) الأزهار: ولا إمهال.

(٦) وقد سقط بذلك الحد إذا شفي فلا يعاد. (قرن).

(*) قوله: «ويضرب به مرة» لما روي أن مريضاً وقع على امرأة فلما دخل عليه رجال قومه يعودونه أخبرهم بخبره، وقال لهم: استفتوا لي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فذكروا ذلك للرسول صلى الله عليه وآله وسلم وقالوا: ما رأينا بأحد من الناس مثل ما به من الضر، فلو حملناه إليك لتفسخت عظامه، فقال الرسول صلى الله عليه وآله وسلم: ((خذوا عثكولاً فيه مائة شمراخ واضربوه به ضربة واحدة)). وهذا نص فيما قلناه. قال عليه السلام: وكما قال تعالى في قصة أيوب: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا﴾ [ص:٤٣] وهو قبضة من حشيش ﴿فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ﴾ فهكذا الحال في =

على بدن المحدود[١]، وكذا في الأسواط التي جمعت، وقال في الكافي والإمام يحيى بن حمزة والفقيه محمد بن سليمان[٢]: لا يشترط ذلك، بل ولو وقع بعضها على بعض إذا لم يقع شيء منها في الهواء أو في الأرض. وقال الناصر والمؤيد بالله: لا يحد المريض ولو خشي موته[٣]. وقال مالك: لا يضرب بغير السياط.

فرع: وكذا لا يحد البكر في وقت شديد البرد أو الحر بحيث[٤] يخشى عليه فيه[٥].

مسألة: ولا تحد المرأة حتى تستبرأ بحيضة[٦]؛ لجواز أنها حامل، فإن لم تحض أو لم تقر به فبأربعة أشهر وعشر[٧]، فإن بانت حاملا لم تحد حتى تلد وتبرأ من الوجع[٨]، ثم تجلد إن كانت بكراً، وفي المحصنة إن كان يوجد للولد من يرضعه

العثكول يضرب به لاشتماله على الشماريخ. والعثكول: عنقود التمر بعد ما يؤخذ منه التمر. ولأنه لا يمكن ضربه بالسوط؛ لأنه يؤدي إلى تلفه، ولا يمكن تركه؛ لأنه يؤدي إلى تعطيل الحد. (بستان بلفظه).

(١) ويكفي الظن في ذلك، لأنه ظني، أعني: حد المريض.

(٢) واختاره في الفتح، وبنى عليه في البحر.

(٣) في (أ، د): فوته.

(٤) في (د): حيث.

(٥) فإن حد فيه ولم يؤخر ضمن؛ لأنه خلاف المشروع، ويعاد. (مفتي). سيأتي لفظ البيان بعد هذا في المسألة ١٦ من بعد هذه، المسألة التي لفظها: مسألة: إذا أخطأ الإمام ..إلخ.

(٦) قوله: «حتى تستبرأ بحيضة» يعني لجواز أنها حامل، وقد روي أن عمر أمر برجم امرأة حبلى فقال علي عليه السلام: (هذا سلطانك عليها، فما سلطانك على ما في بطنها؟) فترك عمر رجمها وقال: لولا علي لهلك عمر، وقال: لا أبقاني الله لمعضلة ليس فيها علي بن أبي طالب. (بستان بلفظه).

(٧) والضهياء والآيسة بشهر. (حاشية سحولي) (قرر).

(٨) وكذا لا تجلد في أيام الرضاع حيث كان يضر الصبي. (قرر).

رجمت بعد إرضاعه اللبأ، ذكره في الشرح والتقرير، وإن لم يوجد غيرها تركت حتى تفطم الولد ثم ترجم إن كان له من يحضنه ولو رجلاً أو أجنبياً إذا تبرع بذلك(١)، وإن لم يوجد تركت حتى تتم حضانته(٢). قال في البحر: وكذا فيمن وجب قتلها لردة أو نحوها، فأما من وجب قتلها قصاصاً فلعلها تقتل بعد إرضاعها له اللبأ إذا كان يمكن إرضاعه من غيرها ولو من بهيمة مأكولة اللحم، فإن لم يمكن قط وخشي تلف الولد تركت أمه ما دامت الخشية عليه(٣).

فرع: وإذا جلدت المرأة ثم ألقت جنيناً وجب ضمانه(٤) من بيت المال لا من الضارب؛ لأنه كالملجأ إلى الضرب، وكذلك فيما أشبهه، إلا أن يكون عالماً بحملها ضمن(٥).

مسألة: من لزمته حدود مختلفة(٦) لم يدخل بعضها في بعض، بل تقام كلها، ويقدم حد القذف -لأنه حق لآدمي- ولو تأخر سببه عن سبب غيره(٧)، ويقدم

---

(١) أو بأجرة من مال الصبي إن كان له مال. (قرر).

(٢) الاستقلال.

(*) والأقرب أنه لا فرق في ذلك بين المزوجة والفارغة. صح (نخ). هكذا في (د)، وهي في (ب) حاشية.

(٣) التلف أو الضرر. (قرر).

(٤) الغرة إن خرج ميتاً، وإن خرج حياً ثم مات فالدية. (قرر).

(٥) من ماله. (قرر).

(٦) **مسألة**[١]: وتفتقر الحدود إلى نية التعيين، وذلك بالإضافة إلى أسبابها كما في قضاء الديون، وإن لم يكن عليه إلا حد واحد كفت نية مطلق الحد[٢] كالدين الواحد. **فرع**: فلو أقيم عليه حد الشرب ثم رجع شهوده وانكشف عليه حد قذف أو زنى استؤنف الحد وضمن الشهود. (معيار).

(٧) كالدين.اهـ بناء على تقديم دين الآدمي، والمذهب أنه لا فرق، بل يقسط.اهـ يعني: الدين، لا الحدود فكما في الكتاب. (قرر).

---

[١] التذهيب من النسخة (ج) والمطبوع.

[٢] في المخطوطات: كفت نيته مطلقاً. والمثبت من المعيار.

حد الزنا والشرب على حد القطع؛ لأنهما أخف منه. وينتظر برؤه بعد كل حد قبل الثاني، ذكره في البحر.

مسألة: من قتل رجلاً في بيته ثم ادعى أنه وجده يزني ففيه صور ثلاث:

الأولى: أن يدعي أنه لم يندفع عن الزنا أو عن السرق إلا بقتله، فإذا بين على ذلك بشاهدين(١) فلا شيء عليه وفاقاً.

الثانية: أن يدعي أنه و جده يزني بامرأته(٢) أو بأمته أو بولده، وبين على ذلك بأربعة(٣) ذكور أصول- فقال أبو طالب: لا شيء عليه(٤)، وقال المؤيد بالله: بل يقتل به.

---

(١) أو رجل وامرأتين.

(٢) وللمرأة قتل من وجدت مع زوجها. (بحر). وقيل: ليس لها ذلك؛ إذ لا غضاضة عليها. (كواكب). وفي هامش شرح الأزهار: وهل للمرأة قتل من وجدت مع أمتها أو ولدها؟ القياس أن لها ذلك.

(٣) ينظر ما الفرق بين الصورتين حيث كفى في الأولى اثنان وفي هذه أربعة؟ وقد قيل: إن المراد في الأولى حيث ثبت الزنا بغير هذه الشهادة فيكفي اثنان أنه لم يندفع، وأما لو لم يكن قد ثبت فلا بد من أربعة، والله أعلم. (عامر). وفي هامش شرح الأزهار ما لفظه: الذي في الكواكب[١]: إن قال: وجدته يزني وأضاف الزنا إليه بين بأربعة، وإن لم يذكر لفظ الزنا كفى رجلان أو رجل وامرأتان.

(٤) وحجته قول علي عليه السلام: (من رأى مع امرأته رجلاً فقتله ثم أتى بأربعة شهود على ذلك فلا شيء عليه) وهذا نص، قال عليه السلام: وهو المختار؛ لأنه صار هدر الدم. وحجة المؤيد بالله قوله تعالى: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة٤٥] ولم يفصل، ولأنه ليس إليه الحد، فهو متعد فيقاد. لنا ما مر. (بستان بلفظه).

(*) وسواء كان في زمن الإمام أم لا، وهو ظاهر الأزهار. (مفتي).

---

[١] لفظ الكواكب على قوله في التذكرة في الصورة الأولى: «لم يلزمه شيء ديناً ولا شرعاً»: ذلك وفاق، ويكفي في البينة عليه رجلان أو رجل وامرأتان على مذهبنا، لكن المراد به إذا قال: إنه وجده مع امرأته ولم يندفع عنها إلا بقتله، فأما إذا قال: إنه وجده يزني بامرأته فقد صار قاذفاً له فيحد له إذا طلبه، ولا دية عليه مع الشهادة إذا لم يذكر الشاهدان أنه كان في حال الزنا، بل قالوا: إنه وجده مع امرأته ولم يندفع عنها إلا بقتله، وإن ذكرا زناه كانا قاذفين له وتبطل شهادتهما فيقتل القاتل.

الثالثة: أن يكون قتله له بعد الزنا بهم أو بغيرهم: فإن كان بكراً قتل بـه، وإن كان محصناً فكذا عند المؤيد بالله، وقال أبو طالب وبعض أصحاب الشافعي: لا شيء عليه(١) سوى الإثم. وهكذا في المرأة(٢)، ذكره في شمس الشريعة.

مسألة: من زنى مراراً كثيرة ولو بنساء مختلفة فليس عليه إلا حد واحد(٣)، إلا إذا عاود الزنا بعد كمال الحد الأول حد للثاني.

مسألة: إذا خشي الإمام من إقامته للحد إثارة فتنة أو خللاً في أمره جاز له تأخيره أو تركه(٤)، ذكره الأمير الحسين. قال الفقيه حسن: وأما القصاص إذا كان يؤدي إلى فتنة أو وهن في جانب الإمام ففيه نظر، قال الفقيه يوسف: الأقرب أنه يأتي على الخلاف بين السيدين، فالمؤيد بالله يقول: تقدم المصلحة

---

(١) لا قود ولا دية ولو قبل الحكم. (قرر).

(*) بعد الحكم عليه، لا قبله فيلزمه القود إجماعاً، ذكره أبو طالب وصاحب التفريعات. (بحر). هكذا في الحدود، والذي ذكره في الجنايات خلاف ما هنا، وهو: قلت: إن قتل بعد الحكم بزناه فلا قود ولا دية، وإلا فالأقرب سقوط القود للشبهة بعد كمال الشهادة أو الإقرار.

(*) ولو في غير زمن الإمام؛ لأن الزاني المحصن مباح الدم. (عامر).

(٢) يعني: حيث كانت محصنة وقتلها الغير فعلى الخلاف. (بستان بلفظه).

(٣) وذلك لقوله تعالى:﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي...﴾ إلخ [النور]، ولم يشترط أن يكون مرة أو مراراً، ولأن الحد إنما لزمه لكونه زانياً كما أن الطهارة إنما لزمت لأجل الحدث، فكما لا يعتبر الوضوء لعدد الأحداث فلا يعتبر الحد لتكرر الزنا، وحكمنا بالتداخل لسعة رحمة الله تعالى. (بستان).

(٤) وذلك كما فعله رسول الله ﷺ لعبد الله بن أبي المنافق لما أراد الرسول ﷺ قتل بني قينقاع فكره ذلك عبدالله لما كانوا حلفاء له في الجاهلية، وتشفع إلى النبي ﷺ وأكثر في ذلك، فتركهم له لما رأى في ذلك من الصلاح، ومثل هذا ذكره في التذكرة. (بستان بلفظه). قال في النهاية: قينقاع: بطن من يهود المدينة. (من خط مصنف البستان).

العامة فيؤخر القصاص، وأبو طالب يقول: تقدم المصلحة الخاصة فيقدم القصاص.

مسألة: من زنى بامرأة ثم قال: «ظننتها زوجتي»[(١)] أو «أمتي»[(٢)] فقال الناصر والمؤيد بالله والشافعي: لا يحد مطلقاً[(٣)]، وقال أبو حنيفة: يحد مطلقاً، وقال المنصور بالله والفقيه حسن: يقبل قوله إذا كان صدقه محتملاً، نحو أن يكون في ليل أو عقيب نومه أو كان أعمى[(٤)].

فرع: فإن قال الزاني: «لم أعلم بتحريم الزنا» لم يقبل قوله، بل يحد، إلا أن يكون قريب العهد بالإسلام[(٥)] بحيث يحتمل صدقه لم يحد، ذكره في الشرح.

مسألة: من قامت عليه الشهادة بالزنا ثم قال: «كنت مكرهاً» فإن شهدوا

---

(١) وله زوجة. (قرد).

(٢) وله أمة. (قرد).

(٣) وذلك لأنه وطيء امرأة يعتقد أنها زوجته فلا يجب عليه الحد، كما لو قيل: هذه زوجتك زففناها إليك، ولأن الظن له مدخل في التحليل والتحريم، والحدود تدرأ بالشبهات، وهذا من أعظمها، ولأن الإثم ساقط مع الظن فلهذا سقط الحد. وقال أبو حنيفة: يحد مطلقاً ولا يفيده قوله: ظننتها زوجتي إلا أن يكون ثم قرينة، نحو أن يدعو امرأته فتجيبه هذه فإنه لا يحد. والقول الثالث كما ترى. (بستان بلفظه).

(٤) وكان في بيته.

(٥) قوله: «قريب العهد بالإسلام» وذلك لما روي عن عثمان أنه أتي برجل قد زنى وادعى أنه غير عالم بتحريمه، فقال عثمان: إن كان قد نشأ بين المسلمين لم يقبل قوله؛ لأن الظاهر أنه يعلم ذلك، وإن لم يكن ناشئاً بين المسلمين دُرئ عنه الحد؛ لأن الظاهر أنه غير عالم. ولما روي أن رجلاً قال: زنيت البارحة، فقيل له في ذلك: إنه حرام، فقال: ما علمنا أن الله حرمه، فكتب بذلك إلى عمر في خلافته، فكتب إليهم: إن كان علم أن الله حرمه فحدوه، وإن لم يعلم فأعلموه بتحريمه فإن عاد فارجموه. (بستان بلفظه).

عليه بالطوع حد[١]، وإن لم يشهدوا به لم يحد[٢] إلا على قول المؤيد بالله في الرجل دون المرأة.

مسألة: ويسقط الحد بالإسلام[٣] من الكافر والمرتد، إلا حد القذف في الذمي والمرتد فلا يسقط.

مسألة: إذا كان في الزنا خلاف وفعله عالماً بتحريمه على مذهبه فإنه يحد وفاقاً، ذكره في الشرح، وقال في البحر: إن الخلاف شبهة فلا يحد[٤]، وذلك نحو نكاح المتعة والشغار والفاسد وما أشبهه.

مسألة: إذا أباحت امرأة لزوجها وطء أمتها أو وطء امرأة استحقت دمها بالقود لم يكن ذلك شبهة له[٥] عندنا، خلاف أبي حنيفة[٦].

---

(١) المختار عدم الحد، وهو ظاهر الأزهار في قوله: ويسقط بدعوى الشبهة المحتملة.

(٢) قوله: «وإن لم يشهدوا به لم يحد» لقوله ﷺ: ((ادرؤوا الحدود بالشبهات)) ولا شبهة أعظم من الإكراه؛ لأنه رافع للاختيار والتكليف، وروي أن امرأة أتي بها إلى عمر فقيل: إنها زنت، فقال: لعلك أكرهت، فتلقنت الإكراه فقالت: إني كنت مكرهة، فدرأ عنها الحد. ولقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النور٣٣]، ولقوله ﷺ: ((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)). (بستان بلفظه).

(٣) وذلك لأن الإسلام يجب ما قبله، «إلا حد القذف في الذمي والمرتد فلا يسقط» لأنه حق لآدمي. (بستان بلفظه).

(٤) قوله: «إن الخلاف شبهة فلا يحد» وهكذا في الانتصار، قال فيه: لأن المسألة اجتهادية، والتصويب حاصل في الآراء الاجتهادية، فلا وجه لحده مع التصويب. وقال المهدي عليه السلام: إن المذهب في هذا أنه شبهة مع الجهل فقط. فكلام المهدي عليه السلام هذا مثل كلام الشرح. (بستان بلفظه).

(٥) قوي في غير الأمة، وفي الأمة مع العلم. (قرر).

(٦) قوله: «خلاف أبي حنيفة» يعني فجعل ذلك شبهة. قلنا: لا نسلم؛ لأنه وطء محرم مجمع على تحريمه في أمة لا يملكها ولا له فيها شبهة، فوجب عليه الحد كما لو كانت لغير زوجته. (بستان بلفظه).

مسألة: إذا حضر أربعة للشهادة بالزنا فشهد منهم ثلاثة وامتنع الرابع حد من شهد للقذف(١)، وعزر المشهود عليه(٢). وعلى أحد قولي الشافعي: إنهم لا يحدون إذا حضروا كلهم.

فرع: وإن شهدوا كلهم ثم رجع واحد أو أكثر حد من رجع للقذف(٣)، وعزر المشهود عليه، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يحد الشهود كلهم من رجع منهم ومن لم يرجع. فإن كان الرجوع بعد الحد ضمن الراجع حصته من أرش الجلد ومن الدية في المحصن إذا كان الرجم والجلد في وقتين مختلفين، وإن وقعا متصلين الرجم عقيب الجلد لم يجب أرش الجلد؛ لأن ذلك كالفعل الواحد، ذكره في الشرح عن المؤيد بالله(٤)، وقواه الفقيه علي. ويكون ذلك على عاقلته(٥)

---

(١) قوله: «حد من شهد للقذف» وذلك لما روي عن علي صلوات الله عليه أن أربعة شهود حضروا عنده ليشهدوا على رجل بالزنا، فصرح ثلاثة بالشهادة عليه ولم يصرح الرابع، بل قال: رأيتهما في ثوب واحد، فإن كان هذا زنى فهو زان، فجلد أمير المؤمنين صلوات الله عليه الثلاثة كل واحد ثمانين جلدة حد القاذف، وعزر الرجل والمرأة، ولم يعترض الرابع بشيء؛ لأنه ليس قاذفاً. وحجة الشافعي أنهم أضافوا الزنا إليه بلفظ الشهادة عند الحاكم؛ فلهذا لم يكونوا قذفة، وهذا قوله القديم، والأخير معنا. (بستان).

(٢) للخبر. قال في شرح الإبانة: فيما روى الناصر عليه السلام عن علي صلوات الله عليه: أنه جاء أربعة إلى علي عليه السلام فشهد ثلاثة على رجل بالزنا ولم يشهد الرابع، فحد الثلاثة الشهود وجز رأس المشهود عليه. (زهور).

(٣) قوله: «حد من رجع للقذف» وذلك لأنه أقر على نفسه بالقذف، ويعزر المشهود عليه لفعل علي عليه السلام كما مر. وحجة أبي حنيفة وأبي يوسف أنهم صاروا قذفة. قلنا: قد كمل العدد في ابتدائها فلا يلزم برجوع أحدهم كما لو كان فاسقاً. (بستان بلفظه).

(٤) وقد تقدم لأبي طالب في الشهادات[١] أنه لا يدخل مطلقاً؛ لأن السببين مختلفان. (مفتي).

(٥) وصدقته؛ لأنه اعتراف كما تقدم في المسألة الرابعة من فصل وإذا رجع الشهود قبل الحكم. وعليها ما لفظه: وقيل: بل يلزم العواقل؛ لأن اعترافهم إنما وقع بأنه خطأ، وأما جنايتهم فقد ثبتت بشهادتهم. (بيان من الشهادات).

---

[١] في المسألة السادسة من قوله: فصل: إذا رجع الشهود ..إلى قوله: مسألة: وإن شهد بالزنا أربعة.. إلخ.

إذا كان منه خطأ وكان قدر نصف عشر الدية فما فوق. ولا يضمن الجلاد وأهل الرجم؛ لأنهم كالملجئين إلى ذلك. وإن أقر الراجع بأنه تعمد الكذب قتل في الرجم، خلاف أبي حنيفة ومالك. ولا حد على الراجع بعد إقامة الحد، بل الضمان، وقال أبو حنيفة: بل يحد.

مسألة: ولا يسقط الحد بالتوبة بعد المرافعة وفاقاً، وأما قبلها فكذا أيضاً عندنا، وقال الشافعي والوافي: إنه يسقط بها في الزنا والشرب والسرقة، رواه في البحر.

مسألة: إذا شهد أربعة على امرأة بالزنا ثم نظرت إليها امرأة عدلة فأخبرت بأنها رتقاء أو عذراء سقط عنها الحد، خلاف مالك(١)، وعنهم أيضاً؛ لأن قاذف الرتقاء والعذراء لا يحد. فإن كان ذلك بعد إقامة الحد عليها فلا شيء على الشهود والحاكم؛ لأنه لا يجب الضمان بشهادة النساء وحدهن.

فرع: فلو تزوجها الحاكم فوجدها كذلك حكم بعلمه، وضمن الشهود أرش الجلد إذا طلبته. وكذا لو تزوجها رجلان عدلان واحد(٢) بعد واحد ووجداها كذلك وشهدا إلى الحاكم مع دعواها فإن الشهود يضمنون(٣).

مسألة: من أقر بالزنا أربع مرات أو بالشرب أو بالسرقة مرتين ثم رجع عن ذلك قبل رجوعه وسقط عنه الحد، لا المال في السرقة، ولو كان رجوعه في حال إقامة الحد عليه فيمنع تمامه، ذكره في الشرح.

---

(١) وأصحاب الشافعي فقالوا: تحد؛ لجواز رجوع العذرة. (بحر معنى). ولفظ البحر: مالك: تحد ولا عبرة بكلام النساء. بعض أصحاب الشافعي: تحد؛ إذ قد تعود العذرة.

(٢) وطلقها قبل الدخول.

(٣) يقال: لِـمَ يضمنون والشهادتان متعارضتان وقد انضم إلى الأولى حكم الحاكم، ونحن لا نعلم الشهادة الصحيحة منهما، فلم ذلك؟ قلنا: الثانية أولى بالإجماع؛ فلذا نقض الحكم بها كما تقدم.

مسألة: من أقيم عليه حد ولم يقع فيه زيادة ثم مات المحدود فلا شيء فيه في الحدود كلها[١]، خلاف أصحاب أبي حنيفة في حد الشرب. وكذا عندنا في التعزير، خلاف الشافعي فأوجب فيه الضمان[٢]. وأما الوالد والمعلم والوصي إذا أدبوا الصبي التأديب المعتاد ثم مات منه فقال الناصر والمؤيد بالله: لا ضمان عليهم، وقال أبو طالب: بل يضمنون[٣].

مسالة: إذا أخطأ الإمام أو الحاكم في الحد: فإن كان في زمانه -نحو أن يجلده في زمان برد أو حر، أو في حال مرضه ثم تلف- فلا ضمان[٤]؛ لأنه فعل ما هو مستحق له، ذكره في البحر، وإن أخطأ في الحد نفسه -نحو أن يزيد فيه[٥] غلطاً،

---

(١) وذلك لأن الحق قتله فلا ضمان على من أقامه؛ لأنه امتثال لما قرره الشرع، وأما حد الشرب فقد تقدم الكلام عليه والخبر الذي عن علي عليه السلام. (بستان بلفظه).

(*) وعليه الأزهار.

(٢) قال: كمن رمى صيداً فأصاب غيره. قلنا: فرق بينهما؛ لأن رمي الصيد مباح والتعزير واجب، فافترقا. (بستان بلفظه).

(٣) وضعفه في الأزهار بقوله: قيل: والمعتاد خطأ.

(٤) إذا كان يحتمل الحد، وإلا فهو متعد.

(٥) في البحر: الشافعي: لو زاد الحد على العدد المشروع فاختلف هل [يكون الضمان] على عدد الجلدات كما لو جلد إحدى وأربعين جلدة على أصل من جعله أربعين فإنه يضمن جزءاً من إحدى وأربعين جزءاً، أو يضمن نصفاً لأنه هلك بفعل متعدى به وبغيره، وكذا يأتي على أصلنا في الثمانين، وكذا في سائر الحدود. (شرح فتح من باب حد الشارب). ولفظ حاشية: القياس أنه يكون كالجنايات فيكون نصفين، هذا قياس المذهب حيث كان التأثير بالمجموع المتعدى به وغيره وكان كل منهما مؤثراً لو انفرد.اهـ وقيل: يكون ضمان الكل في المتعدى به، ويكون قياساً على الإجارات حيث قالوا: فان زاد ما يؤثر ضمن الكل؛ لأنه متعد بالزيادة. (سماع شامي). واستقربه سيدنا محمد العفاري.

أو يرجم من ظاهره الإحصان ثم بان بكراً[١]- وصـ وجب الضمان[٢] من بيت المال، وقال مالك وأحد قولي الشافعي: على عاقلة الإمام أو الحاكم، وقال أبو حنيفة: لا يجب ضمانه.

فرع: فإن كان الحاكم سأل عن حاله فقامت شهادة بأنه عاقل أو بأنه حر أو نحو ذلك ثم بان خلافه وجبت الدية على هؤلاء الشهود الآخرين، ذكره في الشرح واللمع، قال صـ الفقيه علي: المراد به حصة شهود الإحصان من الدية[٣]، وهي الثلث، وقال الفقيه محمد بن يحيى: إنهم إنما يضمنون الثلث حيث رجعوا هم وشهود الزنا كلهم، فأما حيث يرجعون وحدهم أو بان[٤] كذبهم فإنهم يضمنون الكل[٥]، وروى هذا عن ابن معرف أيضاً.

فرع: صـ فإن بان في شهود الزنا أو الإحصان خلل بفسق أو جنون أو عمى فقبل إقامة الحد يسقط، وبعده يجب الضمان من بيت المال؛ لأن ذلك تقصير من الإمام أو الحاكم على وجه الخطأ، فلو تعمد التقصير صـ ضمن من ماله[٦] وانعزل.

فرع: صـ فلو كان بحث عن حالهم فقامت الشهادة بعدالتهم أو بصحتهم ثم علم الحاكم خلافه فلا ضمان من بيت المال؛ لأن الحاكم لم يقصر، قال صـ المؤيد بالله

---

(١) قد تقدم أن شهود الإحصان يشهدون على وجه التفصيل بشروطه لا مجملاً، ذكره الهادي عليه السلام.

(٢) لأنه فعل خلاف ما أباحه الشرع فيضمن. (مفتي).

(٣) وهو القياس، وإلا فما الفرق بينهم وبين شهود الإحصان؟ (شامي).

(*) ما لم يقروا بالعمد، فإن أقروا بالعمد قتلوا. (قرن).

(٤) في (ج، د): أو يبان.

(٥) ويقتلان إن تعمدا. (معيار). وقواه الذماري.

(٦) صـ وظاهر هذا أنه لا يقاد منه إن كان القتل بفعله أو بالمجموع. وفي الغيث: يقاد منه، وبيض في الرياض لذلك.

والقاضي زيد: ولا على الذين شهدوا بالعدالة أو بالصحة؛ لأن شهود التزكية لا يضمنون[١]، وقال ابن أبي الفوارس وأبو حنيفة والإمام يحيى: إنهم يضمنون في الحدود فقط كشهود الإحصان.

(١) لأن المزكي غير متهم في شهادته، بل مخبر بصفة الشاهد غير مشارك في المشهود عليه. (بستان بلفظه). وعليه الأزهار بقوله: ولا يضمن المزكي.

[حد القاذف]

النوع الثاني: **حد القاذف**[١] الذي يرمي غيره بالزنا، ومن شرطه أن يكون بالغاً عاقلاً غير أخرس، ومن شرط المقذوف أن يكون بالغاً عاقلاً حراً مسلماً عفيفاً[٢] في الظاهر عن الزنا عند الهدوية، قال أبو جعفر: وعند سائر العلماء أن العفة غير شرط فيه. ويتفقون في سائر المعاصي أن عفته منها غير شرط، ذكره في الشرح.

فرع: فمن قذف صغيراً أو مجنوناً أو مملوكاً أو كافراً أو مشهوراً بالزنا لم يحد، بل يعزر. قال في البحر: ويشترط في المقذوف أن لا يكون أخرس أيضاً؛ لأن إشارته تقوم مقام نطقه[٣]، وما قام مقام غيره لم يحكم به في الحدود، قال فيه: ولا يصح القذف بالكتابة والرسالة؛ لأنهما قائمان مقام الكاتب والمرسل[٤]، خلاف مالك.

مسألة: وقاذف الرتقاء والطفلة لا يحد، وكذا قاذف الخنثى إلا أن يضيف قذفه إلى دبره أو إلى قبليه معاً وكان يمكنه بهما معاً يفعل ويُفعل به. وكذا قاذف المجبوب المتسأصل[٥] لا يحد إلى أن يضيف الزنا إلى دبره أنه فعل به غيره،

---

(١) في (ج، د): القذف.

(٢) حال القذف، واستمرت العفة إلى وقت الحد. ومثله في البحر. (قرر).

(٣) يعني: في المطالبة للقاذف بقذفه، ويجوز أن يصادقه بذلك.

(*) يعني إشارته في المطالبة للقاذف. (بستان بلفظه).

(٤) لفظ البحر: ولا قذف بكتابة أو رسالة مطلقاً؛ لقيامهما مقام الغير كشهادة النساء وكتاب القاضي.

(٥) قال في الثمرات: وأن يتأتى في المقذوف ما رمي به إلخ، ثم قال فيها: وأما اشتراط تأتي ما قذف به فيريد بذلك أن قاذف المجبوب وقاذف الرتقاء والعذراء لا حد عليه؛ لأنه يعرف كذبه فتنتفي الغضاضة، ثم قال: وكذا لو رمى المحصن بأنه زنى بعذراء أو رتقاء، أو قذف المحصنة بأنها زنت بمجبوب، وقال في شرح الإبانة: عند أصحابنا والفريقين للمقذوف المطالبة ولو عرف صدق القاذف، فكأنه اعتبر الإحصان في الظاهر، وقال =

خلاف أبي حنيفة في الدبر. وكذا فيمن قذف أنثى بأنثى أو ببهيمة[١] فلا يحد، ذكره في التقرير والكافي. وكذا فيمن قذف الرجل بالزنا ببهيمة[٢]، وكذا فيمن قذف رجلاً بالزنا في غير فرج من آدمي.

مسألة: وإذن المقذوف للقاذف في قذفه لا يسقط الحد، وكذا في القصاص، وقيل: إنه يسقطهما[٣].

مسألة: ويجوز للمقذوف حد القاذف[٤] ولو عرف من نفسه الزنا في الباطن[٥]، خلاف مالك.

مسألة: ويصح القذف بالفارسية إذا أقر القاذف أنه أراد به الزنا، ذكره المؤيد بالله وأبو طالب، وصورته: يا هرزة[٦] يا نجكي، ذكره في البحر.

مالك: لا يطالب، وكأنه اعتبر الإحصان في نفس الأمر. (بلفظها من شرح قوله: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور٤]).

(١) لعله يريد أنثى، وإلا فكالرجل.

(٢) في (ب) بعد قوله ذكره في التقرير والكافي: وكذا إذا قذف رجلاً بالزنا في غير فرج من آدمي، وكذا يأتي فيمن قذف رجلاً بالزنا في فرج بهيمة كما في قاذف الأنثى بالبهيمة، والله أعلم.

(*) وقال الإمام المهدي عليه السلام: إنه يحد، ذكره في الغيث في اللعان واختاره.

(٣) يعني: فيكون ذلك شبهة. قلنا: ذلك لا يستباح بالإباحة فلا يسقطان. (بستان).

(٤) يعني: مطالبته.

(٥) قوله: «ولو عرف من نفسه الزنا في الباطن» وذلك لأنه هتك عرضه المستور، وعلمه لا يطرق خللاً في وجوب الحد على القاذف؛ لأن الظاهر أنه قاذف له. (بستان بلفظه).

(٦) قوله: «يا هرزة» هو بتقديم الراء على الزاي، وهي القحبة. والنجكي هو بالنون والجيم والكاف، قال عليه السلام: هو الذي يراد بالهرزة. (بستان بلفظه). وهي القحبة بالقاف والحاء والباء، لغة أهل اليمن، قال الزمخشري: وهي لغة مولدة غير عربية. (شرح بحر). قال في الشمس: والقحبة هي الفاجرة، والجمع القحاب.

مسألة: وألفاظ القذف صريح وكناية[١] وتعريض، فالصريح لفظ الزنا نحو: يا زاني، يا زانية، فإن قال لامرأة: زنى بك فلان فقال في شرح التحرير: يكون قاذفاً لفلان لا لها؛ لجواز أنها نائمة أو مكرهة، وقال في شرح الإبانة: يكون قاذفاً لهما معاً.

وأما الكناية فهي ما كان ظاهره يقتضي الزنا في العرف وإن احتمل غيره، ولا عبرة باللغة في ذلك، نحو: «يا فاعلاً بأمه» أو «لست بابن فلان» وهو مشهور له، فيكون قاذفاً لأمه، ونحو قوله: زنى فرجك[٢]، لا زنت يدك أو رجلك، ذكره في الشرح عن الوافي وأبي حنيفة والشافعي.

فرع: وحكم الكناية[٣] في القذف حكم الصريح[٤]؛ لأنه يحصل بها من الغضاضة والنقص ما يحصل بالصريح. فإن قيل: فبم يفرق بين الصريح والكناية؟ فقال الفقيه يحيى البحيبح: لا فرق إلا في اللفظ فقط، وقال الأمير

---

(١) وجه الفرق بين هذا وبين ما تقدم في اللعان أن القذف مبني على ما تحصل به الغضاضة، وهي تحصل بالكناية كالصريح، واللعان يشترط فيه التصريح، فلا يكون في كلام أهل المذهب مناقضة، وقد ذكر معناه الدواري.

(٢) قوله: «زنى فرجك، لا زنت يدك أو رجلك» وذلك لأن قوله: «زنى فرجك» حكمه حكم الصريح، فأما زنت يدك أو رجلك فقد قال ﷺ: ((العينان تزنيان، واليدان تزنيان، والرجلان تزنيان، ويصدق ذلك كله ويكذبه الفرج)) فزنا العين النظر، وزنا اليد والرجل المس، وليس ذلك يوجب حد القذف إلا بالزنا المضاف إلى الفرج؛ لأنه هو الحقيقة، وما سواه يكون زنا مجازياً. (بستان بلفظه).

(٣) **فرع**: والإشارة من الصحيح المفهمة للقذف تكون كناية فيه. (بيان من اللعان). وهو ضعيف؛ إذ الإشارة من الصحيح لا حكم لها.اهـ وقد تقدم في الطلاق أيضاً أن إشارة الصحيح غير صحيحة.

(٤) وإنما جعل حكم الكناية في هذا الموضع حكم الصريح لأجل التغليظ في صيانة الأعراض والتحريج في ذلك. (تعليق دواري).

الحسين: بل يفرق بينهما بوجه، وهو إذا ادعى أنه أراد غير الزنا ففي الكناية يقبل قوله مع يمينه، وفي الصريح لا يقبل.

فرع: ويستوي في الكناية حال الرضا والغضب، وقالت الحنفية: لا يحد بها إلا إذا كانت في حال الغضب(١). وروى أبو مضر عن المؤيد بالله أن القذف في حال الغضب المفرط لا يوجب الحد ولو كان بالصريح.

وأما التعريض فهو ما كان لا يقتضي الزنا لغة ولا عرفاً، بل يحتمله ويحتمل غيره، فلا يجب به الحد إلا أن يقر أنه أراد به الزنا، فإن لم يقر بذلك لزمه التعزير إذا كان يقتضي الذم. وقال مالك: يجب به الحد إذا كان في حال الغضب.

فرع: فلو ادعى المقذوف أنه أراد به الزنا وأنكره هل له تحليفه على ذلك؟ قال الشافعي وأحد احتمالي أبي طالب: له تحليفه، وعلى أحد إحتمالي أبي طالب ليس له تحليفه، ذكره في الشرح. بخلاف ما إذا ادعى أنه قذفه فأنكره فله تحليفه، وفائدة تحليفه لعله يقر، فأما إذا نكل عن اليمين فقال في البيان والفقيه علي: إنه يحكم عليه بنكوله ويحد، وقال الفقيه حسن: لا يحد(٢).

مسألة: والتعريض نحو قوله: يا فاسق، أو يا فاجر، أو يا خبيث، أو يا مخنث(٣)، أو يا ولد الحلال، أو لست أنا بزان، أو لست بابن زانٍ أو زانية، أو لست أنت بزانٍ أو بابن زانية، أو يعرف الناس الزاني مني ومنك.

---

(١) قوله: «إلا إذا كانت في حال الغضب» وذلك لأنه قرينة في قصدها. قلنا: الموجب حصول النقص، فلا فرق بين حالة وحالة، ولقوله ﷺ: ((لا أوتى برجل يقول: إن كنانة ليست من قريش إلا جلدته)). والرواية عن المؤيد بالله كما ترى، يعني: إذا كان يعرف بكثرة الخرف عند الغضب بحيث لا يتمالك. لنا ما مر. (بستان بلفظه).

(٢) فإن نكل حبس حتى يحلف أو يقر؛ لأنه لا يجب الحد بالنكول. (رياض) (قرر).

(٣) قوله: «يا مخنث» مأخوذ من التخنيث، وهو التكسر والتثني. (ديوان)[١].

(*) هو بالميم المضمومة، والخاء المعجمة المفتوحة، والنون المفتوحة، والثاء المثلثة. (بستان بلفظه). ردها المصنف في البستان وصححها.

---

[١] لفظ الديوان: والمخنث مأخوذ من الانخناث، وهو التكسر والتثني.

مسألة: إذا قال: «زنأت في الجبل[١]» لم يكن قاذفاً له إلا أن يقر أنه أراد به الزنا؛ لأن «زنأت» بمعنى صعدت، والقذف هو زنيت، ذكره الشافعي ومحمد، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إنه قذف. وقال المرتضى: يرجع إليه في تفسيره. فإن لم يقل: «في الجبل» بل قال: «زنأت» ففيه وجهان للشافعية، أصحهما لا يحد[٢]. وقال الإمام يحيى: إذا كان القائل من قبيل العوام فهو قذف، وإن كان من أهل اللغة لم يكن قذفاً.

مسألة: إذا قال لغيره: «فجرت بفلانة» أو «جامعتها حراماً» لم يكن قاذفاً؛ لاحتماله[٣]، إلا أن يقر أنه أراد به الزنا[٤]، ذكره أبو حنيفة والشافعي والقاضي زيد. وقال مالك: يحد، ذكره في الشرح.

مسألة: من قال لغيره: «يا سفلة» فإنه يعزر؛ لأن «السفلة» هو الساقط عند الناس[٥]، ذكره أبو طالب، وقال أبو حنيفة: إنه الكافر. [قال سيدنا عماد الدين[٦]]:

---

(١) قوله: «زنأت في الجبل» هو بالهمز في زنأت، والحجة على هذا أنه حقيقة في الصعود والارتقاء، فيحمل عليه إطلاق اللفظ، ولا يجوز حمله على المجاز إلا بدلالة، بخلاف ما لو قال: «زنيت في الجبل» فإنه يكون قذفاً؛ لأنه قوله: «زنيت» موجب للحد بإطلاقه، وقوله: «في الجبل» بيان لمحل الزنا وتأكيد لمطلق اللفظ. (بستان بلفظه).

(٢) قوله: «أصحهما لا يحد» وذلك لأنه يقال للزاني: «زنيت» لا زنأت. الوجه الثاني: أنه يحد؛ لأنه لم يقترن به ما يدل على أن المراد به الصعود. وحجة الإمام يحيى أن العامي لا يفرق بين زنيت وزنأت، فأما اللغوي فحقيقة هذا القول عنده هو الصعود. (بستان).

(٣) يعني: لغير القذف، والحدود تدرأ بالشبهات، ولا شبهة أعظم من احتماله لغير القذف. وحجة مالك أن الظاهر من إطلاق الفجور والجماع الحرام هو الزنا. قلنا: ليس بصريح فلا حد. (بستان).

(٤) وفي البحر: الأقرب أنه كناية.

(٥) وقال زيد بن علي: إن السفلة هو قاتل الأنبياء، وعن أبي يوسف صاحب أبي حنيفة أنه الذي لا يبالي بما قيل فيه، وعن محمد بن الحسن أنه النذل الذي يأكل في السوق. قال عليه السلام: ولم أقف للإمامين الهادي والناصر عليهما السلام على نص في ذلك. (بستان بلفظه).

(٦) ما بين المعقوفين من (ج، د).

ولعل ذلك يكون كالتعريض إذا أقر أنه أراد به الزنا حد؛ لأنه يحتمله في العرف. قال الإمام يحيى: وكذا إذا قال: «يا قواد» وأقر أنه أراد به الزنا فإنه يحد[١].

مسألة: من قال لغيره: «يا بن الزانية» فقال: صدقت، أو قال غيره: صدقت، أو قال لغيره: «يا زاني» فقال آخر: صدقت- لم يكن القائل: صدقت قاذفاً؛ لاحتماله[٢]، خلاف زفر، فإن قال: «صدقت هو كما قلت» كان قاذفاً، فيحدان معاً، ذكره في الشرح.

مسألة: وحد القاذف ثمانون جلدة إن كان حراً، وأربعون إن كان مملوكاً، وكان القذف في زمن إمام وفي مكان يليه كما في الزنا على الخلاف، إذا عجز القاذف عن البينة بأربعة ذكور[٣] على صحة ما قذفه به، فإن ادعى أن له شهوداً غيباً أجل كأجل الشفيع، ذكره في الشرح[٤]، فإن لم يأت بهم حده الإمام أو حاكمه أو مأمور أحدهما. وقال الإمام يحيى: يجوز لمن حكمه الخصمان أن يقيم حد القذف[٥].

مسألة: وللقاذف أن يحلف المقذوف ما زنى[٦]، فإن امتنع لم يحد القاذف،

---

(١) ونظره في البحر؛ إذ لم يوضع للقذف بحال. وفي هامشه: يقال: إذا أقر بقصده؛ لأنه يحتمل التعريض.

(٢) وذلك لأن القائل: «يا ابن الزانية» قد صرح بالقذف، والقائل: «صدقت» ليس قاذفاً؛ لأنه لم يبين فيما صدق، فلا يجب الحد بالاحتمال، بل يكون ذلك شبهة يدرأ به الحد. (بستان بلفظه).

(*) أنه صادق فيه أو في غيره.

(٣) بل إذا كمل عددهم مطلقاً. (قرد). ولو أربع نسوة. (قرد).

(٤) وقال في المنتخب: قدر ما يحضر شهوده.

(٥) لعله يريد في زمن الإمام.

(٦) قيل: وله أن يحلف ويضمر؛ لصيانة عرضه [صيانة لعرضه (نخ)]، نحو ما زنى بأمه أو في المسجد. (عامر). وقيل: ليس له أن يضمر خلاف ما أمر به الحاكم؛ لأن الحاكم يطلب منه اليمين ما زنا. (شامي). إلا أن يقال: إن اليمين لا تعلق إلا بمحل النزاع -وهو ظهور الزنا منه المنافي للستر- فيضمر ما فعلت ما يسقط عن القاذف الحد حيث طلب منه أن يحلف ما زنى، فيستقيم الكلام حينئذ. (شامي).

خلاف الفقيه محمد بن يحيى.

مسألة: وإذا كان القاذف أحد الشهود الأربعة وهم عدول[١] فقال أبو طالب: يصح[٢]، وهو ظاهر كلام الهادي عليه السلام في الأحكام، وقال الفقيهان محمد بن يحيى وحسن: إنما يصح إذا أتى القاذف في قذفه بلفظ الشهادة وكان في محضر الحاكم أيضاً، وإلا لم تصح شهادته عليه بعد قذفه له. وقال في الوافي ومالك والشافعي: لا يصح مطلقاً، قال مالك و الشافعي: ويحدون كلهم.

مسألة: إذا قذف عبد حراً ثم عتق العبد لم يحد إلا أربعين اعتباراً بحال القذف، وإن قذف عبد ذمياً أو عكسه فلا حد إلا التعزير ولو تغير حالهما من بعد. ولا يسقط حد القذف بإسلام الذمي وفاقاً.

مسألة: وإذا وطئ المقذوف أمته المشتركة لم يسقط الحد عن قاذفه، خلاف أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي. وكذا إذا وطئ مكاتبته، خلاف زفر، ذكره في البحر.

مسألة: إذا قال لرجل أو امرأة: «زنيت وأنت صغير» أو «مجنون» وقد كان جن[٣] فلا حد، وكذا إذا قال: «زنيت وأنت كافر» أو «مملوك» وقد كان كذلك

---

(١) وظاهر كلام الأزهار والأثمار أنها لا تشترط العدالة.

(٢) يعني: وإن لم يأتوا بلفظ الشهادة، يعني: بالنظر إلى سقوط حد القذف، وبالنظر إلى حد الزنا لا بد أن يأتوا بلفظ الشهادة.

(*) وذلك لأنه إذا بدأ بالرمي بالزنا ثم انضم إليه ثلاثة أنفس فليس في ذلك أكثر من تقدم بعض الشهود وتأخر بعضهم وأنهم لم يشهدوا دفعة واحدة، وهذا لا يقدح في صحة شهادتهم، ولأن الشهادة مما يتعلق بالحسبة فلا يعتبر فيها دعوى المدعي، فصار كأنه شهد ابتداء بالرمي ولم يقذف. (بستان).

(٣) فلو اختلفا هل قد كانت كذلك فالقول قول الزوج ما لم يعلم كذبه، ذكره في التقرير. (بيان بلفظه من اللعان).

فلا حد عليه، بل يعزر، وقالت الحنفية وأبو جعفر: بل يحد.

فرع: فلو اختلفا هل قذفه قبل بلوغه أو بعده أو قبل عتقه أو بعده فالقول قول القاذف(١)، ذكره في البحر.

مسألة: إذا قذف مكاتب حراً(٢) فإن لم يكن أدى شيئاً حد أربعين، وإن كان قد أدى نصفاً حد ستين، وإن كان قد أدى ربعاً حد خمسين، وإن كان قد أدى ثلثاً حد اثنتين وخمسين.

مسألة: وإن قَذف مكاتب مكاتباً فإن لم يكن أديا شيئاً فلا حد، بل التعزير، وإن كانا قد أديا نصفاً حد ثلاثين، وإن أديا ثلثاً فقال الفقيه حسن: يحد سبع عشرة، وقال الفقيه يوسف: ستة عشرة. وجه قول الفقيه حسن أن القاذف ثلثاه عبد فيلزمه ثلثا حد العبد ست وعشرون ويسقط الكسر، وثلثه حر فيلزمه ثلث حد الحر ست وعشرون أيضاً، وهذا لو كان المقذوف حراً، فلما لم يعتق منه إلا ثلثه وجب ثلث ذلك سبع عشرة. ووجه قول الفقيه يوسف أن ثلثي(٣)

---

(١) فإن بينا فبينة القاذف أولى. (بحر). لأنها عليه في الابتداء. (شرح بحر). وقوله: «فالأصل الصغر» يأباه. ولعل الوجه أن يقال: تعارض البينتان والحد يدرأ بالشبهة، فوجب العمل بهذا، وقد ذكروه في ترجيح الأخبار في أصول الفقه. (سماع شامي).

(*) وذلك لأن الأصل الصغر[١] والرق وبراءة الذمة. (بستان).

(٢) والعبرة بحال القذف.

(٣) ولعل وجهه أن ثلثي المقذوف عبد لا يجب فيه شيء، وثلثه حر يجب فيه ست وعشرون وثلثان، لكن هذا يجب إذا كان قاذفه حراً، وإن كان عبداً وجب نصف ذلك ثلاث عشرة وثلث، فلما كان قاذفه ثلثه حراً وثلثاه عبداً لزمه ثلث ما على الحر -وهو تسع إلا تسعاً- وثلثا ما على العبد، وهو تسع إلا تسعاً، تضاف ثمان إلى ثمان ويسقط الكسران. فينظر أي الطريقين هاتين أولى، ولعل هذه الآخرة أولى؛ عملاً بالأقل، وهو المتيقن. (كواكب).

---

[١] هكذا لفظ البحر، وظاهره ولو كانت الآن ظاهرها الكبر ولم تؤرخ. واللائق في التعليل أن يقال: للاحتمال، والحدود تدرأ بالشبهات، لا كون الأصل الصغر. (هامش بحر).

المقذوف عبد لا يجب فيه شيء، وثلث حر يجب فيه ست وعشرون لو كان القاذف حراً، فلما كان ثلثه حراً وجب ثلث ذلك ثمان ويسقط الكسر، وثلثاه عبد فيجب عليه ثلثا ما على العبد من ذلك، والذي عليه من ذلك هو ثلاث عشرة، ثلثاها ثمان ويسقط الكسر[١].

فرع: فإن كانا أديا ربعا حد القاذف اثنتي عشرة[٢]؛ لأنه لو كان حراً لزمه عشرون، ولو كان عبداً لزمه عشر، فيلزمه ربع العشرين وثلاثة أرباع العشر، ويعزر مع ذلك لأجل المملوك من المكاتب.

مسألة: من ذم غيره بما لا يكون قذفاً: فإن كان المذموم من أهل الدين[٣] أدب الذام على رأي الحاكم: إن كان[٤] فاضلاً فبقدره، وإن كان فاسقاً فبقدره. وإن كان المذموم فاسقاً فهو يستحق الذم والاستخفاف إذا كان على وجه الاستحقاق له[٥] لفسقه، لا إن كان على وجه التشفي به لغرض ما فلا يجوز.

مسألة: والمطالبة بالحد إلى المقذوف إن كان حياً، فلو مات لم تورث عنه[٦]، خلاف مالك والناصر والشافعي. قال الفقيه علي: والمراد به عندنا إذا

---

(١) قال في البرهان: وينظر في الأولى، ولعل قول الفقيه يوسف أولى؛ لأنه المتيقن. (برهان).

(*) ولو قال: يلزمه ثلثا ما على العبد وهو ستة وعشرون، لكنها لازمة لو كان المقذوف حراً، فلما كان ثلثه حراً لزمه ثلثها ثمانية ويسقط الكسر - لكان أجلى.

(٢) وذلك لما ذكره في الكتاب. وهذه الصورة مستقيمة على الطريقتين الأولتين كلاهما [هكذا]. (بستان).

(٣) قال في حواشي الإفادة: واحتشام العالم واجب، وفي الجرأة على العلماء فساد، والاستخفاف بهم معصية. وقال في الانتصار: الاستخفاف بالعلماء يوجب الفسق. (بستان بلفظه).

(٤) الذام.

(٥) في (ب): الاستخفاف به.

(٦) وظاهر الأزهار ولو [مات] بعد المرافعة والثبوت؛ لأن من شرطه حضور الأصل.اهـ وقيل: قبل الرفع، لا بعد الرفع فلا يسقط.

كان قد علم بالقذف[١]، فأما لو مات قبل يعلم به فإنه يكون كمن قذف ميتاً؛ يطالب بالحد عنه ولي نكاحه[٢] حال القذف إن كان ذكراً مسلماً[٣]، فإن لم يكن له ولي فالإمام أو الحاكم كما يقتل قاتل من لا وارث له. وسواء كان الولي من الآباء أو الأبناء أو من غيرهم، وعند أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي أنه إلى الآباء أو الأبناء وإن بعدوا لا غيرهم، وأحد قولي الشافعي أنه إلى الورثة كلهم إلا الزوجين[٤]. وإذا عفا بعض الورثة أو الأولياء كان لباقيهم[٥] إقامة الحد كله؛ لأنه لا يتبعض، ذكره في البحر.

مسألة: من قذف امرأة ميتة عرف إحصانها وليس لها ولي إلا ابن ذمي أو ولد للقاذف[٦] فالمطالبة بالحد عنها إلى الحاكم؛ لأنه ينوب عن الميت. بخلاف من قذفه أبوه فإنه يحده[٧] للضرورة؛ لأن الحاكم لا ينوب عن حي.

فرع: وكذا فيمن قذف امرأة ميتة ليس لها ولي إلا ابن مملوك للقاذف فلا يحد

---

(١) ظاهر كلام أصحابنا أنه لا يورث سواء كان المقذوف قد علم بالقذف أم لا. (غيث). وسواء قد طالب الميت أم لا، ما لم يرافع إلى الحاكم.

(*) المذهب لا فرق.

(*) وظاهر الأزهار عدم الفرق وأنه لا يورث.

(٢) من النسب، لا من السبب؛ إذ لا غضاضة. (شرح فتح). هذا في حق الميت، فلا يتوهم أنه راجع إلى كلام الفقيه علي.

(*) إن كانت أنثى، وإن كان ذكراً فولي نكاحه لو كان أنثى. (شرح أزهار) (قرر).

(٣) المكلف الحر. (قرر). والعبرة بحال المرافعة. (قرر).

(٤) إذ لا يلحق أحدهما عار بعد الموت.

(٥) فإن مات الأقرب قبل الطلب لم يكن للذي يليه الطلب. (عامر). والمختار أن له الطلب؛ إذ الحق في الحقيقة لغيره. (سحولي).

(٦) الأزهار: إلا الولد أباه.

(٧) أي: يطالبه بالحد. (غيث معنى).

سيده، بل له أن يرفع أمرها إلى الحاكم ليطلب الحد لها[(١)]، ذكره في الشرح. فلو كان القاذفُ لأم الابن أو أم العبد غيرَ الأب والسيد كانت المطالبة عنها إلى ابنها هذا بحد القاذف[(٢)]، ذكره أبو حنيفة والقاضي زيد للهادي عليه السلام، قال الفقيه يحيى البحيح: لكن في العبد نظر[(٣)]؛ لأنه لا ولاية له في نكاحها فلا يطالب بحدها.

مسألة: إذا قذف الوالد ولده فقال المؤيد بالله والمنصور بالله وأبو حنيفة والشافعي: لا يحد له كما لا يقتص له منه، وقال القاسم والهادي: بل يحد له[(٤)]؛ لأن حد القذف فيه حق لله تعالى مع حق المقذوف فلا يسقط، بخلاف القصاص فهو حق للابن محض فيسقط عن الأب[(٥)]؛ ولهذا يورث عنه، ويصح العفو عنه بعد المرافعة، وبخلاف ما إذا سرق مال ابنه فلا يقطع؛ لأن له شبهة في مال ولده لا في عرضه.

مسألة: من قذف جماعة حد لكل واحد منهم حداً كاملاً[(٦)]، وقال أبو

---

(١) قلت: فلو كان هو الحاكم -يعني: الولد- فالإمام. قلت: يقال: فلو كان الولد هو الإمام؟ في بعض الحواشي: إلى حاكمه. وفي حاشية: إلا أن يكون إماماً.

(٢) هذا مستقيم على كلام القيل في الأزهار، وأما على المذهب فليس للعبد المطالبة سواء كان القاذف السيد أو غيره؛ لأنه ليس له ولاية في النكاح.

(٣) لكن لو عتق العبد من بعد هل له المطالبة؟ قلنا: نعم، وكذا لو أسلم الذمي وهو الولي؛ لأن العبرة بحال المرافعة. (قرر).

(٤) قال في الأزهار: «ولو والداً».

(٥) الأزهار: ولا يجب لفرع وعبد وكافر على ضدهم.

(٦) هذا إذا كانوا منحصرين، فإن كانوا غير منحصرين عزر فقط. (قرر). ولفظ حاشية: قال في مهذب الشافعي: أما لو قذف قوماً لا ينحصرون كأهل بغداد فلا حد، ويؤدب للكذب؛ وذلك لأنه لا غضاضة على كل واحد، وأيضاً فكذبه معلوم، قال سيدنا: ولعل هذا وفاق. (زهور).

(*) سواء كان بلفظ واحد أو بألفاظ. (شرح أزهار) (قرر).

حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي: حداً واحداً لهم الكل[(١)]، وقال الشعبي: إن قذفهم بلفظ واحد فحد واحد، وبألفاظ لكل لفظ حد. قال في البحر: ولا يحد للثاني وما بعده حتى يبرأ من الحد الذي قبله.

مسألة: من قال لاثنين أو لجماعة: يا بني الزواني حد لأمهاتهم[(٢)] من عرف إحصانها[(٣)] منهن، فإن كانت حية طلبت لنفسها، وإن كانت ميتة طلب لها وليها. وإن قال لواحد: يا ابن الزواني حد لأمه وأمهاتها من عرف إحصانها منهن وعرف وليها[(٤)]، ولا يدخل في ذلك أمهات الأب؛ لأن الأمهات إذا أطلقن فهن الأم وأمهاتها من جهة العرف، وقال في البحر: يدخل الجدات من قبل الأب أيضاً.

فرع: وإن قال لغيره: يا زاني يا ابن الزانيين حد له ولأبويه ثلاثة حدود، ذكره في الشرح.

فرع: فإن قال لجماعة: «يا بني الزانية» فإن كانت أمهم واحدة حد لها، وإن لم فلا حد، بل التعزير، كما لو قال لجماعة: أحدكم زان، أو لاثنين: أحدكما زان. ولا يسأل عن تعيين من أراد؛ لأن الحدود تطلب فيها الشبهة في إسقاطها. وليس

---

(١) وحجتهم أنه يتداخل كما لو كرره على شخص واحد. قال عليه السلام: والتفرقة التي ذكرها الشعبي لا وجه لها؛ لأن القصد المعنى. (بستان).

(٢) لفظ شرح الأزهار: ولا تدخل الجدات حيث قال لجماعة: يا بني الزواني[١]؛ لأنه قد حصل الجمع في الأمهات. ولو قال لاثنين: يا بني الزواني لم يحد إلا لأميهما[٢] دون جداتهما؛ لأن الاثنين يطلق عليهما لفظ الجمع على قول.

(٣) أي: عفتها.

(٤) وتكون المطالبة إلى غيره؛ لأنه من ذوي الأرحام، ولا ولاية له في النكاح. (قرد).

---

[١] ما لم يكونوا لأم واحدة. (قرد).

[٢] إلا أن تكون أمهما واحدة فيحد لجداتهما. (قرد).

لأحد منهم أن يدعي عليه أنه أراده[(١)]، إلا أن يقر أنه أراد أحدهم بعينه حد له.

مسألة: من قال لغيره:[(٢)] قال فلان: «إنك زان» لم يحد ولو أنكر فلان قوله، وقال الأوزاعي: يحد، وقال مالك: إن بين بأن فلاناً قال ذلك وإلا حد، رواه[(٣)] في الشرح.

مسألة: من قال لغيره: «يا لوطي» لم يحد؛ لاحتماله[(٤)]، إلا أن يفسره بالوطء الحرام حد، خلاف أبي حنيفة، وقال الإمام يحيى: بل يحد مطلقاً[(٥)]، روى ذلك في البحر.

مسألة: من قال لامرأة: «يا زانية» فقالت: زنيت بك، أو قالت امرأة لرجل:

---

(١) ينظر في هذا، فإن قياس ما تقدم أنه يصح لأحدهم أن يدعي أنه أراده، فإذا أنكره لزمته اليمين، وفي الكواكب: تصح الدعوى عليه كما لو ادعى عليه أنه قذفه.

(٢) ينظر لو أكره على القذف وإن لم يبح له هل يسقط الحد بالإكراه؟ (من خط المفتي). صرح بالسقوط في المعيار[١]، وقال السحولي: لا يسقط؛ لأنه لا يستباح بالإكراه. وينظر في الفرق بينه وبين الزنا، ويمكن الفرق بأن فيه حقاً لآدمي، ولذلك لا تصح دعوى الحسبة فيه، وهذا كاف في الفرق، فيكون مخصصاً لقوله ﷺ: ((ادرأوا الحدود بالشبهات)). (من بحر الشامي).

(٣) في (هـ): ذكره.

(٤) وذلك لأنه يحتمل أنه أراد أنه على دين قوم لوط في استحلال إتيان الذكور، فلا حد عليه؛ لأنه لم يرمه بإتيان الذكور كعمل قوم لوط، إلا أن يقول: أردت أنه يعمل عمل قوم لوط وجب عليه الحد. قال عليه السلام: ويحتمل أن يحد على كل حال؛ لأن قوله: يا لوطي يستعمل في الرمي بالفاحشة فوجب أن لا يقبل قوله: إنه على دينهم، بل يكون قاذفاً. وقول أبي حنيفة كما ترى، قال عليه السلام: وهو بناء على أصله أن اللواط غير موجب للحد فكذلك القذف به. (بستان).

(٥) إذ العرف في ذلك من عمل عمل قوم لوط؛ لأن المراد أنه يفعل ذلك.

---

[١] ومثله في البيان في باب الإكراه في المسألة الرابعة قبيل باب السبق.

«يا زاني» فقال: زنيت بك لم يحد أيهما: لا القاذف لأن المقذوف قد صدقه، ولا المقذوف لأنه لم يقر أربعاً. وكذا فيمن قال: «زنيت بفلانة» أو قالت: «زنيت بفلان» فلا يكون قاذفاً[١]، خلاف شرح الإبانة كما مر، ولعله يكون كالتعريض.

مسألة: من قال لغيره: «يا ابن الزانية» فقال: «زنت بك» كانا قاذفين لها، فتطلبهما إن كانت حية، وإن كانت ميتة [قال سيدنا عماد الدين[٢]:] فالأقرب أنه يطلب لها من الأجنبي ابنها، ومن ابنها من كان ولياً لها بعده، فإن لم يكن فالحاكم.

مسألة: من قال لامرأة: يا بنت الزانيين، فقالت: إن كانا زانيين فأبواك زانيان- كان قاذفاً لأبويها ولم تكن قاذفة لأبويه؛ لأن قذفها لهما مشروط بشرط لم يعلم حصوله، ذكره في الشرح واللمع. قال الفقيه يحيى البحيبح: فلو ثبت على أبويها الزنا كانت قاذفة لأبويه، ويعتبر في صحة زنى أبويها بأربعة شهود. وقال الفقيه يوسف: لا تكون قاذفة لأبويه مطلقاً[٣].

مسألة: من قال لعبد: «من باعك زان» أو «من اشتراك زان» فحيث لا يعرف له بائع ولا مشتر[٤] لا حد عليه، وحيث يعرف له بائع واحد أو مشترٍ واحد يحد له، وحيث يعرف له جماعة باعوه أو اشتروه واحداً بعد واحد كان قاذفاً للآخر منهم[٥]؛

---

(١) لجواز أنه مكره أو نحوه، كأن يتزوجها في العدة جهلاً.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من (ب).

(٣) أي: ولو ثبت بأربعة شهود؛ لأن القذف إخبار عن أمر ناجز متقدم، والخبر لا يصح أن يكون معلقاً على شرط.اهـ وقال القاضي عبدالله الدواري: هو شرط حالي فيلزمه.

(*) ولو صح الزنا على أبويها إذا كذبت الشهود؛ لأن مع تكذيبها للشهود هي منزهة لأبويها وأبويه. (بستان).

(٤) مسلم. (برهان).

(٥) المختار أنه لا حد للاحتمال، ولأنه كالتعريض. ومثله عن الشامي.

لأنه المقصود في العرف[١]. فإن قال: من يشتريك زانٍ، أو من يبيعك زانٍ- لم يحد؛ لأنه لم يعين المقذوف، ذكر ذلك كله في الشرح.

مسألة: من قال لامرأة: «يا زانية» فقالت: «أنت أزنى مني» حد لها ولم تحد له؛ لاحتمال أنها أرادت أنه أحرص منها على الزنا[٢]، إلا أن تفسره بزناهما معاً لكنه أكثر زنى منها حدت له ولم يحد لها[٣]، ذكره في البحر، فلو فسرته بأنه أكثر منها زنى كانت قاذفة له، ولعله لا يكون إقراراً منها بالزنا[٤]، فيحد لها أيضاً[٥]، والله أعلم.

مسألة: من قال لامرأة: «يا زاني» أو «زنيت» -بفتح التاء- حد لها إذا أقر أنه عناها، أو كان مخاطباً لها بذلك ولم يقل أردت غيرها، ذكره المرتضى، وقال أبو حنيفة: يحد مطلقاً. وإن قال لرجل: «يا زانية» فقال أبو طالب والشافعي: يحد[٦]، وقال أبو حنيفة والوافي: لا يحد[٧].

---

(١) وذلك لأن لفظه «من» هنا موصولة وليست شرطاً، وإذا كانت بمعنى الذي وجب أن تكون إشارة إلى من هو بائع آخراً. (بستان بلفظه). يحقق هذا الطرف، وظاهر الكتب الأصولية غير ذلك، وهو أنها تفيد العموم، فيحد لكل واحد مع الانحصار. (مفتي). مع معرفة العقد. (سماع). ولعله يقال: لا يتجاوز ثلاثة كما تقدم عن الغيث. والقياس عدم الحد؛ لأن المقذوف مجهول، وللناظر نظره.

(٢) قوله: «أحرص منها على الزنا» يعني على طلبه، ولم يقع تصريح بأنه زانٍ؛ فلهذا لم يجب عليها الحد للاحتمال. (بستان بلفظه).

(٣) لأنها قد صدقته.

(٤) وذلك لأنها لم تصرح بأنها زانية. (بستان بلفظه).

(٥) وقيل: لا يحد لها؛ لأنها قد أقرت بالزنا وادعت الكثرة. (حاشية سحولي).

(٦) لأنها قد تطلق الصفة المؤنثة على المذكر على جهة المبالغة، كما يقال: علامة ونسابة، وقد يطلق اسم المؤنث على المذكر والمراد به النفس المؤنثة. (بستان بلفظه).

(٧) ووجهه: أن الهاء إذا استعملت في المذكر فإنها تفيد المبالغة في اسمه دون فعله كما يقال:

=

مسألة: من قال لابن ملاعنة: «لست بابن فلان» يعني زوجها الذي لاعنها فإن كان غير الولد المنفي حد لها، وكذا حيث لا ولد منفي، وإن كان هو الولد المنفي فقال المؤيد بالله والأستاذ: يكون قاذفاً لها؛ لأنه حقق الزنا عليها(١) وهي لم يثبت كونها زانية، وقال أبو طالب وأبو العباس: لا يكون قاذفاً لها؛ لأنه صادق في قوله: إنه ليس بابن للملاعِن، إلا أن يقول: أردت أنه من زنى حد لها، ذكره في الشرح. وكلامهم(٢) في هذه المسألة يدل على مثل كلام أبي العباس أن مجرد نفي نسب الولد عن أبيه كافٍ في قذف أمه، خلاف ما ذكره أبو طالب(٣) أنه لا يكفي(٤) كما تقدم في اللعان(٥).

مسألة: من نسب غيره إلى عمه أو جده أو خاله أو زوج أمه لم يكن قاذفاً

نسابة وعلامة، ومن رمى غيره بأنه عالم بالزنا لم يكن قاذفاً. (صعيتري).

(١) قوله: «لأنه حقق الزنا عليها» يعني: فيحد، إلا أن يقول: أردت أن ليس بابنه شرعاً[١] فهو صادق فلا يحد[٢]. والقول الثاني كما ترى. **فائدة**: من قذف اللقيط وجب عليه الحد؛ لأنه مسلم بالغ عاقل فوجب على قاذفه الحد كما لو كان غير لقيط. (بستان بلفظه).

(٢) لفظ الكواكب: وكلام الهادي والمؤيد بالله عليهما السلام في هذه المسألة يأتي مثل قول أبي العباس الذي في اللعان إلى آخر ما في البيان.

(٣) في اللعان.(قرر).

(٤) إلا أن يقول: أردت أنه من زنى. (بيان من اللعان).

(٥) لفظ شرح الأزهار في اللعان: فلو قال: «هذا الولد ليس بابني» لم يجب اللعان بمجرد هذا اللفظ...إلخ. وعليه ما لفظه: ويحد للقذف. (قرر).

(*) يقال: ليس البابان سواء؛ لأن القذف مبني على ما يحصل به الغضاضة والنقص، وهما يحصلان بالكناية كالصريح، واللعان يشترط فيه التصريح، فلا يكون في كلام أهل المذهب مناقضة، والله أعلم. (القاضي أحمد بن يحيى حابس).

---

[١] ويقبل قوله في ذلك. (كواكب). مع يمينه. (قرر).

[٢] وعليه الأزهار بقوله: إن لم يعن بالحكم.

لأمه؛ لأنه قد ينسب إلى هؤلاء في العادة مجازاً. وإن قال لعربي: يا نبطي[١] أو لست من العرب لم يحد؛ لجواز أنه أراد قذف جدة له عُليا لا يُعرف إحصانها، وقال مالك: يحد. وكذا إذا قال: يا فارسي أو يا رومي أو يا قبطي[٢] أو ما أشبه ذلك، وكذا لو قال: يا ابن الاعمى أو يا ابن الخياط أو نحوه لمن ليس أبوه كذلك[٣]، إلا إذا نسبه إلى رجل معين[٤] كان كما إذا نفاه عن أبيه.

مسألة: ولو أن مجوسياً تزوج أمه أو نحوها ثم أسلم ثم قذفه قاذف حد له، فإن قال: أردت به وطئه لأمِّه لم يقبل قوله[٥] -لأنه قد لزمه حق لآدمي- إلا أن يذكر ذلك في حال قذفه له[٦]، ذكره الفقيه يحيى البحيبح.

---

(١) قوله: يا نبطي إلى آخر ما ذكره قال عليه السلام: والنبط ناس من العجم ينزلون بين العراقين: عراق العرب وعراق العجم، قال في الزهور والبرهان: قيل: إن جدهم أول من استنبط المياه واستخرجها من الأرض. ولأنه يحتمل أنه أراد نبطي اللسان لعدم فصاحته، أو نبطي الدار لأنه ولد في دارهم، ولما روي عن ابن عباس فيمن قال لعربي: «يا نبطي» أنه لا حد عليه. وقال مالك: يحد؛ لقول ابن مسعود: لا حد إلا في اثنتين: قذف محصنة، ونفى الرجل من أبيه، ومثل هذا لا يقوله إلا عن توقيف؛ إذ لا مجال للاجتهاد فيه. لنا ما مر. (بستان بلفظه).

(٢) القبط: قوم فرعون لعنه الله.

(٣) لا فرق بين أن يكون أبوه كذلك أم لا؛ لأنه لا بد من النسبة في الزنا إلى رجل معين.

(٤) نحو أن يقول: يا ابن الخياط فلان، أو يا ابن الأعمى فلان، وأبوه ليس بخياط ولا أعمى [لا فرق مع قوله: فلان. (قرر)] فإنه قاذف لأمه بذلك المعين . (شرح أزهار لفظًا) و(قرر).

(٥) إن قلت: هلاَّ كان كابن الملاعنة؛ فإن ظاهر لفظه يقضي بأنه إن قال: «عنيت بالحكم» قبل قوله؟. (مفتي).

(*) وقيل: يقبل قوله. (عامر).

(٦) ومثله لو زنا رجل ثم تاب وقذفه قاذف بالزنا حد، إلا أن يضيفه الى ذلك الزنا فلا حد. وقرره شيخنا. (قرر).

مسألة: وإذا رافع المقذوف قاذفه إلى الحاكم ثم إنه غاب لم يسقط الحد بغيبته[١]، خلاف الشافعي.

مسألة: وإذا عفا المقذوف عن قاذفه قبل مرافعته له إلى الحاكم صح ، وهو مستحب له، وبعد المرافعة وثبوت القذف لا يصح[٢]؛ لأنه قد تعلق به حق لله تعالى[٣]. وقال أبو حنيفة، وهو ظاهر إطلاق القاسم عليه السلام: لا يصح العفو مطلقاً، وقال الشافعي: يصح مطلقاً[٤].

مسألة: من قذف غيره مراراً لم يلزمه إلا حد واحد ولو كرر القذف له في حال الحد قبل كماله، وإن كرره بعد كمال الحد لزمه حد آخر ولو أضاف قذفه الثاني إلى الزنا الذي قذفه به أولاً، خلاف الشافعي، ذكر ذلك في الشرح.

مسألة: ولا يسقط الحد بتوبة القاذف واعتذاره إلى المقذوف.

مسألة: وإذا ادعى القاذف أن المقذوف مملوك أو كافر فالقول قوله[٥] مع يمينه، فإن امتنع من اليمين حد ، خلاف مالك[٦]، ذكره في الكافي.

---

(١) بل يجب الحد متى طلبه. (كواكب). ينظر، والقياس بعد المرافعة أن تصح الشهادة ويجب الحد إن لم يكن قد أقامها، فان كان قد أقامها ثم غاب فإنه يحد. (من بيان حثيث). قال في آخرها: ينظر.اهـ هذا صحيح ولا وجه للتنظير؛ لقوة حق الله تعالى بعد الرفع. (شامي) (قرر).

(٢) وكذا بعد الرفع وقبل ثبوت القذف، وهو المختار؛ لظاهر الأزهار.

(٣) ولما روي عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: ((تعافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغ إليَّ فقد وجب)) فظاهر الحديث دال على المنع من العفو بعد المرافعة. (بستان).

(٤) لأنه حق لأدمي محض فيسقط بعفوه قبل الرفع وبعده. لنا ما مر. (بستان).

(٥) يعني والبينة على المقذوف؛ لأنه يدعي بالحرية والإسلام حقاً لنفسه. فإن امتنع القاذف من اليمين حد؛ لأن امتناعه إقرار، فيحد للقذف. (بستان).

(*) مع الاحتمال. (صعيتري).

(٦) قول مالك راجع إلى أول الكلام، فيقول: القول قول المقذوف، فيحد القاذف إلا إذا =

مسألة: والقذف من الكبائر الموجبة للفسق بالإجماع، ذكره في البحر، قال الفقيه يوسف: يعني إذا كان كاذباً ولم يبين بأربعة، فإن كان صادقاً وعجز عن البينة حكم بفسقه في الظاهر، لا في الباطن فيأثم؛ لأنه عرض نفسه للحد. قال في الكشاف: ويجب تكذيب القاذف على كل من سمعه إذا لم يبين بصحة قذفه، ويجب الإنكار عليه(١).

مسألة: إذا ارتد القاذف ولحق بدار الحرب ثم أسلم فقال أبو حنيفة: يسقط عنه الحد، وقال الشافعي وزفر: لا يسقط، قال الفقيه يوسف: وهو المذهب؛ لأن فيه حقاً لآدمي.

مسألة: إذا زنى المقذوف أو ارتد ثم أسلم لم يحد قاذفه؛ لأنه أدخل الشك في إحصانه بذلك، ذكره في الوافي وأبو حنيفة والشافعي، وهو الأصح، وقال المزني وأبو ثور: لا يسقط الحد، وخرجه أبو طالب لأبي العباس(٢)، وهو تخريج ضعيف.

قام بينة أن المقذوف عبد أو كافر. (بستان لفظًا).

(١) وظاهر الأزهار خلافه، وإنما هو على كلام القيل الذي يأتي في آخر كتاب السير في قوله: قيل: أو ينقصه. (بستان).

(٢) خرجه له من قوله: إن فسق الزوجين لا يمنع من اللعان بينهما. فخرج له أبو طالب من هذا أنها إذا زنت بعد قذف الزوج لها لم يمنع من اللعان، وأن المقذوف إذا زنى بعد قذفه لم يمنع من حد القاذف. وهو معترض؛ لأن المقذوف إذا زنى صار متهماً بالزنا، ومن شرط المقذوف العفة عن الزنا في الظاهر. (بستان).

[حد شارب الخمر]

النوع الثالث: **حد شارب الخمر**، والخمر على ثلاثة أضرب:

الأول: ما كان من عصير العنب أو الرطب[١]، فهذا يفسق شاربه ويكفر مستحله.

والثاني ما كان من نقيع الزبيب أو التمر[٢]، فانه يفسق شاربه ومستحله[٣].

والثالث: ما كان من غير ذلك، كمن الحب أو العسل ونحوه، فلا يقطع بفسق شاربه ولا مستحله، بل يحد ويأثم[٤]، ذكر ذلك كله الفقيه علي.

فرع: فمن شرب شيئاً من ذلك ولو قدر قطرة[٥] لزمه الحد إذا كان بالغاً عاقلاً مختاراً عالماً به[٦] وبتحريمه، إلا ما اتصل بالمباح منه عند الضرورة، كمن غص بلقمة أو عطش وخشي التلف ولم يجد سوى الخمر، فإذا زاد على الذي أبيح له منه لم يحد إذا كان متصلاً، فإن عاوده بعد نزع الإناء من فمه حد، ذكره الفقيه يحيى البحيبح.

فرع: من شرب من ذلك ثم ادعى جهلة لتحريمه لم يقبل قوله إلا أن يكون محتملاً

---

(١) في (ب): والرطب.

(٢) في (ب): والتمر.

(٣) يعني: ولا يكفر المستحل، وقد تقدم في الكتاب في باب الأطعمة عن الإمام يحيى أنه يكفر. (بستان بلفظه). قبيل كتاب اللباس بعشر مسائل.

(٤) قال في الغيث: وهذا فيه نظر؛ لأن الحد دلالة الفسق، وهو [يعني: كلام الفقيه علي] يشبه قول الناصر والشافعي: إن الحنفي إذا شرب المثلث حد وقبلت شهادته. (غيث). ومثله ذكره الفقيه يوسف.

(٥) المذهب ما وصل الجوف.

(*) يلزمه الحد وإن لم يسكر، ولكن المتناول للقطرة لا يسمى شارباً، فلو قال: من تناول الخمر ولو جرعة كان أجلى، ذكره الفقيه يوسف. (كواكب معنى). ويدخل في التناول من ائتدم بالخمر أو طبخ بها اللحم وشرب المرق.

(٦) قيل: ولا مصمت ولا أخرس. (قرر).

لذلك، نحو أن يكون قريب العهد بالإسلام أو بالجنون المطبق.

مسألة: ولا يحد الذمي لشرب الخمر، إلا أن يسكر حد وفاقاً(١)، وكذا الحنفي إذا شرب مما يستحله وسكر فإنه يحد(٢)، وإن لم يسكر لم يحد ولا يقطع بفسقه عندنا، ذكره في البحر، وقال مالك: يحد ويفسق، وقال الناصر والشافعي: إنا نحده ولا نقطع بفسقه.

مسألة: إنما يجب الحد(٣) في سائر المسكرات غير الخمر إذا كان مما يطرب كالحشيشة، لا فيما كان يخذل ويزيل العقل من غير طرب ولا لذة فلا حد فيه، بل التعزير إذا كان لغير عذر، وذلك كالبنج ونحوه من الأشجار المرة(٤).

مسألة: والحد في ذلك كله هو ثمانون جلدة بالسياط أو الجرائد، وفي المملوك نصف ذلك. وقال الشافعي: إنه أربعون فقط.

مسألة: وإنما يحد لذلك إذا أقر به مرتين(٥) أو شهد به عليه عدلان(٦). وقال

---

(١) القياس أنه لا يحد؛ لشبهة أوله، فيلزم [ويلزم (نخ)] في مثلث الحنفي. (إملاء مفتي).

(٢) ينظر ما الفرق بين هذا وبين من غص بلقمة، فإن أول الفعل في المسألتين مباح؟. (شامي). قيل: يعزر فقط ولا حد؛ لشبهة أوله.اهـ لعله يقال والله أعلم: إن المباح للحنفي والذمي هو دون المسكر، فإذا سكر كشف لنا أنه غير مباح له من أوله؛ لأن السكر حصل بمجموع أوله وآخره، بخلاف من غص بلقمة فأول الفعل مباح له من دون شرط، هذا ما ظهر، والله أعلم.

(*) قال عليه السلام: وهو مما لا خلاف فيه. (بستان).

(٣) هذه المسألة ذكرها في البرهان عن الفقيه يوسف. (بستان). والمختار أنه لا حد فيها مطلقاً، بل يعزر فقط. (ذماري). وهو اختيار الإمام المهدي عليه السلام.

(٤) كالأفيون.

(٥) ولو في مجلس واحد، فلو رجع سقط حده. (قرر).

(٦) يعني: رجلين أصلين، فأما شهادة النساء والفروع فلا كما مر. ولا بد في الشهادة أن يقول الشاهدان: إنه شرب مسكراً أو شرب شراباً يسكر منه. ولا يشترط أن يقولا: إنه غير مكره =

زيد بن علي والناصر وأبو حنيفة والشافعي: يكفي الإقرار به مرة، لكن زاد أبو حنيفة مع الإقرار أن يشم ريحها منه. قلنا: لا يشترط الشم مع الإقرار؛ لأنه يمكن التحيل بما يمنع منه، وهو المضمضة بالسليط(١)، ذكره في البحر.

مسألة: وسواء قامت الشهادة على أنه شربها أو أنه تقيأها أو على شم ريحها منه(٢)، ذكره في الشرح واللمع، وقال أبو حنيفة والشافعي والوافي: لا يجد بالريح والقيء. وكذا إذا شهدوا عليه أنه سكر فإنه يحد، خلاف أبي حنيفة والشافعي.

مسألة: إذا شهد أحدهما أنه شرب الخمر وشهد الثاني أنه تقيأها أو شم ريحها منه أو شرب مسكراً فإنه يحد(٣)، ذكره في الشرح واللمع، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يحد. قيل: وإنما وجب الحد بذلك لفعل عثمان(٤) في محضر علي عليه السلام

ولامع علمه بأنه مسكر؛ لأن الظاهر الاختيار والعلم فلا يشترط ذلك. (بستان بلفظه).

(١) والشذاب أيضاً. (شرح بحر).

(٢) إذا كانت النكهة من الجوف، وأما لو كانت من الفم لم يقم عليه الحد. (من تعليق الفقيه علي). لجواز أنه تمضمض به. (وشلي).

(٣) فلو شهد أحدهما على الشرب أو الشم والآخر على الإقرار لم تكف هذه الشهادة. (قرر).

(٤) روي أن أبا موسى الأشعري قال: شهدت ابن عفان وقد أتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه عمران ورجل آخر معه، فشهد أحدهما أنه شربها وشهد الآخر أنه تقيأها، فقال عثمان: ما تقيأها حتى شربها، ثم قال لعلي عليه السلام: دونك ابن عمك فاجلده، فقال علي عليه السلام للحسن عليه السلام: (قم فاجلده) فقال الحسن: (يتولى حارها من تولها قارها)، أي: يتولى شدائدها من تولى هينها ولينها، فقال: (لا، ولكنك ضعفت وعجزت، قم يا عبدالله بن جعفر فاجلده)، فأخذ السوط وجلده وعلي عليه السلام يعد، فلما بلغ أربعين قال: (حسبك، جلد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وجلد عثمان ثمانين، وكلاهما سنة، وهذا أحب إلي)، يعني: جلد الأربعين. هذا لفظه في هذا الموضع، وفي باب صلاة الجماعة لفظ آخر، وفي الشفاء عن الهادي عليه السلام: أن الوليد بن عقبة صلى بالناس الصبح في الكوفة أربع ركعات فقاء الخمر ثم رفع رأسه إلى الناس فقال: هل أزيدكم؟ فشهدوا =

وغيره من الصحابة. وقال في شرح الإبانة والفقيهان يحيى البحيح ومحمد بن سليمان: إن هذه الشهادة غير صحيحة على الأصول؛ لأنها على فعلين مختلفين(١)، قال الفقيه محمد بن سليمان: لكن يتأول ذلك على أن أحدهما شهد أنه شرب الخمر وشهد الثاني أنه شربها وهي مسكر، أو أنه شربها وشم ريحها منه أو وتقيأها، حتى يكون الشاهدان قد اتفقا على فعل واحد.

مسألة: ولا يحد السكران حتى يصحو(٢)، فإن حد حال سكره فقال الفقيه حسن: قد أجزأ(٣)، وقال الفقيه علي: بل يعاد عليه الحد ويجب أرش الأول من بيت المال. قال الفقيه يوسف: وكذا إذا زال عقله بجنون أو نحوه فلا يحد حتى يعود إليه عقله، وكذلك في الزاني.

مسألة: ولا يجب تلقين الشبهة في حد الشرب؛ لأنه إنما ورد في الزاني والسارق فقط(٤)، ولكن إذا ادعى شبهة تسقط الحد كالإكراه ونحوه قبل

عليه بالشرب، ورفع خبره إلى عثمان فأمر برفعه إليه، فقال: من أحب أن يقيم عليه الحد فليقم، فأما أنا فلا آمر به، فقال علي عليه السلام: (والله لا يعطل لله حد وأنا في الإسلام)، ثم قام فضربه بيده ثمانين. وفي أصول الأحكام وغيره عن الباقر أن علياً عليه السلام ضرب الوليد أربعين سوطاً بسوط له طرفان. (شرح بحر).

(١) قلنا: وهذه مخصوصة. (قرر).

(٢) وهذا عام في جميع الحدود.

(٣) فإن ادعى بعد الصحو شبهة وقد حد حال سكره فلعله تجب عليه البينة ويستحق الأرش من بيت المال. (حاشية سحولي لفظاً). إن كانت هذه الشبهة التي بين بها مجمعاً عليها[١] ضمن الأرش، وإن كانت مختلفاً فيها فلا ضمان؛ لأنه قد انضم إلى الحد حكم. (قرر).

(*) وعليه الأزهار بقوله: فإن فعل قبله لم يعد.

(٤) وفي الأزهار: وندب تلقين ما يسقط الحد. وفي شرح الأزهار: قال الفقيه علي: وروى في المستصفى خبراً بتلقين الشارب.اهـ فعلى هذا يندب تلقينه.

---

[١] كمن غص بلقمة أو أكره.

منه[١]، ذكره في الشرح.

مسألة: من ائتدم بالخمر أو استسعطها حد[٢]، خلاف الشافعي، وإن احتقن بها أو صبها في إحليله أو في أذنه لم يحد، بل يعزر، وإن عجن الخبز أو طبخ اللحم بها لم يحل أكله، فإن أكل فلا حد، ذكر ذلك في البحر، وإن شرب المرق حد[٣]. ومن شرب الخمر في نهار رمضان حد وعزر.

مسألة[٤]: والسكران هو من تغير عقله بحيث يخلط في كلامه ولو لم يزل عقله جملة، ذكره في الشرح[٥]. وقال المؤيد بالله: هو من يصير وقحاً بعد الحياء، وثرثاراً[٦] بعد أن لم يكن كذلك.

مسألة: ولا يسقط حده بالتوبة، ولا بتقادم العهد، خلاف أبي حنيفة كما تقدم في الزنا.

---

(١) قال عليه السلام: وظاهره يقتضي أنه يقبل قوله من غير بينة [ولا يمين (قرر)]، وقد صرح بذلك في الزيادات. (شرح أزهار).

(٢) بشرط أن تكون كل لقمة تحمل منه ما لو انفصل وصل مستقر طعامه وشرابه، ولا عبرة بالاجتماع والضم ولو كثر، بل يعزر. (عامر). ويأتي على كلام البيان المتقدم قطرة مع كونه يصل الجوف، وهو المقرر. (قرر).

(٣) لأن عين الخمر موجودة فيه. (بستان).

(٤) ذكر هذه المسألة لمعرفة عقوده، لا للحد فهو يحد وإن لم يسكر ولو قطرة. (صعيتري معنى). بل ما وصل الجوف. (قرر).

(٥) قال عليه السلام: وحاصل هذا الضابط خروج كلامه عن حد الاستقامة التي في كلام العقلاء، وزوال المألوف من كلام الصاحي، وقد ذكره القاسم عليه السلام. وكلام المؤيد بالله كما ترى. قال عليه السلام: وحاصله أنه إذا كان صاحياً فهو عاقل كيس، رزين في كلامه، قليل الكلام إلا فيما يحتاج إليه، وإذا شرب المسكر صار وقحاً، يرسل الكلام في غير وجهه وعلى غير معناه، فهذا مراد المؤيد بالله بقوله: ثرثاراً في كلامه. وقال أبو حنيفة: إنه الذي لا يفرق بين الأرض والسماء والرجل والمرأة. (بستان بلفظه).

(٦) الثرثار: كثير الكلام. وفائدة التحديد على قولنا لبيان الأحكام التي لا تصح من السكران، كالبيع ونحوه، وأما الحد فهو ثابت وإن لم يسكر. (بستان).

[حد السارق]

النوع الرابع: حد السارق، وله شروط ثلاثة:

الأول: أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً[١] ولو هو أنثى أو أصم أو أخرس[٢] أو مملوك أو أعمى، أو ولد سرق من مال والده، أو رحم من مال رحمه، وقال زيد بن علي وأبو حنيفة والمؤيد بالله والشافعي: لا يقطع الولد وإن نزل بمال والده، وقال زيد بن علي وأبو حنيفة وأحد قولي المؤيد بالله: لا يقطع الرحم المحرم من النسب إذا سرق مال[٣] رحمه. قال الامام المهدي أحمد بن يحيى: وهكذا من وجبت نفقته على قريبه فإذا سرق مال قريبه قطع. [قال سيدنا عماد الدين[٤]:] ولعله يستقيم إذا كان قريبه غير ممتنع من إنفاقه، فأما مع امتناعه فلعله يكون كمن سرق من مال غريمه الممتنع[٥].

مسألة: ولا يقطع العبد إذا سرق من مال سيده، وكذا إذا سرق من مال مشترك بين سيده وغيره إذا سرق منه قدر نصيب سيده فيه، كما أنه إذا أتلف ذلك القدر لم يكن لسيده نصيب في الآخر، ذكره في الشرح[٦]، يعني إذا كان من ذوات الأمثال، وكذا إذا زاد عليه دون نصاب السرقة، وإن كان الزائد قدر

---

(١) ولو سكران. (قرر).

(٢) ولعل الوجه فيه الإجماع. قال في البحر: والأصم والأخرس يقطعان إجماعاً كالصحيح؛ إذ تجويز الشبهة لا يسقط، قلت: ولا يلزم في الزاني؛ إذ حده حق لله تعالى غير مشوب. (بحر).

(٣) في (ب): من مال.

(٤) ما بين المعقوفين من (أ، ج، د).

(٥) المذهب يقطع. (قرر).

(٦) ينظر هل هذا صحيح وأنه يكون كالقسمة ولو اختار السيد تسليم العبد؟ فيحقق. (شامي). ليس كالقسمة، بل خيار السيد ثابت.

نصابها قطع، قيل: مطلقاً، وقيل: المراد به في ذوات الأمثال، فأما ذوات القيم فلا يقطع مطلقاً؛ لأن كل ما يأخذه فهو مشترك. وهو الأولى. فإن قيل: فقد قلتم في الشريك إذا سرق من المال المشترك: لم يقطع، فكيف أما عبده فيقطع؟ فقيل: إنه بناء على الأغلب أن الشريك لا يحرز من شريكه ويحرز من عبده، وقيل: إن المراد في الشريك إذا سرق من ذوات القيم، وفي العبد إذا سرق من ذوات الأمثال مع الإحراز.

مسألة: من سرق من مال غريمه قدر ما عليه له من الدين أو أقل فمع عدم امتناعه من القضاء يحد[١]، قال الإمام المهدي والفقيه يوسف: وفاقاً، وكذا مع إعساره، وأما مع امتناعه فقال الهادي والناصر: يقطع أيضاً؛ لأن دينه في ذمة غريمه لا في ماله[٢]، وقال الشافعي: لا يقطع مطلقاً[٣]، وهو قول المنصور بالله، وقال أبو حنيفة: إن كان الذي سرقه من جنس دينه لم يقطع، ومن غير جنسه يقطع. وهو قول المؤيد بالله.

فرع: وكذا إذا كان الغريم جاحداً للدين ولا بينة مع صاحبه ثم سرق من ماله فإنه يجب القطع في الظاهر، وأما في الباطن فعلى هذا الخلاف[٤].

مسألة: إذا ادعى السارق أن ما سرقه هو ملك له كان ذلك شبهة[٥]؛

---

(١) وهل يقطع بما سرق على غريمه ولو أتلفه وهو مما يساقط دينه حيث يقال: يقطع مع عدم تمرد الغريم من القضاء؟ ينظر. (حاشية سحولي). قيل: لا قطع عليه؛ لأنه قد ملكه بالتلف حيث قد صار في ذمته فيتساقطان.

(٢) لكن يلزم من هذا لو مات الغريم أن لا يقطع. لفظ حاشية: إلا أن يكون ميتاً وتركته مستغرقة بالدين فلا قطع؛ لأن له حقاً في التركة. (من هامش الأزهار) (قرر).

(٣) يعني: سواء كان من الجنس أو من غيره.

(٤) المذهب يجب القطع.

(٥) مع الاحتمال، كدعوى الشبهة في الزنا، ذكر معناه في الفتح.

فلا يقطع[١] ولو لم تصح دعواه. فلو سرق اثنان شيئاً ثم ادعاه أحدهما لم يقطع، وقطع الثاني[٢]، وقال أبو حنيفة والإمام يحيى: لا يقطع أيهما[٣]، ذكره في البحر.

فرع: فإن قال: «إنه أخذه ليسترهنه في دينه» لم يكن شبهة عندنا، خلاف أبي حنيفة. [قال سيدنا عماد الدين[٤]:] ولعل المراد حيث لم يثبت دينه أو كان الغريم غير ممتنع من القضاء، وإلا كان على الخلاف المتقدم[٥]، والله أعلم.

مسألة: من أعار غيره منزله أو أكراه منه[٦] ثم سرق عليه منه شيئاً فإنه يقطع[٧]، خلاف أبي يوسف ومحمد[٨].

مسألة: من دخل حرز غيره بصبي أو مجنون فأخذ المتاع ودفعه إلى الصبي أو المجنون وخرج به من الحرز ثم أخذه منه لم يقطع[٩]، وكذا لو وضعه في نهر فجرى

---

(١) وكذا إذا ادعى ملك الحرز أو قال: أدخلته ضيفاً. (ذماري). مع الاحتمال. (قرر).

(*) وكذا دعوى العبد أن المسروق ملك سيده. (صعيتري). مع الاحتمال. (قرر).

(٢) ظاهر هذا ولو لم يكن المسروق إلا نصاباً فقط، لكنه يقال: هذا إذا سقط عن المدعي بمجرد دعواه، لا إذا بين بملكه فلا بد من أن تكون حصة الثاني نصاباً فصاعداً، وإلا فلا قطع. والله أعلم.اهـ حيث صح مشتركاً، لا لو صح جميعه للمدعي فلا قطع على صاحبه؛ لأنه من غير حرز. (قرر).

(٣) لأن الفعل فعل واحد لا يتبعض فلا يقطع لتمكن الشبهة، فاذا سقط عن أحدهما سقط عن الآخر. (بستان).

(٤) ما بين المعقوفين من (أ، ج، د).

(٥) المذهب يقطع.

(٦) إجارة صحيحة، أو فاسدة فساداً مختلفاً فيه ومذهبها مختلف. (شامي) (قرر).

(٧) في المكرى.

(٨) في المعار.

(٩) لأن الرجل لم يهتك الحرز وإنما هتكه غيره، فلا قطع عليه، وأما الصبي والمجنون فإنهما وإن أخرجا المتاع فلا قطع على أيهما؛ لأن القلم مرفوع عنهما. (بستان).

به أو في ريح فحملته إلى خارج الحرز[١] أو على دابة فخرجت به لم يقطع، إلا إذا كان خروج الدابة بسبب منه فإنه يقطع[٢]. وقال الشافعي: إنه يقطع في النهر والريح، وقال الإمام يحيى والفقيه يحيى البحيح: إنه يقطع في النهر.

فرع: وإن أكل الطعام أو ادهن بالغالية[٣] ثم خرج لم يقطع[٤]، وإن ابتلع الجوهرة أو نحوها ثم خرج قطع، وإن خلط ما سرقه بماله بحيث لا يتميز ثم خرج به لم يقطع[٥].

مسألة: ولا قطع على الآباء والأمهات[٦] وإن علوا فيما سرقوه من مال الأولاد وفاقاً، ذكره في البحر.

مسألة: إذا سرق الصديق من مال صديقه أو أحد الزوجين[٧] مال صاحبه فإن كان محرزاً منه قطع، وإن لم فلا.

---

(١) وإذا كان خروج الماء أو الريح بسبب نحو أن يكون الماء مسدوداً فيجريه[١] فيكون كما لو ساق الدابة، والله أعلم. لا لو فتح على الدابة فخرجت؛ لأن لها فعلاً. (عامر).

(٢) وما أخرجه القرد المعلم قطع به إن أخرجه بأمره [أي: المعلم له]. لا باختياره. (بحر بلفظه). هلا كان كالصبي. قال الشامي: هو كذلك. ومثله في الزهور.اهـ بل الأولى أن يقطع؛ لأن أمره بالخروج كتهييج الدابة، ولأن الصبي يتعلق به الضمان؛ بخلاف القرد.

(٣) وهي طيب، نوع من المسك والكافور يخلط بماء الورد ثم يسبك على حجر فيتطيب به.

(٤) لأنه أتلفه قبل إخراجه، وعليه القيمة والتعزير. (بستان).

(*) وضمن وعزر. (قرد).

(٥) لأن عدم تميزه قد صار شبهة (بستان). ولو خلط بمثله مثلياً. والقياس أنه يقطع إلا أن يخلطه بقيمي لا يتميز. والمختار البيان.

(٦) ولو كانوا أرقاء. (قرد).

(٧) أما الزوجة فاختار في البحر أنه لا قطع عليها؛ لشبهة الإنفاق، وفي الأزهار: وكذلك الزوجة والشريك. قال في شرحه: فلا تقطع الزوجة إن سرقت من حرز زوجها. وعليه ما لفظه: حيث لم يحرز منها، وإلا قطعت. (كواكب) (قرد).

---

[١] أو فتح مهباً للريح فحملته فإنه يقطع.

مسألة: والمأذون له بالدخول إذا سرق من حيث أذن له بدخوله لم يقطع، خلاف الوافي، ومن منزلٍ غيره يقطع .

الثاني: أن يكون المسروق قدر نصاب السرقة، وهو عشرة دراهم فضة خالصة وفاقاً بين الهادي والمؤيد بالله[١]، وزن كل درهم ثماني وأربعون حبة من الشعير[٢] المتوسط أو ما يساوي ذلك. ولا يشترط كون الدراهم مضروبة التي يقوم بها عند الهادي، وقال المؤيد بالله: بل يشترط. وقال الناصر: إنه قدر خمسة دراهم، وقال مالك والشافعي وأحمد بن عيسى: إنه ربع دينار[٣].

فرع: وليس من شرطه أن يعلم السارق قدر المال، فلو سرق طعاماً قليلاً ثم وجد فيه من بعد شيئاً من الفضة أو نحوها قدر النصاب وجب القطع وفاقاً[٤]، ذكره في البحر.

مسألة: من سرق خمر الذمي أو خنزيره: فمن بلد ليس لهم سكناه لا يقطع وفاقاً؛ لأنه يجوز إراقتها[٥]، ذكره في الشرح، ومن حيث يجوز لهم سكناه لا يقطع أيضاً عند القاسم وزيد بن علي والناصر والمرتضى والمؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي، وقال الهادي: يقطع. قال الفقيه يوسف: وكذا إذا كانوا في بلد بإذن الإمام ولو كان من البلاد التي ليس لهم سكناها ومنعهم الشرع منها، قال في

---

(١) العشرة الدراهم سبع قفال ونصف، والقرش تقديره ثماني قفال وثلث خالصة، والغش ثلث قفلة. فتأتي العشرة الدراهم تسعة أعشار قرش. (قرن).

(٢) في (ج، د): من حب الشعير.

(٣) في (د): إنه قدر ربع دينار.

(٤) يعني: ولا تأثير لجهله؛ لأنه أخرج نصاباً من حرز مثله لا شبهة له فيه فوجب عليه القطع كما لو قصد سرقته، فحصل من مجموع ما ذكرناه أنه لا تأثير للقصد بعد حصول شروط السرقة. (بستان).

(٥) بل يجب.

الشرح: وهي جزيرة العرب وما أسسه المسلمون في غيرها.

مسألة: من سرق ما اختلف في جواز بيعه كالمصحف وكتب الهداية قطع، خلاف أبي حنيفة، قال: ولو كان عليه حلية. وأما ما اختلف في ملكه كالكلب[١] والسنور[٢] فقال في البحر وأبو حنيفة والشافعي: لا يقطع فيه[٣]، وهو يأتي قول المرتضى[٤]، ويأتي على قول القاسم والناصر أنه يقطع، كما ذكراه في مسكر الحنفي.

مسألة: من سرق الطيور المأكولة من حرزها قطع، خلاف أبي حنيفة.

مسألة: من سرق عبداً أو أمة[٥] فإن كان صغيراً لا يميز بينه وبين سيده أو أعمى أو أعجمياً قطع عليه، سواء حمله من الحرز أو جره أو أمره بالخروج معه فخرج، وإن كان كبيراً يميز بينه وبين سيده وينبي عن نفسه[٦] لم يقطع عليه إلا أن يخرجه مكرهاً، نحو أن يحمله أو يجره أو يخوفه ويتهدده إن لم يخرج معه.

---

(١) لا يقطع. (قرد).

(٢) يقطع.

(٣) العبرة بمذهب المسروق عليه، إن كان عنده أنه يملك قطع السارق، وإلا فلا. (قرد).

(*) قال في التذكرة: إلا أن يعتقد المسروق عليه تملكها مذهباً له قطع. وظاهره أن العبرة بمذهب المسروق عليه. وهو ظاهر البحر، ومثله في الديباج.

(*) في الكلب، لا السنور فيقطع. (قرد).

(٤) أراد بقول المرتضى حيث قال: إن الخلاف شبهة، كما ذكره في مسألة من سرق آلات الملاهي التي تأتي، وكلام القاسم والناصر فيها أيضاً. (بستان)

(٥) قال عليه السلام: وكذا من سرق أم الولد فعليه القطع؛ لأنها مال يمكن تقويمه؛ ولهذا يضمن قيمتها من أتلفها، ولأن منافعها مملوكة كالأمة. وكونها مما لا يجوز بيعه لا يمنع من القطع على من سرقها. (بستان).

(٦) أي: يخبر عن نفسه بأنه عبد فلان.

(*) ولو لم يبلغ. (قرد).

فرع[١]: ولا يثبت الإكراه هنا إلا بشهادة عدلين[٢] أو بإقراره مرتين[٣]؛ لأن الإكراه هنا بمنزلة أصل السرقة. وقال أبو يوسف: لا قطع في آدمي مطلقاً، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا قطع في الكبير مطلقاً، قال أصحاب الشافعي: إلا أن يخرجه نائماً أو مجنوناً قطع.

مسألة[٤]: من سرق الحر[٥] فلا قطع عليه مطلقاً ولو كان عليه حلية، وقال في المنتخب ومالك: إنه يقطع في الصغير الذي لا يميز.

فرع[٦]: وكذا فيمن حمل حراً عليه حلية ولو مغصوبة فلا يضمنها ولا يقطع عليها مطلقاً[٧] عند أبي العباس وأبي حنيفة، وقال في شرح أبي مضر: إنه يقطع عليها مطلقاً، وقال الناصر والشافعي: يقطع عليها حيث المحمول صغير لا حيث هو كبير، وكذلك ضمانها.

مسألة: من حمل السارق بما معه حتى أخرجه من الحرز لم يقطع الحامل، بل المحمول[٨]، إلا إن كان مكرهاً ولم يمكنه يرمي بالمسروق لم يقطع.

---

(١) في (ج، د): مسألة.

(٢) أصلين ذكرين. (قرد).

(٣) للقطع لا للمال. (قرد).

(٤) في (ج، د): فرع.

(٥) أو من عتق بعضه؛ لأنه أشبه بالحر. (قرد).

(*) أو مكاتباً؛ لأنه يتصرف لنفسه. (قرد).

(٦) في (ج، د): مسألة.

(٧) يعني: سواء كان صغيراً أو كبيراً؛ لأنه لم يقصد سرقة الحلي، وإنما قصد سرقة الحر؛ فلهذا لم يجب عليه القطع، ولأن يد الصبي ثابتة عليه كاللقيط. (بستان بلفظه).

(٨) ينظر لو كان السارق عبداً. قياس ما تقدم في الغضب في قوله: «لا بنقل ذي اليد» أن يقطع الحامل.

مسألة: ولا يجب القطع حتى يثبت ما يوجبه بإقراره مرتين(١) أو بشهادة عدلين ذكرين أصلين(٢)، وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك: يكفي الإقرار به مرة. قال في البحر: ولا بد في الشهادة أن يذكروا قدر المال وجنسه وصفته(٣)، ويستحب أن يقولوا: ولا نعلم له فيه شبهة، ولا يجب ذلك؛ لأن الأصل عدم الشبهة.

مسألة: والتلقين للسارق بما يسقط الحد واجب(٤) في الإقرار وفي الشهادة؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لقنه ذلك. ويجب سؤال المقر بالسرقة عن كيفية سرقه، وإذا رجع عن إقراره أو ادعى بعده شبهة سقط القطع.

مسألة: إذا وجد المال المسروق في يد رجل والتبس حاله لم يقطع، بل يرد المال إن بقي أو ضمانه إن تلف، ذكره في الشرح.

مسألة: ويجب القطع في الحطب والحشيش(٥) المملوكين المقطوعين، خلاف

---

(١) ولو في مجلس واحد. (قرر). فلو أقر مرة واحدة لم يلزمه الحد. (شرح أزهار). ويلزمه المال. (قرر).

(٢) فلو أقر بعد الشهادة مرة سقط عنه القطع ولزم المال. (قرر).

(*) فلو شهد رجل وامرأتان لم يثبت الحد ويلزم المال.

(٣) وقيل[١]: إنه لا يشترط، بل يكفي أن يقول: أشهد أنه سرق من حرز قدر عشرة دراهم أو ما يساويها.

(*) لأجل الضمان لا للقطع.

(٤) وفي الأزهار: وندب تلقين ما يسقط الحد. (قرر).

(٥) اعلم أنه يجب القطع في كل ما يتمول وله قيمة من الأموال النفيسة وغيرها حتى الطين حيث هو ملك، لكن الهدوية يشترطون نقل السارق له، والمؤيد بالله لا يشترط ذلك، فلو نقل الجدار بينه وبين شريكه وأدخل من الأرض ما يسوى عشرة دراهم والأرض محرز عليها بالحيطان ونحوها قطع، وكذا يجب القطع في غير ذلك مما ينتفع به ويملك وله قيمة، وسواء كان مما يتسارع إليه الفساد أم لا، إذا بلغ النصاب وكان محرزاً. (بستان).

---

[١] في (د): وقال الفقيه محمد بن يحيى.

أبي حنيفة، وكذا فيما يتسارع إليه الفساد كاللحم والطعام، خلاف أبي حنيفة أيضاً، وكذا يجب في التراب المنقول، وكذا غير المنقول عند المؤيد بالله إذا كان محرزاً[١].

مسألة: ولا يقطع من سرق الشجر قبل قطعه[٢] أو الثمر قبل قطفه أو الزرع قبل حصده سواء كان رطباً أو يابساً، وكذا سائر الفواكه والبقول ولو كان ذلك محرزاً، وقال الناصر والشافعي والإمام يحيى: بل يجب القطع في ذلك كله.

فرع: وكذا ما تساقط من الثمار إلى تحت أشجاره ثم سرق فلا قطع فيه[٣]، وأما ما قطف منها وترك تحت أشجاره ففيه تردد[٤]، وإن حمل إلى الجرين المحرزة ففيه القطع.

مسألة: ولا يقطع من سرق آلات الملاهي كالطنبور والعود والشطرنج والمزمار والدف ونحوها، ذكره المرتضى وأصحاب الشافعي[٥]، وقال الشافعي والمنصور بالله: إذا كانت تسوى بعد كسرها نصاب السرقة وجب القطع[٦]، قال المنصور بالله: وكذا إذا كان عليها حلية تسوى عشرة، قال الفقيه يوسف: وكذا عندنا، قال الفقيه حسن: والمراد بهذا إذا سرقها على من لا يستجيزها. وكذلك في المسكر إذا سرقه على من لا يتملكه لم يقطع، وإن سرقه على من يتملكه من المسلمين كالحنفي فعلى ظاهر كلام المرتضى أن الخلاف شبهة تمنع

---

(١) المختار أن الإخراج من الحرز شرط، فحينئذ لا قطع. (قرر).

(٢) ما دام في أصله النابت. (قرر).

(٣) وعن السحولي يقطع، وهو ظاهر الأزهار. (قرر). إذا هو محرز. (قرر).

(٤) المختار القطع. (قرر). إذا كان محرزاً. (قرر).

(٥) لأنه مأذون له بكسرها.

(٦) اللهم إلا أن يدخل لكسرها فلا قطع ولو سرق غيرها. (قرر). إذ القطع لهتك الحرز، ولا هتك حيث دخل ليكسرها؛ لأنه دخل بإذن الشرع، وإنما يجب عليه أن يرد من الكسور ما له قيمة كما يأتي.

القطع، وعند القاسم والناصر وأبي طالب أنه يقطع.

مسألة: من سرق ما يقطع عليه وما لا يقطع عليه في حالة واحدة فإنه يقطع عندنا[١]، خلاف أبي حنيفة[٢]، ذكره في البحر.

مسألة: من سرق جملاً عليه راكب فقال الإمام يحيى: لا يقطع إن كان الراكب حراً؛ لثبوت يده عليه[٣]، وإن كان عبداً قطع، وقيل: لا يقطع مطلقاً، وقيل: يقطع مطلقاً، وقيل: لا يقطع إلا أن يكون الراكب ضعيفاً لا يستطيع الامتناع لو شعر به، ذكر ذلك في البحر[٤]. والأقرب وجوب القطع[٥] على قول الهدوية لا على قول المؤيد بالله كما في ضمان الجمل. [والمراد حيث سرقه من حرز][٦].

مسألة: من سرق من الغنيمة لم يقطع؛ لأنه ما من أحد إلا وله فيها حق، ذكره في التقرير، وقال في البحر: إن كان من الغانمين لم يقطع، ومن غيرهم يقطع. قال في الكافي: وكذا من وطيء أمة من الغنيمة لم يحد.

مسألة: من دخل دار الحرب بأمان وشرط أن لا يغدر بهم ثم سرق منها فقال في البحر والشافعي: يقطع، وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

---

(١) مثاله أن يسرق إناء قيمته عشرة دراهم وفيه خمر. (بستان).

(٢) حجتنا أنه سرق نصاباً لا شبهه فيه؛ فلهذا وجب عليه القطع، وسقوط القطع في الخمر لا يمنع من وجوبه في الإناء. وحجته أنها سرقة لا يجب قطع في جميعها فلا يجب في بعضها، كما لو سرق مالاً مشتركاً بينه وبين غيره. قلنا: الشركة شبهة فافترقا. (بستان).

(٣) قال عليه السلام: بخلاف ما إذا كان عبداً فإن اليد تثبت عليه وعلى ما في يده؛ فلهذا وجب القطع. وقيل: لا يقطع مطلقاً؛ لأن يد الراكب مستولية عليه لم تزل عنه. وقيل: يقطع مطلقاً؛ لأنه سرق من المال نصاباً كاملاً محرزاً لا شبهة له فيه. (بستان).

(٤) وفي البحر ما لفظه: قلت: والمذهب لا قطع إلا حيث أخذ من حرز، وهذا ليس بحرز لما سيأتي.

(٥) إذا كان من حرز. (قرين).

(٦) ما بين المعقوفين من (ب، د).

مسألة: ولا يقطع من سرق من بيت المال[١]، خلاف مالك وأحد قولي الشافعي. وأما من سرق الوقف ففيه وجهان، رجح الإمام يحيى عدم القطع، ورجح الإمام المهدي أحمد بن يحيى القطع ، ذكره في البحر. ولعل المراد حيث هو وقف على معين[٢]، أو على الفقراء وسرقه غني.

مسألة: من سرق المسروق من حرز سارقه أو المغصوب[٣] من حرز غاصبه لم يقطع ؛ لأن مالكه غير راض به فيه، وقيل: يقطع. فأما الرهن والعارية والوديعة والمؤجر إذا سُرق فإنه يقطع عليه[٤].

مسألة: من سرق من ثياب الكعبة المحرزة أو من بسط المسجد[٥] المحرزة فإنه يقطع، خلاف أبي حنيفة والإمام يحيى.

مسألة: من سرق كفن الميت قطع [٦] ولو كان من بيت المال؛ لأن الميت قد صار أخص به، إلا أن يكون للسارق فيه شبهة كشركة فيه أو دين له على الميت مستغرق لماله وفي الكفن زيادة على ما يجب. وقال أبو حنيفة ومحمد: لا قطع في الكفن مطلقاً.

مسألة: قال في البحر: لا يقطع من سرق طعاماً في زمن المجاعة وعدم الطعام

---

(١) ولو ذمياً؛ لأن الطريق تصلح من بيت المال وله فيها حق. (شامي).

(٢) قال القاضي عامر: والعبرة بقيمة المنفعة والعين، والله أعلم.اهـ هذا في العين الموقوفة، وأما مثال قوله في الأزهار: «أو منفعة» فقد مثله في حواشي شرح الأزهار بمثالين فخذه من هناك، وأن العبرة بقيمة المنفعة فقط حال السرقة مقرر عليه.

(٣) لا فوائده فإنه يقطع؛ لأنها أمانة. (قرر).

(٤) وذلك لأن المالك قد رضي بهذا الحرز حرزاً لماله. (بستان).

(٥) في غير أوقات الصلاة. والمذهب ولو في أوقات الصلاة.

(٦) ولو مغصوبة. (قرر). ما لم يكن المالك الذي سرقه فلا قطع .

في الأسواق[١]؛ لقول عمر: لا قطع في عام المجاعة. ووجهه الاضطرار إليه[٢].

مسألة: لا يقطع من سرق مكرهاً وفاقاً بين الهادي والمؤيد بالله.

الثالث: أن يكون السرق[٣] من حرز، خلاف أحمد وإسحاق وزفر. وهو كل موضع عمل في العادة وثيقاً للتحريز ومنع الدخول، وسواء كان بعماره أو خشب أو قصب أو سعف أو نحوه مما يمنع، ذكره في الشرح. ومنه الخيمة وبيت الشعر إذا كان وثيقاً من جوانبه وبابه واحد[٤] فهو كالبيت، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يكون حرزاً إلا أن ينام صاحبه على بابه، وإن نام فيه ففيه قولان[٥] لأصحاب الشافعي. وكذا ما حصن[٦] من الجرين ومراحات الإبل والبقر والغنم ونحوها، والمدفن إذا كان في الموضع المعتاد[٧]، خلاف المتوكل فيه. لا المسارح والمراتع والخيمة التي في الهواء و الكم والجوالق والصندوق ونحوه إذا كان في غير حرز. وقال الإمام يحيى: إنه يجب القطع فيما سرق من البهائم من المراتع[٨] ونحوها إذا كان الراعي مقابلاً له[٩] وهو يقظان ويبلغه صوته، أو كان الحيوان معقولاً بالقرب

---

(١) المختار أنه إن جاز له الأخذ لم يقطع، وذلك عند خشية التلف، وإلا قطع. (شامي).

(٢) وذلك حيث يجب سد الرمق وخشي التلف، وإلا قطع. (قرد).

(*) فان لم يكن مضطراً قطع. (قرد).

(٣) في (أ، ب): المسروق.

(٤) يعني: يشترط في بيوت الشعر والخيمة أن تكون مشدودة الأطراف مستوثقة الجوانب ذات باب واحد؛ لأنه لا يمكن الدخول إليها والخروج منها من غير بابها إلا بضرب من التعب والمعالجة، فصارت كالبيوت. (بستان).

(٥) في (ب): وجهان.

(٦) في (ب): حظر.

(٧) في القرب من البلد والعمق والطول.اهـ والمراد بالعمق ما فوق القفطة من التراب. (قرد).

(٨) المذهب خلافه.

(٩) في (ج، د): مقابلاً لها.

منه ولو غفل عنه أو نام، قال: وكذا إذا كانت الجمال مقطورة وسائقها أو قائدها ينظرها[١]، روى ذلك عنه في البحر. وقال[٢] أبو يوسف: إن الكم حرز مطلقاً[٣]، وقال أبو حنيفة: إنه حرز إذا وضع الشيء المسروق في باطنه وأخذ من داخله[٤]، لا إن وضع في ظاهره، هكذا عنه في الشرح، وروى عنه في البحر عكس هذا.

فرع[٥]: ولا فرق عندنا في الجوالق والصندوق والكيس ونحوها بين أن تكون مربوطة أو مخيطة أو مقفلة أو خلاف ذلك، فليست بحرز في نفسها؛ لأنها مما يحرز عليه، ولو كان صاحبها معها، وسواء كانت في سوق أو شارع أو مسجد، ولو نام صاحبها عليها أو على المال وسرق من تحت رأسه؛ لأن الآخذ من ذلك يسمى مختلساً[٦]، وقد قال ﷺ: ((ليس على المختلس قطع)). وقال الشافعي وأبو حنيفة: إذا كان ذلك مربوطاً أو مخيطاً أو مقفلاً فهو حرز، قال أبو حنيفة: وإن أخذ ذلك بكله وكان صاحبه عنده قطع سارقه. وكذا عنده في كل ما سرق من سوق أو مسجد أو طريق وصاحبه عنده فإنه يقطع عليه.

مسألة: من سرق من بيت لا باب عليه[٧] فإنه يقطع، ذكره الهادي وأبو

---

(١) ولا يعتبر في القطار عدد مخصوص، وأقله تسع، ولا حد لأكثره. وقيل: يشترط التسع؛ إذ لا يعتاد الزيادة عليها. (بحر بلفظه).

(٢) في (ب، د): مسألة: ولا يكون الكم حرزاً خلاف أبي يوسف ..إلخ.

(٣) يعني: سواء وضعه في باطنه أو في ظاهره.

(٤) في الديباج: معنى كلام أبي حنيفة إذا كان الصرار إذا قطع وقعت الدراهم إلى باطن الكم، وإن كان إذا قطع وقعت خارجاً لم يقطع.

(٥) مسألة. (نخ).

(٦) اعلم ان المختلس -وهو السلاب- لا قطع عليه لما ذكره، ولقوله ﷺ: ((ليس على المنتهب ولا على المختلس ولا على الجاحد ولا على الخائن قطع)). (بستان).

(٧) فلو كان له باب كان حرزاً ولو لم يكن فيه المالك، ويعتبر أن يغلق الباب بمنسجة أو نحوها من داخل أو خارج، ذكره الإمام شرف الدين عليه السلام، وظاهر المذهب أن مجرد =

حنيفة، وأبقاه أبو العباس وأبو طالب على ظاهره، وقال الناصر والمؤيد بالله: إنه ليس بحرز، وتأول المؤيد بالله قول الهادي على أن عليه ما يمنعه(١) من الدخول غير الباب كالسعف ونحوه، وتأوله القاضي زيد عُلى أَنَّ صاحب البيت(٢) فيه يحفظ ما فيه، قال الفقيه محمد بن سليمان: وكان يقظاناً لا نائماً(٣). قال الإمام يحيى: وكذا في الخيمة السماوية إذا كان فيها حافظ فهي كالبيت المفتوح(٤).

مسألة: والقبر حرز لما فيه من الكفن الشرعي(٥)، لا لما زاد عليه ولا لغيره، ذكره أبو طالب وأصحاب الشافعي، لكن أصحاب الشافعي شرطوا(٦) أن يكون في المقابر المعتادة(٧).

مسألة: إذا سرق باب الدار ونحوها لم يقطع عليه؛ لأنه محرز به على غيره وليس هو محرزاً، ذكره في الشرح واللمع، وقال الإمام يحيى وأصحاب الشافعي: يجب فيه القطع إذا كان يحتاج إلى قلع وعلاج(٨)، وسواء كان مغلقاً أو مفتوحاً.

الباب كافٍ، وهو الذي يذكر الوالد أيده الله تقريره [عن مشائخه]. (حاشية سحولي).

(١) في (أ، ب): يمنع.

(٢) يعني: حافظه، قال في الكواكب: ولو كلباً. (قرد).

(٣) المختار لا فرق سواء كان منتبهاً ام لا، وسواء كان على بابه أم لا. (شامي). وهو ظاهر الأزهار.

(٤) والمذهب ليست بحرز. (قرد).

(٥) وهو السبعة على قول الهادي عليه السلام.

(٦) في (ب): يشترطوا أن يكونوا.

(٧) لا فرق كما في الزوائد. (شرح أزهار معنى)، وهو يقال: لم اختير في القبر أنه حرز ولو انفرد لا في المدفن؟ ولعله بناء على العرف. (رياض). يقال: ولورود الدليل ولم يفصل.

(٨) وقال الفقيه علي: إذا كان مكللاً فالإكليل حرز لما حجبه من الباب، فاذا كان ذلك القدر المحتجب منه يسوى عشرة قطع عليه. وقيل: بل الإكليل حرز للباب كله، ذكره في البرهان. (بستان بلفظه). والمذهب أنه لا قطع في الباب سواء كان مكللاً أو غير مكلل. والإكليل: هو المردم في العرف.

مسألة: من سرق من قصر أو دار لواحد لم يقطع إلا أن يخرج المسروق من باب القصر[١]، لا إن أخرجه من منزل إلى وسط القصر، قال الإمام يحيى: إلا إذا كان باب القصر مفتوحاً وباب المنزل مغلقاً قطع بإخراجه من المنزل[٢]، وإن كان المنزل مفتوحاً أيضاً لم يقطع حتى يخرجه من باب القصر[٣].

فرع: فإن كان القصر لجماعة مقتسمين له فما سرق من منزل فيه لأحدهم إلى صحن القصر وجب القطع فيه، سواء كان السارق له من أهل القصر أو من غيرهم، وما سرق من موضع عام لهم أو هو لأحدهم لكنه غير محرز منهم: فإن كان السارق منهم لم يقطع، وإن كان من غيرهم قطع إذا أخرجه من باب القصر.

مسألة: من سرق ما يسوى عشرة دراهم فما فوقها لكنه أخرجه من الحرز دفعات في كل دفعة دون العشرة فقال المؤيد بالله وأبو جعفر وأبو حنيفة وأحد قولي أصحاب الشافعي: لا يقطع، وقال الإمام يحيى وأحد قولي أصحاب الشافعي: يقطع، وذكر في شرح الأصول وأحد قولي أصحاب الشافعي أنه إن شعر به المالك[٤] بين الدفعات ثم عاد لأخذ الباقي لم يقطع، وإن لم يشعر به حتى أكمل النصاب قطع[٥].

---

(١) وذلك لأن الذي في القصر محرز بباب القصر دون باب المنزل؛ فلهذا لم يكن المال مخرجاً عن حرزه. (بستان).

(٢) مذهب حيث لا حارس، فإن كان فيه حارس فلا قطع حتى يخرجه من باب القصر.

(٣) وقال المهدي عليه السلام: إن البابين المفتوحين غير حرز حيث لا حافظ فيه، فلا قطع عليه. (بستان).

(٤) ولو كان المالك جماعة والحرز واحد فلعله كذلك، يعني: يعتبر علمهم جميعاً. (قرد).

(*) أي: بالمسروق لا بالسارق. (قرد). وفي حاشية في شرح الأزهار: بالأخذ لا بدخول السارق.

(٥) وهذا إذا كان الحرز واحداً، فأما إذا كان البعض من حرز والآخر من حرز فيحتمل أن يقطع حيث المالك واحد؛ لأنهما بمثابة حرز و احد، ويحتمل أن لا يقطع؛ لأن الهتك الموجب للقطع إنما هو هتك حرز بنصاب، ذكره في الغيث.اهـ وكذا لو كان المسروق وديعة مفرقة مع =

مسألة: من سرق ما يسوى عشرة دراهم من حرز واحد لكن المسروق لجماعة فإنه يُقطع إجماعاً(١)، وسواء كان مشتركاً بينهم أو نصيب كل واحد وحده إذا أخرجه من الحرز دفعة واحدة(٢).

فرع: فإن سرق جماعة قدر عشرة دراهم من حرز واحد دفعة واحدة قُطعوا الكل عند الهدوية وأحد قولي الناصر، وعند زيد بن علي والمؤيد بالله وأحد قولي الناصر والفريقين والإمام يحيى: لا قطع إلا إذا كان حصة كل واحد منهم قدر نصاب السرقة. فإن أخرجوه متفرقاً كل واحد منهم بعضه قُطع من أخرج قدر النصاب لا من أخرج دونه، وسواء كان لواحد أو لجماعة. قال الفقيه علي(٣): وإنما يقطعون الكل إذا فتحوا الباب كلهم، فإن فتحه بعضهم قطع الذي فتحه، ويكون الكلام في باقيهم كمن سرق من بيت مفتوح أو لا باب عليه، وقال الفقيه يوسف: لا فرق كما يأتي(٤).

فرع: فإن كور المتاع بعضهم، وحمله بعضهم إلى عند الباب، ثم أخرجه بعضهم- قطع الذي أخرجه فقط وعزر الباقون، ذكر ذلك في اللمع(٥)، وقال أبو حنيفة: يقطع كل من دخل الحرز. قال الفقيه علي: والمراد بهذا إذا كان الذي

جماعة فيحتمل أنها كالصورة الأولى؛ لأن حرز الوديع حرز للمالك. (غيث).

(*) وعليه الأزهار.

(١) قوله: «إجماعاً» وذلك لأن المعتبر في وجوب القطع كونه سارقاً نصاباً كاملاً من حرز واحد من غير شبهة، وهذا المعنى حاصل في هذه المسألة، ولا فرق بين أن يكون لواحد أو لجماعة. (بستان).

(٢) أو دفعات لم يتخللها علم المالك. (قرد).

(٣) قول الفقيه علي يأتي على القواعد، وقواه الشامي.

(٤) وعليه الأزهار.

(٥) وعليه الأزهار.

أخرج المتاع هو الذي فتح الباب أو فتحوه كلهم، فإن فتحه غيره فلا قطع، وقال الفقيه يوسف: لا فرق ، بل يبقى على ظاهره، ومثله في شرح الإبانة.

مسألة: إذا دخل أحد السارقين ووقف الآخر عند الباب، فأخذ الداخل المتاع ثم أعطاه صاحبه- فالقطع على الذي أخرجه من داخل الباب بحيث إذا أغلق الباب كان المتاع من خارج الباب، فإن أخرجه الداخل بيده ثم قبضه منه الخارج فالقطع على الداخل، فإن أدخل الخارج يده إلى داخل الباب وقبض المتاع ثم أخرجه فالقطع عليه، وإن حملاه معاً حال إخراجه من الباب قطعا معاً، ذكر ذلك في اللمع والإفادة. قال الفقيه حسن: وكذا إذا وضعه الداخل في موضع قيام الباب(١) ثم أخرجه الخارج قطعا معاً(٢).

---

(١) ولفظ الرياض: قوله: «أو توسط في موضع قيام الباب» يعني كان على العتبة وبعضه داخل وبعضه خارج، وهذا فيه نظر؛ لأن المسألة مفروضة أن الداخلين وضعوا على موضع قيام الباب ثم جره الخارج، فأوجب القطع عليهم كما لو حملوه معاً من داخل، ووجه النظر أن الخارج لم يخرج الجميع من الحرز، والداخل لم يخرج الجميع من الحرز، وهو شيء واحد، إلى أن قال ما لفظه: والفقيه حسن كان يذاكر ويقول: إذا وضعه الداخل على العتبة وجره الخارج فإن كان داخل العتبة بنصاب قطع الخارج، وإن كان خارجها بنصاب قطع الداخل، وإن كان الداخل بنصاب والخارج كذلك قطعا . (رياض بلفظه).

(*) لفظ التذكرة: فإن جروه معاً أو توسط في موضع قيام الباب قطعوا. ولفظ الكواكب: قوله: «أو توسط في موضع قيام الباب قطعوا»، مفهوم هذا أنه إذا وضعه الداخل في موضع قيام الباب -وهو الموضع المنخفض من العتبة- ثم أخذه الخارج من ذلك الموضع قطعا جميعاً، وروى الفقيه يوسف عن الفقيه حسن أنه كان يقول: إذا وضع الداخل المال، يعني: إلى آخر كلام الرياض.

(٢) لأنهما هاتكان جميعاً كما لو حملا جميعاً. (بستان معنى).

(*) وقيل: لا قطع على أيهما إذا كان كما ذكر.

فرع: وكذا لو فتح الباب أحدهما أو نقب الدار ثم وقف ودخل الثاني أخذ المتاع وأعطاه الخارج فهو على هذا التفصيل، ذكره في اللمع والبحر. وقال أبو حنيفة: لا قطع على أيهما[١] حيث وقف أحدهما خارج الحرز وتناول المتاع من الداخل.

فرع: وكذا إذا تناول السارق المتاع من خارج بيده[٢] أو بعود أو بخطاف من داخل الحرز فأخرجه فإنه يقطع عندنا[٣]، خلاف أبي حنيفة. قال الفقيه علي: والمراد به إذا كان هو الذي فتح الباب أو نقب الدار، أو كان فيها كوة مفتوحة واحتاج في تناول المتاع إلى تكلف، نحو كشف عورة أو سلم أو تسلق جدار، لا إن كانت يده تصله من غير تكلف فلا قطع عليه[٤].

فرع: وكذا إذا دخل الحرز ثم رمى بالمتاع إلى خارج فإنه يقطع سواء أخذ المتاع هو أو غيره أو تركه، وقال أبو حنيفة: لا يقطع إذا أخذه غيره.

فرع: وكذا إذا أخرج المتاع من الحرز ثم رده إليه فإنه يقطع، خلاف أبي حنيفة.

مسألة: من سرق مالاً مرسلاً على جدار الدار: فإن كانت يده تصله من خارج بغير تكلف لم يقطع[٥]، وإن كانت لا تصله إلا بتكلف قطع.

مسألة: إذا دخل السارق الحرز ثم صب السمن أو نحوه فسال إلى خارج قطع، سواء أخذه من خارج أو غيره أو تركه.

فرع: فإن ذبح الحيوان أو مزّق الثوب داخل الحرز ثم أخرجه نظر في قيمته

---

(١) حجته أن الداخل لم يخرج، والخارج لا شيء عليه. قلنا: هاتكان معاً فقطعا. (بستان).

(٢) بتكلف.

(٣) وعليه الأزهار.

(٤) حيث الواضع للمتاع غير متعد، وإلا كان كالمكور، فيقطع المتناول له بيده. (هبل) (قرر).

(*) وعليه الأزهار.

(٥) حيث كان الواضع غير متعد، وإلا كان كالمكور، فيقطع المتناول له بيده. (هبل).

حال إخراجه: إن كانت عشرة دراهم قطع(١)، وإن كانت دونها لم يقطع. وكذا في نظائره، ذكره في البحر.

مسألة: فإن كان المسروق شيئًا واحدًا وأخرج(٢) السارق بعضه إلى خارج الباب وبقي بعضه داخلاً، وكان الذي قد خرج منه يسوى نصاب السرقة مع كونه متصلاً فقال الفقيهان محمد بن سليمان وحسن: إنه يقطع(٣)، وقال الشافعي والإمام يحيى: لا قطع؛ لأنه لا ينفرد(٤) بعض الشيء الواحد بالحكم دون بعضه. قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: وهو القوي.

مسألة: والقطع هو من مفصل الكف من اليد اليمنى إذا وقع سببه في زمن إمام في مكان يليه، فيقطعه ذلك الإمام أو حاكمه أو مأمور أحدهما كما تقدم في الزنا. وقال أحمد بن عيسى: يقطع من أصول الأصابع.

فرع: ويستحب تعليق يده في عنقه بعد القطع ثلاثة أيام(٥)، ذكره الإمام يحيى، وقال أصحاب الشافعي: ساعة فقط. ويستحب بعد القطع حسم موضعه بزيت أو

---

(١) لعله حيث لم يحصل استهلاك؛ بان لم يزل اسمه ومعظم منافعه، وإلا لم يقطع.

(٢) **فائدة**: قال عليه السلام: والأعمى إذا حمل مقعداً ثم أدخله حرزاً، وكان المقعد يدل الأعمى على المال، فأخذ منه نصاباً- فيحتمل أنهما يقطعان جميعاً؛ لأن المال لم يخرج إلا بهما جميعاً، فهو كما لو اشتركا في إخراجه بالمباشرة، ويحتمل أن يقطع الأعمى[١]؛ لأنه المباشر لإخراجه، وليس من المقعد إلا الدلالة، والأعمى هو المتولي للإخراج بيده، قال عليه السلام: وهذا هو المختار. (بستان).

(٣) مع نقل باقيه عن موضعه. (بحر) كالغصب.اهـ أو قطع ما أخرجه. وظاهر الأزهار في قوله: «وإن لم ينفذ طرفه» وإن لم ينقل؛ لأنه قد هتك الحرز. قلنا: لا هتك إلا بعد الغصب.

(٤) في (د): لأنه ينفرد.

(٥) للزجر.

---

[١] في (ج، د): ويحتمل أن لا يقطع إلا الأعمى. والمثبت من (أ) ومن البستان.

سمن أو قطران مغليات[١] بإذن السارق، ويكون ذلك من بيت المال، فإن لم يكن فمن مال السارق[٢]. وكذا في أجرة القاطع.

فرع: وإنما تقطع يد السارق إذا كان فيها إصبعان أو أكثر، لا دون ذلك؛ لأنها لا تسمى يداً، ذكره في المنتخب وأبو طالب، وقال الشافعي: إذا بقي فيها إصبع، وقال المؤيد بالله تحصيلاً للهادي والقاسم: يقطع ما بقي منها مطلقاً[٣]. قال أبو العباس: وسواء كان زوال أصابعها من قبل السرقة أو من بعدها. يعني فهو على هذا الخلاف.

فرع: إذا قطع السارق بعد السرقة لغير السرقة سقط عنه القطع[٤]؛ لأن ذلك حكم تعلق بيده، وقد زالت، فيسقط، ذكره أصحاب الشافعي وأصحاب أبي حنيفة.

---

(١) قوله: مغليات...إلخ، وذلك لقوله ﷺ: ((اقطعوه واحسموه))، وروي عن أبي بكر وعمر أنهما فعلا ذلك ولأنه بالحسم ينقطع خروج الدم وتنقبض العروق عن انفتاحها بالقطع. (بستان).

(٢) والأولى إن لم يكن بيت مال أن تكون من ذي الحق كما تقدم.

(٣) وهو ظاهر الأزهار، وهو المناسب لقوله: وسواء كان زوال أصابعها.. إلخ.

(٤) ويلزم القاطع القصاص أو الدية على قول المؤيد بالله: إن قاتل الزاني المحصن يقتل، وأما على قول أبي طالب فينظر. (عن بيان حثيث). لا يبعد أن يكون كقاتل المحصن، وللناظر نظره. (شامي). ولعله يقال: فرق بين الزاني المحصن والسارق؛ لأن المحصن قد صار مباح الدم في جميع الأوقات، ولا يرجى له حالة تخرجه عن ذلك، بخلاف السارق فيده ليست مباحة؛ لأنه يسقط عنه القطع بأحد الأمور الأربعة في الأزهار، فينظر هل يستقيم هذا الفرق؟ لأنه خطر بالبال حال الدرس من دون اطلاع على كلام أحد، والله أعلم. بعد رقم هذا اطلعت على حاشية في الصلاة على من قتل تارك الصلاة بغير أمر الإمام: فرق بينه وبين المحصن، فإنه يرجى توبته بخلاف المحصن، وعليه ما معناه: يقال: المحصن قد يقر ثم يرجع عن الإقرار فيعود السؤال، فلعل هذا يجيء مثله ويعود السؤال.اهـ لعله يقال: فرض المسألة ان قد ثبت إحصانه وثبت زناه، فكيف يقال: أن يقر ثم يرجع عن الإقرار، فينظر.

مسألة: إذا كانت يده اليمنى شلاء[(١)] فقال أبو طالب وأحمد بن يحيى والشافعي: لا تقطع، بل رجله اليسرى[(٢)]، وقال زيد بن علي والناصر والمؤيد بالله وأبو حنيفة: بل تقطع يده الشلاء.

مسألة: وإذا كانت يسراه شلاء أو مقطوعة أو مقطوعاً منها إبهامها[(٣)] أو إصبعان[(٤)] غير الإبهام لم تقطع يده اليمنى[(٥)]؛ لئلا تبطل يداه معاً، ولا رجله اليسرى؛ لئلا يبطل شقه الأيسر كله.

فرع: وإذا كانت رجله اليمنى شلاء سقط عنه القطع[(٦)]، ذكره في شرح الإبانة؛ لأنه إن قطعت يده اليمنى بطل شقه الأيمن، وإن قطعت رجله اليسرى بطلت رجلاه. وقال الإمام يحيى: تقطع رجله اليسرى.

---

(١) من قبل السرقة، لا لو حدث من بعد السرقة سقط عنه القطع؛ لتعلقه باليد. (عامر) (قرر).

(٢) ويكون قطعها من مفصل القدم. (شرح فتح) (قرر).

(٣) الأولى قطعها -يعني: اليمين- لأن اليسرى لا تبطل بذهاب الإبهام. (قرر).

(٤) في (ج، د): أو أصبعاً.

(٥) وقيل: تقطع اليد اليمنى حيث بقي في اليسرى إصبعان، كما تقطع اليمنى إذا بقي منها إصبعان. (سحولي). يقال: العلة إنما هي عدم الانتفاع باليسرى لخبر علي عليه السلام، فمهما كان الانتفاع باقياً قطعت اليمنى، ومهما بطل الانتفاع باليسرى أو ضعفت ضعفاً كثيراً لم تقطع اليمنى، بخلاف قطع اليمنى إذا بقي منها إصبعان فيقطعها؛ لتسميتها يداً، فافترقا. (شامي) (قرر).

(*) قوله: «لم تقطع يده اليمنى» وذلك لما ذكر في الكتاب، ولقول علي كرم الله وجهه: (إني لأستحي من الله أن أتركه وليس له ما يأكل به ويتطهر به)، قال عليه السلام: ولأن اليسار إذا عرض لها عارض من شلل أو نقصان من الأصابع فإنه يصيرها ذلك كالمعدومة؛ لقلة منافعها؛ لأنها إذا ذهبت إبهامها لم يكن لها قوة على القبض، وإن ذهب منها إصبعان غير الإبهام لم يبق إلا ما لا ينتفع به، فلا يجوز استهلاك منافعه. (بستان).

(٦) ولا يسقط عنه ضمان السرقة؛ لوجوب القصاص أو الأرش.

مسألة: إذا غلط القاطع فقطع يده اليسرى سقط القطع، خلاف أحد قولي الشافعي، ويضمن القاطع دية يده على عاقلته(١)، وإن تعمد ذلك(٢) قطعت يده، ذكر ذلك المؤيد بالله للهادي، وهو قول الشافعي، قال الفقيه علي: وهو المذهب، وقال الناصر وأبو حنيفة وخرجه أبو طالب للهادي والقاسم: إنه لا يضمن القاطع إذا كان خطأ؛ لأنه قد سقط القطع عن السارق. وإذا ادعى الخطأ قبل قوله. وقال الشافعي: إنها تقطع يمنى السارق بعد يسراه.

مسألة: ولا تصح الشهادة بالسرقة إلا بعد دعوى من المسروق عليه، ذكره أبو طالب وأبو العباس والفقهاء، وعند الناصر وتخريج المؤيد بالله(٣) أنها تصح حسبة.

مسألة: إذا سرق سارق على جماعة سرقات مختلفة ثم رفعه أحدهم إلى الحاكم فقطعه فقال أبو طالب وأبو حنيفة ومحمد: يكون القطع لهم الكل؛ فيسقط عنه ضمان الكل، وقال أبو يوسف: يكون القطع للذي رفعه فقط؛ ويضمن(٤) للباقين(٥)، وعلى قول الناصر والمؤيد بالله: القطع يجزي عن الكل سواء رافعه أحدهم أو غيرهم حسبة.

---

(١) قلنا: إلزام العاقلة بدليل شرعي خاص في جناية مخصوصة، وهنا لا دليل. (بحر بلفظه).

(٢) وهو أن يعلم أنها اليسرى وأن الواجب قطع اليمنى. (شرح أزهار).

(٣) للهادي عليه السلام، وهو ظاهر الأزهار في قوله: ولغير مدع في حق آدمي محض.

(٤) في (ب، د): فيضمن.

(٥) ينظر لو كان أحد المسروق عليهم قد عفا قبل القطع هل يضمن ماله أم لا؟ القياس أنه يضمن له[١]، وهو مأخوذ من تعليل أبي يوسف؛ لأنا لو سلمنا له كون القطع لمن رافع كان الضمان لمن عداه. (شامي).

(*) قلنا: لا يجتمع عليه غرمان بعد قطع.

---

[١] وهو قياس ما يأتي في الجنايات فيمن قتل جماعة ثم عفا بعضهم وقتله الباقون أن العافي يستحق الدية من مال القاتل.

مسألة: وإذا قطع السارق ثم سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى من مفصل القدم، فإن سرق بعد ذلك حبس، قال القاضي جعفر: إلى أن يظهر توبته. وقال الشافعي: تقطع يده اليسرى للثالثة، ثم رجله اليمنى للرابعة، ثم يحبس للخامسة. وقال عثمان وعمر بن عبدالعزيز: إنه يقتل للخامسة.

مسألة: ويستحب للمسروق عليه أن يعفو عن السارق بترك المرافعة له، وكذا يستحب للشهود ترك مرافعته على القول بالحسبة، إلا إذا عرفوا أنه لا ينزجر عن السرق إلا بالقطع وجب رفعه، فأما بعد رفعه[1] إلى الحاكم فلا يصح العفو عنه من المدعي ولا من الشهود ولا من الحاكم، ولا لغيرهم أن يشفع في ذلك. وقال أبو حنيفة: يصح العفو عنه مطلقا.

مسألة: وإذا ادعى السارق شبهة سقط عنه القطع[2]، وكذا إذا رجع عن إقراره بالسرقة سقط عنه القطع، خلاف مالك، لا المال فلا يسقط عنه[3]، خلاف بعض أصحاب الشافعي.

فرع: فلو رجع السارق عن إقراره حال قطع يده لم يتم القطع إن كان يرجى نفع يده، وإن كان لا يرجى نفعها خير السارق بين تمام قطعها أو تركها.

مسألة: ولا يعتبر حضور الشهود ولا المسروق عليه عند القطع، ذكره في التقرير، خلاف الوافي.

مسألة: إذا طلب السارق أن يتولى قطع يده بنفسه ففيه وجهان: أحدهما: يجاب إلى ذلك؛ لأن ليس فيه تشف لأحد كما في القصاص. والثاني: لا يجاب إليه كسائر الحدود، ورجحه الإمام يحيى.

---

(١) وقد تقدم في القذف بعد الرفع والثبوت.اهـ بل لا فرق سواء قد ثبت القطع أم لا.

(٢) وكذا إذا أقر مرة بعد قيام الشهادة سقط عنه القطع. (دواري).

(*) مع الاحتمال. (قرد).

(٣) ما لم يصادقه المالك. (قرد). (من هامش شرح الأزهار).

مسألة: إذا رد السارق العين المسروقة لمالكها قبل قطعه لم يسقط القطع(١)، وكذا إذا ملكها السارق بصلح أو ضمان(٢) أو شراء أو هبة لم يسقط القطع، خلاف أبي العباس وأبي حنيفة، لكن قال في البحر والتفريعات وأبو يوسف: إن هذا(٣) إذا كان بعد المرافعة، فأما إذا كان قبلها فإنه يسقط القطع، قال الفقيه يوسف: وهو القوي. وقال مالك والشافعي: لا يسقط مطلقاً.

مسألة: إذا قطع السارق والعين المسروقة باقية معه لزمه ردها، وإن كانت مع غيره فإن تعذر ردها فلا شيء عليه، وإن أمكن استرجاعها ممن هي في يده وجب إن كان لا يؤدي إلى تضمين السارق(٤)، نحو أن يكون قد وهبها أو أخذت عليه، وإن كان يؤدي إلى تضمينه نحو أن يكون قد باعها(٥) فيرجع المشتري عليه بالثمن

---

(١) وهذا مما لا خلاف فيه، قال في الزهور: وقد رد لصفوان رداؤه مع قطع السارق. (بستان).

(٢) ينظر كيف صورته؟ في تعليق بن مفتاح على التذكرة ما معناه: المراد بالضمان إذا ملك السارق الشيء المسروق بالخلط أو بإزالة اسمه ومعظم منافعه، فإنه حينئذٍ يملك ويضمن إذا كان بعد الرضا.

(٣) في (ج، د): إنه لا يسقط.

(٤) وهل يكون هو المطالب[١] بما في يد غيره بغير عوض مع وجوب القطع أو المالك يطالب بحقه؟ أطلق في التذكرة وغيرها في كتاب البيع في باب القرض أنه لا يطالب، وقد نظره الفقيه حسن، وكذا نظره في البحر. (شرح فتح بلفظه). يعني: حيث قال: ويطالب السارق برد الباقي كالغاصب. ولفظ البيان قبيل فصل في الربا: قال أبو العباس: إلا السارق الذي لزمه القطع فهو غير مضمون عليه فلا يسترجعه، قال الفقيه حسن: وفيه نظر؛ لأنه يلزمه رده للبائع ما دام باقياً.

(*) ولا غرامة. (قرر).

(٥) لكن يقال: ما حكم المبيع في يد المشتري؟ في بيان حثيث: ولا يحل لمن صار إليه. وعن التهامي: يطيب للمشتري.

---

[١] في نسخة من شرح الفتح: المطالب والمطالب، وهكذا في نسخ البيان (ج، د).

بعد تلفه[١] لم يجب ردها، ذكره في شرح الإبانة والفقيهان يحيى البحيح وحسن، وقال في التفريعات والفقيه علي: بل يجب ردها ولو رجع المشتري على السارق بالثمن. وإن كانت العين تالفة فلا ضمان على السارق؛ لئلا يجتمع عليه القطع والضمان، سواء تلفت بفعله أو بغيره، وسواء تلفت قبل القطع أو بعده إذا كان قبل الحكم عليه بردها. وقال الناصر والشافعي: إنه يضمنها مطلقاً.

مسألة: من سرق شيئاً وقطع عليه ورده لمالكه ثم سرقه ثانياً لم يقطع عليه؛ لأن القطع الأول صار شبهة له فيه، ذكره أبو العباس وأبو حنيفة، قال الفقيه علي: وسواء سرقه من مالكه الأول أو من مالك آخر. وقال الناصر والشافعي: إنه يقطع مطلقاً. وقال في الحفيظ: إن كان المسروق باقياً على صفته لم يقطع، وإن كان قد تغير عنها -نحو أن يكون قطناً وقد غزل، أو يكون غزلاً وقد نسج- فإنه يقطع عليه ثانياً.

مسألة: إذا رخص سعر المسروق حتى نقصت قيمته عن العشرة قبل القطع فإنه يسقط القطع[٢]، خلاف الشافعي، وسواء كان النقصان قبل المرافعة أو بعدها قبل القطع. وفي العكس حيث سرق ما يسوى دون العشرة ثم زاد سعره فلا يقطع وفاقاً.

مسألة: من وجب عليه القطع والقتل أو الرجم فإنه يقطع ثم يقتل أو يرجم. وقال أبو حنيفة: يدخل القطع في القتل أو الرجم.

---

(١) فأما لو كان باقياً ردها أو عوضها، ومثله في شرح الفتح. (قرد). ولفظ البستان: فأما إذا كان باعها ولم يقبض الثمن وحب ردها، أو كان قد قبضه وهو باق في يده غير تالف وجب ردها أيضاً. (بستان).

(٢) ولو عاد بعد النقص؛ لأنه يشترط استمرار القيمة نصاباً من وقت السرقة إلى وقت القطع، هكذا في شرح الفتح وغيره.

(*) لكن ينظر هل مع بقاء العين أو مطلقاً؟ قيل: في القيمي الباقي، وفي المثلي مطلقاً. (هبل).

(*) ولو بعد الحكم. (قرد).

[حد المحارب]

النوع الخامس: **حد المحارب**، وهو من حمل السلاح وأخاف الطريق يريد نهب الأموال من المسلمين أو الذميين أو المعاهدين من أهل الحرب، ولو كان سلاحه العصا أو الحجر[(١)]، خلاف أبي حنيفة، ولو كان امرأة، خلاف أبي حنيفة، وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو معاهداً. لا من أعان المحارب فلا يكون محارباً، خلاف أبي حنيفة.

مسألة: ومن أخاف الناس في المصر وأخذ أموالهم فليس بمحارب، بل سارق إن أخذ المال خفية من حرز، فحكمه كالسارق، وإن أخذه خفية من غير حرز فهو مختلس، وإن أخذه جهراً وهرب فهو يسمى طراراً، وإن لم يهرب فهو غاصب، وحكمهم أنه يعزرون ويردون ما أخذوه إن بقي، وإلا ضمنوه، هذا قول الهادي وأبي حنيفة. وتأول أبو طالب قول الهادي وتأول أبو بكر الرازي قول أبي حنيفة على أن ذلك حيث يكون يحصل الغوث من المسلمين، فأما حيث لا يحصل الغوث كسلاطين الظلم[(٢)] وأمراء الجور فهم محاربون إذا كان لهم منعة. وقال الناصر والمؤيد بالله والشافعي وأبو يوسف ومحمد والإمام يحيى:

---

(١) قوله: «العصا أو الحجر» قال عليه السلام: وكذا المقلاع والدبوس وغير ذلك مما لا يعد جارحاً؛ لأن هذه الأمور التي ذكرناها من جملة الأسلحة القاتلة فأشبهت السيف والرمح، خلاف أبي حنيفة فيعتبر السلاح الجارح عنده، وإلا فهم نهابون طرارون مختلسون يجب تعزيرهم فقط. لنا ما مر. (بستان بلفظه).

(٢) يعني: المتولين على المدن والأمصار والأقاليم، فلهم حكم المحارب؛ لإفسادهم في الأرض وأخذهم المال حيث لا مغيث منهم ولا ملجأ عنهم ولا دافع عن ظلمهم، فقد حصلت حقيقة المحاربة في حقهم، فعليهم حد المحارب إن ظفر الإمام بهم. وقول الناصر ومن معه كما ترى، وحجتهم أن الآية لم تفصل بين المصر وغيره. قلنا: فصل القياس. (بستان).

إنهم محاربون[١] مطلقاً[٢].

فرع: قال في الكافي: من قطع الطريق في بلاد البغاة لم يكن محارباً. قيل: وهو بناء على قول الهدوية: إنه يعتبر وقوع سبب الحد في بلد يليها إمام حق، وأما على قول المؤيد بالله فلا يعتبر ذلك.

مسألة: وحكم المحارب أن الإمام يطرده ويلحقه بالخيل والرجل[٣] إلى حيث يزول ضرره، فإن أتاه تائباً قبل يظفر به صحت توبته ولزم قبولها، وسقط عنه كل حق لله تعالى ولبني آدم حتى القتل والديون والغصب والسرق وغير ذلك، يعني مما قد أتلفه[٤]، ذكره في الأزهار، وكذا لو تاب ولم يرجع إلى الإمام أو لم يكن إمام فإنه يسقط عنه كل شيء[٥] فيما بينه وبين الله تعالى، وهذا قول الهادي.

---

(١) هذا يستقيم على قول المؤيد بالله، وأما على قول الهدوية فلا، وقد بنى عليه الإمام المهدي عليه السلام في الغيث هنا[١]، وبنى في السير على كلام المؤيد بالله، وهو محمول حيث لا منعة ولا فئة.

(٢) واختاره الإمام شرف الدين عليه السلام. وقد بنى عليه فيما سيأتي في السير في قوله: ومن عاداه فبقلبه مخطٍ...إلخ.

(٣) في (أ): أو الرجل.

(٤) في حال المحاربة، لا قبلها. (شرح فتح). أو في حال المحاربة بمعاملة أو نحوها فلا يسقط. (مفتي).

(*) حساً، لا حكماً فيرده بغير أرش. (قرر).

(٥) ما لم يحكم عليه بالوجوب. (قرر).

---

[١] يعني: بنى هنا أنهم غير محاربين، ولفظ الغيث هنا: **تنبيه**: قال المؤيد بالله والإمام يحيى: والظلمة المستولون على المدن والأمصار والأقاليم لهم حكم المحارب؛ لإفسادهم في الأرض وأخذهم المال حيث لا مغيث منهم، فعمتهم الآية، واستحقوا حد المحارب. قلت: أما إذا كان المحارب هو من أخاف السبيل في غير المصر فهؤلاء خارجون؛ لأنهم ربما أمنوا السبيل من الطرارين والنهابين، فأما ما يأخذونه من الجباء والعقوبات[٠] فهو ظلم بحت، وهل يجب إجراء أحكام المحاربين عليهم بالقياس لا بالعموم في الآية؟ فيه نظر، ولعله ينبني على الخلاف في جواز إثبات الحد بالقياس، والله أعلم. (بلفظه).

[٠] في المخطوطات: والمعونات، والمثبت من الغيث.

(*) حال المحاربة بغير معاملة. (قرر).

وعند زيد بن علي والناصر والمؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي أنها تسقط عنه حقوق الله المالية وغير المالية، لا حقوق الآدميين المالية[١] وغيرها كالقصاص وحد القذف في الصورتين معاً[٢]. وقال الإمام يحيى وأحد قولي الشافعي: لا يسقط عنه شيء قط حتى الحدود[٣].

فرع: وإذا طالبه من له عليه حق تحاكما، فما كان مذهب الحاكم حكم به بينهما ولزمهما ظاهراً وباطناً.

فرع: ويتفقون في الكافر[٤] الحربي إذا أسلم أنه يسقط عنه كل ما عليه من ذلك كله، إلا ما كان باقياً بعينه من حقوق بني أدم فيرده عند المؤيد بالله والشافعي، لا عند الهدوية[٥].

فرع: فلو قتل المحارب بعد توبته هذه بقصاص[٦] أو غيره قتل الإمام قاتله، ذكره الهادي، فقيل: إن مراده إذا لم يكن للمحارب وارثٌ، وقيل: إن مراده يقتله الإمام بإذن الوارث، وقيل: إن مراده يحكم عليه الإمام بالقتل لوارث المحارب، وقيل: بل هو على ظاهره أن الإمام يقتل قاتله على وجه الحد له[٧]؛ لأن الإسلام قد حرم دمه، لا أنه على وجه القصاص.

مسألة: وإذا راسل المحارب أو كاتب إلى الإمام قبل أن يتوب وطلب منه أن

---

(١) «المالية» سقطت من (ج، د).

(٢) حيث تاب وعاد إلى الإمام وحيث تاب ولم يعد إلى الإمام. وقيل: هما مع وجود الإمام وعدمه.

(٣) إلا حد المحاربة.

(٤) مع إدخاله إياه دارهم قهراً. (قرين).

(٥) لأن قد ملكوه مع إدخالهم إياه دارهم قهراً.

(٦) قوله: «بقصاص» على قتل كان منه، وهذه الأقوال كما ترى، وهي في البرهان وغيره مطلقة، ولم أطلع على أسماء أهلها فأنقلها. (بستان).

(٧) وقيل: لا يكون قتله حداً إلا أن يكون مستحلاً لدمه. ومثله عن القاضي عامر.

يقبل منه التوبة أو أنه يؤمنه فإنه يعمل برأيه، فإن ظن صدقه أو عرف أن غيره من أهل الفساد يقتدي به في التوبة قبل منه، وإن رأى الصلاح في عدم قبوله -نحو أن يكون غيره يقتدي به في أنه يعمل مثل عمله ثم يتوب- لم يقبل منه ولا[١] يؤمنه، لكن إذا تاب لم يجز قتله[٢]؛ لأن توبته مقبولة عند الله تعالى، ذكره في الشرح.

مسألة: فإن ظفر الإمام بالمحارب قبل يتوب: فإن لم يكن قد أحدث شيئاً من القتل والجرح وأخذ المال عزره بما رآه[٣]، ولا ينفيه[٤]، ذكره أبو طالب وأصحاب الشافعي، وذكر المؤيد بالله لمذهب الهادي أنه يطرده سنة عن بلاد المسلمين، ذكره في التقرير، وقال في شرح الإبانة. يطرده عن بلده فقط، وذلك بعد التعزير[٥]. وقال الناصر وأبو حنيفة: يحبسه سنة.

فرع: وإن كان قد أحدث شيئاً من ذلك: فإن كان أخذ المال فقط قطع يده اليمنى ورجله اليسرى[٦] إذا كان المال الذي أخذه قدر عشرة دراهم فما فوق[٧]، لا إن كان دونها فيعزره. وإن كان قتل غيره فقط قتله الإمام[٨] ثم صلبه حتى ينتثر عظامه، وسواء قتل مسلماً أو ذمياً، حراً أو عبداً[٩]، ذكره في البحر. وإن كان قد قتل

---

(١) في (ب): ولم.

(٢) فإن قتله قاتل قتل به. (حاشية سحولي) (قرر).

(٣) لفظ الأزهار: يعزره الإمام أو ينفيه بالطرد.

(٤) لفظ شرح الأزهار: قال أبو طالب وأحد قولي الشافعي: ولا يجمع بين التعزير والنفي.

(*) مع التعزير. (قرر).

(٥) لفظ الأزهار: يعزره الإمام أو ينفيه بالطرد. (قرر).

(٦) يده لأخذ المال [وهو النصاب]، ورجله لإخافة الطريق. (كشاف).

(٧) ولو دفعات أو بيت مال أو تخلل علم المالك. (قرر).

(٨) يعني: لا وارث المقتول؛ لقوله تعالى: ﴿أَنْ يُقَتَّلُوا﴾ [المائدة٣٣] وهذا الخطاب إنما هو للأئمة؛ لأنه حد كالردة. (بستان).

(٩) ولو قتل امرأة أو فرعاً. (حاشية سحولي) (قرر). لأن هذا حد، وأمره إلى الإمام. (حاشية سحولي) (قرر).

غيره وأخذ المال فإنه يقتل ثم يصلب[١] -أي: يشنق- حتى تتناثر عظامه عند الهادي والمؤيد بالله وأبي طالب والشافعي، ولا تقطع يده ورجله، ولا يصلب حياً، وقال الناصر وأبو يوسف والإمام يحيى: إنه يصلب حياً ثلاثة أيام ثم يطعن بطنه حتى يموت، وقال أبو العباس وتخريج المؤيد بالله وأحد قولي الناصر: إنه يخير الإمام إن شاء صلبه ثم قتله، وإن شاء قتله ثم صلبه، وإن شاء قطع يده ورجله ثم قتله ثم صلبه؛ لأن ذلك ظاهر الآية[٢]. وسواء كان القتل منه عمداً أو خطأ إذا وقع في حال محاربته، ذكره في البحر. وإن كان قد قتل غيره وجرح ما فيه القصاص فإنه يقتل ولا يجرح، وإن كان قد جرح وأخذ المال قطعت يده ورجله وسقط المال ولم يجرح؛ لأن ذلك حد لا قصاص؛ فلا يحتاج إلى طلب الولي، بل أمره إلى الإمام[٣]. وقال الشافعي: إنه يجرح ثم يقتل أو يقطع.

فرع: وإذا تاب المحارب بعد ما ظفر به الإمام لم يسقط عنه الحد، خلاف أحد قولي الشافعي، ولا يصح العفو عنه من الإمام[٤] ولا من أولياء القتل والمال[٥]، ذكره في الشرح.

---

(١) ولا يؤخذ عليه المال من تركته ما قد أتلفه، ويسترد الباقي في يده أو في يد غيره بغير عوض. (فتح).

(٢) يقال: قد ذكر في الثمرات أن المراد بالآية الكريمة الجمع لا التخيير...إلخ ما ذكره.

(٣) ومتى قتله الإمام حداً فقد سقط عنه جميع ما كان فعله بالمحاربة من قتل أو جرح أو أخذ مال، فلا يطالب بشيء من تركته، إلا ما كان باقياً بعينه من الأموال فإنه يرد، وقال الفقيهان يحيى البحيح وعلي: بل تكون دية من قتله في ماله.

(٤) هذا مطلق مقيد بما تقدم في قوله: وله إسقاطها وتأخيرها لِمصلحة. (من هامش شرح الأزهار).

(٥) لا يصح العفو عنه من الإمام لأن الحق لله تعالى فلا يصح العفو عنه منه، ولا من الأولياء لأن الخطاب في الآية ليس لهم. (بستان).

فرع: وإذا كان المحاربون جماعة بعضهم قد قتل وبعضهم قد أخذ المال فإنه يفعل بكل واحد منهم ما يستحقه من قتل أو قطع ولو كان بعضهم رجالاً وبعضهم نساء، خلاف أبي حنيفة في النساء.

مسألة: ويثبت كونه محارباً بشهادة عدلين أو بإقراره مرتين(١) أو بالتواتر(٢). ويعتبر في الشاهدين أن يكونا من غير المجني عليهم، ويجوز كونهما من رفقائهم(٣)، ذكره في البحر [قال سيدنا عماد الدين(٤):] ولعل المراد حيث كان الرفقاء بغير أجرة. قال الإمام يحيى: وإذا كان المحارب قد لزمه قصاص في نفس أو عضو قبل المحاربة فإنه يقدم ذلك على الحد؛ لأنه حق لآدمي، ذكره في البحر(٥).

---

(١) ويبطل بالرجوع.

(٢) للتعزير. (شرح فتح). لا للحد فلا بد من شهادة كاملة أو إقرار.

(*) أما التواتر ففيه نظر؛ لأن الحد لا يثبت بالعلم. يقال: الثابت بالعلم كونه محاربًا، وأما الحد من قتل أو قطع فلا يثبت إلا بما تثبت به الحدود، فأما نفيه أو تعزيره فليس بحد، بل هو تعزير، وهو يثبت بالعلم. (شامي عن المفتي رحمه الله).

(٣) حيث قالوا: تعرضوا لرفقائنا. قلت: لا حيث قالوا: تعرضوا لنا فلا تقبل الشهادة، هذا معنى ما في شرح الأزهار.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من (ب).

(٥) قيل: ولعله يأتي الخلاف في تقديم حق الآدمي على حق الله تعالى، ذكر ذلك في البحر، ومثله في البستان، ولفظ حاشية: قلت: بناء على تقديم حق الآدمي، وقد قرر خلافه.

[حد المرتد ومن في حكمه]

النوع السادس: **حد المرتد** ومن في حكمه ممن يستحق القتل، وهم عشرة: المرتد، والحربي(١)، والمحارب، والباغي، والزنديق، والساحر، والديوث، والزاني المحصن، وقاطع الصلاة أو الصوم(٢) عند الهادي، ومن وجده الرجل يزني بأهله على قول أبي طالب.

فرع: والزنديق: هو من يجعل لله ثانياً. وقد استعمل في كل ملحد. قال الفقيه يوسف: والزنديق والساحر داخلان في المرتد(٣).

مسألة: وأسباب الردة ثلاثة: القول والفعل والاعتقاد، أما القول فنحو أن يقول مختاراً غير حاكٍ عن غيره ولا ساهٍ -قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: ولا جاهل(٤)-: هو كافر أو يهودي أو نحوه، أو أن الله يظلم، أو أن له ثانيا، أو يسب الله تعالى، أو يسب ملكاً أو نبياً، أو يقول في شيء مما علم تحريمه ضرورة من الدين كالزنا والخمر ونحوهما: إنه حلال، أو فيما علم وجوبه ضرورة كالصلوات الخمس ونحوها: إنه غير واجب، لكن إن اعتقد ما لفظ به في ذلك كله كفر وفاقاً، وإن لم يعتقده فقال المؤيد بالله: يكفر وفاقاً(٥)، ومثله ذكر في شرح الإبانة وأبو علي، وقال

---

(١) بعد أسره فيكون أمره إلى الإمام، فأما قبل أسره فدمه مباح لكل أحد، لكن يقال: قد صار عبداً بعد أسره، والعبد لا يقتل. (حثيث). ولعله حيث لا يسترق، كأن يكون عربياً لا كتاب له، هذا والله أعلم. (شامي).

(٢) بعد الاستتابة. (قرر).

(*) أو الطهارة القطعية. (مفتي).

(٣) إن تقدم منهما إسلام.

(٤) ينظر ففي الأزهار: وإن لم يعتقد معناه، فتأمل.

(٥) وهو ظاهر القرآن في قوله تعالى: ﴿لَقَدْ كَفَرَ الَّذِينَ قَالُوا إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمَسِيحُ ابْنُ مَرْيَمَ﴾ [المائدة٧٢].

أبو هاشم وأبو مضر والأمير الحسين: لا يكفر. قال حميد الشيهد: الخلاف فيما لا نقص فيه على الله تعالى مثل كلمة الكفر ونحوها، فأما ما فيه نقص على الله تعالى كقوله: إنه يظلم أو إن له ثانياً فإنه يكفر به وفاقاً ولو لم يعتقده.

مسألة: وأما الفعل فهو ما كان فيه استخفاف بالله تعالى أو بكتابه أو برسوله، كالرمي بالمصحف في القاذورات[١] وقتل النبي فإنه يكفر به مطلقاً، قال في البحر: وكذا إخراب المساجد وتمزيق المصاحف على وجه الاستخفاف، وكذا هدم الكعبة استخفافاً بها، فإن كان غير استخفاف فلعذر جاز، ولغير عذر قال الشافعي وبعض المعتزلة: يكون كفراً، وقال المؤيد بالله: لا يكون كفراً.

فرع: فلو رمى نبياً عمداً صار مرتداً، فلو تاب قبل وقوع السهم في النبي صح إسلامه ولم يسم كافراً حال وقوع السهم، خلاف البلخي[٢].

فرع: وما لم يكن فيه استخفاف بالله وملائكته وكتبه ورسله -نحو وضع الزنار على نفسه، أو السجود لصنم أو لأدمي[٣] مختاراً- فإن اعتقد استحقاق ذلك[٤] كفر به وفاقاً، وإن لم يعتقد استحقاقه بل فعله على وجه الهزل فقال في شرح الإبانة عن السادة والفقهاء، وهو قول أبي هاشم وأبي رشيد وقاضي

---

(١) مع قصد الإهانة. (قرر).

(*) قال في الانتصار: وكذا كتب الحديث والفقه، وكذا كل علم شرعي اشتمل عليه اسم الله تعالى.اهـ لعله مع الاستخفاف. (قرر).

(*) مع علمه بأن ذلك الفعل كفر. (شرح أثمار). ظاهر كلام أهل المذهب ولو جهل كونه كفراً.

(٢) فإنه سمى فعله كفراً، لا أنه يسمي فاعله كافراً.

(٣) وأما الركوع فبنية العبادة كفر إجماعاً، وبنية التعظيم ليس بكفر على قول الأكثر، بل يأثم. وأما الانحناء فيكره فقط. (قرر).

(٤) يعني: اعتقد أن ذلك الذي فعله حق وأن الذي سجد له يستحق السجود له والعبادة، فهذا لا خلاف في كفره. (بستان).

القضاة: لا يكفر به، وقال أبو طالب وأبو علي والجرجاني وأبو القاسم الكعبي[١]: إنه يكفر به.

فرع: من عقد النكاح بأمه أو أخته أو نحوهما عالماً بالتحريم كفر بذلك؛ لإظهاره تحليل ما حرم الله، ذكره المؤيد بالله والفقيه علي.

مسألة: وأما الاعتقاد فهو أن يعتقد شيئاً من هذه الأشياء التي توجب الكفر فإنه يكفر به وفاقاً.

مسألة: إذا انتقل ذمي من ملته إلى ملة أخرى من ملل الكفر أدب ولم يقتل، ويقر على حاله، وتؤخذ منه الجزية، وأحد قولي الشافعي أنه لا يقر[٢]، بل يطلب منه رجوعه إلى ملته[٣]، فإذا امتنع أخرج إلى دار الحرب، ذكر ذلك في الشرح.

مسألة: من أقر على نفسه بالردة أو بالكفر صار مرتداً بنفس إقراره[٤]، ذكره في الشرح.

---

(١) هو البلخي.

(٢) لأنهم إنما صولحوا على ما هم عليه، دون الانتقال من دين إلى دين، وقد قال ﷺ: ((من بدل دينه فاقتلوه)) ولم يفصل، خلا أنا لا نقتله؛ لأجل الذمة، بل ينبذ إليه عهده ويلحق بدار الحرب. قال عليه السلام: والمختار هو الأول؛ لأنه لو استحق نبذ العهد إليه لكان لا يخلو: إما أن يستحقه لخروجه من الكفر أو لدخوله في الكفر، ولا خلاف أنه لا يستحقه لخروجه من الكفر؛ لأنه هو الواجب عليه الخروج منه، ولا يستحقه لدخوله في الكفر؛ لأن الكفر الثاني مثل الكفر الأول في ثبوت الذمة عليه واستحقاق الجزية منه، فلا يستحق نبذ العهد إليه، وكما لو خرج بعض فرق النصارى إلى بعض فإنه يقر بجامع النصرانية، فهكذا يقر هذا بجامع حكم الذمة وتأدية الجزية. (بستان لفظًا).

(٣) وقال الدواري: لا يقبل منه إلا الإسلام أو السيف، وقد يقوى، والله أعلم.

(٤) ظاهره ولو مرة واحدة. يقال: فلو رجع عن الإقرار هل يقبل رجوعه؟ وظاهر الكلام أن صيغة الإقرار بالكفر إنشاء وليس بإقرار حقيقة؛ إذاً لاعتبر التكرار، فصح [وصح (نخ)] الرجوع كسائر الحدود. (قرر).

مسألة: السكران إذا ارتد فقال الهادي والمؤيد بالله والشافعي: تصح ردته[١]، وقال الناصر وأبو حنيفة والإمام يحيى: لا تصح ردته.

مسألة: وحكم المرتد أنه يستتاب مرة، ويؤجل ثلاثة أيام وجوباً، ويستحب تكرير التوبة عليه في هذه الأيام، ذكر ذلك أبو طالب، وقال الناصر والمؤيد بالله وأبو حنيفة وأحد قولي الشافعي: لا تجب استتابته[٢].

فرع: وتوبته تكون بالشهادتين والتبري من سائر الأديان[٣] سوى دين الإسلام، ذكره في البحر وشرح الإبانة. وإذا تاب قبلت توبته عند الأكثر، خلاف رواية عن مالك وعن أحمد. وكلما ارتد ثم تاب مرة بعد مرة ولو كثر فتوبته مقبولة، وقال ابن راهويه: لا تقبل بعد الثالثة.

فرع: وإذا تاب في حال سكره فقال أبو حنيفة: لا تصح توبته، وهو أولى[٤]؛ لأن التكليف ساقط عنه[٥]، وقال الشافعي والإمام يحيى: بل تصح، قال الإمام يحيى: وإذا امتنع منها في حال سكره قتل، ذكره في البحر.

---

(١) كطلاقه.

(٢) لقوله ﷺ: ((من بدل دينه فاقتلوه))، فأوجب القتل ولم يوجب الاستتابة، وهو في محل التعليم للشرع، فلو كانت واجبة لذكرها؛ ولهذا فإن عمر لم يضمنهم لما قتلوه قبل الاستتابة. قلنا: قال: اللهم إني لم أشهد ...الخبر، وهذا يقتضي كونه معصية. (بستان لفظًا).

(٣) قوله: «والتبري من سائر الأديان» وهذا نحو أن تكون ردته باعتقاده أن الرسول ﷺ مرسل إلى العرب أو إلى الأميين، فيجب أن يتبرأ من كل دين سوى دين الإسلام، وإن كانت ردته بإنكار ما علم من الدين ضرورة فلا بد مع الشهادتين من التصديق بذلك الذي أنكره، وإن كانت ردته بغير ما تقدم فتكفيه الشهادتان. (بستان بلفظه).

(٤) في (ب): وهو الأولى.

(٥) وعن الشامي: الأولى أن يقال: لأنه لا يهتدي إلى حقيقة التوبة، وهي الندم على فعل القبيح لقبحه.

مسألة: إذا جنى المرتد على نفس أو مال أو فعل ما يوجب الحد ثم تاب سقط عنه ما كان حقاً لله تعالى، لا ما كان لآدمي، وسواء فعل ذلك قبل لحوقه بدار الحرب أو بعده، وقال في الكافي: ما وقع من ذلك كله قبل اللحوق لم يسقط، وما وقع بعده سقط.

مسألة: وإذا امتنع المرتد من التوبة فإنه يقتل سواء كان رجلاً أو امرأة، وقال القاسم وأبو حنيفة: لا تقتل المرأة كالحربية. قلنا: فرق بينهما؛ لأن الحربية يجوز استرقاقها لا المرتدة، ولأن قتل المرتد هو حد، والحد يستوي فيه الرجال والنساء، ذكره في الشرح، وقال الحسن وقتادة: يجوز استرقاق المرتدة. وأما الشيخ الكبير والراهب إذا ارتدا فيقتلان وفاقاً.

مسألة: وإذا أنكر المرتد الردة لم يكن ذلك منه توبة، خلاف أبي حنيفة وأحد قولي المؤيد بالله[(١)].

مسألة: وقتل المرتد إلى الإمام، فمن قتله بغير أمره أثم ولا شيء عليه، وعلى قول المؤيد بالله يضمن ديته، كما ذكره في الزاني المحصن.

مسألة: وإذا رأى الإمام صلاحاً في قتل المرتد بالنار جاز، ذكره في شفاء الأوام، ورواه عن علي عليه السلام.

مسألة: وإذا صلى المرتد أو الحربي ففي دار الحرب تكون إسلاماً، لا في دارنا[(٢)]؛ لجواز أنها تقية، ذكره في البحر.

مسألة: إذا أسلم الكافر فإنه يقبل إسلامه، لكن حيث كفره بعبادة الأوثان تكفي فيه الشهادتان، وحيث كفره بزعمه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم مرسل إلى العرب فقط أو إلى الأميين لا يقبل منه حتى يتبرأ من كل دين سوى دين الإسلام. قال

---

(١) وقواه المفتي والهبل، واحتج له في البحر بلفظ: قلنا: الحدود تدرأ بالشبهات.

(٢) يقال: ما لم يعلم نطقه بالشهادتين. (قرر).

المنصور بالله والمتوكل: المطرفية مرتدون[١].

مسألة: والباطنية مرتدون[٢]؛ لأنهم ينكرون الرسل ويتأولون الشرائع على تأويلات خلاف ظواهرها. وإذا تابوا فقال ابن الخليل: تقبل منهم ولو عرف أن باطنهم خلاف ظاهرهم، وقال أبو مضر: تقبل منهم ما لم يعرف من باطنهم المخالفة، وقال مالك وأبو يوسف: لا تقبل توبتهم مطلقاً، وقال المنصور بالله: لا تقبل منهم حتى يظهروا ما كانوا يخفونه من مخازيهم ويلتزموا بالشريعة، وبه قال الإمام يحيى.

مسألة: إذا سب الذمي نبينا ﷺ كان نقضاً لعهده، فيقتل عند الهادي والناصر والشافعي ومالك، وقال المؤيد بالله[٣] وأبو حنيفة: لا يقتل، بل يؤدب. وهكذا إذا كذب القرآن، وأما إذا قال: إن محمداً ﷺ ليس نبياً، أو إن الله ثالث ثلاثة، أو إن عزيراً ابن الله- فلا يقتل؛ لأن ذلك دينهم الذي صولحوا عليه[٤]، ذكره في البحر.

---

(١) قوله: «المطرفية مرتدون» وقد قيل: إنهم ردوا أربعمائة وثلاثين آية من القرآن العظيم، ويقولون بالطبع أن له تأثيراً في المخلوقات، وينفون أفعال الله ويضيفون أفعال العباد إليه تعالى عن ذلك علواً كبيراً، ويقولون: إن آيات الوعد والوعيد لا حقيقة لها، بل أنزلت للترغيب والترهيب، ذكر ذلك المنصور بالله، قال المنصور بالله: ولا تقبل توبة علمائهم؛ لأنهم يوجبون الكذب عند الحاجة إليه. (بستان).

(٢) في موضع من الغيث أنهم كالكتابيين.

(*) إذا كانوا قد قالوا بالعدل والتوحيد، وإلاَّ كانوا حربيين أصليين.

(٣) في (ب): وقال أبو حنيفة والإمام يحيى.

(٤) قوله: «صولحوا عليه» يعني وقعت عليهم الذمة من أجله، ولأنه مخبر عن اعتقاد نفسه، وأما من سب نبينا ﷺ من المسلمين فانه يكفر إجماعاً ويقتل؛ لقوله ﷺ: ((من سبني فاقتلوه))، وشتمه رجل فأمر بقتله، ولا وجه لقتله إلَّا ردته، وروي أن امرأة كانت تشتم النبي ﷺ ففتلها ابنها فأهدر النبي ﷺ دمها، وروي عن أمير المؤمنين أنه قال: من شتم نبينا فاقتلوه، وروي أن رجلاً شتم أبا بكر فقام أبو برده ليضرب عنقه فنهاه وقال: ما كان ذلك إلا لرسول الله ﷺ، وقال: سب بسب أو عفو عن ذنب. (بستان).

مسألة: والديوث: هو من يمكِّن غيره من حرمه[١] بعوض أو بغيره. فيستتاب كالمرتد[٢]، فإن لم يتب قتل[٣].

مسألة: والساحر: هو من يظهر من نفسه أنه يقدر على تبديل الخلق، وجعل الإنسان بهيمة وعكسه، وجعل الجماد حيواناً. فهو مرتد إن كان قد أسلم، وإن لم فكافر، وسواء اعتقد ما أظهره أم لم يعتقده. قال أبو جعفر: وكذا من أظهر من نفسه أنه يمكنه التأليف بين القلوب والفرق بينها، والتأثير في المحبة والبغض، أو قلب الأعيان[٤] وتحريك الجمادات من غير مباشرة لها ولا متولد عن مباشرة؛ لأنه لا يقدر على ذلك إلا الله تعالى.

مسألة: تعلم السحر وتعليمه محرم ضرورة إذا قصد به ليستعمله -قال في البحر: فإذا استحله كفر، وإن لم يستحله فسق- وإن قصد به لينقض السحر أو ليحترز منه جاز.

مسألة: إذا أقر الساحر أنه قتل غيره بسحره أو أعنته فقال في شرح الإبانة

---

(١) المراد الذي يرضى بذلك ولا يمنع.

(*) في (ب): حريمه.

(*) وأمَّا إمائه فقال القاضي عبد الله الدواري: يحتمل. وقيل: تكون مثل المحارم. (قرد).

(٢) فإن قلت: ما وجه استتابة الديوث وفعله ليس بردة؟ قلنا: قياساً على المرتد كما في تارك الصلاة فانه يستتاب عند من أوجب قتله، والجامع ارتكاب محظور شرعي. (غيث).

(٣) اعلم أن حده القتل؛ لقوله ﷺ: ((اقتلو الديوث حيث وجدتموه)). لا يقال: لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، وليس هذا أحدها، ونهاية الأمر أنه فاسق، والفاسق لا يقتل؛ لأنا نقول: إن الرسول ﷺ قد نص على قتله كما نص على قتل المرتد. (بستان).

(٤) وهو من يدعي جعل الحديد أو الفضة ذهباً أو العكس من غير مباشرة، بل قلب أعيان بسحره فقط.

(*) كما يدعيه أهل الكيمياء.

عن العترة والحنفية: إنه لا يضمن[(١)]، وإنه لا تأثير له، بل التأثير من الله على سبيل الامتحان والابتلاء؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ﴾ [البقرة: ١٠٢]، ولأنه سبحانه وتعالى سماه خيالاً بقوله تعالى: ﴿يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى٦٦﴾ [طه]. وقال الشافعي والمغربي من أصحابه وغيره[(٢)]: إن له تأثيراً حقيقة، وإنه قد يقتل كالسم، وقد يغير العقل، وقد يفرق بين الزوجين؛ لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ شَرِّ النَّفَّاثَاتِ فِي الْعُقَدِ٤﴾ [الناس] أراد الساحرات، وقد يحصل به إبدال الحقائق[(٣)]، فيضمن على هذا القول، والله أعلم، حكى هذا الخلاف في البحر.

مسألة: والمشعبذ: هو من يعترف بأن ما يفعله من ذلك تمويه وخفة يد، وأنه لا حقيقة له[(٤)]، فلا يكفر بذلك[(٥)]، ولا يقتل عليه[(٦)]، بل يؤدبه الإمام أو غيره

---

(١) قال القاضي عبدالله الدواري: إن الله سبحانه أجرى العادة بوقوع ذلك الشيء عند أن يفعل السحر. (ديباج). فيضمن.

(٢) قوي. (مفتي).

(*) يعني بغيره الغزالي والشيخ أبا جعفر من أصحاب الشافعي. (بستان).

(٣) من الحيوانات. قلنا: سماه الله خيالاً، والخيال لا حقيقة له، فقال: ﴿يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى٦٦﴾ [طه]. قالوا: روت عائشة أن الرسول ﷺ سحر حتى كان لا يدري ما يقول. قلنا: رواية ضعيفة. (بحر بلفظه). لا يمكن تصديقها، قال عليه السلام: ووجه ضعفها أن الله سبحانه عصم الأنبياء من الأمور التي لا تكون مزيلة للعقل ونزههم عنها فضلاً عما يكون مزيلاً للعقل كالجنون والسحر والسكر، فما هذا حاله لا يجوز عليهم. (بستان بلفظه).

(٤) قال المؤيد بالله: وقد رأيت مشعبذا دقيق الحيلة والشعبذة، وكان كلما فعل فعلاً من ذلك قال: هو مليح ولكنه ريح، يعني: لا أصل له، وكان يقر أنه حيلة وتمويه وخفة يد، وأنه لا حقيقة له. (بستان بلفظه).

(٥) يقال: إذا جعل كفراً لزم أن يكفر وإن لم يعتقد معناه.

(٦) ولفظ حاشية: فلا يجوز قتل المشعبذ، فإن منهم من له صناعة وخفة يد، فإذا رآه غرير =

من أهل الولايات إذا رأى فيه صلاحاً؛ لما فيه من الإيهام[(١)].

مسألة: ولا يقتل من تقدم ذكره ممن يستحق القتل إلا الإمام أو حاكمه[(٢)] بعد الاستتابة كما مر، فليس للسيد أن يقتل عبده على الردة؛ إذ لا مصلحة للعبد في ذلك، بخلاف الحد فله مصلحة فيه، وهي الزجر، وقيل: بل له قتله[(٣)]، ذكر ذلك في البحر.

مسألة: من سب نبياً كفر، ومن سب إماماً أو عالماً فسق، ومن سب مسلماً أثم ولم يقطع بفسقه، ومن كفر مؤمناً أو فسقه فسق ولم يكفر، ذكر ذلك الفقيه علي، وروي عن أحمد بن يحيى أن أذية المؤمن فسق[(٤)].

كاد يفتجع، كما رواه بعضهم أنه ربط خيطاً دقيقاً من أعلى منارتي الحرم الشريف وكان يمشي فوق ذلك الخيط وربما جرى، وربما اضطجع، وربما تفخذل، وربما لاعب صاحباً له من تحت في الأرض، ونحو ذلك كثير. (صعيتري).

(١) بالخطأ وفساد القلوب. (بحر).

(٢) فيما عدا الحربي ومن وجده الرجل يزني بأمته.

(٣) حيث لا إمام كسائر الحدود.

(٤) في (ب): كبيرة.

[التعزير]

النوع السابع: **التعزير**، وهو من ألفاظ الأضداد؛ لأنه قد يراد به التعظيم كقوله تعالى: ﴿وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ﴾ [الفتح٩]، وقد يراد به الإهانة بالتأديب والضرب، وهو المراد هنا، وهو إلى أهل الولايات عموماً لمن يستحقه من أهل المعاصي عموماً، وهو يختلف باختلاف المعاصي واختلاف حال صاحبها، فهو على رأي ذي الولاية وما يستحسنه من حبس أو ضرب أو قيد أو جلد(١) أو جر برجل أو إسقاط عمامة أو جز رأس، لا جز اللحية(٢)، ولا خراب الدور والأراضي وعقر الزروع والأشجار؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم لم يفعلوا ذلك، ذكره في البحر، [قال سيدنا عماد الدين(٣)]: والأقرب جواز إتلاف المال على وجه العقوبة لمن يستحقها كما يأتي.

مسألة: وأكثر التعزير دون حد صاحبه لو وجب عليه الحد بسوط أو سوطين، لكن ضربه أشد، فإذا كانت المعصية من قبيل أكل ما يحرم أو شربه أو شتم الغير أو التعريض الذي تقدم في القذف فدون ثمانين جلدة، وإن كانت من قبيل الزنا أو السرق حيث سقط حدهما فدون مائة جلدة(٤)، وكذا فيمن أتى دبر زوجته أو أمته، وفيمن استمتع من غير زوجته وأمته، وكذا فيمن استمتع من أمته المحرمة عليه، وكذا فيمن وجد مع امرأة أجنبية في فراش واحد(٥)، وفي المرأة إذا وقعت على المرأة

---

(١) يعني: بالسوط أو ما يقوم مقامه كما مر. (بستان).

(٢) إلا أن يرى الإمام صلاحاً، وقد فعله الإمام القاسم بن محمد، رواه عنه ولده الحسين، وروى ذلك السيد أحمد الشامي.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من (ب).

(٤) وهو الصحيح؛ لأن حد السرقة أغلظ من حد الزنا؛ إذ يجب فيه القطع.

(٥) أو منزل واحد وكانت غير محرم والمنزل خال ثبت التعزير، وهذا مع عدم الضرورة، فإن خشي هلاكها لبرد أو غيره مع عدم ملاصقة الجسم وأدخلها في لحافه فلا يعزر. (عامر). وإن قارنت الشهوة، ما لم يخش وقوعه في المحظور. (قرد).

-وقال مالك: إنهما يحدان- وهذا كله على قول الهادي والقاسم والناصر، وعند زيد بن علي والمؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي: لا يبلغ بالتعزير أقل الحدود، وهو أربعون جلدة. قال في الكافي وشرح الإبانة: ويستوي فيه الحر والعبد(١) إلا عند الشافعي فيعزر العبد دون عشرين جلدة، وإليه أشار المؤيد بالله. قال المؤيد بالله: والبادئ بالشتم والمجيب فيه سواء(٢)، وقال المفسرون: لا شيء على المجيب إن رد مثل ما بدأ(٣) به، لا إن زاد عليه، وهو ظاهر القرآن الكريم والحديث(٤). وقال مالك وأبو يوسف: لا حد للتعزير، بل كم ما رأى الإمام ونحوه قليلاً أو كثيراً.

مسألة: والتعزير واجب على كل معصية، كاللهو والغناء والنرد والميسر - وهما القمار، لكن النرد قمار الحبش- وكذا الشطرنج(٥).

مسألة: ما كان مصنوعاً للملاهي ونحوها من الآلات جاز كسره(٦) لكل أحد، ويرد بعد كسره لمالكه، وذلك كالدف والمزمار والعود ورقعة الشطرنج ونحو ذلك، وما كان موضوعاً لذلك ولغيره من المباح كالدن والجرة والقارورة

---

(١) وفي حاشية السحولي: وينصف للعبد ويحصص للمكاتب. (قرر).

(٢) قال في نزهة القلوب: إذا تلاعن اثنان وكان أحدهما غير مستحق رجعت اللعنة على المستحق لها، فإن لم يستحق أحد منهما رجعت على اليهود. (من خط مصنف البستان).

(٣) في (أ): بدئ.

(٤) يعني في قوله تعالى: ﴿وَلَمَنِ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [الشورى] وقوله ﷺ: ((المتسابان ما قالا فهو على البادئ منهما ما لم يتعد[١]))، وفي حديث آخر أنه ﷺ أذن لبعض زوجاته أن تنتصر من بعضهن وقد سبتها (بستان).

(٥) لقوله ﷺ: ((من لعب بالشطرنج فقد عصى الله تعالى)).

(*) بكسر الشين. (قاموس).

(*) قال المؤيد بالله: وتحريمه قطعي، وقال الشافعي: إنه جائز إذا كان بغير عوض. (بستان).

(٦) بل يجب.

---

[١] هكذا في البستان والكواكب، وفي كتب الحديث: ما لم يعتد المظلوم.

والقدح ونحو ذلك فلا يجوز كسره إلا لأهل الولايات على وجه العقوبة لصاحبه إذا كان يستحقها، فإن لم يمكن إراقة الخمر عنها إلا بكسرها جاز - بشرط ضمانها- ولم يجب .

مسألة: والتعزير واجب كالحد؛ لأنه شرع للزجر عن فعل القبيح إلا أنه يسقط بالتوبة[(١)]، ذكره في البحر، وفيه عن الصادق وأحد قولي أبي طالب وأحد قولي الشافعي أنه غير واجب، بل جائز.

مسألة: وللسيد تعزير مملوكه، وإلى الزوج تعزير زوجته[(٢)]؛ لما لهما من الولاية، بخلاف الوالد والمعلم فليس لهما تعزير الولد؛ لأنه إن كان كبيراً فلا ولاية لهما عليه، وإن كان صغيراً فلا يستحق التعزير؛ لعدم المعصية منه، بل التأديب المستحسن غير المبرح[(٣)]، ذكر ذلك في البحر. بخلاف الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فلا يحتاج فيهما إلى ولاية، بل هما واجبان على كل مسلم: إما فرض عين، وإلا كفاية على الجماعة.

مسألة: إذا كان التعزير على ما يتعلق به حق آدمي كشتمه وأخذ ماله فهو حق

---

(١) وذلك لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يعزر من أتاه تائباً من جماعه في نهار رمضان، بل أعانه على التكفير. (بستان).

(*) ولو بعد الرفع.

(*) في غير حق الآدمي. (قرد).

(٢) ولا يجوز إلا في النشوز فقط. (شرح بهران).

(*) على النشوز منه، ويكون على الترتيب الوارد في القرآن الكريم من الوعظ ثم الهجر ثم الضرب غير المبرح، قال المهدي عليه السلام: وهذا يقتضي سقوطه بالتوبة، وإلا فلا فائدة في الترتيب. (بستان).

(٣) وهو ما لا يجرح وفي غير الوجه أيضاً. (بيان بلفظه من أول كتاب الصلاة).

له[١]، ويصح منه العفو عنه[٢]، وإن كان على حق لله محض كأكل وشرب حرامين[٣] أو استمتاع حرام أو استماع غناء ونحو ذلك فهو حق لله تعالى، ولا يصح العفو عنه[٤] من الحاكم ولا من غيره إلا على قول من لا يوجبه؛ فإذا مات المعزر من التعزير المشروع وجب ضمانه عندهم لا عندنا . وروى أبو جعفر عن الناصر وأبي طالب أن التعزير حق لآدمي[٥] فيصح العفو عنه مطلقاً، وروى في الشرح عن أصحابنا -وهو أحد قولي المؤيد بالله- أنه حق لله فلا يصح العفو عنه مطلقاً.

مسألة: وسبب التعزير يثبت على صاحبه بإقراره[٦] أو بشهادة عدلين[٧]، أو بخبر عدل إذا كان الفاعل له ممن يتهم، ذكره المؤيد بالله.

---

(١) فينتظر طلبه.اهـ ويسقط التوبة.اهـ وظاهر الأزهار خلافه في التوبة.

(٢) مفهومه ولو بعد الرفع، وهو المذهب كسائر الحقوق؛ لأنه ليس بحد. (تعليق الفقيه حسن على اللمع). خلاف ما في الوابل.

(٣) في (ب): محرمين.

(٤) إلا لمصلحة. (قرر). ولفظ حاشية: وليس للإمام أن يعفو عنه إلا لمصلحة، وله تأخيره لمصلحة كما تقدم.

(٥) وهو ذو الولاية.

(٦) ولو مرة. (قرر).

(٧) ينظر هل يكفي الفروع؟ ظاهر الأزهار في الشهادات[١] أنه من الأول، وأما علم الحاكم فيثبت به.

---

[١] في قوله: وفي حق الله ولو مشوباً.. إلخ.

كتاب الجنايات والقصاص

إنما يثبت القصاص **بشروط أربعة**:

أن تكون الجناية من بالغ عاقل(١)، وأن تكون عمداً، وأن لا يكون الجاني والمجني عليه ممن منع الشرع من القصاص بينهما، وأن تكون الجناية على النفس أو على دونها مما يمكن الوقوف على قدره وتؤمن الزيادة فيه بالمباشرة، لا بالسراية(٢) فلا عبرة بزيادتها، وذلك يكون في **صورتين**:

إحداهما: الموضحة للعظم مع معرفة قدرها طولاً وعرضاً(٣). ولا عبرة باختلاف الجاني والمجني عليه في كثرة اللحم وقلته، ولو كانت الموضحة في سائر البدن، ذكره في الشفاء(٤).

والثانية: ما قطع من مفصل كالإصبع واليد والرجل من أي مفاصلها(٥) كان، وكالأذن من أصلها(٦)، والعين إذا قلعت من أصلها، والسن إذا قلعت(٧).

---

(١) فإن قيل: هل يشترط استمرار كونه مكلفاً إلى وقت القصاص؟ قال شيخنا: لا يشترط، بل يقتص منه ولو مجنوناً، وليس هذا كالحدود. (مفتي). وقد صرح به في الأثمار.

(٢) بل ولو بالسراية، وهو الأولى. (رياض معنى). وهو ظاهر الأزهار في قوله: مأمون التعدي.

(٣) فإذا علم قدرها طولاً وعرضاً لزم القصاص فيها. (شرح أزهار لفظاً). قطعاً لا ضرباً. (كواكب).

(*) يعني حتى يمكن الوقوف على قدرها، قال عليه السلام: ويعلم موضعها بسواد، ويقدر بالطول والعرض. (بستان).

(٤) ولا يثبت الاقتصاص إلا بعد البرء، فيجب التأخير حتى يبرأ المجني عليه؛ لجواز أن يموت. (كواكب).

(٥) في (ج، د): مفاصلها.

(٦) وكذا في بعضها، ولفظ شرح الأزهار: فإن أخذ بعضها أخذ مثله مقدراً كما مر في الأنف سواء سواء.

(٧) ولفظ البحر: مسألة: والسن بالسن إجماعاً للآية. ولا قصاص في سن صبي لم يثغر؛ إذ لا قصاص فيما يعود كالشعر، فإن لم تعد في مدة عود مثلها لزم[١]. الإمام يحيى: ولا حكومة إن عادت ولم تخرج عن موضع السن، وقيل: بل تجب للإدماء. (بلفظه).

---

[١] ويرجع في المدة إلى قول أهل الخبرة. (شرح بحر).

فرع: فأما الأنف فأطلق في اللمع أن فيه القصاص، قال الفقيه حسن: المراد به إذا قطع من أصله، وقال في مُهذَّب الشافعي: إذا قطع من مارنه[١]؛ لأن له مفصلاً، لا إن قطع من أصله.

فرع: وأما اللسان فلا قصاص فيه، ذكره في الشرح واللمع وشرح الإبانة، وقال الفقيه حسن: إنه يثبت فيه إذا قطع من أصله[٢]، وقال في مهذب الشافعي والإمام يحيى: إنه يثبت فيه مطلقاً، فيقطع من الجاني مثل ما قطع من المجني عليه هل نصفه أو أقل أو أكثر.

فرع: وأما الذكر فقال الفقيه حسن: يثبت فيه إذا قطع من أصله[٣]، وقال أبو حنيفة: إذا قطعت الحشفة فقط، وقال الشافعي: يثبت فيه مطلقاً في كله وفي بعضه. قال الشافعي: ويؤخذ الصحيح بالخصي وبالعنين، وقال مالك والفقيهان يحيى البحيبح وحسن: لا يؤخذ بهما[٤].

مسألة: ولا قصاص في اللطمة[٥] والضرب بالعود أو السوط عند الأكثر، وقال الهادي: يثبت فيها إلا أن تكون في العين أو حيث لا يؤمن التعدي إلى تلف النفس أو تلف عضو. قال في الشرح: وسواء كانت اللطمة في الوجه أو الرأس أو الظهر أو البطن. قال الفقيه يوسف: وكذا في اللكمة واللكزة[٦].

---

(١) وهو الغضروف المتصل بعظم قصبتها. (شرح أزهار).

(٢) المذهب لا قصاص. (قرر).

(٣) المُذهَّب لا قصاص فيه مطلقا.

(٤) والمذهب لا قصاص في اللسان والذكر مطلقاً. (قرر).

(٥) قال الإمام علي بن محمد عليه السلام: وفي اللطمة في الوجه مثل الغرة، وبالعود والسوط عشر قفال. اهـ والمختار أن فيما ذكر حكومة، والله أعلم. (قرر).

(٦) وقيل: في اللكمة واللطمة واللكزة حكومة.

(*) اللكمة بمقدم اليد، واللكزة بالمرفق.

مسألة: ولا يقتص من الصبي والمجنون، فعمدهما خطأ[(١)]، وأما السكران فقال الناصر والمؤيد بالله: يقتص منه[(٢)]، وقال أبو طالب وأبو العباس: لا يقتص منه[(٣)].

مسألة: من قتل رجلاً وهو يظن أنه ممن يحل له قتله ثم بان خلافه فهو خطأ، ذكره في الشرح[(٤)].

مسألة: والجنايات التي لا تؤمن الزيادة فيها عند القصاص لا قصاص فيها، وذلك كالحارصة[(٥)] التي تقشر الجلد ولا تدمى، وكالدامعة التي تدمع بدم قليل مثل الدمع[(٦)]، ذكره في شفاء الأوام، وكالدامية الكبرى التي يسيل دمها[(٧)]، وكالباضعة التي تشق من اللحم قدر نصفه فما دون، وكالمتلاحمة التي تشق أكثر

---

(١) فأرشه على عاقلته إذا كان قدر أرش موضحة فما فوق، لا فيما دونه فمن ماله. (بستان لفظًا من أول كتاب الديات).

(٢) ولو أبيح له، ولو في حال سكره.

(٣) وهو ظاهر الأزهار.

(٤) وفي الأزهار خلافه، حيث قال: وإلا فعمد وإن ظن الاستحقاق.اهـ فيلزم القود.

(٥) وسميت حارصة من قولهم: حرص القصار الثوب، إذا أزال ما فيه من الدرن، حكاه الجوهري[١]. (بستان).

(٦) ولفظ التذكرة: ولا في الدامعة ما تدمى بمثل الدمع.اهـ هكذا في اللمع، ولعل المراد أنها تدمى بماء كالدمع كما ذكره في التقرير أن الدامعة هي ما يظهر منها ماء مثل الدمع، وقال في شمس الشريعة: إنها ما يلتحم فيها الدم ولا يسيل، وسماها الدامية الصغرى. (كواكب).

(*) في حاشية: الدامعة: التي يسيل منها المصل، وأما الكي لغير عذر ففيه أرش دامية، وإن بضع فأرش باضعة. (شرح فتح) (قرر).

(٧) والصغرى: ما التحم الدم ولم يسل. (شرح أزهار معنى، وبيان من باب الديات).

---

[١] الذي في الصحاح: حرص القصار الثوب يحرصه، أي: خرقه بالدق. وفي المصباح المنير: حرص القصار الثوب حرصاً من بابي ضرب وقتل: شقه، ومنه قيل للشجة تشق الجلد: حارصة.

اللحم، وكالسمحاق التي قطعت اللحم وبقي فوق العظم جلدة رقيقة تسمى سمحاقاً، وكالهاشمة التي تهشم العظم[١]، وكالمنقلة التي يخرج منها شيء من العظم[٢]، وكالآمة التي تبلغ أم الرأس، وهي جلدة محيطة بالدماغ، وكالجائفة التي تصل الجوف، ومحلها ما بين المثانة[٣] وثغرة النحر في أي الجوانب كانت إذا بلغت الجوف، وكذا ما قطع أو كسر من غير مفصل كمن الساعد أو العضد أو الساق، فلا قصاص في ذلك كله ولو رضي المقتص منه أو رضي المقتص أنه يأخذ دون حقه؛ لأن القصاص ساقط فيه، ذكره أبو جعفر.

فرع: وكذا نتف الشعر من اللحية أو الرأس لا قصاص فيه، خلاف الليث.

مسألة: من جنى على غيره جناية يجب فيها القصاص ثم سرت إلى ما لا قصاص فيه فقال أبو حنيفة: يبطل القصاص[٤]، وقال أبو يوسف ومحمد[٥]: إن كانت السراية في موضع الجناية نحو أن تتزايد[٦] وتكثر أو يقطع بعض اليد أو

---

(١) ولم تنقله.

(٢) أي: تنقله من مكان إلى مكان آخر. (شرح أزهار بلفظه). يقال: مع الانفصال ولو من أحد الجوانب؛ لتخرج الهاشمة، هذا الذي ينبغي. (شامي) (قرر).

(*) وينظر في المنشقة والمزيلة من غير نقل. (مفتي). المذهب أن في المزيلة أرش المنقلة، وفي المنشقة [المشققة (نخ)] أرش الموضحة. (قرر).

(٣) وهي ما بين السبيلين. (شرح أزهار من الديات).

(٤) وذلك لأنه قد انقطع حق القصاص بالسراية؛ لأن السراية كفعله. وقول أبي يوسف ومحمد كما ترى، أما السقوط فلما قدمنا، وأما عدم السقوط فكما في المرأة إذا قُطعت يدها فأسقطت جنيناً فلا يبطل القصاص في اليد، ولأنها جناية لو لم تسر لوجب فيها القصاص، فهكذا إذا سرت إلى موضع آخر فيجب أن لا يسقط القصاص. (بستان).

(٥) قلت: ولعله مراد الإمام في الأزهار.

(٦) في (ج، د): تزداد. وفي (د): وتكبر.

نحوها ثم يشل باقيها سقط القصاص(١)، وإن كانت السراية إلى موضع آخر لم يسقط القصاص، نحو أن يقطع يده فتشل يده الثانية أو تعور عينه(٢)، ذكر ذلك في الشرح. قيل: والأولى قول أبي يوسف ومحمد.

مسألة: من أمسك رجلاً حتى قتله غيره قتل القاتل(٣)، ولا شيء على الممسك إلا الإثم والتعزير. وقال مالك: يقتلان معاً. وقال ربيعة: يقتل القاتل ويحبس الممسك حتى يموت، ذكره في الشرح.

مسألة: إذا ادعى ورثة القتيل على القاتل أنه قتله خطأ، فقال: «بل عمداً» ولم يصادقوه في العمد- لم يلزمه لهم شيء؛ لأنه أقر بغير ما ادعوه، ولا يقال: إنهم قد تصادقوا على لزوم الدية؛ لأن دية العمد غير دية الخطأ في حكمها، إلا أن يرجع إلى تصديقهم أو يرجعون إلى تصديقه صح ما تصادقوا عليه، ذكر ذلك في الشرح. لكن إذا رجعوا إلى تصديقه في العمد هل يجب القصاص أو الدية فقط؟ قال في التحرير: يجب القصاص(٤)، وقال في الكافي: تجب الدية فقط. ولعله أولى. وحيث رجع إلى تصديقهم تكون الدية عليه(٥).

---

(١) فتجب الدية للكف وحكومة للزائد. (قرد).

(٢) وينظر هل يلزم الأرش مع القصاص، يعني: أرش يده الثانية التي شلت أو العين التي عورت؟ ظاهر الدليل في إلقاء الجنين لزوم ذلك؛ لاختلاف المحل. (قرد).

(٣) إذا كان ممن تضمن جنايته، لا سبعاً ونحوه ممن لا تضمن جنايته فعلى الممسك[١]. (قرد).

(٤) ولا يكون إنكارهم له أولاً كالعفو عن القود، ذكره في التحرير.

(٥) لا على عاقلته؛ لأنه قد أقر أنه لا شيء عليها، إلا أن تصادقه فعليها.

---

[١] الدية ولا قود. (قرد). وسيأتي في البيان وحواشيه في مسألة من ربط غيره بين يدي سبع، قبل الخطأ بورقة.

مسألة: ولا يقتل مسلم بكافر(١) مطلقاً(٢)، ولا حر بعبد أو نحوه مطلقاً(٣)، ولا والد بولده(٤)، ويستوي فيه الآباء والأمهات وإن علوا، وكذلك في القصاص فيما دون النفس، وفي العكس يجب القود والقصاص. وقال أبو حنيفة: يقتل المسلم بالذمي لا بالمعاهد، والحر بالعبد، إلا عبد نفسه، وإلا في القصاص فيما دون النفس فمنعه.

فرع: قال أبو طالب: ويلزم الأب الكفارة في قتل ولده، فقيل: لأجل سقوط القود عنه(٥) فيكون كالخطأ(٦)، وقيل: إن مراده على قول المنتخب

---

(١) إلا حيث القاتل محارباً؛ لأن قتله حد وليس بقصاص حقيقة كما صرح به في البحر. (قرر).

(٢) قوله: «ولا يقتل مسلم بكافر» يعني أي كافر كان؛ لقوله ﷺ: ((لا يقتل مؤمن بكافر))، لكن أما الحربي فلا خلاف فيه، وأما الذمي فكذا أيضاً للخبر الذي ذكرناه، ولقوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ﴾ [الحشر ٢٠] فنفى المساواة في جميع الوجوه. وحكي عن أبي حنيفة والنخعي والشعبي أنه يقتل بالذمي؛ لما روي عنه ﷺ أنه قتل مسلماً بذمي وقال: ((أنا أولى[١] من وفى بذمته))، قلنا: الحديث غير صحيح؛ إذ المقتول الذي رووه هو عمرو بن أمية الضمري، وهو عاش إلى أيام عمر. (بستان بلفظه).

(٣) يعني: سواء كان عبده أو عبد غيره، وأراد بنحوه المدبر والمكاتب وأم الولد. (بستان لفظًا) إلخ ما ذكره في البستان.

(٤) وأما الفرع من الزنا فيثبت له القصاص على الأب وأصوله من جهة الزنا وفاقاً. (حاشية سحولي) (قرر).

(٥) بل لأجل الدليل[٢] وإلا لزم في العبد والكافر[٣]، ذكره المؤلف.

(٦) فيكون وجوبها على قول الأحكام، قال ابن بهران: وهو المصحح. وفي حاشية السحولي: وفاقاً بين الأحكام والمنتخب؛ لسقوط غرم البدن.

---

[١] في البستان وهامش البيان: أول، والمثبت من البحر.

[٢] وهو أنه ﷺ جعل على الأصل الدية والكفارة.

[٣] وهي لا تجب فيهما، بل على الأصل فقط.

بوجوب الكفارة في العمد.

مسألة: قال الهادي عليه السلام: من جعل قتل عبيده عادة له صار من المفسدين، فيقتله الإمام على وجه الحد. وقال القاسم: إذا قتل عبده تمرداً[١] أو فساداً قتله الإمام حداً. وكذا يأتي في الوالد إذا قتل ولده كذلك[٢].

مسألة: ولا يقتل الذمي بالمرتد، قال في البحر: ولا دية عليه[٣]. ويقتل المرتد بالذمي[٤]، وأحد قولي الشافعي عكس ذلك.

مسألة: ولا قصاص بين الحر الذمي والعبد المسلم؛ لأن لكل واحد منهما مزية على الآخر تمنع القود والقصاص.

مسألة: إذا قتل ذمي ذمياً ثم أسلم، أو قتل عبد عبداً ثم عتق- لم يسقط القود؛ لأن العبرة بحال الجناية، ذكره أبو طالب[٥] والشافعي، خلاف الأوزاعي.

فرع: وإذا قتل ذمي مسلماً ثم أسلم لم يسقط عنه القود، وكذا إذا ارتد القاتل ثم أسلم لم يسقط عنه القود، بخلاف الحربي إذا قتل مسلماً أو أتلف ماله ثم أسلم سقط كل ما عليه[٦].

---

(١) لعله يريد استخفافاً واستحلالاً؛ لأنه يصير مرتداً.

(٢) يعني: تمرداً فإنه يقتل على وجه الحد، هذا لصاحب الكتاب قاسه على ما قبله، والله أعلم. (بستان).

(٣) لأن كل من لا يضمنه المسلم بقود ولا دية فلا شيء فيه كالحربي. (بستان بلفظه).

(٤) وذلك لأن الذمي أحسن حالاً من المرتد؛ لأن الذمي مقر على دينه بالذمة، والمرتد لا يقر على دينه، بل يقتل. وأحد قولي الشافعي عكس ذلك؛ وذلك لأنه بقي للمرتد بعض حرمة الإسلام؛ لأنه لا يسترق ولا يغنم ماله، فهو أعلا. لنا ما مر. (بستان بلفظه).

(٥) وعليه الأزهار بقوله: والعبرة في العبد والكافر بحال الفعل.

(٦) وذلك لأن الحربي إذا أسلم سقط عنه جميع الحقوق سواء كانت لله أو لبني آدم، فإسلامه يجب ما قبله. (بستان).

مسألة: من قتل زوجته ولها ولد منه وأولاد من غيره فلا قود عليه؛ لسقوط حصة ولده. وكذا فيمن قتل زوجة ابنه.

فرع: فمن له زوجة وابنان منها فقتل أحدهما أباه ثم قتل الثاني أمه سقط القود عن الأول -لما ورثه من أمه[(١)] من قود نفسه- ووجب القود على الثاني. وكذا لو تقدم قتل الأم على قتل الأب[(٢)].

فرع: وكذا في أربعة أخوه ليس لهم أولاد ذكور، فقتل أحدهم الثاني، ثم قتل الثالث الرابع- سقط القود عن الأول ووجب على الثالث؛ وذلك بناء على أن القاتل يرث مما ورثه ورثة المقتول من القود والدية، وهو المذهب، خلاف ما أشار إليه الهادي أنه لا يرث من ذلك.

فرع: فلو وقع القتل للأبوين أو الأخوين في حالة واحدة وجب القود على القاتلين معاً[(٣)]، ذكره الفقيهان حسن وعلي وبعض أهل الفرائض؛ وهو مبني على أن المتوارثين إذا ماتا في حالة واحدة لم يرث أيهما من الثاني؛ ذكره أبو جعفر[(٤)]، وقواه الفقيه يوسف، وقال العصيفري: إنه يسلك فيهما مسلك الغرقى والهدمى والذين التبس موتهم؛ فيتوارثان ويسقط القود.

فرع: فإن كانت الزوجة قد بانت عن زوجها فلا توارث بينهما، ويجب القود على الابنين معاً، سواء قتلاهما معاً أو مرتباً، فيستحق كل واحد القود على

---

(١) قوله: «لما ورثه من أمه» وذلك لأن المتقدم يرث بعض القصاص، وهو لا يتجزأ فسقط جميعاً، وكذلك الحكم فيما بعد هذا، فالوجه فيه ما ذكرناه. (بستان).

(٢) لأن قاتل الأم يرث الأب، ومن جملة ما يرثه من القود حصة الأب التي في الأم، وقاتل الأب يرث الأم، ومن جملة ما يرثه ميراثها من القود الواجب في الأب.

(٣) لعدم الميراث.

(٤) في (ج، د): وذكره أبو جعفر، وفي (ب): وذكره أبو جعفر أيضاً. وفي (ج، د): لم يرث أيهما الثاني.

صاحبه، فإذا أراداه فله صورتان: إما أن يتواثبا بالسلاح فيقتل كل واحد صاحبه، وإما أن يوكل كل وحد له وكيلاً يقتل أخاه ثم يقتلهما الوكيلان في حالة واحدة، فإن تقدم قتل أحدهما بطلت وكالة وكيله(١) وسقط القود عن الثاني منهما؛ لأنه ورث من أخيه قود نفسه حيث يرث منه(٢)، وذكر في الزهور أن لورثته أن يقتصوا منه، وهو يستقيم حيث لا يرث من أخيه شيئاً(٣).

مسألة: ويقتل الرجل الكامل بالصبي أو الرجل الناقص في نفسه أو في عقله بأي نقصان كان غير الكفر والرق.

مسألة: إذا قتل رجل امرأة فقال زيد بن علي وأحمد بن عيسى والمؤيد بالله والفقهاء: يقتل بها بغير شيء، وقال الهادي والقاسم وأبو العباس وأبو طالب: يقتل بها بشرط أن يلتزم ورثتها نصف ديته لورثته(٤)، قال في الشرح: إذا كان

---

(١) بالموت.

(٢) حيث معه إناث.

(٣) في (د): حيث لا يرث من بعد شيئاً، هذا كلام في نسخة السيد فينظر في الأصح منهما، فصار الحق لورثته يقتلون الثاني أو يأخذون منه الدية، فإن لم يكن وارث فللإمام.

(٤) **مسألة**: إذا قتل الرجل نساء متعددات قتل وتوفى ورثته نصف ديته من الجميع[١]، وقيل: يكون من كل وارث واحدة نصف دية. (إفادة). وإذا كان المستحق للقود ذكراً وأنثى كان اللازم نصفين. (عامر).

(*) وهذا في الأحرار، وأما في العبيد فيقتل العبد بالأمة ولا مزيد، ذكره في شرح الفتح في جناية العبيد، وكذا تقتل الأمة بالعبد ولا مزيد.اهـ وكذا يقتل العبد بالمرأة. (قرر).

(*) وظاهره أن التزامهم بذلك ورضاهم بتحمله يستحق به قتل الرجل وإن كانوا معسرين وإن تعذر الاستيفاء منهم، والأولى أنهم لا يمكنون من دم الرجل إلا بعد تسليم نصف الدية أو رضا ورثة الرجل بذلك. (ديباج).

(*) من مالهم لا من مالها. (قرر). فيكون الدفع على الرؤوس. (قرر).

---

[١] وسواء اتحد ورثة النساء أو اختلفوا.

مسلماً، لا إن كان ذمياً[١]؛ لأن النبي ﷺ أمر بقتل الذمي بالمرأة المسلمة من غير شيء لورثته. وقال مالك وأحد قولي الشافعي والحسن: لا يقتل بها قط، بل يجب عليه ديتها. وهكذا الخلاف في القصاص في سائر الأطراف، لكن زيد بن علي و أحمد بن عيسى والحنفية مع أهل القول الثالث في الأطراف. فأما المرأة إذا قتلت رجلا[٢] فتقتل به من غير زيادة وفاقاً، وكذا في سائر الأطراف.

فرع: ويقتل الرجل بالخنثى وعكسه من غير زيادة[٣]؛ لأنها لا تعلم، ذكره في البحر.

مسألة: ولورثة القتيل الخيار بين القود والدية ولو كره القاتل، فهما أصلان واجبان لهم، ذكره في الشرح وبعض أصحاب الشافعي، وقال بعض أصحاب الشافعي والأمير علي: إن القود هو الأصل والدية بدل عنه. وفائدة الخلاف في التحويل لوجوب الزكاة في الدية هل من يوم القتل أو من يوم العفو عن القود. وعند زيد بن علي وأحد قولي الناصر والداعي وأبي حنيفة وأصحابه ومالك أن الواجب لهم هو القود فقط، فإذا عفوا أو مات القاتل فلا شيء لهم.

مسألة: إذا رمى ثلاثة رجلاً فأصابه أحدهم فقتله، وتصادقوا هم ووارثه أن القاتل له أحدهم فقط، ثم أقر كل واحد منهم أنه القاتل له- فإن صدق الوارث أحدهم فقط لزمه القود، وإن صدقهم الكل فالأقرب أنه لا قود[٤]، وأما الدية

---

(١) بل لا فرق، وهو ظاهر الأزهار. (قرد).

(٢) أو رجالاً؛ لأنه لا يجب غرمان في النفس والمال. (قرد).

(٣) قوله: «من غير زيادة» هكذا في البحر. وقوله: «لأنها لا تعلم» يعني: الزيادة، هذا للوالد قدس الله روحه، قال ﷺ: وكذا إذا قتل امرأة أو قتلته هي. (بستان بلفظه).

(*) لفظ البحر: ويقتل الخنثى بالرجل والعكس ولا زيادة.

(٤) قوله: «فالأقرب أنه لا قود» وذلك لأن القود قد ثبت على واحد فقط، فإذا صدق واحداً فهو عليه، وإن صدقهم الكل فقد عفا عنه بتصديقه للآخرين، فيبطل عنهم الكل. (بستان).

فإن صادقهم بلفظ واحد فلا دية أيضاً[١]، وإن صادقهم مرتباً وجبت الدية على من صدقه آخراً[٢]، والله أعلم.

مسألة: وإذا اشترك جماعة في قتل رجل عمداً فله ثلاثة أحكام:

الأول: في القود، فعندنا وأبي حنيفة والشافعي أنهم يُقتلون به، وعند القاسم والصادق والناصر ومالك: يقتل أحدهم به، وعلى الباقين حصتهم من الدية لورثة القتيل الثاني، ويكون الخيار فيمن يقتل إلى ورثة القتيل الأول، وقال مالك: بل يقرع بينهم.

الثاني: في الدية إذا اختارها ورثته، فقال الهادي: يُلزم كل واحد منهم دية؛ لأنها بدل عن دمه[٣]، وقال المؤيد بالله والشافعي والأكثر: لا يلزمهم إلا دية واحدة[٤]. ويتفقون في قتل الخطأ أنه لا يُلزمهم إلا دية واحدة، وعلى كل واحد كفارة. ويتفقون في العبد أنه لا يلزمهم فيه إلا قيمة واحدة[٥].

الثالث: في كيفية اشتراكهم في قتله، وفيه صورتان:

الأولى: أن تكون جناياتهم عليه مستوية، وهي على ثلاثة أوجه:

---

(١) وذلك لأنه قد ثبت بالمصادقة أن القاتل واحد فقط، فإذا صادقهم بلفظ واحد فلا شيء؛ لأنه التبس من عليه الحق، إلا على القول بالتحويل على من عليه الحق فيلزمهم دية. (بستان).

(٢) في (ب): وإن صادقه بألفاظ مرتبة وجبت الدية على الآخر منهم في مصادقته.

(*) وذلك لأنه رجوع عن الأول وعن الثاني، فيسقط ما عليهما، ويلزم الثالث الدية. وهذه المسألة كلها للوالد، وهذا التوجيه الذي ذكرناه له أيضاً. (بستان بلفظه).

(٣) يعني: عن دم القاتل، فتتعدد بتعددهم في العمد. وحجة من قال: لا يلزمهم إلا دية واحدة أنها بدل من دم المقتول، فيلزم الجماعة دية فقط، قال المهدي عليه السلام: وهو الأقرب كسائر المتلفات. (بستان بلفظه).

(٤) واستقربه الإمام شرف الدين عليه السلام والمهدي عادت بركاته، واختاره الإمام المتوكل على الله.

(٥) يقال: إذا كان القاتل له أحراراً، فإن كانوا عبيداً قيل: تعددت القيمة، وفي شرح الأثمار: لا يلزم إلا قيمة واحدة كقيم المتلفات.اهـ إذا عفا عنهم، وإلا قُتلوا به جميعاً.

الأول: أن تكون كل واحدة منها قاتلة بالسراية في العادة، فيُقتلون جميعاً، سواء وقعت جناياتهم معاً أو مرتبة[١].

الثاني: أن تكون كل واحدة منها قاتلة بالمباشرة كقطع الوريد وقطع شيء من البطون، فإن وقعت في حالة واحدة قتلوا جميعاً، وإن وقعت مرتبة قتل الأول فقط، ولا حكم لجناية من بعده؛ لأنها على من هو كالميت، وقال السيد يحيى بن الحسين: تجب فيها حكومة[٢].

فرع[٣]: فلو التبس المتقدم منهم أو هل وقعت جناياتهم معاً أو مرتبة فلا شيء عليهم[٤]؛ لأنه التبس من عليه الحق فيسقط، إلا من طريق القسامة إذا طلبها الورثة[٥] فتجب لهم، أو على قول المنصور بالله والسيد يحيى بن الحسين[٦]: إنه يحول على من عليه الحق فيقسم ما وجب عليهم.

الثالث: أن تكون جناية كل واحد منهم غير قاتلة وحدها، لكن لما انضمت الجنايات قتلته، فيكونون قاتلين كلهم[٧] سواء وقعت في حالة أو مرتبة، ذكره في التذكرة والحفيظ، وقال الفقيه يوسف: إن القاتل هو الأخير الذي حصل الموت بفعله إذا كانت جناياتهم مرتبة، كمن ضرب مريضاً مدنفاً ضربة لا تقتل الصحيح فمات منها[٨]. قال سيدنا عماد الدين: ولعله يفرق بينهما بأن الجناية الأولى مضمونة

---

(١) حيث مات بمجموعها، وهو ظاهر الأزهار، لا لو كانت سراية أحدهما أقرب إلى الموت فهو القاتل، ويلزم الآخر أرش الجراحة وما سرت إلى وقت الموت، والله أعلم. (شامي) (قرر).

(٢) ونظره في الزهور.

(٣) في (ج، د): مسألة.

(٤) وتكون الدية من بيت المال؛ لئلا يهدر دمه.

(٥) في (ج، د): الوارث.

(٦) في (د): أو على قول المنصور بالله وأبي مضر والسيد يحيى بن الحسين.

(٧) فإن كان أحدهما خطأ فالأقرب سقوط القود وتجب دية واحدة. (مفتي) (قرر).

(٨) فإنه يقتل به. وكمن سقط من شاهق يقتل مثله في العادة ثم تلقاه رجل بسنان وقع عليه =

والمرض غير مضمون، فالقول الأول أصح.

الصورة الثانية: أن تكون جناياتهم مختلفة، وهي على وجهين:

الأول: أن يكون بعضها قاتلاً وبعضها غير قاتل، فإن كانت القاتلة قاتلة بالسراية فعلى صاحبها القود، وعلى من جنايته غير قاتلة أرش جنايته سواء تقدمت أو تأخرت أو وقعت معاً، فإن كانت القاتلة قاتلة بالمباشرة فالقود على صاحبها، ولا شيء على من بعده إلا على قول السيد يحيى بن الحسين فعليه حكومة، وعلى من تقدمه(١) أرش جنايته(٢)، فلو علم المتقدم منهم ولم تعلم(٣) جنايته فعليه أرش

فقتله فإنه القاتل له، والأقرب أن ما ذكره في التذكرة والحفيظ أولى لوجهين: أحدهما: أنه يفرق بين هذه المسألة وبين مسألة المريض والساقط؛ لأن هنا جناية مضمونة من الجاني الأول، وفي [مسألة] المريض والساقط لا جناية عليهما مضمونة سوى [جناية] الضارب وناصب السنان، ونظير مسألتنا هذه لو كان الساقط سقط بإلقاء غيره له فوقع على السنان الذي نصبه له الآخر فإنهما يشتركان في ضمانه[١]. الوجه الثاني: أنه قد ذكر أصحابنا في الصيد إذا رماه اثنان واحد بعد واحد بحيث إنهما أثرا جميعاً في إثخانه فإنه يكون لهما معاً عندنا وبعض أصحاب الشافعي، وهو يشبه قول التذكرة والحفيظ في هذه المسألة، وقال بعض أصحاب الشافعي والإمام يحيى: إنه يكون الصيد للمتأخر منهما، وهو يشبه قول الفقيه يوسف. وهكذا يأتي لو أمسك رجل رجلاً عن الطعام والشراب يوماً، ثم أمسكه ثان يوماً، ثم أمسكه ثالث يوماً بعده حتى مات فلعله يكون على هذا الخلاف هل يضمنونه كلهم أو الأخير وحده. وهكذا يأتي لو حز رجل يد رجل إلى بعضها ثم أبانها رجل آخر هل تكون ديتها عليهما أو على الآخر وحده. (كواكب بلفظها).

(١) أو قارنه.

(*) في (د): وعلى من تقدمه أو قارنت أرش جنايته.

(٢) حيث لم يجب القصاص، أو وجب وعفا عنه، أو كانت خطأ، وإلا وجب القصاص[٢]. (قرد).

(٣) في (ب): تعرف.

---

[١] بل قد صار في حكم الميت فلا شيء على المتلقي بالسنان. (عامر) (قرد).

[٢] كقطع يد أو نحوها.

الجناية[١] التي لا تقتل؛ لأنه المتيقن، ولا شيء على من بعده إلا على القول بالتحويل فيحول في الزائد[٢]. وإن عرف من جنايته قاتلة ومن جنايته غير قاتلة لكن التبس المتقدم منها والمتأخر فالقود على صاحب القاتلة، ولا شيء على غيره[٣]، وإن لم تعلم[٤] جناية أحدهم ولا تقدمه ولا تأخره فلا شيء عليهم الكل[٥] إلا على القول بالتحويل[٦]، أو بطريق القسامة إذا طلبها الورثة.

فرع: فلو كانت القاتلة قاتلة بالسراية ووقع اللبس: فإن كان في التقدم والتأخر فقط فلا حكم له[٧]، وإن وقع[٨] في الجنايات لزم كل واحد أرش الجناية التي هي غير قاتلة؛ لأنه المتيقن، وما زاد عليه مشكوك فيه فلا يجب إلا

---

(١) وعليه الأزهار بقوله: فإن جهل المباشر لزم المتقدم أرش الجراحة فقط.

(٢) وكيفية التحويل عند أهل الفقه أن يقال: الجناية متقدمة على القاتلة فعليكما أرش ودية، الجناية متأخرة فعليكما حكومة ودية، على حالين يلزم نصف المجموع، وهو دية ونصف أرش ونصف حكومة. (إملاء سيدنا عبدالقادر المحيرسي).

(٣) في (ب): على الآخر.

(٤) في (ب): تعرف.

(٥) وعليه الأزهار بقوله: وإلا فلا شيء عليهما...إلخ.

(٦) فيلزم المتقدم نصف الدية ونصف الأرش، ويلزم المتأخر نصف الدية فقط، ويلزم أيضاً على قول السيد يحيى بن الحسين نصف حكومة، أما المتقدم فلأنك إن قدرته المباشر فعليه الدية، وإن قدرت أنه صاحب جراحة السراية فعليه أرشها، على حالين يلزم نصفها، وأما المتأخر فان قدرت أنه صاحب السراية فلا شيء عليه كما تقدم إلا حكومة على قول السيد يحيى بن الحسين فيلزمه نصفها عنده، وإن قدرت أنه صاحب المباشرة فعليه الدية، على حالين يلزم نصفها، وجميع ذلك واضح. (شرح بهران بلفظه).

(٧) ويجب على صاحب السراية القود، وعلى صاحبه أرش جنايته.

(٨) اللبس.

على القول بالتحويل أو بطريق القسامة(١).

الوجه الثاني: أن يكون بعضها قاتلاً بالمباشرة وبعضها قاتلاً بالسراية، فإن كانت وقعت معاً قتل صاحب المباشرة، وعلى صاحب السراية أرش جنايته(٢)، فلو التبستا(٣) لزم كل واحد أرش السراية؛ لأنه المتيقن، وإن كانت وقعت مرتبة قتل صاحب المباشرة، وعلى صاحب السراية أرش جنايته(٤) إن تقدم(٥)، وإن تأخر فلا شيء عليه، إلا على قول السيد يحيى بن الحسين فعليه حكومة، وإن التبس المتقدم منهم قتل صاحب المباشرة(٦)، ولا شيء على صاحب السراية إلا على القول بالتحويل، وإن التبس صاحب المباشرة بصاحب السراية(٧): فإن علم تقدم السراية لزم كل واحد قدر أرشها؛ لأنه متيقن، وإن لم يعلم تقدمها فلا شيء عليهم الجميع -لأنه التبس من عليه الحق- إلا بطريق القسامة إن طلبها الورثة أو على القول بالتحويل، فيلزمهم الكل دية واحدة على قول المنصور بالله، وعلى قول السيد يحيى

(١) وفي الغيث ما لفظه: ولا تجب قسامة هنا مع أخذ الأرش من كل واحد[١]؛ لان في ذلك إلزام غرمين: في المال وهو الأرش، وفي البدن وهو القسامة، لكن لولي الدم أن يدعي على من شاء منهما إن غلب في ظنه أنه القاتل.

(*) إذا طلبها الورثة.

(٢) لأن القتل وقع بالمباشرة، ولم يكن في حكم الميت في تلك الحال، فاستحق الأرش. (شرح أزهار).

(٣) يعني: التبس صاحب السراية بصاحب المباشرة منهما، ووقعا معاً، فيلزم الأقل؛ لأنه المتيقن، بخلاف آخر المسألة فالفعل مترتب ولا تحويل على من عليه الحق.

(٤) وأرش ما سرت إلى وقت المباشرة، ولا شيء من بعد، ذكره في الكواكب. (قرر).

(٥) في (ب): إن تقدمت لا إن تأخرت.

(٦) وعليه الأزهار بقوله: أو التبس تقدمه.

(٧) مع كونه قد علم تقدم أحدهما وتأخر الثاني.

---

[١] أو من أحدهما، فإن لم يأخذ أرشا وجبت القسامة إن طلبت. (قرر).

بن الحسين يلزمهم دية وحكومة[١].

مسألة: إذا جرحه واحد مائة جراحة، وجرحه آخر جراحة واحدة، وكانت كل واحدة قاتلة بالسراية، أو كل واحدة غير قاتلة وحدها بل قتلته باجتماعها- فهما سواء في الضمان. وكذا إذا كانت كل واحدة قاتلة بالمباشرة وكان وقوعها في حالة واحدة.

مسألة: إذا قطع رجل يد رجل من مفصل الكف، ثم قطعها آخر قبل يبرأ من المرفق أو نحوه، ثم مات المقطوع، وكانت كل واحدة من الجنايتين قاتلة بالسراية لو انفردت- فقال الناصر وأبو حنيفة والفقيه حسن[٢]: يقتل الثاني، وعلى الأول نصف الدية؛ لأن جناية الثاني أبطلت جناية الأول؛ لأن السراية تجدد وقتاً[٣] بعد وقت وقد ارتفع ألم الجناية الأولى. وقال الشافعي: يقتلان معاً[٤].

---

(١) صوابه: نصف أرش ونصف حكومة.

(٢) وهذا القول هو الذي احتج له القاضي زيد، قلت: وهو قوي؛ لأن ألم القطع من الكف قد ارتفع بقطع الذراع يقيناً، وصار الألم المزهق للروح هو الألم الحادث في الذراع، وعلى الأول دية اليد، وهذا إذا لم يتخلل بين الفعلين وقت يغلب في الظن أن الجناية الأولى قد أثرت في إذهاب الروح وإن لم تقع الأخرى، فإن تخلل وقت يغلب الظن فيه أن الروح زاهق بالجناية الأولى فالقياس أن القود على الأول لا الثاني؛ لأن جنايته وقعت فيمن هو في حكم الميت حينئذ، فافهم ذلك، فإن غلب في الظن أن سرايتهما إلى الروح متفقة في وقت واحد كانتا في حكم الجنايتين القاتلتين بالسراية حيث وقعتا في وقت واحد، وقد مر حكمهما، وهو أن الجانيين يقتلان جميعاً عندنا، والله أعلم. (غيث) (قرر).

(٣) وأما إذا صار في حكم الميت كأن يلقيه من شاهق لا يعيش في العادة المُلقى من مثله بالمباشرة فلا شيء على المتلقي بالسيف فقده نصفين؛ لأنه قد صار في حكم الميت. (عامر). ويأتي على قول الفقيه حسن أنها عليهما معاً، ولعله أولى. (كواكب معنى). وفي المقصد الحسن لابن حابس: أنه يجب على المتلقي بالسيف القود؛ إذ قد أبطل تأثير الجناية الأولى. والمقرر ما ذكره سيدنا عامر رحمه الله.

(٤) وذلك لأن ألم كل جناية منهما قد أثر في النفس. ووجه القول الأول قد ذكره في الكتاب. (بستان).

(*) قلت: وهو الذي يفهمه الأزهار والفتح.

مسألة: من قتل جماعة قُتل بهم جميعاً ولا شيء عليه في ماله، وسواء كان قتله لهم معاً أو مرتباً، وقال في المنتخب والشافعي: إن قتلهم في حالة واحدة قرع بينهم أيهم يقتل به، ويجب للباقين دياتهم من ماله، وإن قتلهم مرتباً قتل بالأول منهم، وللآخرين دياتهم من ماله، فإن عفا عنه الأول قتل بالذي بعده، وللآخرين الديات. ويعتبر في الجمع والترتيب بوقت الجناية لا بوقت الموت عندهم.

فرع: والواجب أنه يحفظ نفسه[١] حتى يجتمع ورثة القتلى كلهم فيقتلونه، فلو سبق أحدهم بقتله أثم ولا شيء عليه للباقين ولو كان هو وارث القتيل الأخير[٢]، وللباقين دياتهم في مال قاتلهم إن كان له مال، وإن لم فلا شيء لهم.

فرع: وكذا لو قتل رجلاً وقطع يد آخر أو أيدي جماعة لم يجز قتله بالأول حتى يتبين حال المقطوعين: إن ماتوا قتل بالكل، وإن عاشوا قطع ثم قتل.

فرع: وهذا بخلاف ما لو قلع عيون جماعة متفقة كاليمنى كلها أو اليسرى كلها، أو قطع أيديهم كذلك، أو أرجلهم كذلك- فإنهم يجتمعون على قلع عينه المماثلة أو قطع يده أو رجله، ويلزمه ديات باقي الأعين أو الأيدي أو الأرجل، والفرق[٣] أن النفس لا يمكن تبعيضها، فإذا اجتمعوا في قتله فقد استوفوا ما يجب لهم، وفي سائر الأطراف هو يمكن تبعيضها، فقد يقطع كل واحد بعض العضو، فإذا اجتمعوا في قطع عضو فلم يستوف كل واحد منهم ما يجب له، بل بعضه، فيكون ذلك كمن عليه وسق حنطة لجماعة ولم يجد منها إلا صاعاً فإنهم

---

(١) هذا واجب عليه، ويدفع من أراد الانفراد به منهم ولو بقتله؛ لتعديه. (بستان بلفظه). مع علم الوارث أنه لا يستحق القصاص إلا مع الاجتماع، وقيل: لا فرق.

(٢) ولعله يريد وارث المقتول قصاصاً.اهـ نحو أن يقتل أخويه وابن أخيه فيقتله أخوه بابنه، فهو حينئذٍ وارثه، والله أعلم.

(٣) والأولى في الفرق أن يقال: الذمة باقية مع الاقتصاص بالعين، فتبقى الديات في ذمة تعلق بها، بخلاف القتل، وهذا الفرق أوضح من الأول.

يشتركون فيه وفي قيمة الباقي، ذكر ذلك في الشرح. ويأتي على قول المنتخب والشافعي أنه يستحق الأول منهم القصاص، وللآخرين الديات من ماله.

فرع: وإذا قلع رجل عيني رجل وعيني آخر اجتمعا في قلع عينيه وبقي لهما عليه دية عينين.

مسألة: وإذا اجتمع جماعة على قطع يد رجل فله قطع أيديهم الكل، فإن اختار الدية لزم كل واحد دية يد على قول الهادي، وعند المؤيد بالله دية يد فقط عليهم. وقال زيد بن علي والناصر وأبو حنيفة ومالك: لا قصاص[(١)]، بل يلزمهم الكل دية يد فقط.

فرع: قال في البحر: وإنما تقطع أيديهم الكل إذا اجتمعوا كلهم في قطع يده كلها، نحو أن يحزوها بالسيف أو السكين كلهم حتى يقطعوها ولا[(٢)] يتميز فعل بعضهم عن فعل غيره، فأما حيث يتميز -نحو أن يقطع واحد من جانب وغيره في الجانب الآخر حتى أباناها- فلا قصاص[(٣)] في هذا؛ لأن كل واحد إنما قطع نصفها فقط، بل يلزمهم ديتها، لكن كيف تكون قسمة الدية عليهما: هل نصفان أو بقدر ما قطع كل واحد؟ قال سيدنا عماد الدين: لعلها تكون على قدر القطع[(٤)]، والله أعلم.

فرع: فلو قطع أحدهما بعض القطع ثم أتمه الآخر وأبان اليد كانت ديتها

---

(١) لأنه لم يتميز فعل بعضهم من بعض، فيبطل القصاص وتجب الدية. (بستان).

(٢) في (ب): ولم.

(٣) ولقائل أن يقول: إن هذا يشبه ما لو جنى عليه كل واحد جنايات غير قاتلة ولما اجتمعت قتلت، فإنهم يقتلون به جميعاً، فكذا هنا، ويمكن أن يقال: لما كانت النفس لا تتبعض. (مفتي).

(٤) إن تميز، وإلاَّ فنصفان؛ إذ لا مزية.

عليهما معاً، ولا قصاص[١]، ذكره في البحر. وفيه السؤال المتقدم[٢].

مسألة: إذا قلع أعور عين صحيح مثل عينه الصحيحة قلعت عينه، ذكره في الأحكام وزيد بن علي وأحد قولي الناصر والشافعي، وقال في المنتخب و أحد قولي الناصر ومالك: إن عين الأعور بمنزلة عينين فلا تقلع[٣].

فرع: وإذا فقيت عين الأعور الصحيحة ففيها ديتها فقط، وقال مالك وأحد قولي الناصر: تجب فيها دية عينين.

مسألة: إذا قلع رجل عين رجل وقطع يد آخر وقطع رجل آخر وجدع أنف آخر وقتل آخر- قدم القصاص منه في الأطراف قبل القتل ولو كان وقع القتل قبل الجنايات؛ لأنه يخشى فوتها، ثم يقتل من بعد. وقال مالك: تدخل الجنايات كلها في القتل، فيقتل لهم الجميع. قلنا: فلو سبق ولي القتل بقتله كان عاصياً[٤] ووجبت ديات الجنايات في مال الجاني إذا له مال.

مسألة: وإنما يثبت القصاص في العين واليد والرجل بما يماثلها: اليمنى باليمنى، واليسرى باليسرى، فلو اقتص بما يخالفها فمع جهله[٥] يلزمه دية ما قلع أو قطع وله أن يقتص بما يجب له، ومع علمه[٦] بالتحريم يلزمه القصاص

---

(١) القياس أن يقطع الآخر وتلزمه الدية لليد مع العفو، وعلى الأول القصاص بقدر ما فعل إذا أمن الزيادة. (حثيث). ومثله للفقيه يوسف.

(٢) وفيه السؤال المتقدم كيف تكون قسمة الدية عليهما هل نصفان أو بقدر ما قطع كل واحد؟ قال الوالد قدس الله روحه: لعلها تكون على قدر القطع؛ لأن القطع لا يتبعض. (بستان).

(٣) لأنها إذا قلعت كان أعمى؛ فلهذا لا تقلع، قال عليه السلام: وقد قيل: إنها تزداد قوة الإدراك في عين الأعور. (بستان).

(٤) لعله مع التمكن من الاقتصاص بها، وإلا فلا إثم عليه. (قرر).

(٥) وظاهر الأزهار في قوله: «وإلا فعمد وإن ظن الاستحقاق» أنه لا حكم للجهل. وهو عموم قوله: «فإن خولف جاز الاستئناف»، فيلزمه القصاص مطلقاً.

(٦) لا فرق.

بما فعل[١] وله أن يقتص بما وجب له. وقال الفقيه محمد بن سليمان: لا قصاص؛ لأن فيه سفهاً[٢]، بل يتساقطان الدية بالدية. وقال ابن شبرمة: يجوز اقتصاص اليمنى باليسرى أو عكسه.

مسألة: وإنما يجب القصاص في العين في صورتين: إحداهما: حيث تقلع من أصلها. والثانية: حيث ذهب بصرها بجناية أو بمضي سهم بقربها مع بقاء حبتها، فيكون القصاص في هذه الصورة بأن يطرح في عين الجاني كافور، ذكره في شفاء الأوام، أو بأن يوضع على وجه الجاني جلد أو نحوه فيه خرق حذاء عينه ثم يقرب منها حديدة ممحاة بالنار[٣] حتى يذهب بصر عينه، ذكره الفقيه محمد بن سليمان والحنفية وأحد قولي أصحاب الشافعي. وعلى أحد قولي أصحاب الشافعي: لا قصاص في ذلك.

فرع: فأما من فقأ عين غيره بسهم أو عود أو حجر أو نحوه فلا قصاص فيها؛ لأنه لا يوقف على قدر ذلك ولا تؤمن الزيادة فيه.

مسألة: من قطع يد غيره أو رجله أو نحوهما ثم سرى ذلك إلى تلف النفس فعلى ظاهر كلام الهادي وأحد قولي الشافعي أنه يفعل به مثل ما فعل، فتقطع يده،

---

(١) ولعل هذا ما لم يلتبس عليه العضو المماثل، فإن التبس لم يلزمه القصاص، كأن يخرج يده فيظنها المماثلة، كما في قطع السرقة.

(٢) ونظر بأنه يلزم مثل ذلك في النفسين. (زهور). مثاله: أن يكون كل واحد مستحقاً لدم صاحبه، فكان يلزم على القول بالسفه أن لا قصاص.

(٣) وذلك لما روي أن اعرابياً قدم بجلوبة إلى المدينة، فساومه غلام لعثمان بن عفان فتنازعا فلطمه فأذهب عينه، فقال له عمر: هل لك أن أضاعف لك الدية وتعفو عنه؟ فأبى، فدفعهما إلى أمير المؤمنين صلى الله عليه وآله وسلم فدعا بمرآه فأحماها، ثم وضع القطن على عينه الأخرى، ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها من عينه حتى ذهب ضوؤها. قال عليه السلام: ولله در أمير المؤمنين عليه السلام! فلقد استولى على العلوم بحذافيرها. (بستان).

فإن مات وإلا قتل؛ لأن القصاص موضوع للتشفي، وذلك أبلغ في الشفاء، وإن شاء الوارث اقتصر على قتله، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: لا قصاص إلا بضرب العنق. ولأبي طالب في ذلك كلامان مختلفان، فقيل: إنهما تحصيلان للهادي، وقيل: إن قوله الذي مع القول الأول حيث مات الأول بالسراية من قطع يده أو رجله، وقوله الثاني حيث مات بنفس قطع يده أو رجله. ويتفقون فيمن قطع يد غيره أو رجله خطأ ثم سرى إلى النفس أنه لا يلزمه إلا دية فقط.

مسألة: من قطع يد غيره أو رجله ثم قتله من بعد فإن كان القتل بعد ما برئت يده أو رجله فإن اختار وارثه القصاص قطع يده أو رجله ثم قتله، وإن اختار الدية أخذ دية ونصف دية[١] وفاقاً[٢]، وإن كان القتل قبل برء اليد أو الرجل وهو في وقت آخر فكذا عندنا، وقال مالك وأبو يوسف: إنه يقتل فقط، وإن كان القتل والقطع في موقف واحد متصلاً[٣] فلا يجب فيه إلا دية واحدة[٤]، وفي القصاص الخلاف الذي مر[٥].

مسألة: من قطع يده غيره من مفصل الكف ثم سرى إلى بعض الذراع سقط القصاص[٦]، ووجبت دية الكف وحكومة للسراية، ذكره أبو جعفر.

---

(١) في العمد والخطأ. (قرر).

(٢) يعني بين من يوجب الدية في العمد. (بستان).

(٣) والمتصل حيث يكون بفعل واحد، والمنفصل حيث يكون بأفعال. (قرر).

(٤) وذلك لأنه فعل واحد فلا تجب فيه إلا دية واحدة، وفي القصاص الخلاف الذي مر، فعلى قول الهادي عليه السلام يفعل به مثل ما فعل، قال في البرهان: ومثله عن أبي حنيفة والشافعي، وعلى قول غيره يقتل فقط. (بستان).

(٥) في المسألة الأولى.

(٦) قوله: «سقط القصاص» لأن العبرة بما استقرت عليه الجناية في هذه المسألة وفيما بعدها. (بستان بلفظه).

=

مسألة: من قطع يد غيره من بعض الذراع أو نحوه ثم سرى إلى المرفق وانقطعت اليد منه وجب القصاص من المرفق[١]، خلاف أبي حنيفة وأبي يوسف.

مسألة: وإذا اشترك بالغ عاقل وصبي أو مجنون في قتل رجل عمداً قتل البالغ العاقل به[٢]، ولزم الصبي أو المجنون نصف الدية تكون على عاقلته. وقال أبو حنيفة وأحد قولي الشافعي: لا قود على البالغ العاقل؛ لأنه قد صار بعض دم المقتول مالاً.

فرع: وكذا إذا اشترك في القتل من يلزمه القود ومن لا يلزمه[٣] -كعامد وخاطئ، أو الوالد وغيره- فإنه لا يسقط القود عمن يلزمه عند الهادي والناصر والمؤيد بالله، وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك: بل يسقط. قال الفقيه يحيى البحيبح : ويلزم الوالد دية كاملة[٤]، وقال الفقيه حسن: نصفها فقط[٥]، ومثله قال أبو حنيفة، وهو مستقيم على أصله أنه لا يلزم قاتلي العمد إلا دية واحدة كقول المؤيد بالله.

مسألة: فإن شارك قاتل العمد من لا يضمن كسبع أو نفس المقتول أو من

(*) وعليه الأزهار بقوله: ويسقط بالعكس.

(١) لأن السراية وما قبلها في حكم الجناية الواحدة، فإذا سرت إلى ما لا قصاص فيه فكأنها وقعت ابتداء فيما لا قصاص فيه، وإذا سرت إلى ما فيه القصاص فكأنها وقعت ابتداء فيما فيه القصاص. (شرح بهران).

(*) وعليه الأزهار بقوله: ويجب بالسراية إلى ما يجب فيه.

(٢) وعليه الأزهار بقوله: ومشاركة من يسقط عنه.

(٣) وكان فعل كل واحد قاتلاً على انفراده، وإلا فلا قود ويجب دية واحدة، ومعناه عن المفتي. (قرر). ومثله لو كان بفعل فاعل واحد خطأ وعمداً ومات بمجموعهما. (مفتي) (قرر).

(٤) وهذا يليق [يلحق (نخ)] بمذهب الهدوية أن الدية عوض عن دم القاتل.

(٥) وهو المذهب هنا؛ لأن الدية هنا عوض عن دم المقتول. (قرر).

يستحق عليه القود فقال أبو طالب: يسقط القود(١)، وقال المؤيد بالله: لا يسقط. فإن طلبت الدية ممن عليه القود فقيل: إنها تلزمه الدية، وقال الفقيهان محمد بن سليمان وحسن: لا يلزمه إلا نصفها، ومثله ذكره الكرخي، [قال سيدنا:](٢) ولعله يستقيم على أصل المؤيد بالله وأبي حنيفة، [لا على أصل الهادي فيلزمه دية بدلاً عن قتله](٣).

مسألة: من أكره على قتل غيره(٤) فقتله فالقود عليه(٥) عند الناصر والمؤيد بالله(٦)، وعند المرتضى وأبي العباس وأبي طالب وأبي حنيفة والشافعي أنه على المكره له، وللشافعي قول: إنهما يقتلان معاً، وقال أبو يوسف: لا يقتل أيهما.

---

(١) لأنه هنا اتفق موجب الضمان ومسقط فالحكم للمسقط، بخلاف ما تقدم فإنه اتفق موجب قود ودية. (غيث)[١].

(*) هذا لأبي طالب فقط، رواه في اللمع، وبنى عليه في الأزهار في قوله: غالباً.

(*) قلت: وهو القياس على عفو أحد الشركاء.

(*) قيل: ويجب عليه نصف الدية. (شرح أزهار).

(٢) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من (ج، د).

(٤) هذه المسألة قد تقدمت في آخر باب الإكراه، وقد تقدم الكلام عليها مستوفى وبيان حجج الأقوال كلها، فخذه من هناك موفقاً للصواب. (بستان).

(٥) حيث بقي له فعل، فإن لم يبق للمكره فعل فالقود على المكره وفاقاً. (حاشية سحولي معنى).

(٦) وعليه الأزهار بقوله: لا بالإكراه.

---

[١] لفظ الغيث: فإن قلت: فما الفرق بين المشاركين؟ قلت: وجه الفرق أنه اجتمع هنا موجب للضمان ومسقط له، والحكم للمسقط؛ رجوعاً إلى براءة الأصل، بخلاف الخاطئ والعامد فإنه اجتمع فيه موجبان للضمان وإن اختلف المضمون، فالأصل بقاء الضمان لا سقوطه، وضمان العامد يتعلق بالقود فلم يسقط، والله أعلم.

وهكذا الخلاف- والله أعلم- في ضمان المال حيث أتلفه مكرهاً، لكن على قول الناصر والمؤيد بالله يرجع المتلف بما لزمه على المكره له، وكذا في الدية إذا طلبت منه[١]، وقال في الشرح: إن ضمان المال على الآمر وفاقاً. وفيه نظر[٢].

فرع: ويتفقون إذا عدا سبع على رجلين فدفع أحدهما صاحبه إلى السبع لتسلم نفسه أنه يقتل به، وفيمن خشي على نفسه وصاحبه الغرق في السفينة فألقى صاحبه في البحر لينجي نفسه أنه يقتل به، ذكره في شرح الإبانة، وكذا فيمن قتل غيره ليأكل منه عند ضرورة الجوع أنه يقتل به، ذكره في الشرح.

مسألة: قال المرتضى: من توعد غيره بالقتل فقتله الموعود فإنه يقتل به. قال المؤيد بالله وأبو مضر: المراد به إذا لم يظن صدقه فيما توعده به، فإن ظن صدقه فلا شيء عليه[٣]، يعني فيما بينه وبين الله تعالى[٤].

مسألة من البحر: رجل فعل بغيره فعلاً هلك به، وكان يمكن المفعول به يدفع عن نفسه الهلاك فلم يفعل- فهو على ضربين:

الأول: أن يكون ذلك الفعل مهلكاً لكنه يمكنه دفع الهلاك عن نفسه، نحو أن يلقيه في ماء كثير يغرق به وهو يمكنه يسبح فلم يفعل، ونحو أن يجرحه جرحاً مهلكاً وهو يمكنه التداوي بما يدفع عنه الهلاك، ونحو أن يطعمه ما

---

(١) وأما لو قتله ورثه المقتول هل لورثته أن يرجعوا بالدية على المكره له؟ قيل: لا رجوع؛ إذ لا غرم لحقهم بسبب الآمر. (شامي).

(٢) وجه النظر أن المأمور هو المباشر للإتلاف، يعني: فيكون فيه الخلاف. (بستان).

(٣) قوله: «فإن ظن صدقه فلا شيء عليه» وذلك كمنهزمي البغاة إذا كان يظن عودهم جاز قتلهم. (بستان).

(٤) وأما عند المحاكمة فالظاهر وجوب القصاص إلا ببينة على شاهد الحال أو إقرار المجني عليه. (شرح فتح معنى).

يهلكه وكان يمكنه التداوي بما ينجيه[١] فلم يفعل- فهذا مضمون ويجب فيه القود. وكذا من جرح بقرة غيره وكان يمكن مالكها أن يذبحها لئلا تتلف فلم يفعل حتى هلكت ضمنها الجارح[٢].

الثاني: أن يكون ذلك الفعل غير قاتل بنفسه، نحو أن يلقيه في ماء قليل لا يغرق به فبقي منبطحاً على حاله ولم يقم حتى هلك فلا ضمان على الملقي له، ونحو من فصد لغيره بإذنه عند الحاجة إليه وكان يمكن المفصود له يسد الفصد فلم يفعل حتى نزف دمه[٣] فلا شيء على الفاصد. والأقرب في مسألتي الماء أنهما سواء[٤] وأنه القاتل لنفسه بوقوعه في الماء.

فرع: قال في البحر: من جرح غيره جرحاً يقتل في العادة بالسراية، ثم إن المجروح داوى نفسه بدواء يقتل في العادة، فإن كان الدواء مما يقتل فوراً فلا قود على الجارح[٥] إلا أرش الجرح[٦]، وإن كان الدواء مما يختلف حاله قتل

---

(١) في (ب): بما ينفعه.

(٢) وله أن يطالب المالك أن يبيع لحمها، ويجبره الحاكم على ذلك، وليس على الجاني إلا زائد القيمة.اهـ يقال: لا حق له في ملك الغير؛ إذ لا يملك بالجناية عليه، ولا تعدي من المالك لها، فله أن يمنع، وإذا تلفت لزمه القيمة، وهو المختار. يقال: لو سلم هذا لأدى أن من رمى بقرة غيره أو جمله أن طلبه لأجل يجبره الحاكم على بيعه منه، وهذا مشكل.

(٣) يقال: نزف دمه ينزف بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع.

(٤) وفي هامش البحر ما لفظه: يحقق النظر في ذلك، فالظاهر الفرق في ذلك؛ إذ في الماء القليل هو غير قاتل بنفسه، وفي الماء الكثير هو قاتل، فترك السباحة كترك المداواة، وقد صرح في المنتزع بوجوب القصاص؛ لأن السبب مهلك.

(٥) قوله: «مما يقتل فوراً فلا قود على الجارح» وذلك لأنه قطع سراية الجرح باستعمال السم القاتل، فصار كما لو جرحه رجل ثم ذبح نفسه. (بستان).

(٦) مذهب في العمد والخطأ. (سيدنا حسن رحمه الله) (قرر).

(*) وما سرت إلى وقت التداوي. (قرر).

الجارح[١]، كما إذا شاركه المجروح في قتل نفسه[٢]. فإن كان الجرح خطأ فالأقرب أنه لا يلزمه إلا نصف الدية[٣].

مسألة: والخيار إلى المقتص أو ورثة المقتول في القصاص[٤] أو القود أو أخذ الأرش أو الدية أو العفو عنهما أو المصالحة عن ذلك بدونه أو بفوقه[٥] إذا كان عن الدم أو عن الأرش أو الدية من غير جنس الواجب، أو من جنسه في غير الدراهم والدنانير، لا فيهما فلا يصح أن يصالح عنهما من جنسهما بأكثر من الواجب.

فرع: ولا يعتبر رضا الجارح أو القاتل، إلا في المصالحة فلا تثبت إلا برضاه.

مسألة: والقصاص في الموضحة ثابت إذا كانت في الرأس أو الوجه، وإن كانت في سائر البدن فكذا أيضاً، ذكره في الشفاء، وحكاه أبو طالب عن أصحاب الشافعي ولم يعترضه[٦]، وذكره الإمام يحيى، وروى هو[٧] عن

---

(١) على قول المؤيد بالله، لا على قول أبي طالب فلا قود، ويجب نصف الدية. (قرر).

(٢) يتأمل هل هذا يأتي على قول أبي طالب، أو لا يأتي إلا على قول المؤيد بالله في عدم سقوط القود؟

(*) لأنه يجوز أن فعله يقتل بالمباشرة فيبطل فعل الجارح، ويجوز خلافه، والأصل بقاء القود على الجارح.

(٣) ينظر هل يريد في الطرفين جميعاً فالظاهر أنه لا يستقيم في الأخير إلا أن يقال: يحتمل أنه مات بمجرد الجرح ويحتمل أنه مات بهما، فيلزم النصف، والأصل براءة الذمة- فيستقيم هذا، والله أعلم. وأما الطرف الأول فلا يلزم إلا الأرش إلى وقت التداوي، ويلزم أيضاً في الطرف الأخير مع نصف الدية نصف الأرش إلى وقت التداوي.

(٤) هذا راجع إلى قوله: المقتص.

(٥) هذا راجع إلى قوله: أو ورثة المقتول.

(٦) يعني السيد أبا طالب، قال في البرهان: بل يفهم من حكايته أنه راض به. (بستان).

(٧) أي: الإمام يحيى.

(*) في (ب): وذكر الإمام يحيى ورواه عن القاسمية.

القاسمية أنه لا يثبت، قال الفقيه يوسف: وفيه نظر[١].

مسألة: إذا أراد الورثة قتل القاتل فطلب منهم تأجيله حتى يقضي دينه فوراً أو حتى يتوب أو يوصي بواجب عليه لزمهم تأجيله قدر ما يسع ذلك، لا إن طلبهم تأجيله ليفعل ما لا يجب كغسل أو وصية تبرع، وأما للصلاة[٢] مع سعة وقتها فقال الفقيه حسن: لا يجب، ويأتي على قول ابن الحاجب أنه يجب؛ لأنه يقول: يتضيق فعل الصلاة عند ظن الموت[٣].

مسألة: ولا يجوز القود حتى يحضر الورثة كلهم بالغين عاقلين ويطلبوه كلهم، فإن كان فيهم غائب[٤] لم يجز حتى يحضر ويطلب القود أيضاً، وكذا إذا فيهم معتوه فلا قود ما دام كذلك، ذكره في التقرير، وإن كان بعضهم صغيراً[٥] لم يكن للبالغين أن يقتلوا، خلاف أبي حنيفة ومالك وأحمد بن عيسى.

فرع: فلو قتله بعضهم من غير حضور البعض أو مع صغر البعض فلا قود عليه، بل يأثم ويلزمه الزائد على حصته من الدية لورثة المقتول الثاني، وهم يدفعونه أو غيره لمن يستحقه من ورثة المقتول الأول، هذا أحد كلامي الهدوية في اللمع وأحد قولي المؤيد بالله، وعلى أحد كلاميهم وأحد قولي المؤيد بالله أنهم يدفعونه

---

(١) قال في البرهان: لأن الحكاية فيها غرابة. (بستان بلفظه).

(٢) في (ج، د): وأما الصلاة.

(٣) وهو يتنزل على الخلاف هل الواجبات ألطاف في العقليات أو شكر، فعلى قول أهل الألطاف لا يتضيق إلا في آخر الوقت؛ لأن من شرط الملطوف فيه أن يتأخر عن وقت اللطف، وأما على القول بأنها شكر فيتضيق بظن الموت، والله أعلم. (شامي).

(٤) عن مجلس القصاص، ولو قد وكل. (قرن).

(٥) فلو اقتص الصغير قبل بلوغه ممن جنى عليه لم يصح قصاصه، بل يكون أرش الجناية باقياً على الجاني، وأرش القصاص الذي فعله يجب على عاقلته للجاني، ومعناه في البيان في فرع: فلو اقتص الصغير إلى آخر الفرع، وهذا لا يجب.

بعينه[١] لذلك الوارث[٢]؛ لأنه بدل دم القاتل الذي كان يستحقه وفوّته عليه شريكه، ورجحه الفقيه حسن، وقال الفقيه يحيى البحيح: إن الأول أصح. وفائدة الخلاف تظهر في المطالبة من وارث الأول هل يطلب شريكه القاتل أو يطلب ورثة المقتول الثاني؟ وفي البراء إذا أبرأ ذلك الوراث شريكه القاتل هل يبرأ أم لا؟ وفيما إذا أعسر هذا القاتل الثاني هل يكون لشركائه مطالبة ورثة القاتل الأول أم لا[٣]؟

مسألة: إذا قتل القاتل أجنبي بغير إذن ورثة المقتول الأول كان لورثة المقتول الثاني الخيار بين قتل قاتله -ويدفعون دية الأول من تركة أبيهم إن كانت، وإلا فلا شيء عليهم- وبين أخذ دية أبيهم، فتكون من جملة تركة أبيهم يقضون ديونه[٤] ودية الأول منها. ولا يصح عفوهم عن الدية، إلا إذا كانت تركة أبيهم توفي بما عليه من الدية والديون صح عفوهم. قال الفقيه علي: وهذا هنا وفاق، وهو ظاهر اللمع، وقال الفقيه يحيى البحيح: إنه على الخلاف كما في المسألة الأولى.

فرع: فلو قتل القاتل الثاني هذا رجل أجنبي كان لورثته قتل قاتله -ويدفعون دية القتيل الثاني -وهو القاتل الأول- من تركة أبيهم إن كانت، وإن لم فلا شيء عليهم- وإن شاءوا أخذوا دية أبيهم، ويكون الكلام فيها كما في المسألة الأولى.

مسألة: من قتل وله وارثان فعفا أحدهما عن القود ثم قتل الثاني القاتل: فمع علمه بعفو صاحبه وأن عفوه يسقط القود يقتل به، ويكون للعافي حصته من الدية

---

(١) يعني: إذا سلمه إليهم، وإلا فالواجب عليه على هذا القول تسليمه لشركائه في الدية؛ لأنه يستحقونه عليه. (بستان).

(٢) ظاهر عبارة البيان أنهم يدفعونه بعينه لذلك الوارث ..إلخ، وفي الغيث وهو ظاهر الأزهار: أن شريكه يسلمه إليه من دون أن يدفعه إلى ورثة المقتول آخراً.

(٣) ليس لهم ذلك. (قرد).

(٤) وقيل: بل تكون للوارث المستحق؛ لأنه أخص كالمرهون والجاني، كما هو ظاهر الأزهار في قوله: وللمستحق الدية، وهو المختار.

في تركة القاتل الأول إن كانت، ومع جهل هذا الوارث القاتل[١] لا قود عليه[٢]، بل يلزمه حصة صاحبه من الدية يدفعها له، ذكره في اللمع والتحرير، فقال الفقيهان يحيى البحيبح وحسن: إنه على أحد القولين كما في المسألة الأولى، وقال الفقيه علي: إن صاحبه لا يستحق عليه شيئاً في هذه الصورة وفاقاً؛ لأنه لم يستهلك عليه شيئاً، بل قد كان أسقط حقه من القود بعفوه، فيكون الذي على هذا القاتل من الدية لورثة القتيل الثاني، وهم يدفعونه أو غيره للوارث الذي قد كان عفا.

مسألة: إذا قتل جماعة رجلاً ثم عفا وارثه عن قود أحدهم[٣] فقال أبو طالب: يسقط القود عن الباقين -لئلا يتبعض دم المقتول يكون[٤] بعضه قوداً وبعضه دية- ويأخذ من كل واحد منهم دية كاملة، وقال أبو حنيفة والشافعي، ورواه في شرح الإبانة عن سائر العترة: إنه لا يسقط القود عن الباقين[٥]، قال أبو جعفر: ولم يقل أحد بقول أبي طالب هذا[٦].

---

(١) يعني: جهل العفو، فإن اقتص بعد العلم بالعفو لكن جهل كونه مسقطاً للقصاص فقيل: لا قصاص على المقتص للشبهة[١]، وقيل: يقتص منه. (بحر).

(٢) قلت: هلّا قيل: لا يسقط؛ لأنه عمد وإن ظن الاستحقاق. (مفتي). ولعله يفرق بأنه هناك لا يستحق شيئاً، وهو هنا يستحق بالأصالة، وقد تقدم نظيره في أول الوكالة.

(٣) معيناً، فإن قال: «عفوت عن أحدكم» لم يصح كالإبراء؛ لاعتبارهم فيه أنه لا بد من ذكر المبرأ. (مفتي) (قرر). فإن عفا عن أحدهم معيناً ثم التبس عليه من الذي عفا عنه سقط القود. (سحولي). وتلزم الديات في أموالهم.اهـ وكذا لو عفا عن واحد يعتقد أنه غير القاتل فإن العفو قد صح.

(٤) في الكواكب: فيكون.

(٥) الأزهار: والعفو عن أحد القاتلين.

(٦) وقال المهدي عليه السلام: كلام ابي طالب قوي من جهة القياس على عفو أحد الشركاء، لكن الفرق أنه هناك تعذر استيفاء بعض القود؛ لاتحاد من هو عليه، وهنا لم يتعذر؛ لتعدد الشخصين. (بستان).

---

[١] ولعل ظاهر الكتاب في أول المسألة اعتبار العلم بالأمرين معاً.

فرع: فلو قتل الوارث بعضهم ثم عفا عن قتل باقيهم جاز، ولا شيء عليه لمن قتله وفاقاً، ويأخذ من الذين عفا عنهم ما يجب عليهم، وهو حصصهم من الدية أو من كل واحد دية على الخلاف في ذلك.

مسألة: إذا عفا بعض الورثة عن القود سقط كله، وإذا عفا الورثة أو بعضهم عن القاتل: فإن وقع العفو عن دم المقتول أو عن قتله أو عن الجناية عليه أو عن القود والدية سقطا معاً وفاقاً، وإن وقع عن القود دون الدية[1] بقيت الدية، خلاف زيد بن علي وأبي حنيفة ومالك والداعي، وإن وقع العفو عن القود أو عن قتل القاتل ولم يزد على ذلك بقيت الدية، خلاف أحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي الشافعي، وإن وقع العفو مطلقاً من غير ذكر شيء فقال الفقيه حسن: إنه يسقط القود وتبقى الدية، خلاف أحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي الشافعي، وقال الفقيه علي: لا يسقط بهذا العفو شيء؛ لأنه لا يعلم ما المراد به -كما ذكر المنصور بالله وأبو جعفر في الزوجة إذا قالت لزوجها: «أبرأتك» لم يبرأ من مهرها ولا من غيره- فلو عرف المراد بذلك أو جرى به العرف عمل به. وإن وقع العفو عن الدية أو عن الدية دون القود لم يسقط القود، وأما الدية فقال الفقيه علي: تسقط وفاقاً[2]، وقال الفقيه حسن: لا تسقط عند الهدوية[3] وأحد قولي المؤيد بالله، وعلى أحد قولي المؤيد بالله تسقط. وهكذا إذا اختار الوارث القود وسكت عن

---

(١) يعني: قال في عفوه: عفوت عن القود دون الدية.

(٢) لكن يقال: عند الهدوية هي بدل عن دم القاتل؛ فلهذا تعدد، فإذا بقي الأصل- وهو استحقاق دمه- بقي البدل، وهي الدية؛ فيلزم أن لا تسقط.اهـ يقال: البدلية بالنظر إلى لزومها كاملة، وإلا فهما أصلان. (سلامي).

(*) وهو مفهوم الأزهار؛ لأنهما أصلان.

(٣) لأن موجبها، باق وهو القود.

الدية ففي سقوطها هذا الخلاف[(١)].

فرع: فإن اختار الوارث القود والدية معاً أو القصاص والأرش معاً فقال الفقيه يوسف: يحتمل أن يسقط القود والقصاص؛ لأنهما يسقطان بالشبهة[(٢)]، واختياره للدية مع القود يصير شبهة[(٣)].

مسألة: إذا أراد الوارث قتل القاتل فإن كان ثبوت قتله لمورثه بالبينة لم يجز إلا بعد حكم الحاكم وفاقاً، وإن كان ثبوته بإقرار القاتل أو بمشاهدة الوارث له أو بالتواتر ولا وارث له سواه فحكى علي بن العباس إجماع العترة أنه لا يجوز له قتله إلا بعد الحكم أيضاً، ومثله في البحر عن أبي طالب والإمام يحيى، وأطلق في اللمع وغيرها للهدوية أنه يجوز له قتله، قال الفقيه محمد بن سليمان: والمراد به إذا كان القود أو القصاص مجمعاً عليه[(٤)]، فأما إذا كان مختلفاً فيه- نحو أن يكون وقع القتل بغير الحد، أو بما يقتل في العادة لكنه لم يرد به قتله- فلا يجوز القصاص إلا بعد الحكم[(٥)]. قال الفقيه يوسف: والقياس أنه لا يجوز مطلقاً إلا بعد الحكم؛ لأن فيه خلاف الشافعي والمعتزلة، فعندهم أنه كالحد يعتبر فيه الإمام[(٦)].

---

(١) فإن اختار الدية وسكت عن القصاص سقط القصاص وفاقاً. (كواكب).

(*) يعني: بين الفقيهين علي وحسن. (بستان).

(*) تسقط على قول الفقيه علي.

(٢) نقل على أصل المذهب[١] أنهما لا يسقطان.

(٣) وتجب لهم الدية عوض القود، والأرش عوض القصاص. (قرر).

(٤) أو اتفق مذهبهما.

(٥) وظاهر الأزهار أنه يجوز الاقتصاص مطلقاً في المختلف فيه والمجمع عليه. (قرر).

(٦) والحق أنه غير حد، وإلا لزم أن يسقط القود إذا وقع القتل في غير وقت إمام أو في غير بلد ولايته، ولا قائل به. (نجري).

---

[١] في (ج): نقل عن أهل المذهب.. إلخ.

=

مسألة: قال المنصور بالله: من قامت عليه الشهادة بقتل غيره وهو برئ منه لزمه الهرب ديناً، إلا أن يحكم عليه حاكم لزمه امتثال الشريعة، رواه عنه في التقرير. ويأتي على قول المؤيد بالله أنه يهرب(١).

مسألة: من قطع يد غيره من المرفق وقطع يد آخر من مفصل الكف وجب تقديم الكف -لأنه يخشى فوته- ولو كان قطعه متأخراً(٢)، خلاف المنتخب. ويخير الآخر بين قطع(٣) ما بقي من يد الجاني إلى المرفق وبين أخذ دية يده(٤). وكذا لو قطع يداً صحيحة ويده المماثلة شلاء خير المقطوع بين أخذ دية يده وبين قطع اليد الشلاء إذا كان لا يخشى موته بقطعها(٥). وهكذا في العين القائمة التي

(*) وأجيب عن هذا أن خلافهم في الجواز وعدمه، وإلا فالقصاص باق على القاتل. (تذكرة، وكواكب).

(*) فإن لم يكن إمام أو حاكم صلاحية جاز الاقتصاص عندهم.

(١) وهو الأولى.اهـ وهو قول الهدوية في قولهم: ولتمتنع مع القطع.

(٢) فإن قيل: إن صاحب المرفق لم يقتص إذا تقدم قطع اليد من المفصل، قلنا: نعم إلا أنه وإن كان كذلك فإنه يخير مع ذلك بين قطع ذلك مع نقصه وبين الدية، فيجبر التخيير النقص، وكذلك إذا تقدم صاحب المرفق فإنه يفوت حق صاحب المفصل من القصاص جميعه. (تعليق دواري على اللمع).

(٣) في بيان حثيث: يشتركان في قطع الكف.اهـ لا وجه له؛ لأن المقطوع من المرفق لا يستحق القطع من الكف، ولو طلب ذلك لم يجب، فيندفع حينئذٍ ما ذكر، والله أعلم. (شامي).

(٤) وحكومة للساعد. (قرر).

(٥) **نعم**، ولا تؤخذ ذات أظفار بما لا ظفر فيه وإن رضي الجاني، كلو رضي الحر أن يقتل بالعبد؛ إذ لا يستباح بالإباحة. وفي العكس القصاص. وأما أخذ الصحيحة بالشلاء فلا يجوز؛ لأن الشلاء لا منفعة لها، وإنما فيها مجرد الجمال، فلا يؤخذ بها يد فيها منفعة وجمال. (بستان) (قرر).

(*) فيرجع إلى أهل الخبرة في الجراح، فإن قال عدلان منهم: إنه لا يخشى من قطع الشلاء إلا =

ذهب بصرها فإنها تقلع بالعين الصحيحة.

مسألة: من قطع من غيره كفاً كاملة وكفه ناقصة إصبعاً قطعت كفه ولا شيء عليه(١)، وقال في الانتصار ومهذب الشافعي: يلزمه دية الإصبع الزائدة على أصابعه إن كانت أصلية، وإن كانت زائدة فحكومة لها.

فرع: وإن قطع من غيره كفاً ناقصة إصبعاً وكفه كاملة قطعت كفه(٢)، وقال في الانتصار ومهذب الشافعي: يقطع من أصابعه بعدد أصابع المقطوع، وهل تجب عليه حكومة لكف المقطوع الأول؟ فيه وجهان، رجح الإمام يحيى وجوبها.

مسألة: من قطع من غيره إصبعاً زائدة فلا قصاص(٣)، بل تجب فيها

ما يخشى من قطع الصحيحة جاز الاقتصاص، وإن قالوا: يخشى انفتاح العروق وأنها لا تنحسم لم يجز. (شرح بحر) (قرر).

(*) قال عليه السلام: فأما شلاء بشلاء فيحتمل جوازه؛ للتماثل، ويحتمل عدمه؛ لاختلاف تأثير علل الشلل، فلا تتحقق المماثلة. (بستان).

(١) وذلك لأن الكف بالكف ولو زادت أصابع أحدهما كالأكبر بالأصغر في هذه المسألة وفي التي بعدها، ولئلا يلزمه غرمان في ماله وبدنه. وحجة الانتصار والمهذب قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة١٩٤] ويد الجاني ليس مثلاً ليد المجني عليه، ولأنه استوفى بعض حقه فكان له أرش ما لم يستوفه. (بستان بلفظه).

(٢) الأزهار[١]: وإن زاد أحدهما أو نقص. وفي البحر أنه لا قصاص لعدم المماثلة، والله أعلم.

(*) والمختار لا قصاص؛ إذ لا يؤخذ الكامل بالناقص، ومثل هذا في البحر، وهو المقرر، وقرره الهبل. وفي الهداية ما لفظه: ولا صحيح بناقص، ويجوز العكس مع رضا المجني عليه.

(*) وهو ظاهر الأزهار وصريح التذكرة.

(٣) حيث لا مثل له في الجاني. فعلى هذا لو قطع إصبعاً زائدة وله إصبع زائدة قطعت فينظر. وظاهر الكتاب لا قصاص مطلقاً. (سيدنا حسن رحمه الله) (قرر).

---

[١] المراد بالمسألة -يعني: بما في الأزهار- إذا كان زائداً على أصل الخلقة كالأصبع السادسة.

حكومة، ذكره في اللمع والشرح، وقال في التذكرة: إن كانت مساوية لأصابعه[١] ففيها دية إصبع، وإن كانت ناقصة عنها ففيها حكومة.

مسألة: من قطع من غيره أنملة وسطى ليس عليها عليا لم يقتص منه إلا أن تكون أنملته كذلك، فلو زالت عليا من بعد فقال في التذكرة والشافعي: يقتص منه كما يقتص من الحامل بعد الولادة، وقال أبو حنيفة: لا يقتص منه، كمن قطع يداً شلاء ثم شلت يده من بعد فإنها لا تقطع[٢]؛ لأن القصاص قد سقط في حقه. ولعله يفرق بين هذا وبين المرأة الحامل؛ لأن القصاص فيها غير ساقط، بل تنتظر ولادتها.

مسألة: ولا يقتص في سائر الأطراف إلا بعد البرء[٣] حتى يؤمن موت المقطوع الأول وجوباً عندنا، إلا على القول بأنه يفعل بالقاتل[٤] مثل ما فعل فيجوز القصاص قبل البرء؛ فإن مات المقطوع الأول قتل الثاني.

فرع: فلو وقع القصاص قبل يبرأ المقطوع؛ فإن برئا جميعاً أو ماتا[٥] فظاهر، وإن مات الأول قتل[٦] الثاني به، ولا شيء له في قطع يده، وإن مات الثاني فلا شيء

---

(١) يعني أنها مثل الأصابع الأصلية في صفتها وليست في عرض الكف. (كواكب).

(٢) وأجيب بأنهما لم يستويا هنا حال الجناية، بخلاف الأنملتين. (مصابيح، ورياض).

(٣) إلا أن يخشى موت الجاني جاز الاقتصاص قبل البرء.

(٤) في (ب): بالفاعل.

(٥) بل تجب دية الأول؛ لأن الثاني مات بالسراية وليس بقصاص عن النفس؛ لأنه انكشف أن الاول يجب فيه القصاص بالنفس. (بحر معنى).

(*) المختار أن المجني عليه مضمون، والمقتص منه هدر.اهـ يقال: إذا كانت الجناية المتقدمة تفضي إلى النفس في معلوم الله تعالى فهو مستحق للنفس[١]، فيكون فعل المقتص للجناية التي تفضي إلى النفس عوضاً عن الواجب، وأما إذا كانت الجناية أولاً لا تفضي إلى النفس فليس له إلا أخذ مثلها، لكن إذا سرت عفي عنه. (رياض).

(٦) في (ب): وإن مات الأول قبل الثاني قتل به.

---

[١] في هامش البيان: للقتل، والمثبت من الرياض وهامش التذكرة.

فيه؛ لأن الحق قتله، وقال أبو حنيفة: تجب ديته على عاقلة المقتص.

مسألة: من قتل جماعة فليس لأحد من ورثتهم قتله حتى يجتمع ورثتهم الكل فيقتلونه كلهم أو يأمرون رجلاً يقتله لهم، وعليه حفظ نفسه حتى يجتمعوا، ومن أراد منهم قتله دفعه عن نفسه، قال الفقيهان محمد بن سليمان ويحيى البحيح: فإن لم يندفع عنه إلا بقتله جاز[1]، وإن طلب بعضهم القود وبعضهم الدية وجب الكل.

مسألة: والحق في الدية والقود لورثة المقتول كلهم، وقال مالك: لا حق للنساء في القود، بل في الدية، وقال ابن أبي ليلى: لا حق للزوجين في القود، ذكر ذلك في الشرح.

مسألة: إذا أقر المجروح أن الجارح لم يجرحه ثم مات لم يستحق ورثته شيئاً على الجارح ولو بينوا عليه؛ لأن إقرار المجروح يكذب بينتهم، قال الفقيه علي: إلا أن يعلم الحاكم صحة جرحه وقتله حكم لهم بالدية[2]؛ لأن الميت لا يسقط حقهم في الباطن، قال الفقيه يوسف: لكنه يكون وصية للقاتل بالدية إن خرجت من الثلث، وإلا فقدر الثلث، وتحسب الدية من جملة ماله[3] على ما ذكره في الإفادة والحفيظ والبحر، وقال في التذكرة والفقيه يحيى البحيح وهو ظاهر اللمع: لا تحسب منه؛

---

(١) مع علم الوارث أنه لا يستحق القصاص إلا مع الاجتماع. وقيل: لا فرق. (قرد).

(٢) وقال القاضي عبدالله الدواري: بل الصحيح أن علم الحاكم هنا لا تأثير له؛ لأن حكمه مترتب على صحة الدعوى، وهي غير صحيحة؛ لأن إنكار المجروح يكذبها.اهـ ونقل عن القاضي عامر أنهم إذا بينوا أن ذلك توليج لم تسقط الدية، بل يجب جميعها.

(٣) مثاله: لو كان المال عشرين ألفاً غيرها فإنها تسقط الدية. وقال في التذكرة والفقيه يحيى البحيح وهو ظاهر اللمع: لا تحسب منه، بل تكون قدر ثلث ماله غيرها، مثاله: لو كان المال ثلاثين ألفاً غيرها. وقول مالك كما ترى، قال في البرهان عنه: بل يجب القود في ذلك. (بستان).

لأن القتل يبطل الوصية كالميراث، قال الفقيه يوسف: وفيه نظر؛ لأن الوصية للقاتل إنما تبطل إذا كانت متقدمة على الجناية، فأما إذا تأخرت عنها فإنها تصح. وقال مالك: لا يصح العفو ولا الصلح من المجروح قبل موته.

مسألة: إذا شهد(١) أو أقر بعض الورثة على بعضهم أنه عفا عن القاتل سقط القود(٢) ولو أنكره المشهود عليه والقاتل، وتجب الدية لهم الجميع.

مسألة: إذا جرح الصغير فليس لوليه أن يعفو عن الجارح وفاقاً، وليس له أن يقتص، خلاف أبي حنيفة في الأب، وخلاف الوافي في الأب والوصي.

فرع: فلو اقتص الصغير ممن جرحه لم يصح وكان القصاص باقياً له حيث يمكن(٣)، وإلا فالأرش. وأرش جنايته على عاقلته.

مسألة: ولا يؤخذ الذكر الصحيح بالخصي والعنين(٤)، خلاف الشافعي.

مسألة: من قال لغيره اقتلني فقتله قُتل به، وقال أبو يوسف: وأحد قولي أبي حنيفة: لا شيء عليه، وعلى أحد قولي أبي حنيفة: تلزمه الدية لا القود. وإن قال

---

(١) ولو لم يأت بلفظ الشهادة. (حاشية سحولي). ولو كافراً[١] أو فاسقاً؛ لأنه بمنزلة الإبراء. (قرر).

(٢) وهذا حكم الظاهر، وأما حكم الباطن فيحتمل أن لا يسقط القود. (شرح أزهار بلفظه). لأن هذه المسألة مخرجة من شهادة أحد الشريكين في العبد على الآخر بالإعتاق، والعتق لا يقع فيها باطناً. (غيث) والصحيح أنه يسقط ظاهراً وباطناً. (حثيث). وهو ظاهر الأزهار؛ لأن شهادته عفو.

(٣) وذلك كالموضحة، واللطمة عند يحيى عليه السلام، لا حيث لا يمكن كقطع الأنملة واليد. (قرر).

(*) وذلك كالموضحة، لا حيث لا يمكن نحو قطع اليد حيث قد قطعها الصبي فالأرش له، وعلى عاقلته أرش جنايته. (بستان).

(٤) وهذا مبني على جواز الاقتصاص في الذكر. (شرح أزهار). والمذهب خلافه.

---

[١] وصورته: أن يكون عبد كافر بين مسلم وكافر ذمي، فقتله عبد كافر، فشهد الكافر على المسلم بالعفو.

له: «اقطع يدي» ففعل قُطعت يده، وقال أبو حنيفة: لا شيء عليه. وإن قال له: «اقتل ابني الصغير» ففعل قُتل به، وقال أبو يوسف: تلزمه الدية. وإن قال له: «اقتل بقرتي» ففعل ضُمنها، لا إن قال: «اذبحها» فذبحها فلا شيء عليه(١).

مسألة: إذا قطع الوارث يد القاتل ثم قتله فلا شيء عليه(٢)، بل يأثم ويعزر. وإن عفا عن القود بعد قطع اليد لزم القاتل دية المقتول كاملة(٣)؛ لأنها بدل دمه الذي كان يستحقه عليه، وإن عفا عن القود والدية فلا شيء عليه في قطع اليد، وقال مالك: تقطع يده، وقال أبو حنيفة: عليه دية اليد. وهكذا لو قطع يديه ورجليه.

مسألة: من جنى على غيره هاشمة ثم أراد المجني عليه أن يقتص منه موضحة ويأخذ زيادة أرش الهاشمة فقال المنصور بالله والفقيه حسن وأصحاب الشافعي:

---

(١) إذا كان ممن تحل ذبيحته؛ ليصح الأمر، وإلا ضمن للآمر[١]. (حثيث). وقال المفتي: تحل وتكون لأهل ملته.اهـ والذي قرره في حواشي شرح الأزهار أن الضامن الذمي[٢].

(٢) ما يقال: لو أن رجلاً قطع يد رجل من الرسغ، ثم اقتص من الجاني قبل البرء، ثم سرت الجناية حتى قطعته من المرفق، هل له أن يقتص ثانياً؟ أجاب السيد أحمد الشامي: أن له أن يقتص من المرفق، ويلزمه الضمان لاقتصاصه من الكف، ويكون كجناية الخطأ؛ إذ تبين عدم الاستحقاق، ولكن ينظر هل بينه وبين من يستحق القصاص في النفس لو قطع عضواً مع كون الجميع ممنوعاً منه؟ ينظر. لو قيل: إن له يقتص من المرفق ثانياً وليس عليه شيء كما ذكر صاحب البيان قبل هذا في قوله: فرع: فلو وقع القصاص قبل يبرأ المقطوع، إلى أن قال: وإن مات الأول قتل الثاني به ولا شيء له في قطع يده- لم يبعد؛ إذ لا فرق بين المسألتين.

(٣) فلو مات بعد قطع اليد؟ في حاشية: يجب رد الدية. (قرره).

(*) ولا تسقط منها دية العضو الذي قد أذهب. (شرح أزهار). (قرره).

---

[١] في هامش (ج، د): الآمر، والمثبت من نسخة.

[٢] لفظ هامش شرح الأزهار: فإن أمر ذمياً ضمن الذمي القيمة. (حثيث).

له ذلك، وقال الفقيهان يحيى البحيبح وعلي: لَيس له ذلك[١]؛ لئلا يكون بعضَ الجناية أرشٌ وبعضَها قصاصٌ، قال الفقيه حسن: وهو يشبه من قطع من غيره إصبعين بضربة واحدة فللمقطوع أن يقتص بإصبع ويأخذ أرش إصبع، قلنا: فرق بينهما؛ لأن القصاص هنا قد وجب، وفي الأولى لم يجب إلا الأرش.

مسألة: قال في البحر عن الشافعي والإمام يحيى: من قطعت يده من وسط كفه فله أن يقطع أصابع الجاني ويأخذ حكومة في الزائد، وكذا فيمن قطع من ساعده فله أن يقتص من مفصل الكف ويأخذ حكومة في الزائد، وكذا فيمن قطع من العضد فله أن يقتص من المرفق ويأخذ حكومة في الزائد، وكذا إذا قطع من مفصل الكتف فله القصاص من الكتف إن لم يخش منه حصول الجائفة، فيعمل فيه بقول عدلين، وإلا اقتص من المرفق وأخذ الحكومة في الزائد. والأقرب أن الخلاف في هذه المسألة كما في الأولى[٢].

مسألة: قال أبو طالب: من هدم جداراً على غيره أو غَرَّقه في الماء[٣] فمات لزمه القود. ولعل[٤] هذا وفاق بين أصحابنا. قال أبو طالب: وكذا من سد الباب على غيره حتى مات جوعاً أو عطشاً لزمه القود. قال الفقيه حسن: وكذا

---

(١) ولعل الخلاف حيث كانت الجناية بفعل واحد في محل واحد، فأما إذا كانت بفعلين أو في محلين فاتفاق أنه يجوز ذلك، والله أعلم. يعني: يوضح ويأخذ أرش الهاشمة جميعه. (قرر).

(٢) المذهب سقوط القصاص في جميع الصور[١]. (بحر معنى). لفظ البحر: قلت: والأقرب للمذهب أن لا قصاص؛ إذ ليس له إيلامه في غير موضع الجناية. (قرر).

(*) فيأتي على قول الفقيهين ليس له ذلك.

(٣) ولا يمكنه الخروج كما في الضرب الثاني من مسألة البحر التي تقدمت بخمس وعشرين مسألة.

(٤) في (أ): قال سيدنا عماد الدين: ولعل ..إلخ.

---

[١] في غير الكتف إذا لم يخش الجائفة من جنايته. (قرر).

عنده فيمن أخذ ثوب غيره في موضع بارد حتى مات برداً قُتل به، أو ربط غيره في موضع بارد حتى مات برداً قُتل به. وذكر المؤيد بالله فيمن سرق طعام غيره في مفازة وليس معه سواه حتى مات جوعاً أنه لا يقتل به[(١)]، قيل: فيأتي مثله على قوله في أخذ الثوب أنه لا يقتل به.

مسألة: من ربط غيره بين يدي سبع فقتله السبع أو في أرض مسبعة فقتلته السباع فلا قود عليه[(٢)]؛ لأن لها اختياراً ولم يلجها إليه، إلا إذا جمع بينه وبين السبع في موضع ضيق فقد ألجأ السبع إليه فيلزمه القود، ذكره في البحر والكافي ومهذب الشافعي، وروى في التقرير عن المؤيد بالله وأبي طالب أنها تلزمه الدية لا القود.

فرع: فلو وضع غيره في موضع فيه حيات فنهشته فلا قود عليه[(٣)] ولو كان الموضع ضيقاً؛ لأن عادتها الهرب من بني آدم. قال في البحر: ولو رمى بها عليه أيضاً[(٤)]، قال سليمان بن ناصر[(٥)]: إلا إذا لم تجد الحية مهرباً فنهشته فإنه يقتل به.

---

(١) وقال القاضي عبدالله الدواري: إنه كالمعري والحابس. ولعله أولى. (ديباج).

(٢) وعليه الدية؛ لأنه فاعل سبب ولم يوجد من يتعلق به الضمان. (قرر).

(٣) وعليه الدية. (قرر).

(٤) قال في الانتصار: أو رمى به على الحية. قال عليه السلام: وإن أخذ الحية بيده وأنهشها إنساناً فنهشته ومات فإن كانت كحيات الطائف ومكة فهي تقتل في العادة فيجب عليه القود؛ لأنه توصل إلى قتله بما يقتل في العادة، فهو كما لو قتله بالسيف، وإن كان لا يقتل مثلها في الغالب كثعابين مكة والحجاز وأفاعي مصر ففيه تردد، قال عليه السلام: والمختار أنه لا يجب عليه القود. (بستان بلفظه).

(*) يقال: قد قالوا: إذا وقفها في الطريق ضمن ما جنت قبل انتقالها، فكيف إذا ألقاها عليه؟ فتأمل. (من بيان حثيث).

(*) وفي هامش شرح الأزهار ما لفظه: فإن وضع العقرب أو نحوها فوق ظهره: فإن انتقلت وهي باقية على ظهره فظاهر الأزهار عدم الضمان لو جنت؛ لأنها قد انتقلت عن وضعه.اهـ وفي حاشية السحولي ما لفظه: أما لو ألقاها على إنسان فإن جنايتها تضمن ولو جنت عليه بعد انتقالها في جسده؛ إذ هي كالآلة، والله أعلم. (حاشية سحولي لفظاً).

(٥) صاحب شمس الشريعة. وهو فقيه في وقت المنصور بالله.

مسألة: من قتل رجلاً ثم تبين أنه حربي أو مرتد أو يستحق عليه القود فلا شيء عليه إلا الإثم بالعزم على فعل الكبيرة، وفيه خلاف قد تقدم هل يكون العزم كبيرة أم لا(١).

مسألة: من راود امرأة على الفجور بها ولم يندفع عنها إلا بقتله فقتلته هي أو غيرها فلا شيء على قاتله في باطن الأمر، وفي الظاهر إذا بين على ذلك بعدلين(٢)، يعني وحكم بهما حاكم، وسواء كان المقتول بكراً أو محصناً. وكذا من لم يندفع عن أخذ مال غيره أو عن شيء من المنكرات إلا بقتله جاز قتله، سواء قتله مالك المال أو غيره.

مسألة: من عض يد غيره فانتزع المعضوض يده فسقطت أسنان العاض أو سقط العاض فاندق فلا شيء على المعضوض إذا لم يمكنه خلاص يده إلا بذلك(٣)، وقال أبو حنيفة ومالك: يلزمه الأرش.

فرع: فإن سقط المعضوض ضمن العاض ما وقع فيه من جناية، كما في متجاذبي الحبل إذا كان الحبل لأحدهما فهو مضمون على الثاني؛ لأنه المتعدي. وقال أبو جعفر وأبو حنيفة: إن سقط المعضوض على وجهه ضمنه العاض، وإن سقط على قفاه لم يضمنه العاض؛ لأنه سقط بفعله(٤).

---

(١) قال في الغيث فيمن قتل من انكشف استحقاقه: وقد فسق بإقدامه على القتل مع جهل الاستحقاق.اهـ وهو محتمل للنظر.

(*) فعلى كلام القاسم والهادي والناصر وأبي علي وأبي القاسم يفسق، وعلى كلام المؤيد بالله والمنصور بالله وأبي هاشم وأبي عبدالله البصري لا يفسق. (بستان بلفظه).

(٢) أو رجل وامرأتين أو ويمين؛ لأنها دافعة للقتل. (قرر).

(٣) إن قلت: ويكون القول قوله؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته؟ قال شيخنا ضياء الدين: يقبل قوله؛ لأن الظاهر التعدي.

(٤) لا فرق. (قرر).

مسألة[١]: من قتل الزاني بعد الزنا أو في حال فعله مع غير أهله فإن كان بكراً قُتل به، وإن كان محصناً وبين على الزنا بأربعة شهود ولم يأمره الإمام أو حاكمه بقتله، قال الفقيهان محمد بن سليمان ومحمد بن يحيى: وكان في زمن إمام أيضاً[٢]- فعند الناصر والمؤيد بالله أنه يقتل به، وعند أبي طالب وأصحاب الشافعي لا شيء عليه سوى الإثم. ولا فرق بين الزاني والزانية في ذلك.

مسألة: من طلع نخلة ليسرق من تمرها فصاح عليه غيره فسقط ومات أو انكسر: فإن كان سقوطه بغير الصيحة- نحو أن يريد النزول فسقط، أو يصيبه الفشل ثم سقط بعده- فلا ضمان على الصائح، وإن كان سقوطه بصيحة الصائح ضمن ديته[٣] تكون على عاقلته، وإن تعمد الصائح قتله قُتل به[٤]، ذكره الفقيهان يحيى البحيبح وعلي، وقال الفقيه يوسف: لا قود عليه؛ لأنه فاعل سبب، بل الدية. قلنا: فإن اختلفوا فالظاهر أن سقوطه بغير الصيحة إن كان كبيراً، وأما إذا كان صغيراً أو معتوهاً فالظاهر أن سقوطهما بالصيحة؛ لأنهما يفزعان مما لا يفزع منه الكبير العاقل، وقال أبو حنيفة: إنهما كالكبير أيضاً.

فرع: وهكذا في كل صيحة عنت بها عانت فإنه مضمون على الصائح[٥] إذا كان متعدياً بصيحته أو كان يعرف أنه يتولد منها جناية على الغير فهو متعد بها فيضمن ما تولد منها، ذكره الفقيه يوسف[٦].

---

(١) هذه المسألة غير موجودة في هذا المحل في (أ) ولا في (ج)، وهي في هامش (ب، د) وقال: صح أصل.

(٢) وقيل: ولو في غير زمن الإمام؛ إذ هو مباح الدم. وقواه المفتي رحمه الله.

(٣) حيث كان يندفع بدونها، فإن لم يندفع إلا بها فلا شيء عليه. (شرح أزهار لفظًا).

(٤) أو كان مثله يقتل في العادة قتل وإن لم يتعمد. (قرر).

(٥) ويأتي مثل الصيحة الموجبة للضمان ما يحدث بالمدفع من سقوط حمل أو بيوت بالارتعاد، ولا يجوز الرمي به في بلاد أهل القبلة. (زهرة).

(٦) الفرع جميعه للفقيه يوسف، ويأتي الخلاف بين الفقيهين والفقيه يوسف إذا تعمد قتله هل يقتل أم لا.

مسألة: من رمى مسلماً ثم ارتد قبل وقوع السهم به أو العكس من ذلك فقال أبو حنيفة والمنصور بالله: يعتبر بحال الابتداء، وهو حال الرمي، ورواه الإمام يحيى عن العترة، وقال الشافعي وزفر والفقيهان يحيى البحيبح وعلي: يعتبر بحال الانتهاء(١)، وهو حال وقوع السهم، وقال في الكافي وأبو يوسف ومحمد والزوائد: يعتبر بالمسقط سواء تقدم أو تأخر(٢). وهذا في الضمان، فأما القود فهو ساقط وفاقاً.

فرع: فإن رماه وأصابه وهو مرتد ثم أسلم ومات مسلماً فلا شيء على الرامي وفاقاً، وأما العكس- وهو إذا رماه وأصابه وهو مسلم ثم ارتد ومات مرتداً- فعلى قول أبي حنيفة والمنصور بالله: تلزمه ديته(٣)، وأما على قول الشافعي ومن معه قال سيدنا عماد الدين: فالأقرب أنها إن كانت الجناية التي أصابه بها قاتلة بالمباشرة فقد وجبت ديته لورثته المسلمين(٤)، وإن كانت قاتلة بالسراية فالسراية حصلت وهو مرتد فلا يضمنها الجاني، بل يضمن أرش جنايته وما سرى منها إلى وقت الردة، والله أعلم.

فرع: وكذا الخلاف فيمن رمى عبداً ثم عتق قبل وقوع السهم فيه ومات حراً هل يضمن قيمته لسيده أو ديته يكون لسيده منها قدر قيمته والباقي لورثته(٥)؟

---

(١) كمن رمى صيداً في الحل فطار إلى الحرم وأصابه فيه، وفيمن اختلف حاله بالعتق فالعبرة بالابتداء كقول أبي حنيفة، فينظر في وجه الفرق. (صعيتري)[١].

(٢) وهو الذي اختاره في الأزهار.

(٣) في (ب): تلزمه ديته لورثته المسلمين.

(٤) حيث اختاروها، وإلا فلهم القصاص. (شامي). بل لا قود على القاتل على الصحيح.

(٥) المذهب تلزم القيمة لورثته[٢]، أي: ورثة العبد؛ لأنه لم يصبه إلا وقد صار حراً. (عامر). وقواه المفتي والشامي والهبل. وقيل: تكون لسيده، ولا تجب الدية. (عن التهامي والسحولي).

---

[١] لفظ الصعيتري: وجعل الفقيهان يحيى البحيبح وعلي المذهب فيمن اختلف حاله بالردة والإسلام اعتبار الانتهاء كما أن العبرة في رمي صيد الحرم أو الحل بموضع الإصابة، وجعلا الاعتبار على المذهب بالابتداء في الاختلاف في الرق والحرية.

[٢] إن كان له ورثة، وإلا فلسيده إن كان، وإلا فلبيت المال.

=

فرع: وأما من رمى عبداً أو قطع يده ثم عتق ثم مات بالسراية فقال أبو حنيفة: يعتبر بحال الجناية؛ فيجب أرشها فقط لسيده، وقال مالك: يعتبر بحال موته؛ فتجب دية حر، لسيده منها قدر أرش الجناية، وباقيها لورثته. ومذ هبنا أنه إن أعتقه سيده عالماً بالجناية عليه(١) فقد أسقط حقه من السراية بعد العتق، ولا يجب له إلا ما وجب قبل العتق، وإن أعتقه جاهلاً بالجناية لم يكن مسقطاً لحقه من السراية، لكن قال الفقيه علي: يعتبر بحال الجناية(٢)، فتجب قيمة العبد لسيده، ومثله في الكافي، وقال الفقيه يحيى البحيح: يعتبر بحال الموت فتجب دية حر، لسيده منها قدر قيمة العبد وباقيها لورثة العبد.

فرع: وهكذا فيمن ضرب أمة حاملاً ثم عتقت أو عتق حملها ثم ألقته حياً ثم مات هل تجب فيه دية حر أو قيمته يوم ولد(٣) على هذا الخلاف. وهكذا يأتي- والله أعلم- إذا خرج ميتاً هل تجب فيه غرة حر أو غرة عبد؟(٤).

(*) قلت: والأقرب للمذهب أن قطع اليد إن قتل بالمباشرة لزمت القيمة للسيد ولا شيء للورثة، وبالسراية كما ذكره أبو جعفر فيما مر. (بحر). يعني: في الفصل الحادي عشر في المسألة التاسعة منه أن العبرة بالمسقط مطلقاً. (شرح بحر).

(١) المذهب أنه لا فرق بين العلم والجهل في أنه ليس للسيد إلا أرش الجناية وسرايتها إلى وقت العتق. (عامر). ولفظ البيان في البيع قبيل فصل: «ويدخل في المبيع» بقريب ورقة: وعلى قول الفقيهين محمد بن سليمان وحسن يكون الزائد لورثة العبد، والزائد هو باقي الدية وفاقاً.اهـ والزائد في العبد هو القيمة، وهي الدية هنا.

(٢) وعليه الأزهار.

(٣) ولفظ البيان في العتق في قوله: فرع: فلو جنى الغير على الأمة قبل عتقها، إلى أن قال ما لفظه: وإن خرج حياً ثم مات وجبت قيمته يوم ولد للموصى له؛ اعتباراً بحالة الجناية[١]، ذكره أبو حنيفة والفقيه علي. (بيان بلفظه، قبيل باب التدبير بثلاث مسائل).

(٤) المذهب غرة عبد.

---

[١] قال في هامش البيان: وبنى عليه في الأزهار بقوله: والعبرة في العبد والكافر بحال الفعل.

فرع: من قتل نفسه أو جرحها عمداً فلا شيء على عاقلته وفاقاً، وإن كان خطأ فكذا عندنا، وقال أحمد والأوزاعي: تلزم عاقلته ديته لورثته إن مات، وإن عاش فأرش جنايته له.

فصل [في قسمة قتل الخطأ]

والخطأ على ضربين: الأول: المباشرة، وذلك حيث يكون الجاني صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً، ذكره في العقد، وحيث يصيب الرامي غير من قصده، نحو أن يرمي صيداً أو حجراً أو إنساناً فأصاب إنساناً آخر، أو يرمي إلى داره أو دار غيره فينفذ السهم إلى دار أخرى له أو لغيره فأصاب إنساناً من أهلها أو من غيرهم ولو سارقاً[١]، وكذا لو وقع في الدار التي قصدها وأصاب إنساناً إذا لم يقصده.

فرع: فلو رمى رجلاً وهو يظنه زيداً ثم بان غيره، أو رماه وهو يظنه عبداً فبان حراً- فإنه يقتل به، وإن رماه وهو يظنه كافراً ثم بان مسلماً فقال في التذكرة والحفيظ: يكون عمداً إذا كان في دار الإسلام، وقال في الشرح وشرح الإبانة وأبو طالب: يكون خطأ[٢]. وهكذا إذا ظنه قاتل أبيه[٣] ثم بان خلافه[٤].

مسألة: من جنى على غيره جناية لا تقتل في العادة فقتلته فإن لم يقصد بها قتله فهو خطأ، وإن قصد بها قتله فهو عمد، وقال الإمام يحيى: خطأ. وإن كانت الجناية مما يقتل في العادة فهو عمد ولو لم يقصد بها قتله، وقال مالك: بل خطأ

---

(١) فإن قلت: إذا كان متعدياً في الموقف دون الجاني فسيأتي أنه يهدر المتعدي، قال في الأزهار: ومنه تعديه في الموقف، أي: مما يهدر، كذا في تذكرة السيد داود بن حسن، وظاهر السؤال ولو كان الجاني مباشراً فينظر فيه، وسيأتي في قطع الشجر ونحوه.

(٢) وحجة القول الثاني أن المسلمين قتلوا والد حذيفة بن اليمان في أحد ظنوه مشركاً فأوجب الرسول ﷺ فيه الدية دون القود، وروي أنه عفا عنهم حذيفة واحتسبه في سبيل الله. وقد احترز صاحب التذكرة عن هذا بقوله: إذا كان في دار الإسلام؛ لأن ذلك كان في دار الحرب، والظاهر فيها الكفر. (بستان).

(٣) في (د): ابنه.

(٤) يقتل به. (قرد).

مع عدم قصد القتل. وقال أبو حنيفة: من قتل غيره بالمثقل- وهو ما عدا الحاد والنار- فلا قود فيه(١)، بل يغلظ في ديته كما سيأتي، ويسميه شبه العمد. وقال الشافعي: من قتل غيره بما لا يقتل في العادة أو قتل ذا رحم له أو قتل غيره في الحرم أو في الأشهر الحرم(٢) فلا قود عليه، بل يغلظ في ديته كما سيأتي، ويسميه شبه العمد.

فرع: وإنما يضمن من جنى على غيره جناية لا يقتل مثلها في العادة إذا عرف أن موته حصل منها، نحو أن تقع في مقتل، وأما إذا التبس حاله هل مات منها أو من الله تعالى فقال في مهذب الشافعي: لا يجب شيء في المثقل كالحصاة ونحوها، وفي الحاد كالإبرة إذا غرزه بها في أليته ونحوها وجهان(٣).

مسألة: إذا ادعى القاتل أنه قتل في حال صغره فالقول قوله مع يمينه(٤)؛ لأن الأصل الصغر، وإن ادعى أنه قتل في حال زوال عقله فعليه البينة، إلا أن يعرف أنه قد كان زال عقله فالقول قوله(٥)، ذكر ذلك في الشرح.

---

(١) وحجته قوله ﷺ: ((كل شيء[١] خطأ إلا السيف)). بستان). وقد ضعف هذا الحديث.

(٢) قال عليه السلام: والأشهر الحرم هي أربعة، ثلاثة سرد، وهي: ذو القعدة وذو الحجة والمحرم، وواحد فرد، وهو رجب، ومثله في المقاليد والنهاية، وسيأتي في الكتاب في السير أنها شوال وذو القعدة وذو الحجة، والرابع قيل: رجب، وقيل: المحرم. (بستان).

(٣) المذهب لا شيء مطلقاً؛ لأن الأصل براءة الذمة. (تهامي). والقول قول الجاني. (قرر).

(٤) هذا حيث وقت بوقت معين، لا إذا و قتا بوقتين فبأقرب وقت، وكذا حيث أطلقا والسن محتمل، لا حيث كان كبيراً الآن فيحكم بأقرب وقت، والله أعلم.

(*) مع التاريخ إلى وقت يحتمل. أو هو الآن كذلك، أي: يحتمل. (قرر).

(٥) وقيل: يعتبر الأغلب من أحواله في الصحة والجنون. (مفتي). وهو الموافق لما تقدم في الهبة في غالباً.

---

[١] في هامش: كل قتل خطأ. والمثبت من البستان.

مسألة: إذا تعلق رجلان بطرفي حبل وتجاذباه فانقطع وسقطا فماتا وجبت دية كل واحد على عاقلة الآخر عند الهدوية، وعند الناصر والمؤيد بالله والشافعي يجب نصف دية كل و احد على عاقلة الآخر؛ لأنه مات بفعله وفعل غيره، فيسقط فعله ويجب فعل غيره. قال سيدنا عماد الدين: ولعل مرادهم حيث سقطا على القفا. وقال في شرح الإبانة: من سقط منهما على قفاه فهو هدر؛ لأنه بفعله، ومن سقط منهما على وجهه فهو على عاقلة الآخر(١). وهذا كله حيث الحبل لهما معاً(٢) أو لا لهما حتى يكونا فيه سواء، فأما إذا كان لأحدهما فليس منه تعدٍّ فلا يضمن(٣)، بل يضمنه الثاني المتعدي تجب ديته على عاقلته، وعلى قول الناصر والمؤيد بالله نصف ديته، ذكره في الشرح، قال الفقيه علي: وإن قصد المتعدي قتل صاحب الحبل قتل به(٤).

فرع: فلو كان الذي قطع الحبل بينهما غيرهما وجبت ديتهما على عاقلته في الوجوه كلها، قال سيدنا عماد الدين: ولعله إذا قصد قتلهما بقطعه للحبل(٥) يقتل بهما معاً.

---

(١) قال مولانا عليه السلام: وظاهر كلام أصحابنا أنه لا فرق بين أن يسقطا إلى جهة القفا أو إلى جهة وجوههما. (شرح أزهار).

(*) والظاهر أنه لا شيء حيث التبس؛ لأن الأصل براءة الذمة، وكما يأتي حيث التبس أنه مات من المصادمة أو السقوط في الفرع.

(٢) وهذا حيث كان كل واحد منهما يجذبه لنفسه، لا غير ذلك كمتجاذبي نسجهما بعد الصنعة تبليغاً فلا شيء. (هبل) (قرر). لعدم التعدي.

(٣) قال في البرهان: وقولهم في هذه المسألة: إنه لا ضمان على صاحب الحبل يدل على أن للإنسان أن يدفع عن ماله بالقتل ولو قل ماله، وهو الظاهر من المذهب، وقال أبو علي وأبو القاسم البستي، وهو مروي عن أبي طالب: لا يجوز إلا إذا كان المال كثيراً، قال أبو طالب: وكان مضطراً إليه، نحو أن يكون في مفازة، قال فيه: ولم يحدوا الكثير كم قدره. (بستان).

(٤) إن لم يمت القاصد، فإن مات وجبت الدية من ماله؛ لأنه قاتل عمد.

(٥) أو كان مثله يقتل في العادة. (قرر).

فرع: وهكذا إذا اصطدم فارسان فماتا أو مات أحدهما وجبت دية من مات على عاقلة الآخر، وعلى قول الناصر والمؤيد بالله نصف ديته، ذكره في الشرح. وإن مات الفرسان وجبت قيمة كل فرس على الثاني من ماله(١)، وعلى قول الناصر والمؤيد بالله نصف قيمته. وهذا كله حيث كان كل واحد منهما يمكنه صرف فرسه فلم يفعل وكان غير متعد بالطرد كما يأتي(٢).

فرع: ويتفقون فيمن جرح نفسه وجرحه غيره فمات منهما معاً أنه لا يلزم الآخر إلا نصف ديته(٣) إن كان خطأ، وأما إن كان عمداً فقد تقدم الخلاف(٤) هل يجب القود أو لا(٥)؟

مسألة: من وقف في الطريق فسعى فيها غيره فاصطدم بالواقف وماتا وجبت دية كل واحد كلها على عاقلة الآخر؛ لأنهما متعديان معاً بالوقوف في الطريق والسعي فيها، ذكره في الشرح. قال الفقيه يوسف: أما الواقف فتجب ديته كلها لأنه تلف بفعل الساعي، وأما الساعي فيأتي فيه الخلاف؛ لأنه تلف بفعله وفعل غيره، وهو الواقف(٦) في الطريق.

---

(١) لا على عاقلته؛ لأنها لا تحمل قيمة الحيوان.

(٢) في المسألة الثالثة من بعد هذا الفرع.

(٣) ينظر ما الفرق بين هذا وبين المتجاذبين حيث سقط ما قابل فعله هنا لا هناك؟ ولعل هذا حيث كانت كل واحدة غير قاتلة منفردة، والله أعلم. ولو قيل: إنه متميز فعل كل واحد منهما، لا هناك فهو غير متميز. أفاده سيدنا علي بن أحمد ﷺ.

(٤) في الثانية والثلاثين مسألة من أول الكتاب، في قوله: مسألة: وإذا شارك قاتل العمد من لا يضمن إلخ.

(٥) يجب على الصحيح على قول المؤيد بالله، لا على قول أبي طالب فلا قود[١]، وبنى عليه في الأزهار في غالباً.

(٦) في (أ، ج، د): الوقوف.

---

[١] ويجب نصف دية.

فرع: وليس للعاقلتين أن يتقاصا؛ لأن الدينين للورثة، وقد يكون فيهم من يرث ولا يعقل كالنساء، وفيهم من يرث ويعقل بكل حال كالبنين والأب، وقد يكون فيهم من يعقل ولا يرث، وهو من يسقط من العصبات، وقد يكون فيهم من يرث ولا يعقل، وهو في صورة نادرة، نحو أن يكون له أجداد كثير وإخوة بحيث إن الأجداد يحتملون الدية كلها، فالإخوة يرثون ولا يعقلون.

مسألة: إذا تجاذب الحبل أربعة ثلاثة في طرف وواحد في طرف، وهم فيه سواء، فانقطع وماتوا- وجبت دية كل واحد منهم على عاقلة الثلاثة الآخرين، ذكره في الحفيظ، وهو يستقيم على قول الهدوية، وأما على قول المؤيد بالله والناصر [قال سيدنا عماد الدين:][(١)] فلعله يسقط من دية كل واحد ربعها، وتجب ثلاثة أرباعها على عواقل الثلاثة.

فرع: إذا تجاذب الحبل حر وعبد فماتا وجبت قيمة العبد على عاقلة الحر، وتكون لورثة الحر، ولا شيء لسيد العبد ولا عليه[(٢)]. وإن مات العبد فقط وجبت قيمته على عاقلة الحر لسيده، وإن مات الحر فقط كان سيد العبد مخيراً بين تسليم العبد لورثة الحر وبين إمساكه وتسليم دية الحر من ماله، لا من عاقلته.

فرع: فإن تجاذب الحبل عبدان: فإن ماتا فلا ضمان[(٣)]، وإن مات أحدهما خير مولى الحي بين تسليم قيمة الميت منه وبين تسليم عبده إن كانت قيمة الميت مثل قيمة عبده أو أكثر، وإن كانت أقل سلم من عبده بقدرها[(٤)] أو فداه بها.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من (ب).

(٢) إلا أن تكون في قيمة العبد زيادة على دية الحر مضمونة -وهي حيث كانت لصناعة جائزة كما في حواشي شرح الأزهار فافهم- فإنها لسيده. (قرر).

(٣) وإن اختلفت قيمتهما إذا مات، ولا شيء على سيده.

(٤) وهذا على ما اختاره القاضي يحيى بن مظفر هنا وفي الكواكب أنه لا يسلم من العبد الجاني إلا بقدر ما جنى.

=

مسألة: وإنما يجب الضمان على الفارس ونحوه حيث صدم غيره إذا أمكنه رد فرسه فلم يفعل، فإن لم يتمكن من رده نظر في أصل سيره: إن كان سيره المعتاد ثم طار عليه بغير اختياره فلا ضمان عليه، وكذا إن طار عليه ابتداء ولم يمكنه رده فلا ضمان عليه، وإن كان طرده في الابتداء ثم طار عليه ولم يتمكن من رده فإن كان ابتداء طرده له في ملكه فلا شيء عليه ولو صدم في الطريق، وإن كان طرده له في الطريق ضمن كل ما صدم؛ لأنه متعد في أصل الطرد ولو كان الصدم في المباح، وإن كان ابتداء طرده له في المباح[(١)] فهو على الخلاف هل يجب التحفظ في المباح فيضمن ما جنى أو لا يجب فلا يضمن، ذكر ذلك كله الفقيه يوسف على أصل المذهب.

مسألة: من خرق سفينة فدخلها الماء حتى غرقت بأهلها وما فيها ضمنها وما فيها من المال[(٢)]، وقتل بأهلها إن تعمد تغريقهم[(٣)]، وإن لم يتعمده وجبت دياتهم على عاقلته، ذكره في البحر.

مسألة: إذا تصادم سفينتان فغرق أهلهما وما فيهما ففيه وجوه أربعة:

الأول: أن يكون المسير للسفينتين هو الريح ولم يتمكن أهلهما من ردهما فلا ضمان في هذا؛ لعدم التعدي[(٤)].

(*) بل يسلمه الجميع، وهو ظاهر الأزهار إن اختار تسليم العبد ولو زادت قيمته. (تهامي).

(١) أو الملك. (قرد).

(٢) ولا فرق هنا بين العمد والخطأ؛ لأن المال يضمن بالعمد والخطأ. (بستان).

(٣) قال عليه السلام: وصورته أن يقلع لوحاً منها يغرق مثلها من قلعه، وصورة الخطأ أن يسقط من يده حجراً أو فاساً فخرق موضعاً منها فغرقوا. (بستان).

(٤) ووجه ذلك في هذا وفي الثاني أنه لا فعل لهم، وإنما ذلك من فعل الريح، ولم يمكنهم تعديل إحداهما عن سمت الأخرى، فكان ذلك كما لو نزلت صاعقة من السماء فأحرقت السفينتين. (بستان).

الثاني: أن يسيرهما أهلهما ثم طردتهما الريح ولم يتمكنوا من ردهما فلا ضمان أيضاً.

الثالث: أن تسيرهما الريح وأمكن أهلهما ردهما فلم يفعلوا فيجب الضمان[١] لا القود كما يأتي؛ لأنهم متعدون بتركهما، كمن علم بميلان جداره وأمكنه إصلاحه فلم يفعل حتى سقط وجنى، ذكره الفقيه حسن.

الرابع: أن يسيرهما أهلهما وأمكنهم ردهما فلم يفعلوا فيجب الضمان على العمال المسيرين لهما، فيضمن مسيرو كل واحدة ما في الأخرى من الأموال، وتجب دية من فيها على عواقلهم، وإن كانوا قصدوا صدم السفينة الأخرى والجناية[٢] على أهلها قتلوا بهم، وهذا على أصل الهدوية، وأما على أصل الناصر والمؤيد بالله والشافعي فقال في اللمع والتقرير والتذكرة وبسيط الغزالي: يضمن عمال كل واحدة نصف السفينة الأخرى ونصف ما فيها من الأموال، ويجب نصف ديات من فيها على عواقلهم. قال الفقيه محمد بن يحيى: وفيه نظر؛ لأن الضامن هم العمال المسيرون للسفينة، والأموال هي لغيرهم لا لهم، فيجب أن يضمن عمال السفينتين معاً جميع ما في السفينتين من الأنفس والأموال، لكن الديات على عواقلهم، إلا أن يحمل الكلام على أن العمال هم أهل السفينتين وأهل الأموال التي فيها، فيكون كل منهم قد تلف وتلف ماله بفعله وفعل غيره- استقام ما ذكروه من وجوب نصف الضمان. قال سيدنا عماد الدين: والأقرب أن يقال: في هذا نظر أيضاً؛ لأن إيجاب نصف الضمان إنما يستقيم إذا كان المسير لكل سفينة و احداً فقط، فيكون تلفه وتلف ماله بفعله وفعل الثاني، فيجب الذي على الثاني وهو نصف، وأما إذا كان المسير لهما جماعة فإنه يكون

---

(١) والذي ذكره القاضي عبدالله الدواري أنه لا ضمان، ومثله في الغيث؛ لأنه لا يجب التحفظ في المباح، وظهر الماء كالمباح.

(٢) في (ب): أو الجناية.

تلف كل واحد منهم وتلف ماله بفعله وفعل الباقين من عمال السفينتين معاً، فلا يسقط من ضمانه إلا قدر حصته فقط، ويجب الباقي على باقيهم، والله أعلم.

فرع: فلو كان الصادم هم أهل سفينة دون أهل الأخرى فإن عمالها يضمنون جميع ما في السفينة الأخرى(١) من الأنفس والأموال، لكن الديات تكون على عواقلهم، وإن قصدوا الصدم والجناية فهم قاتلون عمداً. قال سيدنا عماد الدين: والأقرب أنهم يضمنون من في سفينتهم أيضاً من الأنفس وما فيها من الأموال؛ لأنهم المهلكون لهم، والله أعلم.

مسألة: من أمسك الغريق ثم خشي(٢) هلاكهما معاً فأرسله لزمه ضمانه(٣)، ذكره في التذكرة، قال الفقيه يوسف: يكون خطأ، وقال في الحفيظ(٤): يكون قاتل عمد فيقتل به(٥).

---

(١) وذلك لأن التعدي حصل بفعلهم، ولا شيء على أهل المرساة؛ إذ لا فعل لهم. (بستان).

فائدة: قال عليه السلام: وإذا اجتمع جماعة فرموا بحجر المنجنيق فأصابوا بها رجلاً من غيرهم فقتلوه: فإن أرادوا التجربة للرمي فالدية على عواقلهم؛ لأن ما هذا حاله خطأ، وإن قصدوا رميه فهم عامدون، فيجب عليهم القود، قال عليه السلام: وإن رجع حجر المنجنيق على أحدهم فقتله ضمنه الآخرون، وعند المؤيد بالله تسقط حصة فعله، وإنما تجب الدية على من جذب سهم المنجنيق لا من وضع حجر المنجنيق في الكفة؛ إذ هو صاحب سبب، والرامي مباشر، كالرامي بالقوس لا مركب السهم. (بستان).

(٢) قال في النهاية: وفي الحديث: ((علموا صبيانكم العوم)) أي: السباحة. (من خط مصنف البستان).

(٣) واختار المؤلف عدم الضمان، بل قال: لا يبعد وجوب الإرسال عند خشية الهلاك، ومثله في الفتح.

(٤) وأشار المؤلف إلى ضعف هذه المسألة كما هي قاعدته، واختار أنه لا ضمان، وضعف أيضاً قول الإمام المهدي الذي في الغيث.

(٥) وقرره التهامي، وعليه الأزهار.اهـ لعله في قوله: وإلا فعمد.

[قال رحمه الله[(١)]]: والأقرب أن هذا حيث هو الممسك للغريق ثم أرسله عند خوفه على نفسه، فأما حيث تعلق به الغريق وخشي أن يغرقه مع نفسه فتخلص نفسه منه ولم يكن منه إرسال له فلا شيء عليه[(٢)]، وإن لم يمكنه يتخلص نفسه من الغريق حتى أغرقه معه ضمن الغريق ديته من تركته؛ لأنه قاتل عمد[(٣)].

مسألة: من أمر صغيراً بقتل غيره أو بالجناية عليه أو بإتلاف مال غيره ففعل: فإن كان الصغير مميزاً يعقل النفع والضرر ويعرف أن ذلك قبيح فالضمان عليه، وإن كان طفلاً غير مميز فالضمان على الذي أمره[(٤)]؛ لأنه له كالآلة عند الهدوية، وعند المؤيد بالله يكون الضمان على الصغير ويرجع به على الآمر[(٥)]، ذكر ذلك في شمس الشريعة. وكذا فيمن أغرى كلباً أو بهيمة على نفس أو مال فالضمان عليه، وكذا يأتي إذا أمر الطفل بإتلاف مال نفسه فإنه يضمنه له الآمر[(٦)]، والله أعلم.

مسألة: من سقط من علو إلى سفل فوقع على غيره وماتا جميعاً بمصادمتهما: فإن كان سقوطه بفعل غيره ضمنهما ذلك الغير، فإن تعمدهما معاً قتل بهما، وإن

---

(١) ما بين المعقوفين من (ج، د). وفي (أ): قال أبقاه الله.

(٢) أو حصل منه إرسال له أو دفع حيث لم يتمكن من تخليص نفسه إلا به؛ لأنه مدافع. (شامي).

(٣) فإن خرج الغريق قتل به. (كواكب) (قرر).

(٤) والمذهب أن القرار على آمر المحجور مطلقاً، مميزاً أو غير مميز، وهو الذي في الأزهار.

(*) ظاهر الأزهار في قوله: «أو من غير مكلف» أنها على عاقلته سواء كان مأموراً أم لا فينظر. اهـ لعل ما تقدم حيث لم يكن مأموراً، فيستقيم الكلام في الطرفين.

(٥) وعليه الأزهار بقوله: والقرار على آمر المحجور مطلقاً، وغيره إن جهل.

(٦) وقد تقدم[١] أن هذا على أصل الهدوية، وهو معنى كلام الفقيه يحيى البحيح، وقال المؤيد بالله: لا يضمنه له الآمر، والله أعلم.

---

[١] في كتاب الغصب، في ٢٧ مسألة من أول الكتاب، في قوله: مسألة: من أكره غيره على أكل طعام نفسه ..إلخ.

لم يتعمدهما وجبت ديتهما على عاقلته، وإن تعمد إسقاط الأعلى ولم يعلم بالأسفل قتل بالأعلى، ووجبت دية الأسفل على عاقلته. وإن كان الساقط سقط بتفريط منه ضمن دية الأسفل على عاقلته[١]، وإن تعمد السقوط عليه كانت ديته في تركته، وإن كان سقوطه بغير تفريط منه ولا بفعل غيره -نحو أن تسقطه الريح أو يتعثر بغير فعل منه- فكل واحد منهما فاعل سبب قتل الآخر، وهو وقوفه في المكان الذي وقف فيه، فإن كان كل واحد منهما متعدياً بوقوفه في مكانه -نحو أن يكون على سطح مسجد لغير مصلحة، أو في طريق، أو في ملك غيره بغير رضاه- وجبت دية كل واحد على عاقلة الآخر، وعلى قول المؤيد بالله نصف الدية، وإن كان أحدهما متعدياً بوقوفه في مكانه دون الثاني وجبت دية الثاني على عاقلة المتعدي، وعلى قول المؤيد بالله نصفها، ويهدر المتعدي، وإن كانا معاً غير متعديين بوقوفهما فقال الفقيه حسن: تجب دية كل واحد على عاقلة الآخر[٢]، وقال الفقيهان علي ويوسف: لا يجب ضمان على أيهما؛ لعدم التعدي.

فرع: فإن كان موت الساقط لسقوطه لا لمصادمة الآخر له لم تجب ديته، ذكره الفقيه يحيى بن أحمد، قال: وإن التبس هل موته لسقوطه أو لمصادمة الآخر وجب نصف ديته[٣]، قال سيدنا عماد الدين: ولعله يقال: لا يجب شيء مع اللبس؛ لأن الأصل براءة الذمة، والله أعلم.

مسألة: من حفر بئراً في موضع لا يجوز له الحفر فيه كطريق أو نحوه أو ملك غيره بغير رضاه، ثم سقط فيه ساقط بغير اختياره فجذب معه ثانياً وقع عليه، وجذب الثاني ثالثاً وقع عليه، وجذب الثالث رابعاً وقع عليه، وكلهم فوق الأول،

---

(١) وذلك لأن الساقط هو الجاني وهو المتلف، فيجب ضمانه للدية، وتكون على عاقلته؛ لكونه وقوعاً على جهة الخطأ، وأما المسقوط عليه فلا فعل من جهته ولا جناية منه. (بستان).

(٢) وعليه الأزهار بقوله: ومنه تعديه في الموقف، فمفهومه لو لم يكن متعدياً فهو مضمون، فتأمل.

(٣) تحويلاً على القول به.

فماتوا بوقوع بعضهم على بعض- ضمن الحافر ربع دية الأول(١) على عاقلته، وعلى الثاني ربع لجذبه الثالث، وعلى الثالث ربع لجذبه الرابع، وتكون من مالهما؛ لأنهما تعمدا الجذب، وسقط ربع لوقوع(٢) الثاني عليه؛ لأنه بفعله. وعلى أحد قولي أصحاب الشافعي لا يضمن الحافر؛ لأنه فاعل سبب والذين وقعوا عليه مباشرون(٣). قلنا: ويهدر من الثاني ثلث ديته لوقوع الثالث عليه؛ لأنه بفعله، ويضمن الأول ثلثها من ماله لجذبه له، ويضمن الثالث ثلثها من ماله لجذبه الرابع، ويهدر من الثالث نصف ديته لوقوع الرابع عليه، لأنه بفعله، ويضمن الثاني نصفها من ماله لجذبه له، ويضمن الثالث دية الرابع من ماله لجذبه له، ولا شيء على الحافر في الثلاثة الآخرين؛ لأن كل واحد منهم سقط بفعل غيره، فهو مباشر والحافر فاعل سبب، ذكر ذلك كله في بسيط الغزالي، وهو مثل قول الناصر والمؤيد بالله فيمن مات بفعله وفعل غيره: إنه يهدر فعله(٤).

---

(١) وفيه سؤال، وهو أن يقال: لِـمَ وجب عليه ربع وهو فاعل سبب والساقط مباشر[١]، ولا حكم للمسبب مع المباشر؟ ولعله يجاب بأنها لم تكن المباشرة حاصلة حال السقوط، ولكن التلف تولد منها، ولهذا الوجه لم يدخل الحافر في ضمان من بعد الأول لما كانت المباشرة حاصلة حال السقوط، ولا حكم للمسبب مع وجود المباشر، والله أعلم. (صعيتري).

(٢) في (أ): لجذب.

(٣) بل يجب له على الثاني ثلث الدية، وعلى الثالث ثلث، والله أعلم.

(٤) يأتي على قول المؤيد بالله في متجاذبي حبلهما، وأما على أصل الهدوية فلا يسقط منه شيء فيحقق. ويضمن على قول أبي طالب الحافر ثلثاً، والثاني ثلثاً لأجل جذبه الثالث، والثالث ثلثاً لأجل جذبه الرابع، وأما الثاني فنصف على الأول، ونصف على الثالث. وأما الثالث فجميع ديته على الثاني. وأما الرابع فعلى الثالث ولا إهدار. (شامي) (قرر). والمسألة مبنية على أن الآخر وقع وفي الأول رمق الحياة، فأما لو قد مات لم يلزمه شيء. (قرر).

---

[١] في الصعيتري والنسخة (أ) من البيان: والجاذب مباشر.

فرع: فإن كان سقوطهم الكل بعضهم على بعض بغير جذب ولا تفريط منهم، وماتوا بوقوع بعضهم على بعض- كانت دية الأول أرباعاً: على الحافر ربع، وعلى الثلاثة الآخرين ثلاثة أرباع، وذلك على العواقل، وتجب دية الثاني على عاقلة الثالث والرابع نصفين، وتجب دية الثالث على عاقلة الرابع، وأما الرابع ففي التذكرة نسختان: إحداهما: أنه يهدر، والثانية: تجب ديته على عاقلة الحافر[(١)]. وهي أولى، ذكر ذلك في التذكرة والحفيظ[(٢)]، وقال في بسيط الغزالي: إن دياتهم كلها على عاقلة الحافر، فدية الرابع لا تردد فيها أن وجوبها وقرارها على عاقلة الحافر، وأما ديات الثلاثة الأولين فقرارها على عاقلة الحافر؛ لأنهم مغرورون منه، لكن هل تطالب عاقلة كل واحد منهم بما يخصه من جناياته -وهي وقوعه على من سقط قبله- ثم يرجعون بذلك على عاقلة الحافر؟ فيه تردد، الأصح عدمه، وأن المطالبة والقرار على عاقلة الحافر في الكل.

فرع: فلو كان سقوطهم بالتجاذب كما مر لكن لم يقع بعضهم على بعض وماتوا وجبت دية الأول على عاقلة الحافر، ودية الثاني على الأول من ماله، ودية الثالث على الثاني من ماله، ودية الرابع على الثالث من ماله.

مسألة: فلو دفع رجل رجلاً إلى شاهق أو بئر أو ماء فجذبه فوقعا وماتا فالأقرب أنها تجب دية كل واحد على الثاني لورثته؛ فيتقاصان[(٣)].

---

(١) وهو المذهب، واختاره في البحر، وصرح به في الفتح، وكذا في المصابيح، قال: لأنه فاعل سبب ولا مباشر.

(٢) ويقال: المناسب أن الديات جميعها على الحافر؛ لأن الساقط غير متعد، والمار بعده ثم سقط غير متعد، ولم يبق لأحد فعل، وهو المناسب لما تقدم للفقيهان علي ويوسف[١]، وهو الذي يبنى عليه. نقل من خط سيدي الحسين بن القاسم.

(٣) وذلك لأن كل واحد منهما قد قتل الثاني بفعله. (بستان).

---

[١] في آخر المسألة التي قبيل هذه، وقد اختير قول الفقيه حسن، والله أعلم. يقال: هلا لزم كل واحد دية كاملة في ماله؛ لأنه عوض عن دمه لا عن دم المقتول.

مسألة: من جامع امرأته فلكزته أو ضمته حتى مات: فإن قصدت الجناية عليه فهي قاتلة عمداً، وإن لم فخطأ، وهذا حيث فعلت زائداً على المعتاد، فأما إذا فعلت المعتاد فهي كالمعلم إذا ضرب الصبي حسب المعتاد فمات وهو مأذون له من ولي ماله فلا شيء عليه، خلاف أبي طالب(١)، وإن فعل زائداً على ما يعتاده المسلمون في تأديب الصبيان ضمن ديته، خلاف أحد قولي الشافعي. وهكذا في وليه إذا ضربه.

مسألة: من وطئ زوجته الطفلة التي لا تصلح للوطء فأذهب بكارتها لزمه عقرها(٢) يكون على عاقلته، ذكره في التقرير، يعني حيث ظنها تصلح للوطء. وهل يكون ذلك دخولاً يوجب كمال مهر النكاح(٣)؟ الأقرب أنه يوجبه، فيلزمه مهران(٤): المسمى من ماله، ومهر المثل على عاقلته. لكن هل يعتبر أن يكون مهر المثل قدر أرش الموضحة أو مطلقاً؟ فيه نظر، والأقرب أنه يعتبر ذلك؛ لأنه أرش جناية، والله أعلم.

مسألة: من طلب من طبيب دواء فأعطاه ما قتله: فإن أعطاه ما طلبه لم يضمن(٥) إن علماه يقتل أو جهلاه أو علمه الطالب، وإن جهله الطالب وعلمه الطبيب أنه يقتل ضمنه، لكن إن وضعه بين يديه فهو قاتل خطأ، وإن أعطاه إلى يده(٦) فقال الفقيه حسن: قاتل خطأ أيضاً(٧)، وقال الفقيه علي: بل قاتل عمد.

---

(١) الأزهار: قيل: والمعتاد خطأ.

(٢) ما لم تمت، وإلا فالدية فقط.

(٣) المذهب أنه لا يكون دخولاً كما تقدم في إفساد الحج وفي وجوب الحد. والله أعلم.

(٤) ينظر في لزوم المهرين، والقياس مهر المثل فقط كما تقدم في الإفضاء؛ لأنه ليس بدخول على المختار.

(٥) لا دية ولا قود. (قرر).

(٦) وشربه فوراً قبل وضعه على الأرض[١]، وذلك للزوم القود، وأما الدية وإن تراخى عن أكله فتلزمه.

(٧) وقواه المفتي، قال: لأنه أعطاه ما سأل فكان شبهة.

---

[١] وظاهر الكتاب الإطلاق. (حاشية سحولي) (قرر).

وإن كان أعطاه غير ما طلبه فمع علمهما أو علم الطالب[١] بأنه يقتل لا ضمان[٢]، ومع جهلهما معاً يكون الطبيب قاتل خطأ، ومع علمه وجهل الطالب فإن أعطاه إلى يده فهو قاتل عمد[٣]، وإن وضعه بين يديه فقاتل خطأ[٤]، وقال الإمام يحيى وأحد قولي الشافعي: بل عمد.

مسألة: من قطع شجره في ملكه أو في ملك غيره فسقطت على غيره فقتلته فهو قاتل له بكل حال؛ لأن ذلك مباشرة[٥] كما لو ألقاها عليه، أو قطع حبلاً فيه حجر معلق أو نحوه فوقع على غيره، أو ضرب حجراً فانكسر منه شيء ووقع في غيره، لكن حيث يقصد الجناية على ذلك الغير يكون قاتل عمد في ذلك كله،

---

(١) ولعله يعتبر أن يكون الطالب مميزاً فقط ولا يشترط التكليف. (حاشية سحولي) (قرر).

(٢) وذلك لأنه أكله باختياره، فصار كما لو أعطاه سكيناً فذبح بها نفسه. (بستان).

(٣) وذلك لأنه إذا سلمه إلى يده مع علمه بأنه يقتل وجهل الطالب لذلك فقد قصد قتله، فيقتل به. (بستان بلفظه).

(٤) قوله: «قاتل خطأ» هذا الذي صحح للمذهب؛ لأن المتناول للسم كذابح نفسه، وهو مباشر، فلا قود هنا. وقال الإمام يحيى وأحد قولي الشافعي: بل عمد؛ لما روي أن يهودية من خيبر أهدت إلى النبي ﷺ شاة مشوية فأكل منها ﷺ وأكل منها أصحابه، ثم قال ﷺ: ((ارفعوا أيديكم؛ فإنها أخبرتني أنها مسمومة))، فأرسل إليها الرسول ﷺ وقال لها: ((ما حملك على هذا؟)) فقالت: إن كنت نبياً لم يضرك، وإن كنت ملكاً أرحت الناس منك. فأكل منها رجل فمات، فقتلها الرسول ﷺ. قال عليه السلام: فأما من دخل دار رجل بإذنه فوجد فيها سما فأكله فمات فلا قود ولا دية على صاحب الدار؛ لأنه قتل نفسه بنفسه، كما لو ذبح نفسه بسكين وجدها في الدار، ولأنه ليس له أن يتناول متاع الرجل من غير إذنه، فصار دمه هدراً. (بستان).

(٥) يعني: والمباشرة مضمونة مطلقاً ولو في ملكه؛ لأن الإصابة بالمباشرة موجبة للغرامة، كما لو رمى في ملكه طائراً فأصاب إنساناً، وسواء علم كونه بالقرب منه أو جهل، وسواء كانت على آدمي أو بهيمة أو مال، كما ذكره في الكتاب في الفرع الآتي. (بستان).

وحيث لم يقصده أو قصد غيره يكون قاتل خطأ.

فرع: وكذا فيمن أمر غيره بقطع شجرة أو كسر حجر في مباح أو في غيره فوقع ذلك على الآمر أو على غيره فإن القاطع أو الكاسر يكون جانياً عليه ولو جهل كونه بالقرب منه، ولو كان قد قال له: أبعد عني وحذره من ذلك؛ لأنه مباشرة، والمباشرة مضمونة مطلقاً[(١)]، سواء كانت الجناية بذلك على آدمي أو بهيمة أو مال.

فرع: قال الفقيه يوسف: وكذا فيما يفعله الجهلة في الأعياد من وضع الخبز في موضع لمن يريد أخذه مع كونهم يرجمونه فإن ذلك تعد لا يجوز، فمن جنى فيه ضمن، وإن قتل غيره قتل به.

فرع: فإن تحركت الأرض بوقوع الشجرة[(٢)] أو الحجر فانكسر بتحركها قارورة للغير، أو فزعت بوقوعها حامل فوضعت جنينها أو ذهب عقلها- فهذا فاعل سبب السبب[(٣)]؛ لأن القطع سبب في تحرك الأرض[(٤)]، وتحركها سبب كسر القارورة، والقطع سبب لفزع الامرأة[(٥)]، وفزعها سبب لوضع الجنين أو ذهاب العقل، فإن كان القاطع أو الكاسر غير متعد في فعله، نحو أن يكون في

---

(١) إلا أن يكون متعدياً بالوقوف ولم يندفع بدونه.

(٢) **فائدة**: أفتى سيدنا إبراهيم السحولي في رجل معه مسب بارود في سوق الحدادين، فطارت شرارة فاحترق البارود حتى أحرق رجلاً آخر غير الحامل، فإنه لا ضمان على الحامل والحداد؛ لعدم تعديهما. (قرن).

(٣) وأما سبب سبب السبب فلا ضمان على ظاهر كلام الناصر. (سلامي). وقيل: يضمن ما تسلسل. (شامي) (قرن).

(٤) يعني: بوقوع الشجرة؛ إذ هو سبب التحرك. (بستان).

(٥) يعني: لأن القطع حصَّل وقوع الشجرة حتى اضطربت الأرض منها، ففزعت المرأة من اضطراب الأرض من الوقوع، فصار اضطراب الأرض سبباً في فزع المرأة، وفزعها سبب لوضع الجنين. (بستان).

ملكه أو في المباح على قول أبي طالب: إن المباح كالملك- فلا شيء عليه[١]، وإن كان متعدياً في فعله ضمن عند الهدوية، خلاف المؤيد بالله، كما قال فيمن نفر فرس غيره فنفر مهرها لنفور أمه حتى وقعا في هوة وهلكا: إنه يضمن الفرس لا المهر، وعلى قول الهدوية يضمنهما معاً.

فرع: وكذا فيمن نفر بقرة غيره فنفرت بنفورها بقرة أخرى وتلفا فإنه يضمنهما، وعلى قول المؤيد بالله لا يضمن الثانية.

مسألة: من فعلت بنفسها ما يسقط حملها نحو أكل دواء أو شربه، أو ضرب أو عرك بطن، ثم ألقت الجنين ميتاً[٢]- ففيه الغرة على عاقلتها لورثته[٣]، وإن وضعته حياً ثم مات فديته كذلك، وتكون على عاقلتها ولو تعمدت الجناية على الحمل؛ لأن ذلك فعل سبب[٤] يتغير به المزاج فيسقط الحمل. وقال أبو جعفر: إذا تعمدت ذلك كان الضمان في مالها، وذكره الفقيه علي في الضرب إذا تعمدته لإسقاط الحمل. وقال مالك في الغرة: إنها عليها.

فرع: فلو أكلت شيئاً مما يؤكل غير قاصدة لوضع الحمل ولا علمت أنه يضره، ثم ألقت الحمل بسبب ذلك الذي أكلت- فلعلها لا تضمن؛ لأنها

---

(١) وذلك لأنه ليس بمتعد في السبب، وإن كان متعدياً ضمن عند الهدوية؛ لأن من أصلهم أن فاعل سبب السبب عدواناً يضمن، لا عند المؤيد بالله؛ لأنه لا يوجب عليه ضماناً كما ذكره في الكتاب، ولأن ما هذا حاله يتعذر الاحتراز منه، وأيضاً فلا فعل فيه؛ لتولده من فعل الشجرة لا من اعتماد منه، فأشبه ما تحمله الريح من النار في الملك غير المتصل. (بستان).

(٢) وقد كانت ظهرت فيه الحياة. (قرين).

(٣) **فائدة**: قال في البرهان: وتكون لورثته غيرها، فلا حق لها في ذلك. (بستان).

(٤) وعليه الأزهار.

(*) وفي البحر: قلت: بل العارك مباشر قطعاً، فالأولى التعليل بأن الشرع لم يثبت له حقاً قبل وضعه.

غير متعدية بالسبب[١]، وقد قال المؤيد بالله في شربها للدواء: إنها تضمن، ولم يفصل[٢]. ولعله يحمل حيث علمت أنه يضر الحمل.

فرع: قال في البحر: وإنما تجب الدية في الجنين إذا تحققت حياته بصوت أو بنفس أو حركة ظاهرة كحركة الحي[٣]، لا مجرد التحرك؛ لأنه قد يختلج اللحم بعد قطعه، وقال مالك: لا عبرة بالحركة. قلنا: ولا يعتبر في ذلك بلوغه ستة أشهر، قال سيدنا عماد الدين: ولعل هذا حيث يخرج بالجناية، فقد يخرج حياً لدون ستة أشهر، فأما في الولادة بغير سبب فلا يولد حياً إلا لستة أشهر فما فوقها[٤].

فرع: وهذا حيث فعلت المرأة ذلك بغير إذن زوجها، فأما إذا كان بإذنه فأطلق المؤيد بالله في الزيادات أنه لا شيء عليها إلا التوبة، ومثله في شرح الإبانة والكافي والتقرير، والمراد به قبل أن ينفخ فيه الروح[٥]، قال في الشرح: وهو ينفخ فيه الروح لأربعة أشهر. وكذا إذا فعلت المرأة بنفسها ما يمنع من حبلها فبإذن زوجها يجوز، وبغير إذنه لا يجوز[٦]؛ لأن له حقاً في حملها.

---

(١) إن قيل: هي في نفس الأمر متعدية فتضمن ويسقط عنها الإثم للجهل فينظر. (إملاء شامي). لعله يقال: أباح لها الشرع.

(٢) وهو ظاهر الأزهار في قوله: وكمن أسقطت بشراب أو عرك.

(٣) ولا بد أن يكون استهلال الحمل بحركة أو نحوها بعد خروجه أو بعضه ولو قل. (حاشية سحولي من كتاب الجنائز) (قرر). وهل يعتبر انفصاله بعد خروج بعضه حياً أو ولو بقي على حاله ثم مات؟ ينظر ويحقق. لفظ الخالدي: وأن يخرج حياً؛ لأنه إن خرج حياً كله ورث بالإجماع، وإن خرج بعضه حياً وبعضه ميتاً فمذهبنا أنه وارث إذا تحقق حياة البعض ثم مات. (بلفظه). فأفهم أنه لا بد من الخروج، والله أعلم. (قرر).

(٤) أما الولادة فقد يولد حياً لدونها، ولكنه لا يعيش مثل ما يولد لها.

(٥) لأنها شربته قبل أن ينفخ فيه الروح وبقي في البطن حتى نفخ فيه الروح فقتله، ومثله في الكواكب.

(٦) مذهب. (تهامي). وعن السحولي: القياس الجواز؛ لأنه لا يثبت له حق إلا بعد وجوده.

فرع: فإن كانت الجناية على الحامل من غيرها فالحكم واحد فيما يجب[١]، لكن إذا اختلفا هل وضعت الجنين لأجل الجناية أو لغيرها فالقول قولها[٢] على ظاهر كلام الشرح والبحر، وقال أبو جعفر: عليها البينة أنه لأجل الجناية.

مسألة: إذا وجب القود على امرأة وادعت أنها حبلى قبل قولها وتركت حتى يبان حملها[٣]، فإن بان حملها تركت حتى تضع وترضع ولدها اللبأ، فلو قتلها الوارث قبل ترضع ولدها اللبأ[٤] فمات الولد لعدم اللبأ كان قاتلها قاتلاً له، لكن مع علمه بذلك أنه يقتل الولد يكون قاتل عمد[٥]، ومع جهله يكون قاتل خطأ. وإن قتلها قبل تضع حملها كان آثماً، ولا شيء عليه إن لم ينفصل حملها عنها[٦]، ذكر ذلك في البحر، فإن انفصل حملها عنها قال سيدنا عماد الدين:

---

(١) فإن فعل ذلك بها غيرها برضاها فالأقرب أنهما يضمنان معاً، والقرار على المباشر، وإنما ضمنت مع المباشر لأن ولدها معها أمانة تضمنه بالتفريط. (كواكب).

(*) حيث ألقت الحمل عقبها أو تعللت من وقت الجناية. (قرر).

(٢) يعني: أن إسقاط الجنين بسبب الضرب.

(*) إن ألقته فوراً عقيب الجناية، أو تألمت وبقيت متألمة حتى خرج الجنين، وقد تقدم كلام البحر في العتق أنها إذا ألقته عقيب الجناية أن الظاهر أنه منها، فإن تراخى الإسقاط وأنكر الجاني استمرار الألم فالقول قوله؛ إذ الظاهر معه، والأصل براء الذمة. والقول للجاني أن الجنين سقط ميتاً، وعليها البينة أنه سقط حياً ثم مات، وإذا سقط حياً عقيب الجناية عليها ثم مات فالقول قولها أن موته بسببه. (بستان).

(٣) في (ب): حالها.

(٤) ثلاثة أيام، قال عليه السلام: لأنه لا يعيش إلا به، وهذا إطلاقهم في مواضع متفرقة أن من لم يرضع من أمه اللبأ ثلاثة أيام فهو لا يعيش، ولعل هذا في أغلب الأحوال، وإلا فقد ولد لنا ولد وماتت أمه عقيب وضعه ولم يرضع منها شيئاً وعاش بحكمة الله سبحانه. (بستان).

(٥) قال عليه السلام: لأنه بمثابة من حبس رجلاً من الطعام والشراب حتى مات، فإنه قاتل عمد، ويجب عليه القود. (بستان).

(٦) قال عليه السلام: لأنه يجوز أن يكون انتفاخ بطنها من ريح أو غير ذلك، فلا وجه لإيجاب الضمان بالشك. (بستان).

فلعله يجب فيه ديته إن خرج حياً ومات، أو الغرة إن خرج ميتاً، ويكون ذلك على عاقلة قاتلها، والله أعلم.

الضرب الثاني: السبب، وهو أشياء كثيرة، نحو ميلان الجدار المملوك إذا علم به مالكه(١) وتمكن من إصلاحه(٢) فلم يفعل حتى سقط على ملك الغير أو على طريق أو نحوه فإنه يضمن ما جنى على نفس أو مال، خلاف أحد قولي الشافعي. وقال مالك وأبو حنيفة: لا يضمن إلا إذا كان قد طالبه من له حق في الطلب بإصلاحه.

فرع: وإنما اعتبرنا علم المالك في ذلك وتمكنه من إصلاحه لأنه فاعل سبب غير متعد فيه، وهو أصل الجدار، بخلاف ما إذا كان فاعل السبب متعدياً فيه فإنه لا يعتبر علمه، بل يضمن مطلقاً كما في المباشرة.

فرع: فلو أدخل منزله من الضيف ما لا يحتمله ثم سقط بهم فإنه يضمنهم(٣)

---

(١) وكذا المستأجر للدار والمستعير إذا علما وتمكنا والمالك غائب أو تمرد فإنه يجب عليهم الإصلاح، ولو لم يفعلا ضمنا كما تقدم في السكنى، ذكره الفقيه يوسف.

(*) ويكفي غلبة الظن. اهـ وسيأتي فلو لم يعلم ذلك ولا يغلب على ظنه فلا يضمن.

(٢) بمعتاد وكان بما لا يجحف، ولو بهدمه. (سلوك).

(٣) هذا الفرع للفقيه يوسف، وهو يقال: ما وجه الضمان هنا[١] وفي مسألة غالباً في الأزهار في قوله: ولا شيء في راقي نخلة، إلى أن قال: غالباً، وقد نظر حيث على صورة غالباً؛ لأنه يقال: أليس من أصلكم أن الأسباب المتعدى فيها لا تكون إلا في حق عام أو ملك الغير، فأين هذا من ذلك؟ وأما قوله في الأزهار في جناية العقور: «ولو في ملكه على الداخل بإذنه» فهذا من جناية البهائم، ثم قالوا: لأنه لما أذن له فقد تدرك له والتزم الحفظ، فهل يكون من أدخل منزله من الضيف من لا يحتمله كذلك؛ لأنه التزم لهم الحفظ؟ الظاهر كذلك، والله أعلم، ومرجع الأمر في حكم الضمان هو التغرير بالقول، والله أعلم.

---

[١] ولعل الوجه ما ذكره في التكميل على قوله في الأزهار: «لا المسبب» قال في التكميل: ومثل التعدي التغرير فإنه مضمون، وسواء كان في مباح أو ملك على الداخل بإذن. (بلفظه) (قرر).

إذا علم أن منزله لا يحتمل من أدخله إليه، لا إن جهل ذلك؛ لأنه فاعل سبب غير متعد فيه، بخلاف ما لو وضع فيه من الطعام ونحوه ما لا يحتمله فسقط على ملك الغير فإنه يضمن ما جنى ولو جهل كونه لا يحتمل ما وضعه فيه؛ لأن هذا مباشرة منه لما كان بوضع الطعام وهو فعله، ذكر ذلك الفقيه يوسف.

مسألة: وكذا فيمن له ميزاب فوق طريق مسبلة بغير إذن الحاكم، أو فوق ملك الغير بغير إذنه، فإذا سقط وجنى على الغير فقال في اللمع عن أبي طالب والحنفية: إنه إن أصاب بخارجه الذي هو متعد بإخراجه ضمن(١)، وإن أصاب بداخله الذي في الحائط لم يضمن؛ لأنه غير متعد فيه. قال المذاكرون: وفيه نظر؛ لأن الاعتماد في جنايته يحصل منه الكل، فقال الفقيه حسن: إنه يتأول على أنه انكسر الميزاب فانفصل منه ما كان خارجاً عما كان داخلاً قبل يصيب المجني عليه، فلو لم ينفصل ضمن حصة ما كان خارجاً منه، وقال الفقيه علي: إنه يحمل على أنه سقط لا لثقل خارجه، بل لأمر آخر، فإذا أصاب بخارجه ضمن صاحبه، وإن أصاب بداخله لم يضمن، وإن أصاب بهما معاً ضمن حصة الخارج(٢)، وإن التبس بأيهما أصاب لم يضمن؛ لأن الأصل عدم الضمان، فأما إذا سقط لثقل خارجه فهو متعد به الكل، فيضمن بأيهما أصاب. ولعل هذا أولى. قال الفقيه يوسف: وما ذكره الفقيهان حسن وعلي هنا أنه إذا أصاب بطرفيه معاً وجب نصف الضمان هو كقول الناصر والمؤيد بالله في متجاذبي الحبل، ويأتي على قول الهدوية أنه يجب كل الضمان(٣).

فرع: وإنما يضمن مالك الميزاب ما جنى إذا كان هو الذي وضعه، وأما إذا

---

(١) إلا أن يكون ثمة عرف في الجهة بإخراج الميازيب إلى الطريق فإنه لا يضمن. (لمعة) (قرر).

(٢) بل الكل. (قرر).

(٣) المذهب الضمان في جميع الصور في الميزاب إلا أن ينكسر فيصيب بالداخل ولم يكن لثقل الخارج؛ إذ يتعلق الضمان بالمتعدى فيه.

كان الواضع له غيره: فإن كان مغروراً منه بأن أوهمه[(١)] أنه إلى ملكه أو إلى مباح فهو يرجع عليه بما ضمن، وإن لم يكن منه تغرير له فعند المؤيد بالله الضمان على مالكه أيضاً، وعند أبي طالب والقاضي زيد الضمان على واضعه.

مسألة: من مات وله عبد، وخلف أخاه وزوجته حبلى، فجنى العبد على الزوجة فألقت حملها ميتاً، فالعبد بين الأخ والزوجة أرباعاً، والغرة تعلق برقبة العبد، وهي تكون بينهما أثلاثاً[(٢)]، فإن لم يلتزما بها سلمت الزوجة للأخ ربع العبد، وسلم الأخ لها ثلاثة أرباعه إذا كان نصيبها من الغرة قدر ثلاثة أرباع قيمة العبد أو أكثر، فإن كان أقل سلم لها بقدره من العبد[(٣)]، وكذلك في الربع الذي تسلمه الزوجة للأخ. وإن التزما بالغرة تقاصا وبقي على الأخ للزوجة نصف سدس الغرة، ذكره الفقيه يوسف، ووجهه أنها تضمن له ربع نصيبه من الغرة، وهو الثلثان، يأتي اثنين من اثني عشر، وهو يضمن لها ثلاثة أرباع نصيبها من الغرة، وهو ثلثها، يأتي ثلاثة من اثني عشر، فتقاص باثنين ويبقى لها سهم على الأخ[(٤)].

---

(١) وفي الأزهار: إن جهل. (قرر).

(*) لا فرق. (قرر). عدم البيان كاف. (قرر).

(٢) لأن الأم غير محجوبة، وهي ترث الثلث.

(٣) المذهب أنه يجب تسليم جميعه حيث اختار التسليم.

(٤) وبيان هذه المسألة أنك تقدر أن الغرة اثنا عشر، للأخ ثلثاها ثمانية، وللزوجة ثلثها أربعة، والعبد بين الزوجة والأخ أرباعاً، للأخ ثلاثة أرباعه، وللزوجة ربع، فإذا جنى العبد على الغرة فالذي يخص الأخ هو ثلثاها، وثلث مشاع[١] بينه وبين الزوجة، فتهدر حصته من الثلثين على قدر حصته من العبد كما مثل في الكتاب، وكذلك حصة الزوجة الثلث أربعة من اثني عشر، فإذا جنى العبد على الغرة فالذي يخص الزوجة هو ثلثها، والثلث مشاع بينها وبين الأخ، فتهدر حصتها من العبد ويبقى لها الزائد على ما يهدر، وهو سهم[٢].

---

[١] في (د): هو ثلث والثلثان هو مشاع ..إلخ. وفي المطبوع: هو ثلثها والثلثان مشاع ..إلخ.

[٢] من اثني عشر. (من المطبوع).

مسألة: من جنى على مورثه وسلم له الأرش ثم مات المجني عليه: فإن مات لا من الجناية ورث الجاني الأرش، وإن مات من الجناية فإن كان الأرش باقياً بعينه لم يرث منه مطلقاً[١]، وكذا إن كان باقياً في ذمة الجاني، وإن كان قد اشترى به شيئاً قبل موته فقد صار من جملة ماله؛ فيرث منه الجاني في الخطأ لا في العمد.

مسألة: وأما جناية البهائم فهي على وجوه ثلاثة:

الأول: أن تكون في ملك صاحبها، فلا يضمن ما جنته ولو كانت عقوراً، إلا أن يدخل غيره بإذنه[٢] ومالكها عالم بأنها فيه وبأنها عقور فإنه يضمن، وكذا ما جنته بالرفس بيدها أو رجلها وعليها راكب أو معها سائق أو قائد فيضمن؛ لأنه أثر فعله[٣]، وكذا فيما جنته برأسها إذا كان رسنها في يده؛ لأنه يمكنه حفظه، لا إذا طارت عليه فلم يمكنه ردها فلا يضمن ما رفست ولو خرجت عن ملكه، ولو طردها في الابتداء في ملكه ثم طارت فلا يضمن أيضاً.

الثاني: أن تكون في مباح، فقال أبو طالب والمرتضى وأحد قولي الشافعي: إنه كالملك[٤] فلا يجب التحفظ فيه، وعلى أحد قولي المؤيد بالله والفقهاء وأبو مضر

---

(١) سواء كان عمداً أو خطأ، بل يوفى عليه إلى قدر الدية. (قرين).

(*) قيل: وأما فوائده؟ قيل: يرث منها، وقيل: لا يرث.

(٢) أو بإذن الشرع. وعن السلامي إذا كان بإذن الشرع فلا ضمان. ويمكن الفرق بينهما بأن الآذن التزم الحفظ وأباح الدخول، وغيره أباح الدخول ولم يلتزم الحفظ، فكأنه لم يأذن بالدخول إلا لمن حفظ نفسه أو شرط براءته. (سماع تهامي). وقد ذكر قريباً من هذا في الوابل، وقرره الشامي، وقرره سيدنا حسين بن علي المجاهد.

(٣) يعني وهي له كالآلة، ولأنه إنما أبيح لهم السير على شرط السلامة، قال الإمام المهدي عليه السلام: ولو كان الرفس في ملكه أيضاً فهو مضمون عليه؛ إذ هي كالآلة. (بستان).

(٤) المباح ليس كالملك؛ بدليل أن الكلب العقور إذا عقر فيه مع علم صاحبه أنه عقور ضمن، بخلاف الملك فإنه لا يضمن إلا إذا أذن للداخل أو جرى عرف.اهـ لا يستقيم ضمان؛ إذ لا يجب التحفظ. (قرين).

وابن أبي الفوارس: إنه كالطريق والسوق، فيجب التحفظ فيه. قال الفقيه حسن: والبحر كالمباح على الخلاف فيه، يعني في سير السفن فيه إذا صدمت غيرها.

الثالث: أن تكون في الطريق أو الشارع أو السوق أو ملك الغير بغير رضاه، فإن وضعها في ذلك المكان ضمن كل ما جنت فيه ما دامت على أثر وضعه[١] لها فيه؛ لأنه متعد بوضعها فيه، وكذا لو تعثر بها الغير[٢]، ذكره في الشرح. وقالت الحنفية والفقيه علي: لا يضمن ما نفحت برجلها أو بذنبها.

فرع: وإذا زالت عن موضعها ثم جنت فإن كانت عقوراً ضمن ما جنت[٣]، وإن لم فلا ضمان، إلا إذا معها سائق أو قائد أو راكب فيضمن ما جنت بيدها أو رجلها إن كان رفساً، لا إن كان نفحاً[٤] إلا أن يسيرها زائداً على المعتاد فهو متعد بذلك فيضمن ما جنت حاله بكل حال، وإلا ما جنته برأسها أو فمها فيضمنه ممسك الرسن، وإن ركضها في ذلك ضمن كل ما جنت ولو لم يتمكن من ردها ما دامت على أثر ركضه ولو دخلت ملكه[٥].

---

(١) ولعل هذا حيث لم تجر العادة بالتوقيف في الحق العام، فلو جرت العادة به فلا ضمان، إلا أن تكون عقوراً ولم تحفظ حفظ مثلها ضمن. (شرح بحر).

(٢) في ظلمة أو كان أعمى أو لا يعقل، وعليه شرح الأزهار بقوله: وكذا إذا تعثر بها آدمي ليلاً أو كان أعمى، في شرح قوله: ولم يزل التغرير.

(٣) إذا علم وتمكن من حفظها. (قرين).

(٤) قال القتيبي: نفح ورمح الفرس والبغل والحمار، وأما البعير فيقال: ركض برجله وخبط بيده، لا رمح. (من خط مصنف البستان).

(*) أي: ركضها كما يعتاد عند قرض الذباب أو نحو ذلك. (شرح أزهار).

(٥) وذلك لأنه متعد في أصل طرده، والعدوان موجب للضمان. (بستان). والركض هو تحريك رجليه عليها لتعدو.

مسألة: من أوقف الكلب[١] أو الحية أو السبع[٢] أو العقرب في طريق أو نحوه ضمن كل ما جنت في موضعها، لا ما جنت بعد زوالها منه[٣]؛ لعدم الملك فيها، ذكره الفقيه يحيى البحيح، وقال الفقيه حسن: بل يضمن جناية ما كان عقوراً منها ولو لم يملكه؛ لأنه متعد بوضعه في الطريق ونحوها ولو زال عنها.

مسألة: إذا خرجت الدابة ونحوها من مربطها بغير فعل أحد لم يضمن مالكها ما جنت إلا إذا هي عقور وعلم بخروجها وبأنها عقور فسهل فيها[٤].

مسألة: وكل جناية من بهيمة بفعل إنسان إما ابتداء كأن يغريها أو يسوقها ثم تجني من فورها، أو يطردها في الشارع ونحوه، أو يفرط في حفظها في الطريق أو نحوه، أو في حفظ العقور مع العلم بأنها عقور- فيضمن كل ما جنت إلا في ملكه لداخل[٥] بغير إذنه، وكذا إذا كانت مما يحتاج إلى العقل فلم يعقلها فإنه يضمن ما جنت، وما جنت بغير ذلك فهو هدر، إلا الرفس في حق الراكب أو السائق أو القائد، فلو اجتمعوا اشتركوا في ضمان ما رفست، وتكون الدية ونحوها على عواقلهم، ويختص الراكب بوجوب الكفارة عليه؛ لأن مباشرته أكثر[٦]، بخلاف قائد الأعمى فلا يضمن ما رفسه الأعمى، ذكره في الكافي، قال

---

(١) غير العقور. (قرن).

(٢) غير المملوك. (قرن).

(٣) إلا العقور فيضمن مطلقاً؛ لأنه يجب حفظه.

(٤) وكذا لو خرجت ليلاً وعلم بخروجها وتمكن من ردها ضمن وإن لم تكن عقوراً، إلا أن يكون قد ربطها ربط مثلها.

(٥) في (ج، د): الداخل.

(٦) والكفارة إنما تجب على المباشر دون صاحب السبب، وإنما اشتركوا في الضمان للدية لمّا كان التلف تولد منهم الكل في حالة واحدة[١]، وإلا لكان الضمان على المباشر وحده.

---

[١] لفظ الصعيتري بعد قوله: في حالة واحدة: فلذلك اشترك المباشر وذو السبب في الضمان، فلو لم يكن التلف منهم جميعاً في تلك الحال لم يلزم صاحب السبب ضمان مع وجود المباشر.

سيدنا عماد الدين: ولعل الفرق أن الأعمى يضمن ما رفسه؛ لأنه المباشر.

مسألة: ما جنته الدابة بالركض فهو غير مضمون ولو عليها راكب، إلا أن تكون معروفة بذلك وعلم به مالكها فإنه يضمن(١). وقال الشافعي: إنه مضمون مطلقاً.

مسألة: إذا بالت الدابة أو راثت في الطريق ثم عنت به آدمي أو بهيمة فلا ضمان؛ لأنه يتعذر الاحتراز من ذلك، وقال في الوافي وأصحاب الشافعي: بل يضمن. قلنا: بخلاف ما إذا سقط سرجها وجنى فإنه يجب ضمانه؛ لأنه يمكن الاحتراز منه(٢).

مسألة: إذا أثارت الدابة بسيرها حجراً إلى إنسان: فإن كان الحجر صغيراً مما تثيره بسيرها المعتاد لم يضمن سائقها ونحوه، وإن كان كبيراً أثارته لطرده لها في الطريق ضمن ما جنى.

فرع: وكذا الناخس للدابة يضمن ما جنته لأجل نخسه لها(٣) حتى الراكب إذا أسقطته، وظاهر كلام أصحابنا(٤) مطلقاً في كل ما جنت لنخسها، وقال الفقيه يحيى البحيبح: إنما يضمن الناخس ما جنته بالرفس لا بالنفح. وكذا في ضربها وكبحها باللجام إذا كان زائداً على المعتاد الذي يستحسنه المسلمون في الطريق فيضمن ما تولد منه من جنايته(٥) إلا أن تكون في ملكه، وكذا في المباح على قول أبي طالب، خلاف أحد قولي المؤيد بالله والفقهاء كما مر.

---

(١) حيث لم يحفظها حفظ مثلها.

(٢) إلا أن يكون قد ربطه ربط مثله فلا ضمان. (عامر). أخذه من مسألة الجدار إذا بناه بناء مثله فجنى فلا ضمان.

(٣) الزائد على المعتاد كما في الأزهار في قوله: وإلا فمضمونة ... إلخ.

(٤) وهو ظاهر إطلاق الأزهار بقوله: وإلا فمضمونة هي وما تولد منها.

(٥) في (ب): من جنايته.

مسألة: وكذا من رش ساحة داره وهي في شارع أو طريق فتعثر بها الغير ضمنه(١).

مسألة(٢): من وضع في الطريق أو الشارع أو السوق حجراً أو نحوه مما يضر المارة(٣) في العادة ضمن ما ضر(٤).

فرع(٥): فلو وضع رجلان حجرين في طريق فتعثر سائر في أحدهما ووقع على الآخر فقتله ضمنه واضع الحجر الذي تعثر به؛ لأنه كالملجئ له على الحجر الآخر، ذكره في الشرح(٦).

فرع: وكذا لو وضع رجل حجراً في طريق وحفر غيره بئراً بجنب الحجر في الطريق، فتعثر سائر في الحجر ووقع في البير- ضمنه واضع الحجر، ذكره في بسيط الغزالي وتنبيه الشافعي. قال في البسيط: وكذا لو حفر رجل بئراً في طريق ووضع غيره في البئر سكيناً، فسقط ساقط في البئر ووقع على السكين فقتله بحيث لولاه لما مات- فالضمان على حافر البئر، وقال الإمام يحيى: بل على واضع السكين، قال سيدنا عماد الدين: ولعل الأقرب أنه يجب الضمان عليهما معاً(٧)، كما ذكره في اللمع والتذكرة أن من حفر بئراً في طريق وصب الغير فيه ماء ثم وقع فيه واقع فإنهما يضمنانه معاً(٨).

فرع: فلو حفر رجل بئراً في الطريق ووضع السيل حجراً بجنب البئر، فتعثر بالحجر عاثر فوقع في البئر ومات- ففيه وجهان: أحدهما واختاره في البسيط: أنه

---

(١) وذلك لأنه متعد فيما فعل في الطريق مما يضر بالمارة، قال عليه السلام: وكذا لو طرح في الشوارع قشر الموز أو قشر البطيخ أو قشر الباقلاء فزلق به رجل فانكسرت رجله أو مات ضمنه. (بستان).

(٢) في (ج، د): فرع.

(٣) وكان متعدياً، لا ما يعتاده المسلمون للعمارة فلا يضمن؛ لعدم التعدي. (قرر).

(٤) ما لم ينقله الغير، فإن نقله كان الضمان عليه. (شامي) (قرر).

(٥) في (ج، د): مسألة.

(٦) والمذهب يضمنان معاً. (عامر). كما يأتي في الفرع الرابع.

(٧) في الصورتين معاً. (قرر).

(٨) وعليه الأزهار في قوله: لا على من تضمن جنايته أو ما وضعه بتعد من ماء أو غيره فيشتركان.

(*) هذا يشبه من مات بجنايات لا يقتل أيها منفرداً.

لا ضمان على الحافر، والثاني: أنه يضمن، واختاره الإمام يحيى.

فرع: فلو حفر حافر بعض البئر بحيث لا يموت من يسقط فيه في العادة ثم أتمه غيره ووقع فيه واقع ففيه وجهان: أحدهما: أن الضمان على الآخر، والثاني: أنه عليهما معاً، ذكر ذلك في البسيط.

فرع: فلو وضع ثلاثة رجال ثلاثة أحجار في الطريق فتعثر عاثر في أحدها ووقع على الحجرين الآخرين فمات بهما فقال الإمام يحيى: يكون ضمانه على واضعي الحجرين اللذين مات بهما، وقال أبو يوسف: عليهم الكل أثلاثاً، وقال بعض الحنفية: يكون على واضع الحجر الذي تعثر به نصف وعلى الآخرين نصف. ويأتي على كلام الشرح الذي مر أنه يكون الضمان على واضع الحجر الذي تعثر به.

مسألة: من عدا على غيره ليقتله أو يضربه ظلماً فدخل المتبوع في ماء فغرق، أو في نار فحرق، أو سقط بئراً أو من شاهق - فإنه يضمنه الطارد له عند الناصر وأبي طالب والشافعي، خلاف الحنفية وأبي مضر، وقال في مهذب الشافعي: لا يضمنه إلا أن يكون الهارب أعمى أو لم يشعر بذلك حتى وقع فيه(١).

مسألة: من حفر بئراً أو بنى دكة أو سقيفاً أو نحوه في طريق أو نحوه ضمن ما حصل به من جناية، إلا أن يكون فعله بإذن إمام أو حاكم(٢) لمصلحة عامة ولم يكن فيه مضرة(٣) جاز، ذكره المؤيد بالله وأبو طالب، وقال أبو حنيفة: لا

---

(١) وأنا أقول: إن أمكنه الوقوف فلم يقف كان غير ملجأ فلا يضمن، وإلا ضمن.

(٢) قال الإمام يحيى: وكذا يأتي إذا حفر بغير إذن ثم أجاز له الإمام أو الحاكم فلا ضمان؛ لأنه مصدق فيما رآه من مصالح المسلمين. (بستان).

(٣) إن قلت: الضرر قد حصل[١] سل؟ قد تقدم في البيان ما ينبي عن الضمان، ولفظ البيان في الإحياء: وإذا حصلت المضرة في الطريق من بعد ذلك وجب رفعه، وإذا سقط ذلك على الطريق وأعنت وجب الضمان[٢]؛ لأنه مشروط بعدم المضرة. (قرر).

---

[١] لفظ الحاشية في النسخة (ب): إن قلت: العنت ضرر حصل.

[٢] مع علمه والتمكن.اهـ يقال: هو لا يشترط العلم والتمكن إلا حيث لا تعدي، وأما هنا فسقوطه على الطريق وحصول المضرة كشف كونه متعدياً، وإنما سقط عنه الإثم، وقد تقدم هذا في أول الثاني في قوله: «الضرب الثاني السبب» في الفرع الأول.

=

يحتاج إلى إذن الإمام حيث كان لمصلحة عامة.

مسألة: من كان في سفينة فاحترقت بالنار فعليه أن يفعل ما يغلب بظنه أنه ينجو به من الوقوف فيها أو الرمي بنفسه إلى البحر، فإن استوى الأمران عنده في خشية الهلاك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي: يكون مخيراً بين الوقوف فيها والرمي بنفسه إلى البحر، وقال محمد: لا يجوز له الرمي بنفسه[١]، بل يصبر على النار، ذكر ذلك في الكافي.

مسألة: والعائن المعروف بالإضرار بغيره عند رؤيته له يضمن ما عنت برؤيته[٢]، ذكره الفقيه علي[٣]، قال: وإن تعمد ذلك لزمه القود. وقال الأمير الحسين: لا يضمن، وقال الفقيه يوسف: إنه يأتي على الخلاف في الساحر، فعلى ما ذكره في شرح الإبانة لا يضمن، وعلى قول الشافعي يضمن.

مسألة: من أفزع الحامل بما يكون تعدياً منه فألقت الجنين لزمه ما يجب فيه من دية أو غرة، فإن تعدد الحمل وجب لكل واحد[٤] دية أو غرة، ويكون ذلك على عاقلة المفزع لها.

مسألة: من أمر غيره بحفر بئر[٥]: فإن كان في ملك الآمر أو في مباح فلا ضمان لمن وقع فيها؛ لأن للإنسان أن يفعل في ملكه ما شاء مما يقتل من دخله من بئر أو سم أو سنان أو أُحبولة[٦] أو شوك، و لا شيء عليه لمن وقع فيه إذا كان

(*) كأن يكون الطريق أو نحوه ضيقاً فهو متعد بما فعله وإن أذن له الإمام؛ لأنه ليس للإمام أن يأذن فيما فيه مضرة على المسلمين. (بستان بلفظه).

(١) قوي. (مفتي). لأنه فعل والوقوف ترك.

(٢) ومما يدفع به ضرر العائن أن يقول هو عند رؤيته: ما شاء الله لا قوة إلا بالله. (بستان).

(٣) قوي. (مفتي). ومثله عن الدواري والذماري.

(٤) في (ج، د): لكل ولد.

(٥) في (ج، د): يحفر بئراً.

(٦) الأحبولة: مشتقة من التحبيل، وهو شبك الحبال في أعواد تتخذ شبكة للصيد.

دخوله بغير إذن المالك، ذكره في شرح الإبانة.

مسألة: وإن أمر غيره بالحفر في طريق أو نحوه فمع علمهما معاً بأنه طريق فضمان من يقع فيه على الحافر وحده[١] على عاقلته، وكذا مع علم الحافر وجهل الآمر، ومع علم الآمر وحده[٢] وتغريره للحافر[٣] يكون الضمان على عاقلة الآمر، ذكره في اللمع والفقيه يحيى البحيح، وقال ابن أبي الفوارس وأبو مضر: يكون على الحافر ويرجع به على عاقلة الآمر، وقال الفقيه محمد بن سليمان: يكون المجني عليه مخيراً بين مطالبة عاقلة الآمر وبين مطالبة عاقلة الحافر، ثم لهم الرجوع على عاقلة الآمر[٤]. ومع جهلهما معاً بالطريق[٥] قال الفقيه علي: لا ضمان على الآمر؛ لعدم التغرير منه[٦]، وتجب على عاقلة الحافر، وقال الفقيه يوسف: إنه يأتي على الخلاف في الغارّ لغيره إذا كان جاهلاً، فعلى قول أبي طالب يرجع عليه، وعلى قول المؤيد بالله لا يرجع عليه[٧].

فرع: وحيث الحافر عالم هل يستحق أجرة الحفر على الآمر؟ قال الفقيه محمد بن سليمان: يأتي على الخلاف في الخياط إذا خاط الثوب المغصوب بأمر غاصبه مع

---

(١) قلت: القرار فقط. (قرر).

(٢) وظاهر الأزهار عدم اشتراط علم الآمر، وإنما يشترط جهل المأمور فقط. (قرر).

(٣) يعني: بأنه ملكه. (بستان).

(٤) وعليه الأزهار بقوله: وغيره إن جهل.

(٥) قوله: «ومع جهلهما ..إلخ»: اعلم أن الفقيه حسن لم يقطع في هذه الصورة، بل قال: فيها نظر، والفقيه علي قطع، والفقيه يوسف جعله على الخلاف في الغار لغيره إذا كان جاهلاً، كالمشتري إذا دفع الثوب إلى الخياط ثم استحق الثوب بعد قطع الخياط له. (بستان).

(٦) وفي التذكرة: أن الأمر يكفي في التغرير، وهو الذي في الأزهار حيث قال: والمغرور يغرم الغار ولو جاهلاً.

(٧) وقد مر الخلاف فيه في الغصب في شرح قوله: والمغرور يغرم الغار ولو جاهلاً.

علمه بغصبه، فعلى قول القاضي زيد لا يستحقها، وعلى قول أبي مضر يستحقها.

فرع: فلو كان الحافر عبداً للآمر كان الضمان في رقبته[١]؛ فيسلمه سيده أو يفديه بالأرش كله، قال الفقيهان يحيى البحيح وعلي: وهذا إذا كانا عالمين بالطريق أو جاهلين أو العبد عالماً، فأما إذا جهل العبد وعلم السيد فالضمان على عاقلة السيد[٢].

فرع: فإن كان العبد لغير الآمر فهو على وجهين:

الأول: أن يكون العبد مأذوناً له في إجارة نفسه، فيكون الضمان[٣] في رقبته: إما سلمه سيده وإلا فداه بالدية أو الأرش إذا كان العبد والآمر عالمين بالطريق أو جاهلين[٤]، أو العبد عالم بها، فإن جهلها وعلم الآمر بها فالضمان على عاقلة

---

(١) يعني: ولا شيء على عاقلة السيد. (بستان).

(٢) يعني: لا في رقبة العبد، وذلك لأن السيد كأنه هو الجاني لما كان غاراً لعبده. (بستان).

(*) لأن سيده غار له فصار كأنه الجاني. (كواكب). وفي الأزهار: يضمن العبد، والقرار على عاقلة السيد.اهـ ومثله إذا كانا جاهلين فإنه يكون القرار على عاقلة السيد، وهو المختار، وهو ظاهر الأزهار في قوله: وغيره إن جهل، وفي الأزهار في الغصب في قوله: ولو جاهلاً.

(*) قلت: القرار فقط.

(*) ينظر لو وقع فيها آخر بعد أن صار العبد في ملك الغير، فالذي يقتضيه القياس على ما ذكروا أنه حيث الضمان يتعلق بالسيد من أول الأمر- وهو حيث يكون السيد عالماً والعبد جاهلاً- يضمن السيد الأول، وحيث لم يكن كذلك -وهو في الصور الثلاث: وهو حيث كانا عالمين، أو العبد، أو جاهلين- فجنايته تعلق برقبة العبد، فيخير سيده الثاني كما مر، ولا أرش على الأول، وهكذا الحكم لو عتق. لكن ينظر لو كانت قيمته تنقص لأجل ذلك هل يكون عيباً أم لا؟ ولعله عيب، والله أعلم. (قرر).

(٣) أي: القرار. (قرر).

(٤) أما مع جهلهما فيرجع السيد على عاقلة الآمر؛ لأنه غار له كما ذكره الفقيه يوسف عن أبي =

الآمر، ويأتي فيه الأقوال الثلاثة المتقدمة[(١)]، لكن حيث يطالب به الآمر يجب الأرش كله على عاقلته، وحيث يطالب به العبد أو سيده لا يرجع على عاقلة الآمر إلا بقدر قيمة العبد لا بالزائد عليها حيث سلم سيده فداه؛ لأنه كالمتبرع بالزائد؛ لأنه لو سلم العبد لم يلزمه الزائد على قيمته.

الثاني: أن يكون العبد غير مأذون له، فالضمان في رقبته كما في الأول سواء، لكن الآمر غاصب للعبد[(٢)]؛ فيرجع عليه سيده بقدر قيمة العبد تكون في ماله، لا بالزائد عليها، قال الفقيه يوسف: ويأتي فيه الأقوال الثلاثة المتقدمة[(٣)].

فرع: فلو عتق العبد[(٤)] قبل يضمن سيده الدية كان للمجني عليه أن يطالب العبد بالدية، ثم له أن يرجع بها الكل على الآمر حيث هو غار له؛ لأنه سلمها وقد وجبت كلها، بخلاف ما إذا سلمها سيده قبل عتقه فهو كالمتبرع بالزائد على

طالب في آخر المسألة، وهو ظاهر الأزهار في قوله: وغيره إن جهل. ولا فرق بين علم الآمر وجهله.

(١) يعني: هل يطالبون به ابتداء كما ذكره في اللمع والفقيه يحيى البحيح، أو يطالب به الحافر ثم يرجع به على عاقلة الآمر كما ذكره ابن أبي الفوارس وأبو مضر، أو يكون مخيراً بين مطالبة عاقلة الآمر وبين مطالبة الحافر ثم له الرجوع كما ذكره الفقيه محمد بن سليمان. (بستان)

(٢) وعليه الأزهار في الإجارة في قوله ومحجور انتقل ولو راضيًا. قال في شرحه ما لفظه: لأن انتقاله عن أمره قبض[١]. (بلفظه).

(٣) يعني بهذا حيث العبد جاهل والآمر عالم. وقد تقدم بيان الأقوال الثلاثة، نقل هذا من كتب الوالد قدس الله روحه في الجنة. (بستان).

(٤) هو لا يعتق إلا بإعتاق السيد، ومع إعتاقه يضمن القيمة مع الجهل، والأرش مع العلم، فكيف يقال: يطالب العبد بالدية؟ ولعله يتصور لو عتق العبد بشرط متقدم على الجناية فإنها تكون عليه ولا شيء على السيد.

---

[١] أي: غصب.

قيمة العبد(١).

مسألة: من حفر بئراً أو منهلاً أو غيره في الطريق أو نحوه فعليه طمه(٢)؛ لأن بقاءه منكر يجب إزالته. قال الفقيه يوسف: وإذا نزل فيه نازل(٣) ليستقي منه فزلق لم يضمنه الحافر؛ لأنه متعد بنزوله، وغير مغرور في سقوطه(٤).

مسألة: من استعمل عبداً بغير إذن مولاه أو صبياً بغير إذن وليه ثم تلفا في العمل ضمنهما(٥)، ذكره في اللمع، قال الفقيهان يحيى البحيح وعلي: إنما يضمن

---

(١) فلا يرجع إلا بقدر قيمته.

(٢) قوله: «فعليه طمه» إلخ، يعني: وقبل الطم الضمان لازم له، بخلاف ما إذا كان الحفر في ملك الغير فإنه لا يجب الطم، بل أرش الحفر عند المؤيد بالله، وعند أبي طالب بل يجب الطم أيضاً، ويتفقون أن للحافر أن يطم ما حفره مهما لم يرض مالك الموضع ببقاء الحفر[١]؛ لئلا يلحقه ضمان من وقع فيه. (بستان بلفظه).

(٣) ولو صغيراً أو مجنوناً أو أعمى. (قرد).

(٤) فأما حيث يكون مغروراً نحو أن يكون في ليل أو أعمى فإنه يضمنه الحافر. (بستان بلفظه). وفي الكواكب عن الفقيه يوسف ما لفظه: قال الفقيه يوسف: وإنما يضمن الحافر في الطريق ونحوها وفي ملك الغير حيث يكون الواقع في البئر أو المنهل مغروراً، نحو أن يكون في الليل أو أعمى أو يتعثر في حجر أو نحوه فيقع في البئر ونحوه، فأما حيث يريد النزول إلى ذلك البئر أو المنهل فيزلق فإنه لا يجب ضمانه. (بلفظه).

(٥) والمختار أن ما جرت به العادة فلا ضمان فيه مطلقاً، وما لم ضمن حيث تلف تحت العمل. (قرد).

(*) قوله: «ضمنها ذكره في اللمع» وذلك لأن المستعمل لهما إذا صرفهما في أمره ونهيه يكون غاصباً لهما، فإذا عطبا وجب عليه ضمانهما كالغاصب إذا تلف المغصوب في يده، ولأنه متعد في أمره ونهيه لهما، فلهذا كان ضامناً لهما لتعديه، ولكن قد اختلفوا في ضمان الصبي هل ضمانه ضمان غصب أو ضمان جناية كما ترى، والله أعلم. (بستان).

---

[١] يعني: فأما بعد رضاه فلا ضمان. (بستان من الغصب).

الصبي إذا تلف بالعمل الذي أمره به، فيكون ضمان جناية كفاعل السبب. قلنا: وسواء كان الصبي يعقل أم لا، ومثله في الزوائد، وهو مفهوم كلام الشرح واللمع. وعلى قول المنتخب ومالك: إن الصبي يضمن بالغصب فيضمنه ولو تلف من الله تعالى. وقال المؤيد بالله: يضمنه إن كان غير مميز، لا إن كان مميزاً[(١)]، وبه قال أحمد بن يحيى إذا كان ما أمره به خارج البلد، وإن كان فيها جاز ولم يضمنه، قال الفقيهان حسن ويوسف: والمراد بقولهما[(٢)] في البلد[(٣)] إذا أمره بشيء قليل مما جرت به عادة المسلمين[(٤)] أنهم يأمرون به الصبيان والعبيد بغير إذن الولي والسيد، فهو كالمخصوص بالإجماع.

مسألة: من دفع طفله إلى ولد له أكبر منه وهو صغير أيضاً ليحفظه، وغفل عنه الأب حتى تلف الطفل: فإن كان الولد الذي دفعه إليه مميزاً يستحفظ مثله على الطفل في العادة لم يضمنه الأب -لأنه غير متعد[(٥)]- وضمنه الولد الحافظ

---

(١) لفظ البحر: المؤيد بالله والإمام يحيى: فإن عقل ما أمر به فلا ضمان؛ إذ هلك بفعل نفسه. قلت: لا يسقط بمجرد العقل ما لم يتعارف بأمرهما بمثله؛ إذ منافعهما غير مستباحة.

(٢) في عدم الضمان.

(٣) في (ب): والمراد بقولهما في عدم الضمان إذا أمره إلخ.

(٤) يعني: فأما أكثر من ذلك فلا يجوز، قال الفقيه حسن: ويؤخذ من كلام المؤيد بالله وأحمد بن يحيى جواز العرف على الصبيان، وقال الفقيه يوسف: لا يؤخذ ذلك لهما من هنا؛ لأنهما إنما أجازا ذلك لإجماع المسلمين عليه أن أحداً لا يمنع من ذلك في الفعل اليسير، وليس هو لأجل العرف؛ لأن العرف إنما يعمل به لأنه يدل على الرضا، ورضا الصغير لا حكم له، وروى في البرهان عن أبي حنيفة والتفريعات والوافي أن الصبي إن مات بآفة سماوية لم يضمنه، وإن مات بغير سماوي ولو بقتل نفسه ضمنه الآمر، والله أعلم. (بستان).

(٥) وذلك لأن مثل هذا قد جرت به العادة أن يحفظ الأصغر بالأكبر. وضمنه الولد الحافظ، ويكون ضمانه على عاقلته؛ لأن عمده خطأ. (بستان).

إذا فرط في حفظه، كما إذا أذن له أبوه في الاستيداع[١] فاستودع وفرط فإنه يضمن، وإن كان الولد غير مميز ولا يسحفظ مثله في العادة فالأب مفرط في طفله فيضمن ديته[٢] على عاقلته لسائر ورثة الطفل غير الأب على الظاهر من المذهب، وقال في شرح الإبانة والتفريعات والفقيه محمد بن سليمان: إنه يرث منها، وإن قاتل الخطأ إنما يمنع الميراث من الدية حيث قتل بالمباشرة، لا حيث هو فاعل سبب فيرث منها.

مسألة: إذا وضع الأب أو الأم طفله في منزل فيه نار وغفل عنه حتى حرق فلا ضمان عليه إن كان وضعه في موضع بعيد عن النار حيث[٣] يوضع مثله في العادة ولا يعد مفرطاً فيه[٤]، وإن كان في موضع قريب من النار ضمن ديته على عاقلته؛ لأن الطفل مع والدية أمانة يلزمهما حفظه، فيضمنانه إذا فرطا فيه. قال أبو مضر[٥]: وإنما يضمن حافظ الطفل وقوعه في الماء أو النار أو نحوهما إذا كان الطفل

---

(١) حيث كان الاستيداع لمصلحة، وإلا فالإيداع لا يلزم، فيضمن المودِع. (شرح ذويد). وفي حاشية السحولي ما لفظه: ولو كان غير مأذون في الاستيداع؛ لأن هذا جناية على آدمي فأشبه فعل الصبي ما لا يستباح من جرح وغيره. (بلفظه).

(٢) وذلك لأن الولد الصغير الذي لا يميز أمانة مع والديه، فأيهما فرط في حفظه ضمن ديته، وتكون على عاقلته لسائر ورثة الطفل غير الأب المفرط على الظاهر من المذهب، قال في البرهان: وقد ذكره أبو طالب، قال فيه: وذكروه في الغرة إذا كانت الجناية من الأم أنها لا ترث منها، ومثل هذا في الكواكب. (بستان بلفظه).

(٣) في (ج، د): بحيث.

(٤) وذلك لأنه ليس له فعل في تلف الصبي، ولأنها قد جرت العادة بذلك، والأصل براءة الذمة عن الضمان إلا ما دلت عليه دلالة، وإن كان في موضع قريب من النار ضمن، وذلك حيث يغلب في الظن هلاكه بالنار لقوة لهبها وشدة حرارتها، نستجير بالله تعالى متشفعين برسول الله منها. (بستان).

(٥) قوي. (مفتي، وتهامي).

لا يميز الاحتراز من ذلك، فأما حيث هو يميز الاحتراز منه فلا يضمنه إذا تلف به.

مسألة: إذا دفع الأب طفله إلى أجنبي ليحفظه ثم تلف معه: فإن كان بغير أجرة فالحافظ وديع يضمنه إذا فرط في حفظه، وإن كان بأجرة فهو أجير مشترك يضمنه حيث يضمن الأجير(١).

فرع: وكذا فيمن أخذ ولد جاره ثم وضعه في موضع فيه نار أو ماء فتلف بذلك فإنه يضمن ديته إذا كان يعد مفرطاً فيه، لا إن كان بعيداً منهما فلا يضمنه. قال الفقيه علي: والمراد به إذا كان مأذوناً له في أخذه أو كان عرفهم ذلك، وإن لم فهو ضامن له بكل حال؛ لأنه متعد بأخذه. قال سيدنا عماد الدين: ولعل بقاءه على ظاهره أولى؛ لأن الحر لا يضمن بالغصب على المذهب، بل بالتفريط(٢)؛ لأنه جناية، وكلام الفقيه علي هذا يشبه قول من يقول: إن الصبي غير المميز يضمن بالغصب.

مسألة: من مالت شجرته على طريق أو ملك الغير(٣) وعلم بها وأمكنه إصلاحها فلم يفعل وقد غلب بظنه سقوطها فإنه يضمن ما جنت بسقوطها كما في الجدار(٤).

فرع: فإن كانت الشجرة أو الجدار لجماعة وسقط وجنى بعدما علموا به كلهم وأمكنهم إصلاحه ضمنوا على قدر حصصهم فيه، ذكره المؤيد بالله، فقال الفقيه يحيى البحيبح: لأن الألم يختلف باختلاف الحصص في الكثرة والقلة، وقيل: المراد به(٥) إذا كان نصيب كل واحد منهم لا يقتل لو انفرد، بل لما اجتمعت قتلت، فلو

---

(١) ويكون على عاقلته كما تقدم في الإجارات في الحاضنة.

(*) يعني: إلَّا من الغالب. (بستان).

(٢) لأنه جناية حيث وضعه في موضع خطير.

(٣) أو حقه. (قرد).

(٤) ينظر هل لا بد أن يكون هو الغارس لها ليكون الضمان أثر فعله كما قالوا في الجدار المائل أم لا؟ لا يبعد الاستواء، والتشبيه في الكتاب يقتضي ذلك. (شامي). والظاهر أنهما سواء ولا ينظر إلى أثر فعله ولا عدمه. (قرد).

(٥) فيه نظر. (حثيث)

كان نصيب كل واحد منهم يقتل وحده كان الضمان على عددهم(١). وإن كان علم به أحدهم فقط: فإن لم يتمكن من رفع شركائه إلى الحاكم ليأمرهم بإصلاحه فلا شيء عليهم الكل، وإن تمكن من ذلك ولم يفعل ضمن الكل، ذكره المؤيد بالله، وقال أبو جعفر وأبو مضر: بقدر حصته فقط(٢).

فرع: فلو حفر بئراً في أرض مشتركة بينه وبين جماعة بغير إذنهم ثم وقع فيها واقع فقال الإمام يحيى: يضمنه كله، وقال أبو حنيفة: يضمن بقدر الزائد على نصيبه في الأرض، وقال أبو يوسف: يضمن نصف الضمان ولو كثر شركاؤه، ذكره في البحر.

مسألة(٣): وأما الدابة المشتركة ونحوها إذا جنت فإن كانوا علموا كلهم كونها تعقر ضمنوا على عددهم؛ لأنهم سواء في التفريط، وإن علم بعضهم فقط وفرط في حفظها ضمن الكل؛ لأنه المتعدي(٤). فإن كانوا يتناوبونها للحفظ وجنت في نوبة أحدهم فالضمان عليه(٥).

مسألة: وتجب الكفارة في قتل الخطأ إذا كان القاتل بالغاً عاقلاً مسلماً، ولو

---

(١) قال في البرهان: لكنه يقال: لم لا يكون الضمان على عددهم في الصورتين معاً؟ وما الفرق بين هذه المسالة وبين ما ذكروه فيمن جرح رجلاً جراحة وجرحه غيره مائة جراحة ثم مات منها الكل: إما لاجتماعها أو لكونها الكل قاتلة بالسراية- فإنهما يضمنان على سواء؟ (بستان بلفظه). والفرق بينهما أن مسألة الجراحات مباشرة وهذا مسبب.

(٢) ما لم يتعين عليه الإصلاح، نحو أن يكون تحت يده أو كان سائر الشركاء غائبين أو متمردين فعليه الجميع.اهـ أما مع التمرد فعليهم الكل. (قرن).

(٣) في (ج، د): فرع. وفي (ج): مسألة نخ.

(٤) فإن قيل: هلّا كان كالجدار. (شامي). ولعله يقال: إن البهيمة يعتاد حفظها، بخلاف الجدار.

(٥) حيث علم أنها تعقر، فإن جهل وعلم من ليست في يده ضمن؛ لأنه مفرط بترك إعلام شريكه. (عامر).

كان نائماً أو سكران[(١)]، ذكره في البحر وشرح الإبانة، وقال الشافعي: إنها تلزم الكافر وغير المكلف. قلنا: ولو كان المقتول صغيراً أو مجنوناً أو عبداً أو ذمياً، وأما الحربي المستأمن فقال في التذكرة والحفيظ: تجب فيه أيضاً، وقال في الشرح: لا تجب فيه. وقال مالك: لا كفارة في الذمي.

فرع: والكفارة هي عتق رقبة بالغة عاقلة مؤمنة[(٢)] سليمة[(٣)]، فإن لم يقدر عليها فصيام شهرين متتابعين[(٤)]. ولا إطعام فيها، خلاف الشافعي. والعبد يكفر بالصوم فقط، ولا يمنعه سيده منه في قتل الخطأ.

مسألة: وتجزي الكفارة بعد الجرح وقبل الموت؛ لأن سببها الجرح، والموت شرط فيها، والحكم يتعلق بالسبب[(٥)].

مسألة: وإنما تجب الكفارة إذا كان القتل بالمباشرة، لا إن كان بفعل السبب إلا حيث يكون فيه معنى الآلة، كراكب الدابة فيما قتلته بالرفس فتلزمه الكفارة، فأما السائق والقائد فقال أبو طالب وأبو العباس وأبو حنيفة: لا كفارة عليهما،

---

(١) على قول أبي طالب: إن فعله خطأ. والمذهب أن فعله عمد.

(٢) والعبرة بحال الأداء. (قرد).

(٣) عن العيوب التي يرد بها المبيع، لعله بعيب يرجع إلى نفس المبيع لا إلى الأغراض. (حاشية سحولي).

(٤) ويجوز التفريق فيها للعذر[١]، لا للترخيص؛ لقوله تعالى ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾.

(*) وإذا وجد الرقبة بعد أن قد تلبس بالصوم استأنف، خلافاً للشافعي. اهـ وعليه الأزهار بقوله: ومن أمكنه الأعلى في الأدنى استأنف به.

(٥) فعلى هذا لو قتل عبده خطأ فله أن يعتقه بعد الجرح قبل الموت، قلت: وهو المختار. اهـ ينظر فيه؛ لأن ظاهر قوله: «سليمة» لا يجزئ. (هبل).

---

[١] وهو الذي يتعذر معه الوصال.

وقال الفقيهان يحيى البحيح وحسن[١]: إن لم يكن معهما راكب لزمتهما[٢]، وإن كان معهما راكب فهي عليه[٣] لا عليهما؛ لأن مباشرته أكثر. وقال الشافعي: تلزم كل واحد منهم كفارة[٤]؛ لأنه يوجبها في الأسباب كلها.

فرع: وأما ناخس الدابة إذا ألقت الراكب أو نفحت الغير فقتلتهما فقيل: لا كفارة عليه[٥]، وقال في الوافي والفقيه حسن: بل تلزمه، قال في الوافي: فلو نخس الدابة[٦] بأمر الراكب فنفحت الغير فقتلته فالدية عليهما معاً[٧]، وعلى كل واحد كفارة[٨]. وأوجب في الوافي الكفارة على من رش الطريق وهلك به هالك، لا على حافر البئر، رواه في اللمع[٩].

مسألة: ولا تجب الكفارة على حافر البئر وواضع الحجر الكبير ونحوه في الطريق. قيل: ولا على الشهود بالقتل أو الزنا[١٠] حيث رجعوا بعد القود أو الرجم.

---

(١) وبنى عليه في الأزهار.

(٢) على كل واحد كفارة. (قرد).

(٣) إن كان ممن تجب عليه الكفارة، وإلا فلا شيء عليه ولا عليهم، يعني مع اجتماعهم. (حاشية سحولي لفظاً). وقيل: تجب على السائق والقائد. (هامش حاشية سحولي).

(٤) واختاره الإمام شرف الدين.

(٥) هذا القول مروي عن الفقيهين محمد بن سليمان وعلي. (بستان).

(٦) زائداً على المعتاد. (قرد).

(٧) بل على الناخس فقط.

(٨) الصحيح أنه لا كفارة عليهما.

(٩) والأصح لا كفارة كما في الأزهار وشرحه؛ إذ لا تجب إلا في المباشرة.

(١٠) قلنا: ملجئون للحاكم فتلزمهم الكفارة؛ ولهذا يقتلون إذا أقروا بالعمد. (كواكب معنى). ومثله عن القاضي عبدالله الدواري في الديباج.

فرع: ولا تجب الكفارة في الجنين إذا خرج ميتاً[١]، خلاف الشافعي، وإن خرج حياً وجبت فيه، ذكره أبو حنيفة والقاضي زيد[٢]، وقال الفقيهان علي ويوسف: لا تجب؛ لأنه فاعل سبب.

مسألة: ولا كفارة في قتل العمد[٣]؛ لأن دليلها ورد في قتل الخطأ، ذكره في الأحكام وأحد قولي القاسم وأبو حنيفة، وقال في المنتخب وأحد قولي القاسم والمؤيد بالله والشافعي: بل تجب؛ لأنها لتكفير الذنب، والعامد أحوج إليه[٤].

مسألة: من قتل نفسه فلا كفارة عليه، ذكره في الانتصار[٥] عن العترة وأبي حنيفة، وقال في الحفيظ والشافعي: تجب في تركته.

مسألة: من قتل عبداً لزمته قيمته من ماله إن كان عمداً، وإن كان خطأ فعلى عاقلته في ثلاث سنين، وقال الناصر: بل في ماله حالة غير مؤجلة.

فرع[٦]: وتجب قيمته يوم قتله في موضعه، إلا أن تزيد على دية الحر لم يجب الزائد، ذكره في المنتخب والمؤيد بالله وأبو طالب وأبو العباس وأبو حنيفة، وقال في الأحكام والناصر والشافعي ومالك: بل يجب. ويعتبر في العبد بدية الذكر، وفي الأمة بدية الأنثى. ويتفقون إذا كان مضموناً على قاتله من قبل القتل-

---

(١) لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم حكم فيه بالغرة ولم يذكر الكفارة. (بستان معنى).

(٢) حجة أبي حنيفة والقاضي زيد ما روي عن علي عليه السلام أنه أوجبها فيه إذا خرج حياً ثم مات. (بحر).

(٣) إلا في موضعين: في قتل الأصل للفرع عمداً، وقتل الترس المسلم عمداً، فالكفارة لازمة فيهما. (قرد).

(٤) وهو مردود بما تقدم في الأيمان من أنه لا كفارة في الغموس. (وابل، وشرح فتح).

(٥) وذلك لأنه شخص لا تجب عليه الدية في قتله فكذا لا تجب الكفارة. ولم يذكر في الانتصار ولا في البحر حجة للشافعي. (بستان).

(٦) في (ج، د): مسألة . وفي (د): فرع نخ.

كالمغصوب والمرهون- أنها تجب قيمته بالغة ما بلغت[١]، وأنه إذا جنى على العبد جنايات كثيرة بحيث يكون أرشها أكثر من الدية أنه يجب الكل[٢]، وأنه إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ضمن نصيب شريكه بالغاً ما بلغ، وفي الأب إذا استولد أمة ابنه أنه يضمن قيمتها ما بلغت، ذكره في شرح الإبانة.

فرع: وإذا زادت قيمة العبد لصنعة محظورة كالغناء ونحوه فلا حكم لذلك، ولا يجب ما زاد فيها لأجله وفاقاً[٣].

مسألة: وجراحات المماليك كجراحات الأحرار، فما كان فيه الدية من الحر ففيه القيمة، وما كان فيه نصف الدية أو ثلثها أو عشرها أو نصف عشرها ففي المملوك كذلك من قيمته[٤]، وما كان فيه الحكومة قدر لو كان في حرٍ كم تأتي حكومته من ديته فيجب بقدره من قيمة المملوك. وقال أبو يوسف ومحمد: يجب في جراحاتهم ما نقص من القيمة فقط.

مسألة: ويأخذ السيد أرش ما جني على عبده ولو كثر مطلقاً[٥]، وقال أبو حنيفة: إن كان الأرش دون قيمته خير مولاه بين إمساكه وأخذ أرشه وبين تسليمه للجاني وأخذ قيمة منه، وإن كان الأرش مثل قيمته أو أكثر خير مولاه

---

(١) ولو بصناعة غير جائزة. (قرر).

(*) وعليه الأزهار بقوله: إلا المغصوب فما بلغت.

(٢) ما لم يتعد أرش كل جناية ما يجب مثلها في الحر. (قرر).

(٣) وأما الزيادة لأجل صنعة جائزة فتلزمه بلا خلاف، ذكره في الغيث.

(٤) يعني: بحسب القيمة ما لم تعد القيمة دية الحر، ففي يد العبد أو عينه مثلاً نصف قيمته إن كانت قدر دية الحر فما دون، لا لو كانت قيمته أكثر من دية الحر فالواجب في يده أو نحوها ما في يد الحر ونحوها. (حاشية سحولي لفظاً) (قرر).

(٥) قوله: «ولو كثر مطلقاً» يعني: سواء كان مثل قيمته أو أكثر منها؛ لأنها جناية على ملك الغير، فللمالك أن يمسكه ويأخذ أرشه؛ لأن ما هذا حاله جناية على عين، فلا يكون تسليم العين شرطاً في أخذ الأرش. (بستان لفظاً).

بين إمساكه بغير أرش وبين تسليمه للجاني وأخذ أرشه. ولا خيار عندنا لسيده إلا حيث كان الجاني غاصباً للعبد وكان الأرش أكثر من نصف قيمته، فيخير سيده بين أخذه مع الأرش أو تركه وأخذ قيمته، كما في الشيء المغصوب إذا جنى عليه الغاصب عند الهدوية[١].

مسألة: وفي جنين الأمة إذا خرج بجناية أو بسبب متعدىً فيه قيمته إن خرج حياً ثم مات، وإن خرج ميتاً فنصف عشر قيمته يوم ولد لو كان حياً[٢]. ويجب في أمه ما نقص من قيمتها بالجناية وبالولادة، ذكره في الشرح. وقال أبو يوسف: لا يجب فيه إلا ما نقص من قيمة أمه، وقال الشافعي ومالك: يجب فيه عشر قيمة أمه يوم الجناية لا يوم الولادة. ولعل الحرة إذا ألقت الجنين بسبب جناية عليها من الغير أو بإفزاعه لها فإنه يجب لها حكومة لما اتفق معها من ألم الولادة، وإن ماتت بالولادة فالأقرب أنها تجب ديتها[٣] على قول الهدوية، لا على قول المؤيد بالله؛ لأن الجناية هنا سبب الولادة، والولادة سبب الموت[٤]، والله أعلم.

مسألة: وفي جنين البهيمة قيمته إن خرج حياً ثم مات، وإن خرج ميتاً فنصف عشره قيمته مع نقصان قيمة أمه، فإن لم تنقص فما تعطل من منافعها بسبب ذلك[٥]، ذكره في الزيادات. وقال زيد بن علي وأبو حنيفة والشافعي: لا يجب فيه إلا ما نقص من قيمة أمه.

---

(١) وقد تقدم في الغصب في الأزهار في قوله: وإلى غير غرض ضمن أرش اليسير و خير في الكثير.

(٢) **فرع**: وفي وقت تقويمه وجهان: يوم الجناية كلو جرح ثم اندمل، ويوم الولادة؛ إذ هو حال استقرار الجناية، الإمام يحيى: وهو المختار. (بحر بلفظه). إن كان له قيمة فيه، وإلا قدر أول وقت يكون له فيه قيمة لو كان حياً. (سيدنا علي بن أحمد) (قرر).

(٣) في (ج، د): وإن ماتت بالولادة وجبت ديتها.

(٤) في (ب): سبب في الولادة، والولادة سبب في موتها.

(٥) فإن لم يتعطل عملها ولا احتاجت إلى دواء أو نحوه فلا شيء إلا الإثم.

فصل في الجناية على المال

مسألة: من فقأ عين بهيمة غيره لزمه ما نقص من قيمتها مطلقاً[١]، وقال أبو حنيفة: ربع قيمتها، إلا في شاة القصاب ونحوها فما نقص من قيمتها.

فرع: وكذا في سائر أعضاء البهيمة[٢] وفي جراحاتها يجب ما نقص من قيمتها بذلك، فإن لم تنقص وجب ما تعطل من نفعها بذلك[٣] وما احتاجت إليه من الدواء والمعالجة، ذكره في الزيادات.

مسألة: من كسر أسنان بقرة فلم يمكنها أكل العلف حتى ماتت جوعاً ضمنها[٤] كما لو ماتت بالجناية، ذكره في شمس الشريعة عن تعليق الإفادة. وهكذا إذا قطع لسانها[٥].

مسألة: ومن خرق ثوب غيره لزمه ما نقص من قيمته. ومن دفع غيره على مال الغير فأتلفه ضمنه الدافع لا المدفوع، إلا إن كان دفعه بأمره[٦]، أو كان منه زيادة في

---

(١) يعني: سواء كان النقصان قدر الربع أو فوقه أو دونه، ولا فرق في ذلك بين شاة القصاب وغيرها. (بستان).

(٢) يعني: فما نقص من قيمتها بذلك فهو الواجب. وعن مالك: أن من قطع ذنب حمار القاضي فعليه قيمة الحمار كله. قلنا: لا وجه للفرق بين حمار القاضي وحمار السوقي. (بستان).

(٣) وظاهر الأزهار إن لم تنقص القيمة فلا شيء.

(٤) وقياس المذهب لزوم الأرش. وقيل: إن كانت تؤكل فعلم صاحبها بالجناية ولم يذبحها وكان لها قيمة قبل الذبح لم يلزم الجاني إلا الأرش فقط. (عامر). وظاهر البيان مطلقاً: سواء كانت مأكولة أم لا، علم المالك أم لا.

(٥) وتركها حتى ماتت، فإن ذبحها فنقص القيمة. (عامر).

(*) ولعله يأتي على قول المؤيد بالله أن لا يضمنها في الكل؛ لأنه فاعل سبب السبب.

(٦) ينظر فيه؛ لأن الأمر كلا أمر؛ لأنه أمر بمحظور، فالقياس أن الضمان على الدافع، وبقية الصور مستقيمة، وهذه الصورة نظير قول الوافي فيما تقدم في نخس الدابة بأمر الراكب، والحكم واحد[١]. (شامي).

---

[١] وقد اختير خلاف كلام الوافي هناك.

الاعتماد والحركة، أو كان يمكنه رد نفسه فلم يفعل - فالضمان عليه وحده.

مسألة: من قعد على طرف ثوب غيره ثم قام مالك الثوب فانخرق فضمانه على القاعد عند الهدوية[١]، وعلى قول المؤيد بالله والناصر: يلزمه نصف الأرش كما في متجاذبي الحبل، ذكره في شرح أبي مضر.

فرع: وكذا لو تجاذب رجلان ثوباً فقطعاه وهو لغيرهما- فيضمنان أرشه نصفين ولو كان مع أحدهما عارية أو وديعة[٢]، وإن كان لأحدهما ضمن له الآخر كل الأرش على قول الهدوية، ونصفه على قول المؤيد بالله والناصر، وإن كان لهما تقاصا في الأرش إن كان بينهما نصفين، وإن كان أثلاثاً ضمن صاحب الثلث لصاحب الثلثين سدس الأرش.

مسألة: من وضع ناراً في ملكه فتعدت إلى ملك غيره بهبوب الريح، والمِلْكَان غير متصلين ولا في حكم المتصلين- فلا شيء عليه، وإن كانا متصلين أو في حكم المتصلين ضمن ملك غيره وفاقاً[٣]؛ لأنه متعد مع ذلك[٤].

والمتصل: هو حيث تصله لهب النار، والذي في حكم المتصل: هو حيث يكون بين الملكين شجر أو نحوه تسري فيه النار إلى الملك الآخر.

---

(١) ولعل هذا مع جهل المالك بقعود الغير عليه، لا مع علمه بقعوده فلا شيء كما لو ساق مالك البهيمة مع علمه بتعدي المستأجر. وقيل: ولو علم بقعود الغير عليه؛ لأنه غير متعد. (هبل).

(٢) قال في البرهان: ولو كان الثاني هو المتعدي بجذبه؛ لأنهما جنيا عليه كلاهما. وهذا الفرع في البرهان كله للوالد رحمه الله. (بستان لفظًا).

(*) هذا يستقيم إذا تجاذباه للقطع، فلو كانت مجاذبة الأمين للدفع ضمنه الآخر جميعه.

(٣) **فائدة**: من سقى أرضه بزائد على المعتاد فأفسد زرع جاره ضمن ما أفسد، فأما لو انصب من خرق لا علم له به لم يضمن؛ لعدم التعدي. (بستان).

(*) وذلك لأنه كالمباشر، فهو متعد كما ذكره في الكتاب. (بستان).

(٤) في (ج، د): لأنه متعد بذلك.

فرع: فإن وضع النار في ملك زيد فتعدت إلى ملك عمرو وهما غير متصلين ولا في حكم المتصلين فقال القاسم وأبو طالب وأبو حنيفة والشافعي: يضمن ملك عمرو؛ لأنه فاعل سبب متعدياً فيه(١)، وقال المؤيد بالله ومالك: لا يضمنه. قال سيدنا عماد الدين: ولعله بناء على أن فاعل سبب السبب لا يضمن عنده(٢).

فرع: فإن كان وضع النار في المباح ثم طارت بها الريح إلى ملك الغير جاء على الخلاف الذي مر: هل المباح كالملك أو كالطريق ونحوها(٣).

مسألة: من وضع شبكة أو نحوها في المباح ثم عنت فيها عانت فعلى قول أبي طالب والمرتضى وأحد قولي المؤيد بالله: لا يضمن(٤)، وعلى أحد قولي المؤيد بالله والفقهاء: إن أزال التغرير عنها بما يشعر بها من نصب أعلام عليها أو نحوها لم يضمن، وإن لم ضمن. وقد ذكر المؤيد بالله أن من وضع أحباله في المباح لم يضمن من وقع فيها، يعني لكونها ظاهرة لا تغرير فيها، لكن هذا في حق من يشعر بذلك، فأما في حق من لا يشعر به فلا حكم له، بل يجب الضمان عنده، وذلك كالأعمى والبهائم ومن وقع فيها بالليل.

فرع: فلو اختلفا هل أزال التغرير حيث يجب(٥) أم لا [قال أبقاه الله:](٦)

---

(١) في (ب): لأنه متعد في سبب تلفه. وفي (ج، د): لأنه فاعل سببه متعدياً فيه.

(*) وهو وضع النار في ملك زيد.

(٢) أي: عند المؤيد بالله.

(٣) لا شيء على المختار ما لم يكن متصلاً أو في حكم المتصل كما تقدم. (قرر).

(٤) وذلك لأنه كالملك فهو غير متعد. وحجة القول الثاني أن المباح فيه حق للمسلمين على سواء، فلم يستبد بملك فيه ولا أزال التعزير فلهذا ضمن، وهذا بخلاف ما لو حفر بئراً في أرض مباحة فوقع فيها إنسان فإنه لا يضمنه؛ لأنه بالحفر قد ملك موضعه بالإحياء، بخلاف الشبكة فإنه لم يملك موضعها. (بستان بلفظه).

(٥) في حق عام أو ملك الغير على قول أبي طالب، لا في المباح، وهو المختار.

(٦) ما بين المعقوفين غير موجود في (ب) و (ج).

فلعل القول قول الواضع؛ لأن الأصل عدم الضمان على قول المؤيد بالله[١]، وعلى قول الهادي الأصل عدم الفعل لما يزيل التغرير[٢]. وإن اختلفا هل وضع الشبكة في ملكه أو في الطريق ونحوها فالقول قول الواضع[٣].

مسألة: من كان عنده دابة عقور أو نحوها وهي معه أمانة أو ضمانة فما عقرته فضمانه عليه إذا فرط في حفظها بعد ما علم بأنها عقور[٤]، إلا الغاصب فلا يعتبر علمه؛ لأنه متعد في السبب.

مسألة: من وضع خشبة أو نحوها في طريق أو نحوها فشرد منها فرس الغير أو وقع فيها فانكسرت رجله ضمن قيمته؛ لعدم نفعه بعد انكساره، وإن بقيت له قيمة بعد الكسر ضمن ما نقص من قيمته.

فرع[٥]: فإن بقيت له قيمة لكونه ينزى به فإن كان الإنزاء لمالكه أو لمن يشتريه لينزي به على خيله ضمن الأرش فقط، وإن كان الإنزاء للغير على سبيل الكراء وأخذ العوض عليه فذلك لا يجوز ولا حكم له؛ فيضمن قيمته[٦].

مسألة: من فتح قفصاً لغيره فخرج ما فيه من الطير، أو فتح باب صبل للغير فخرج ما فيه من الحيوانات ثم تلفت[٧] أو ضاعت- فإن كان هيجها للخروج

---

(١) قوله: «على قول المؤيد بالله» وذلك لأنه يعتبر الأصل الأول، والهادي عليه السلام يعتبر الأصل الثاني.

(٢) المذهب أن الأصل عدم التعدي.

(٣) وذلك لأن الأصل براءة الذمة وعدم الضمان. (بستان).

(٤) فلو لم يعلم بكونها عقوراً فلعل الضمان على مالكها؛ لأنه مفرط بعدم إعلام من هي في يده. (كواكب).

(٥) في (ج، د): مسألة.

(٦) العبرة بالقيمة، إن بقيت له قيمة ضمن الأرش فقط، وإن لم يبق له قيمة ضمن القيمة. (قرر).

(٧) يعني: خرجت وإن تراخى تلفها. (قرر). ما لم تقف، فإن وقفت بعد الخروج فلا ضمان.

(*) فإن لم تتلف هذه الأشياء لزم قيمة حيلولة لمالكها. اهـ وفيه نظر؛ لأنه ليس بغاصب. اهـ

=

ضمنها وفاقاً[١]، وإن هيجها غيره ضمنها المهيج لها[٢]، وإن خرجت بنفسها فقال أبو حنيفة: لا يضمنها مطلقاً، وذكره الأزرقي للهادي عليه السلام، ورواه أبو جعفر عن الناصر وأحد قولي الشافعي، وروى في الزوائد عن زيد ين علي والناصر والقاسم والهادي وأبي حنيفة ومالك، وذكره الكني للمؤيد بالله: أنه يضمنها مطلقاً -ولعل هذا قول ثان للمؤيد بالله في فاعل سبب السبب- وقال أكثر فقهاء المؤيد بالله والشافعي، وهو ظاهر كلام المؤيد بالله، وقواه الفقيه محمد بن سليمان وغيره من المذاكرين: إنها إن خرجت عقيب فتحه[٣] ضمنها؛ لأنه أثر فعله، وإن تراخت بعد الفتح[٤] ثم خرجت من بعد لم يضمنها؛ لأن خروجها باختيارها[٥].

فرع: وهكذا الخلاف في الدابة إذا حل عقالها ثم ذهبت. قال أبو مضر: وكذا في العبد إذا فك غيره القيد عنه ثم أبق، وقال أبو جعفر والإمام يحيى: لا يضمنه وفاقاً.

فرع: فإن فتح باب البستان أو أحرق فرجينه فدخلت الدواب أفسدت زرعه، أو فتح على الغنم فدخل الذئب أكلها أو خرجت فأكلت زرع الغير- فقال أبو مضر والفقيهان محمد بن سليمان وحسن: إنه على هذا الخلاف[٦] والأقوال الثلاثة، وأطلق المؤيد بالله وابن الخليل في الدخول أنه لا يضمن، وقال الفقيه يحيى البحيبح: إن كان ما أكلته الدواب[٧] أو الغنم من الزرع مضموناً على أربابها فلا شيء على

ولعل الكتاب يفهم الأول. في قوله: أو ضاعت.

(١) وذلك لأن خروجها بفعله وتهييجه لها. (بستان).

(٢) لأن خروجها بسببه، فهو المتعدي. (بستان بلفظه).

(٣) في (ج، د): عقيب فعله. وفي (د): فتحه نخ.

(٤) إذا كانت قد شعرت بالفتح ثم تراخت. (قرر).

(٥) وكذا في جنايتها على الغير الخلاف فيه كذلك.

(٦) المذهب الضمان لكن بشرط الفور.

(٧) وكلام الفقيه يحيى البحيبح حيث فتح البستان الذي فيه الزرع أو أحرق الفرجين ثم =

الفاتح ونحوه، وإن كان غير مضمون عليهم ضمنه.

فرع: من فتح باب غيره ثم دخل السارق وأخذ ما داخله لم يضمن الفاتح وفاقاً؛ لأن السارق يعرف الفتح ويحسنه، ذكره أبو جعفر وأبو مضر، وقال مالك: بل يضمن. ولعله يقال: إنما لم يضمن الفاتح لأنه فاعل سبب، والسارق هو المباشر للأخذ، فكان الضمان عليه وحده.

مسألة: من حل وكاء زق فيه سمن ذائب: فإن كان الزق ملقى ضمنه الفاتح، وإن كان مستقياً ثم ألقاه غير الفاتح ضمنه الملقي له[(١)]، وإن سقط الزق بغير فعل أحد أو التبس حال سقوطه فلا ضمان[(٢)]، ذكره في البحر، قال سيدنا عماد الدين: ولعله يكون على الخلاف الذي يأتي بين القاضي زيد والشيخين.

وإن كان السمن جامداً ثم ذاب واهراق: فإن ذاب بفعل فاعل غير الفاتح -نحو أن يوقد النار بقربه[(٣)]، أو يفتح عليه باباً فدخلت منه الشمس على الزق- لم يضمنه الفاتح للزق[(٤)]، وأما الذي ذاب السمن بسببه فقيل: يضمنه[(٥)]، وقيل: لا يضمنه[(٦)]. قال عليه السلام: ولعله يأتي على الخلاف بين الهدوية والمؤيد بالله. في فاعل سبب السبب إذا كان متعدياً فيما فعل[(٧)].

دخلت الدواب إلى البستان، فإن كانت مما يجب حفظها على أربابها بأن تكون عقوراً[١] فلا ضمان على الفاتح، وإلا ضمن. (زهور).

(١) لأنه مباشر والفاتح مسبب. (بستان).

(٢) الصحيح الضمان على الفاتح.

(٣) متعدياً، وإلا كان الضمان على الفاتح. (قرد).

(٤) وذلك لأنه فاعل سبب. (بستان).

(٥) لأنه المباشر. (بستان).

(٦) كما لو اهراق بالشمس. قلنا: لا اختيار للشمس، وهذا مختار؛ فلهذا ضمن. (بستان).

(٧) يضمن على المختار. (قرد).

---

[١] أو أكلته ليلاً مطلقاً.

وإن ذاب السمن بغير فعل أحد نحو أن تطلع عليه الشمس فذاب واهراق- فقال القاضي زيد والشافعي: إنه يضمنه الفاتح(١)، وقال الشيخان أبو جعفر وأبو طالب: لا يضمنه.

مسألة: من حل رباط سفينة ثم غرق أهلها فقال أبو مضر: إنه يضمن مطلقاً(٢)، وقال أبو جعفر وأصحاب الشافعي: إن غرقت عقيب حله ضمن، لا إن تراخى غرقها، نحو أن تسكن حتى هبت الريح فغرقت، ومثله في البحر. قال ﷺ: والأقرب أن هذه المسائل كلها متقاربة، وأنه فيها الكل فاعل سبب السبب، فيضمن عند الهدوية إذا كان متعدياً، لا عند المؤيد بالله.

مسألة: لا يجوز قتل الحيوانات التي لا تضر(٣)، كالهدهد والصرد(٤) والخفاش والضفدع والنحلة والنملة، ويجوز قتل ما كان يضر منها ولو هو في الحرم؛

---

(١) وذلك لأنه لا تأثير للشمس لولا الفتح. (بستان).

(٢) يعني: سواء غرقت فوراً أو على التراخي؛ لأنه لا اختيار لها؛ فلهذا كان ضامناً. والآخرون فصلوا. وقول صاحب الكتاب كما ترى. قال ﷺ: وهذه لطائف فقهية ومضطربات اجتهادية وأسرار معنوية يحصل الاستنباط لها والإدراك لأسرارها بالفكر الصافي عن شوائب البلادة، والنظر المستقيم والاستمداد من الله بالتوفيق. (بستان).

(*) وعليه الأزهار.

(٣) وعنه ﷺ قال: ((من قتل عصفوراً لغير أكله جاء يوم القيامة وله صراخ تحت العرش يقول: يا رب، سل هذا لم قتلني؟))، وعن علي بن الحسين ﷺ أنه قتل نملة فربط فرساً في سبيل الله للجهاد عليها. قيل: والصرد: هو طائر يصيد العصافير، والخفاش هو طائر الليل أبو شطيف. (بستان).

(٤) الصرد: بضم الصاد وفتح الراء ذكره في الضياء، قال في النهاية: وهو طائر ضخم الرأس والمنقار، له ريش عظيم[١]، نصفه أبيض ونصفه أسود. قال في الكفاية: والصرد يسمى الواقي[٢] بكسر القاف، وهو طائر يتشاءم به. واليعسوب: ذكر النحل. والذر: صغار النمل. والعلجوم: ذكر الضفادع. (من خط مصنف البستان).

---

[١] في المخطوطات: لا ريش له. والمثبت من النهاية.

[٢] لفظ الكفاية: والواقي: الصرد، وهو طائر يتشاءم به.

لأنه ﷺ أجاز قتل الضار والضارة.

فرع[١]: ويجوز قتل ستة من الحيوانات في الحل وفي الحرم، وهي: الحية، والعقرب، والفأرة، والغراب، والحدأة، والكلب العقور. قال في البحر: ولو تأهلت هذه وانتفع بها[٢]، وكذا غيرها من السباع الضارة. قال سليمان بن ناصر: والمراد في الحية إذا خرجت من بيتها، لا ما كان منها في بيته فلا يجوز قتله[٣]، وقد ذكره المؤيد بالله في الزيادات.

مسألة: يجب على مالك الكلب العقور[٤] أن يحفظه أو يقتله، فإن لم يفعل جاز لغيره قتله، ذكره المؤيد بالله. قيل: وكذا الهر المملوك إذا ضر بأكل الدجاج أو الطيور المملوكة، أو بالبول على الثياب- فإنه يحل قتله[٥]، خلاف الإمام يحيى، ذكره في البحر. والبهيمة النطوح ونحوها يجب حفظها، وإلا بيعها مع بيان عيبها.

مسألة: وما لم يندفع عن الإضرار بالنفس أو بالمال إلا بقتله حل قتله[٦] سواء

---

(١) في (ج، د): مسألة.

(٢) في (ب): وانتفع بها المسلمون.

(٣) المذهب الجواز مطلقاً. (تهامي، ومفتي) (قرر).

(*) قوي حثيث.

(٤) يقال: بماذا يملك العقور؟ قلت: بالتجري أو بقبول هبته. (مفتي)، وقد ذكر في الكلب المعلم للصيد أنه لا يصح وقفه؛ لأن من شرطه الملك، وأما قبول الهبة فمستقيم، ويكون من هبة الحق، ومما يؤيده ما ذكره في الغيث حيث قال: وفيه نظر؛ لأن الكلاب لا تملك لأجل نجاستها. ظاهره ولو جرأه. (قرر).

(*) يؤخذ من هذا أنه يملك، والذي يظهر من قواعد أهل المذهب أنه لا يملك وأنه لم يكن له فيه إلا حق كسائر النجاسات.

(٥) ما لم يكن حاملاً.

(٦) قوله: «حل قتله» اعلم أن هذا مما لا خلاف فيه، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة١٩٥] وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾

=

كان آدمياً أو بهيمة، وقال أبو حنيفة في البهيمة: يجوز قتلها بشرط الضمان. وهذا إذا كان ضرره في الحال، وأما إذا كان مظنوناً في المستقبل فقيل: لا يجوز قتله؛ لأنه يجوز أن لا يحصل ضرره، وقال المنصور بالله والإمام يحيى: بل يجوز[(١)]، وأشار إليه المؤيد بالله أيضاً، ذكره في البغاة إذا انهزموا وهو يغلب بالظن عودهم جاز قتلهم مدبرين، وقال أيضاً: من كان له دود قز وهو يطعمها من توت الغير جاز لصاحب التوت قتلها[(٢)]. وأبقاه أبو مضر على ظاهره، وقيل[(٣)]: المراد به إذا كان بأمر الحاكم. وكذا قال المنصور بالله فيمن كان لا يندفع عن مضرة غيره إلا بعقر زرعه وأشجاره وخراب أرضه: جاز ذلك دفعاً لضرره[(٤)]، رواه الفقيه يوسف.

مسألة: إذا جنى عبد على حر ما لا قصاص فيه[(٥)] أو على مال خير سيده بين تسليمه للاسترقاق[(٦)] أو تسليم أرش الجناية بالغاً ما بلغ، وقال الشافعي: إلى

[النساء] فمن لم يندفع عن الإضرار بالنفس إلا بقتله جاز، ولا ضمان له؛ لما تلوناه من الآيتين، فإنهما دالتين على جواز الدفع وإباحته، ولأن الصائل ألجأ إلى قتل نفسه فيجب أن لا يضمن. وحجة أبي حنيفة في إيجاب الضمان أنه كمن يضطر إلى طعام الغير. لنا ما مر. (بستان).

(*) في (أ): جاز قتله.

(١) الأزهار: أو لخشية العود كلكل مبغي عليه. (قرد).

(٢) المختار المنع، وله مدافعة صاحب الدود ولو بالقتل إن لم يندفع إلا بقتله. (تهامي، ومفتي). لا هي فلا يجوز، ذكر معناه المفتي. (قرد).

(٣) القاضي زيد.

(٤) وذكر أيضاً في هذا الكتاب في فصل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في كتاب السير، وصرح بالجواز مع الضمان، والمختار لا ضمان. (مفتي) (قرد).

(*) ولو بغير أمر الحاكم. (قرد).

(٥) وذلك نحو القتل خطأ، أو فيما لا مفصل له، أو دون الموضحة، أو نحو ذلك. (بستان).

(٦) وهذا على كلام أهل المذهب، وهو المقرر، وأما على كلام صاحب الكتاب فقد تقدم ما عرف من قاعدته. ولفظ البستان: وقوله: «للاسترقاق» يعني: إذا كان الأرش يستغرق =

قدر قيمته، وهو قول الهادي وأحد قولي المؤيد بالله.

فرع[١]: فلو طلب سيده تسليمه فامتنع المجني عليه من قبوله فلا شيء على سيده، فإذا أعتقه أو باعه بعد ذلك لم يلزمه إلا قدر قيمته[٢] والباقي على العبد. قال الفقيه حسن: ولا يبرأ العبد من الذي لزم سيده حتى يدفعه سيده، وقبل دفعه هو في ذمة العبد، وللمجني عليه أن يطالبه به.

مسألة: إذا اعتق السيد عبده بعدما جنى أو باعه أو وهبه أو وقفه أو قتله كان التزاماً بأرش جنايته بالغاً ما بلغ إن كان قد علم بجنايته[٣]، وإن كان قبل علمه بها فإلى قدر قيمته فقط، والزائد في ذمة العبد، ولا يبرأ العبد بعد عتقه من الذي لزم سيده حتى يسلمه سيده أو يسلمه هو، وأيهما سلمه لم يرجع على الثاني به، ذكره في الصفي[٤]. وإذا أبرأ المجني عليه العبد برئ سيده معه، وإن أبرأ السيد لم يبرأ العبد[٥]، كما في الضامن والمضمون عنه[٦].

قيمته، فإن كان أقل منها سلم من العبد بقدر ذلك. (بستان).

(*) وإن قل أرش الجناية. (شرح أزهار) (قرر).

(١) في (ج، د): مسألة. وفي (د): فرع نخ.

(٢) ينظر.اهـ ما في الكتاب مستقيم.اهـ ولفظ حاشية: فإن استهلكه بعتق أو بيع أو نحوهما بعد امتناع المجني عليه من أخذه لم يلزمه إلا قيمته، ذكره في التذكرة في كتاب الرهن.

(٣) وعليه الأزهار في قوله: ويتعين إن اختارها أو استهلكها عالماً.

(*) ولو جهل حكمه. يعني: جهل أنه يلزمه بالاستهلاك. (قرر).

(٤) لابن معرف.

(٥) حيث لم يقصد بالبراء إسقاط الدين. (قرر).

(*) ولا السيد.اهـ فإنهما لا يبرآن حينئذٍ. (شرح أزهار). إذا كان قبل التزام السيد بالأرش، وإن كان بعد التزامه برئ وحده ولم يبرأ العبد، بل يكون للمجني عليه مطالبته متى عتق؛ لأنه لا يبرأ بالتزام السيد بالأرش حتى يسلمه. (كواكب) (قرر).

(٦) في (ب): عليه.

مسألة: إذا قتل العبد حراً أو عبداً عمداً كان ولي القتيل مخيراً بين أخذ العبد يفعل به ما شاء من قتل أو استرقاق أو بيع(١) أو عتق وبين العفو عنه فيبقى لسيده، وإن عفا عن القود دون الدية كان كالخطأ، وقد مر(٢)، وإن عفا عن سيده ولم يذكر العبد ولا جنايته لم يصح؛ إذ لا شيء عليه، وإن تصالحوا بشيء غيره جاز.

مسألة: إذا قتل عبد حرين أو عبدين أو حراً وعبداً أو أكثر من ذلك عمداً قتل بهم(٣) ولا شيء على سيده، وإن كان خطأ سلمه سيده لهم الكل، وإلا فداه بالديات كلها، وإن كان البعض عمداً والبعض خطأ سلمه سيده لأولياء الخطأ(٤) ثم يقاد بالعمد(٥)، فلو قتله ولي العمد قبل تسليمه إلى ولي الخطأ أثم ولا شيء عليه ولا على سيد العبد، وكذا حيث الكل عمداً وقتله بعضهم، فلو سلمه سيده لبعضهم هل يضمن للباقين(٦) كما لو أعتقه؟ لا يبعد ذلك(٧)، والله أعلم.

---

(١) بعد تمليكه إياه، وقيل: لا فرق. (قرد).

(*) بعد أن دخل في ملكه[١]، لا بمجرد وجوب القصاص. (كواكب).

(٢) في المسألة الثانية قبل هذه.

(٣) فإن عفا بعضهم سلمه لمن لم يعف. (شرح أزهار لفظًا). يعني: حيث عفا عن القود والدية، لا عن القود فقط فيسلمه للعافي -إن لم يفده- ويقول للذي لم يعف: اتبع العبد. (شرح أثمار). فإن سلمه للذي لم يعف كان اختياراً منه للأرش، فيلزمه بالغاً ما بلغ. (عامر).

(٤) فإن عفا أهل الخطأ ماذا يقال؟ قلت: القياس يسلمه لأهل العمد.

(٥) فإن عفا عنه ماذا يقال؟ قلت: القياس أنه يملكه أهل العمد. وقيل: إنهم يشتركون في العبد على قدر ما لكل؛ لانكشاف لزوم الدية بالعفو.

(٦) ينظر لو عفا الذين لم يسلم إليهم بعد التسليم هل لهم حق على السيد أو لا؟ (تهامي). لا يبعد أن يلزمه لهم ما يستحقونه من الديات أو القيمة. وهكذا لو قتله الذي سلم إليه فإنه يكون كما لو عفا من لم يسلم إليه، فيلزم لهم ما ذكر. (شامي) (قرد).

(٧) والمذهب أنه لا يصح التسليم كما في المحجور لو قضى ماله بعض أهل الدين فالتسليم كلا تسليم. (عامر) (قرد). ولعل مراد صاحب البيان حيث قتله المسلم إليه، وأما مع البقاء فالتسليم كلا تسليم. (قرد).

---

[١] بتمليك من السيد.اهـ بل لا فرق. (قرد).

=

مسألة: إذا قتل عبد حراً عمداً ثم عفا عنه بعض الورثة عن القود والدية خير سيده بين أن يسلم من العبد لمن لم يعف بقدر حصته[(١)] وبين تسليم حصته من الدية. وهكذا لو قتل حرين خطأ ثم عفا عنه ولي أحدهما، أو جنى على مالين ثم عفا عنه مالك أحدهما- سلم سيده للآخر حصته من العبد[(٢)] أو فداه بالأرش كله.

مسألة: إذا قتلت أم الولد حراً أو عبداً أو أمة عمداً قتلت به، ولا يجوز تسليمها للاسترقاق، فإن عفا الولي عن قتلها أو كان القتل خطأ لزم سيدها قدر قيمتها فقط[(٣)]؛ لأن تسليمها متعذر بسبب منه متقدم على الجناية، وكذلك في المدبر، ويشترك أولياء الجنايات كلهم في القيمة المتقدم منهم والمتأخر، إلا ما جنته بعد تسليم قيمتها لزم السيد له قيمة أخرى. وقال أبو حنيفة وأحد قولي الشافعي: لا تلزمه إلا قيمة واحدة مطلقاً، فيسترد حصة المتأخر من الذين دفع لهم. وقال الناصر: إنها كالأمة سواء.

(*) جميع الدية إن سلم عالماً، وإلا فالقيمة.اهـ وهذا يستقيم حيث كان الباقون لا يستحقون القود، وإلا فلا أثر لتسليمه ما دام باقياً.

(*) مع التلف. (قرر).

(١) فإن قيل: فلِمَ لا يسلم إليه جميعه؟ الجواب أن الدية كلها متعلقة بالرقبة، فإذا أسقط أحدهما نصفه بقي النصف الآخر متعلقاً بنصف الرقبة، وكذا الكلام لو أتلف مالاً مشتركاً بين اثنين، ذكره في تعليق اللمع.

(٢) هذا على أصله، والمذهب يسلمه جميعه لمن لم يعف. وقرر ما في الكتاب[١]؛ لأن هنا الجنايات متعلقات برقبته، فإذا أسقط أحدهما نصيبه بقي ذلك المتعلق على حاله من نصف أو ثلث أو نحو ذلك.

(٣) يوم الجناية. (زهور) (قرر). على صفتها. وكذا المدبر قيمته يوم الجناية على صفته. (قرر).

(*) إلا أن يكون الأرش أقل فالأرش فقط.اهـ وحاصله أنه يلزمه الأقل من قيمتها أو الأرش، ويطالب بذلك سيدها لا هي. (بستان بلفظه) (قرر).

---

[١] في هامش (ج، د): وقرر ما يأتي في الكتاب. والمثبت من المطبوع.

فرع: فلو حكم الحاكم على سيدها بقيمتها ثم جنت جناية أخرى فقال الفقيه محمد بن سليمان: إنها تلزم السيد قيمة أخرى وإن الحكم عليه كالتسليم، وقال الفقيه حسن: لا يلزمه إلا القيمة الأولى للكل(١).

فرع: وإذا ماتت أم الولد بعد ما قتلت خطأ أو أتلفت مالاً فقد لزم سيدها قدر قيمتها، بخلاف الأمة والعبد، ذكره في التفريعات(٢).

فرع: وإذا قتلت الثاني بعدما سلم سيدها للأول بعض قيمتها اشترك الأول والآخر فيما بقي من قيمتها على سيدها، ولزمه للآخر مثل ما قد كان سلم للأول من قيمتها(٣)؛ لأنه قد فرغ منها بقدره، وما بقي من الديات والجنايات يكون في ذمتها متى عتقت.

فرع: وإذا كان سيدها معسراً أو أعسر بعد ما جنت سعت لهم الكل في قدر قيمتها فقط؛ لأن الزائد من كسبها لسيدها، ويشتركون الكل في قيمة واحدة، ولو كان لبعضهم ديات ولبعضهم أروش ولبعضهم قيمة مال، فيكون لكل بقدر حقه.

---

(١) وهو ظاهر الأزهار في قوله: إلا أم الولد ومدبر الموسر[١]، والأئمار أيضاً، وقد بنى في البيان على كلام الفقيه محمد بن سليمان في آخر باب العدة.

(٢) قال في البرهان: وكذا يأتي -والله أعلم- إذا مات سيدها قبل دفع القيمة أخذ قدر قيمتها من التركة للجناية، والزائد عليها[٢].

(٣) والمختار أنهما يشتركان في قدر الباقي على قدر الأرش، ولا شيء عليه للجناية الأخرى مما كان قد سلم للأولى مهما بقي عليه شيء من أرش الجناية ولو قل، ولا يبعد فهمه من الأزهار من قوله: ما لم يتخلل التسليم، والله أعلم. وفي الغيث تنبيه مثل شرح الأزهار.

(*) والمختار أنهم يشتركون في باقي القيمة ولا يجب للآخر شيء غير ذلك. ومثله في البحر.

---

[١] الظاهر أنه في قوله: ولا تعدد بتعدد الجنايات ما لم يتخلل التسليم.

[٢] لفظ البستان: قال في البرهان: وكذا يأتي -والله أعلم- إذا مات سيدها فإنها تؤخذ قيمتها من تركته، والباقي عليها.

ويعتبر بقيمتها يوم جنايتها(١)، فإن زادت قيمتها من بعد فلا حق للأولين في الزيادة، بل يختص بها من جنت عليه من بعدها. وما جنت من بعد تسليمها لقيمتها لزمها تسعى له في قيمة أخرى، كما إذا سلم سيدها قيمتها أو بعضها(٢) سواء.

مسألة: وحكم المدبر كأم الولد في الجنايات كما مر(٣) إذا كان سيده موسراً، فيسلم سيده قدر قيمته(٤) لأهل الديون كلها، وباقيها يكون في ذمته(٥) متى عتق، ذكره ابن معرف، وهو المذهب، خلاف ما ذكره في الأزهار أنه يكون في رقبة المدبر يؤخذ به. وإذا كان سيده معسراً أو أعسر بعد الجنايات سلمه لهم الكل يشتركون فيه على قدر ديونهم، وقال أبو حنيفة: إنه كالموسر سواء(٦).

فرع(٧): وإن قتل بعضهم عمداً وبعضهم خطأ قتل بالعمد، وسلم سيده قيمته للخطأ إن كان موسراً، وإن كان معسراً سلمه لولي الخطأ ثم قتل بالعمد(٨)، والله أعلم.

---

(١) بل يوم إعسار سيدها. وفي شرح الأزهار ما لفظه: قال عليه السلام: والقيمة هي قيمتها وقت إعسار السيد[١]، وقال بعض أصحاب الشافعي: يوم الجناية.

(*) هذا قول بعض أصحاب الشافعي، وفي الغيث: يوم إعسار السيد.

(٢) أي: يشتركان في الباقي كما تقدم في الهامش.

(٣) ولا يسقط ما لزم السيد بموتها، وكذا لو مات السيد فتكون في تركته. (قرر).

(٤) قال في التقرير: والقيمة يوم الجناية. (قرر). على صفته. (قرر).

(٥) في (ب): في ذمة المدبر.

(٦) يلزم سيده قيمته لهم سواء كان موسراً أو معسراً. (برهان).

(٧) هذا الفرع للوالد قدس الله روحه في الجنة. (بستان).

(٨) ينظر لو قتله ولي العمد قبل التسليم هل يضمن سيده قيمته لولي الخطأ؟ وكذا لو مات هل يلزم سيده القيمة لهما؟ لعله يلزم، والله أعلم.

---

[١] إن قارن السعاية، وإلا فيوم السعاية. (من هامش شرح الأزهار).

فرع: فلو مات سيده معسراً ففيه وجهان: أحدهما: يسلم المدبر بجنايته، والثاني- وهو الصحيح-: أنه يعتق المدبر ويسعى في الديون، ذكره في البحر، قال سيدنا عماد الدين: ولعل المراد أنها تكون الديون في ذمته يسلم منها ما قدر عليه، لا أنه يلزمه السعاية والتكسب لها كما في الحر[١]، والله أعلم؛ لأنها لم تلزمه بنفس العتق. وهكذا في كل ما لزم العبد في ذمته فمتى عتق لزمه إذا أيسر، لا أنه يتكسب له.

مسألة: إذا جنى المكاتب ما لا قصاص فيه على نفس أو على مال لزمه أرشه بالغاً ما بلغ، وقال أبو حنيفة: إلى قدر قيمته. قال الفقيه علي: فإذا كان قادراً على تسليم الأرش ومال الكتابة بدأ بأيهما شاء[٢]، وإن عجز عنهما معاً رد في الرق وكان كالعبد الجاني، وإن قدر على أحدهما فقط فقال في الشرح والتفريعات وأصحاب الشافعي: يقدم دين الجنايات[٣]؛ لأن دين الكتابة له بدل، وهو الرجوع في الرق[٤]، وقال القاضي زيد والسيد يحيى بن الحسين: يقدم دين الكتابة إذا كان قد حل أجله؛ لئلا يعجز ويرد في الرق.

مسألة: إذا أقر المكاتب بدين عليه أو بجناية منه أخذ به[٥]، فإن عجز ورد في الرق وكذبه سيده كان في ذمة المكاتب متى عتق، ويكون لسيده أن يسترد ما قد سلمه المكاتب للمقر له .

---

(١) هذا في الزائد على قيمته، وأما قيمته فهي لازمة له من قبل موت السيد، فيسعى فيها؛ لأنها لزمت بنفس العتق.

(٢) المختار تقديم [يقدم (نخ)] دين الجناية؛ لأنه مطالب به وإن لم يطالب.

(٣) وقد تقدم مثله في الكتابة قبيل الولاء للإمام المهدي عليه السلام.

(٤) أقول: وهذا يفهم أن سائر الديون تقدم كذلك وإن لم تطلب على دين الكتابة، وقد ذكره الإمام المهدي عليه السلام. (مفتي).

(٥) بل يكون موقوفاً. ولفظ حاشية: الأولى أنه من التبرعات الموقوفة.

مسألة: إذا جنى المكاتب ما يوجب القصاص اقتص منه إن كان المجني عليه حراً أو مكاتباً مثله في الحكم[١] أو أدنى أكثر منه، لا إن كان دونه، نحو أن يكون لم يؤد شيئاً وهذا قد أدى، أو كان قد أدى أقل منه، ولا إن كان عبداً أو مدبراً أو أم ولد فلا يقتص منه لهم[٢]. وقال في الانتصار: إذا لم يكن قد أدى شيئاً ولا معه مال يوفي فهو كالعبد يقتل به[٣].

مسألة: إذا جنى العبد الموقوف ما يوجب القود أو القصاص اقتص منه، وإن كان ما يوجب الأرش ففيه ثلاثة أوجه للشافعية:

أحدها: أنه يكون في كسبه[٤]، واختاره في التذكرة، قال في الحفيظ: إلى قدر قيمته فقط[٥].

والثاني: أنه يكون في بيت المال، واختاره في الانتصار.

والثالث: أنه يكون على الواقف له، ورجحه في المهذب.

مسألة: إذا جني على العبد الموقوف ما يوجب القصاص من عبد[٦] فالخيار

---

(١) والعبرة بحال الجناية. (قرر).

(٢) في (ج، د): فلا يقتص منهم لهم.

(٣) ومثله في الغيث والكواكب والبحر والهداية، وظاهر الأزهار خلافه، وأنه قد ثبت للعبد بعقد الكتابة حكم فلا يقتص منه إلا من كان قد عقد له بذلك. (من جوابات المفتي).

(٤) ينظر مما اكتسبه في الماضي أو مما يكتسبه في المستقبل؟ قيل: ما يكتسبه بعد الجناية، لا قبلها فللموقوف عليه، وقيل: ولو من كسبه المتقدم. فإن لم يكن له كسب ففي ذمته، وقيل: على بيت المال، وقيل: في رقبته.

(*) بالغاً ما بلغ، واختاره في الأزهار.

(٥) الأولى أنها تلزمه بالغاً ما بلغ؛ لأنه لا ذمة له مع وقفه.

(*) قوي. (حثيث). وينظر من أين يكون الزائد؟

(٦) في (ب): من عبد غيره.

بين القصاص وأخذ الأرش إلى الموقوف عليه(١)، ذكره الفقيه حسن(٢)، وقيل: إلى العبد، وهو بعض نسخ التذكرة، وقال في الحفيظ: إلى الحاكم. وإذا اختار الأرش أو كانت الجناية خطأ فلمن الأرش؟ قال في الحفيظ: لبيت المال. قال سيدنا عماد الدين: ولعله يستقيم على قول المؤيد بالله: إن قيمة الوقف إذا أتلف(٣) تكون للمصالح، ويأتي على قول الهدوية أنه يكون الأرش للموقوف عليه أو لورثته حيث هو يورث وكان الجاني عليه غيرهم، وإن كان منهم فهو للواقف أو لورثته(٤).

مسألة: يقتل العبد بالعبد وبالأمة والمدبرة وأم الولد، وكذلك العكس(٥) ولو اختلفا في القيمة وفاقاً، وكذا في القصاص فيما دون النفس عندنا مطلقاً(٦)، وقال أبو حنيفة وأحد قولي الناصر: لا قصاص بينهم؛ لتفاضلهم في القيم.

مسألة: عبدان لرجل قتل أحدهما الثاني أو قتل ابن سيده فلسيده أن يقتله

---

(١) فلو كان العبد وقفاً على نحو مسجد هل لوليه أن يختار القصاص؟ الظاهر أن ليس له ذلك؛ لأنه لا تشفي لجماد، ولم يذكر ذلك عليه السلام، فينظر فيه، قال سيدنا جمال الدين: ولعله يأتي فيه ما سيأتي فيمن قتل ولا وارث له، وقد صحح أحد قولي المؤيد بالله: إن للإمام أن يقتص، والله أعلم. (نجري). وهو ظاهر الأزهار في قوله: والإمام ولي مسلم قتل ولا وارث له، ولا عفو.

(٢) وعليه الأزهار بقوله: وأمر الجناية عليه إلى مصرفه.

(٣) في (ب): تلف.

(٤) وقيل: لا يلزمه شيء؛ لأنها لو لزمت الغير كان الأرش له.

(*) فلو كان وقفه عن مظلمة أو زكاة عليه ينظر، يقال: قد أسقطت بقيمتها في تلك الحال. (قرر).

(٥) فلو عتق العبد المجني عليه بعد الجناية هل القصاص إليه أو إلى السيد؟ لعله إلى السيد كلو باعه، ويحتمل أن يكون على الخلاف الذي مر في الوقف.اهـ في قوله: ويستقر للعبد ما وقف عليه بعتقه.

(٦) سواء اتفقت القيم أم اختلفت.

به[١] - بخلاف ما إذا سرق مال سيده فلا يقطع؛ للحديث[٢] - وإن مات السيد قبل أن يقتله كان لورثته قتله. وكذا إذا قتل العبد سيده فلورثته قتله به.

مسألة: إذا جنى العبد ما لا قصاص فيه على نفس أو على مال كان أرشه في رقبته كما مر[٣] ولو كان مأذوناً له. إلا فيما صار إليه برضا مالكه وأتلفه فيكون ضمانه في ذمته متى عتق إن كان غير مأذون له من سيده، وإن كان مأذوناً له كان ضمانه في رقبته وفيما في يده.

مسألة: إذا جنى العبد المغصوب فإن كان على غاصبه أو عبده أو ماله فهدر، إلا ما كان يوجب القصاص أو القود فله الاقتصاص منه ويضمن لسيده، وإن كانت جنايته على مالكه أو على عبده أو ماله فإن كان ما لا قصاص فيه ضمن الغاصب من الأرش إلى قدر قيمة العبد فقط وسلم العبد، فلو مات العبد قبل يسلمه ضمن قيمته[٤]، وإن كان ما يوجب القصاص فلمالكه أو ورثته أن يأخذوه ويضمن لهم الغاصب من الدية أو القيمة إلى قدر قيمة العبد؛ لأنه قد صار ديناً عليه، ولهم أن يقتلوه[٥] ويضمن لهم الغاصب من ذلك إلى قدر قيمته، ذكره في الانتصار

---

(١) يعني: ولو بعد عتقه أو حصول شرط عتقه. فلو عفا عنه بعد عتقه هل تلزمه الدية للابن المقتول أو قيمة العبد المقتول يسلم ذلك لسيده المعتق؟ لعل الجواب أنها تلزمه على القول بأن الدية بدل، لا على القول بأنها أصل؛ لاستلزامه لزوم الدين على العبد لسيده، والله أعلم.

(٢) يعني: قول علي عليه السلام: (مالك سرق مالك؛ لا قطع عليه)، وفي رواية: (مالك سرق بعضه بعضاً). (بستان بلفظه).

(٣) يعني: فيسلمه سيده أو يفديه بأرشه. (بستان).

(٤) بدلاً عنه ضماناً للمغصوب عليه، وقيمة أخرى لأجل الجناية. (من خط سيدي الحسين بن القاسم).

(٥) اعلم أن قدر قيمته قد صار واجباً على الغاصب سواء أخذوه وأمسكوه أو قتلوه؛ لأن ذلك قد صار ديناً عليه، وقال الإمام يحيى: لا ضمان عليه حيث المقتص من العبد سيده.

=

والتذكرة[١]، وقال الإمام يحيى: لا ضمان عليه. وإن كانت جنايته على الغير في نفس أو مال فإن كانت مما فيه القود أو القصاص اقتص منه وضمن الغاصب قيمته أو أرشه، وإن عفا المجني عليه عن القود أو القصاص أو كانت الجناية مما لا قصاص فيه ضمن الغاصب إلى قدر قيمته، والباقي في رقبة العبد، ويرده لسيده[٢]، ذكره في الانتصار. وقال في مهذب الشافعي: إنه يضمن الغاصب الأرش كله.

مسألة: من كان في يده عبد لغيره لا على وجه الغصب فإذا جنى فالأرش في رقبته[٣] لا على من هو في يده، بخلاف الدابة العقور ونحوها إذا كانت في يد غير مالكها بأي وجه فما جنت فأرشه على من هي في يده؛ لأنه يلزمه حفظها، فإذا فرط في الحفظ ضمن الأرش كله إذا كان قد علم بأنها عقور، لا إن جهل[٤]، بخلاف الغاصب فلا يعتبر علمه.

مسألة: وعلى رب كل دابة أرش ما جنت بالليل[٥] في زرع أو غيره إذا فرط في حفظها؛ لأنه يجب حفظها في الليل، ولا يضمن ما جنت بالنهار في زرع أو

(بستان بلفظه). وحجة الإمام يحيى أن رقبته استحقت بالقصاص فلا شيء على الغاصب. (بستان من الغصب).

(١) وقد تقدم مثله في أول الغصب في المسألة ٢٢.

(٢) يعني: يرد العبد لسيده ثم يكون سيده بالخيار: إما سلمه بالذي بقي وإلا فداه به.

(٣) ظاهره ولو غير مميز.اهـ والأولى أنه إن كان صغيراً أو مجنوناً لزمه حفظه، فإن فرط لزمه ما جنى.

(٤) فالضمان على المالك كما مر. (قرين).

(٥) وذلك لما روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قضى على أهل الماشية بحفظها في الليل دون النهار، فعلى أهل الزرع حفظها في النهار، فإرسالها في الليل تعد، وإرسالها بالنهار لا عدوان فيه؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((جرح العجماء جبار))، قال عليه السلام: أراد أنه لا ضمان، فكأنَّ الجناية منجبرة، مأخوذ من قولهم: انجبر العظم؛ فلهذا لم يكن ضامناً لما جرحت بالنهار. (بستان بلفظه).

غيره، إلا أن تكون معروفة بالعقر(١) أو بالضر وفرط في حفظها ضمن، قال في الانتصار: وهذا بناء على الأغلب أن الدواب تحفظ بالليل وترسل بالنهار، فلو جرت العادة في بعض البلاد بعكس ذلك انعكس الحكم(٢). وقال أبو حنيفة: لا ضمان في الكل إلا إذا جنت عقيب إرسالها أو كان معها أحد.

مسألة: وعلى مرسل الدابة أرش ما جنت من فورها ما دامت على سيرها؛ لأنه أثر فعله، ذكره في الإفادة وتعليقها والبحر، وأشار إليه في اللمع، وسواء كان المرسل لها مالكها أو غيره(٣).

مسألة: إذا جنى على الدابة من أفسدت زرعه ضمنها سواء كان ليلاً أو نهاراً، وإن حبسها فتلفت معه ضمنها، وقال الهادي: إذا حبسها ليلة لم يضمنها، وتأوله المؤيد بالله وأبو طالب على أنه حبسها حفظاً لها حتى يجد مالكها، وقيل: إن مراده إذا حبسها لئلاً ترجع إلى زرعه أو زرع غيره ولم يكن قد تمكن من ردها لمالكها، فأما بعد إمكان الرد فيضمن، ذكره في التقرير(٤)، وإن تلفت قبل التمكن من ردها لم يضمن إذا صادقه مالكها أنه ساقها من مضرته أو مضرة غيره أو بين بذلك(٥)، وإن لم فالظاهر التعدي فيضمن(٦).

---

(١) وهي حيث لا يمنعها المانع المعتاد، ذكر ذلك في شرح ابن بهران عن المؤلف.

(٢) قوله: «انعكس الحكم» قال عليه السلام: فهماً للمعنى من فرق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم؛ لأن التعويل على ما جرت به العادة. (بستان بلفظه).

(٣) يعني: فلا فرق، وسواء كان ذلك ليلاً أو نهاراً، في ملك أو مباح أو خاص. (بستان). أم في حق عام. (شرح أزهار).

(٤) وكلا التأويلين حسن. (مفتي).

(٥) وقال القاضي عبدالله بن حسن الدواري: إن القول قول الناقل لها.

(٦) وهذا يفارق اللقطة، فيقبل قوله في الالتقاط مع يمينه فما الفرق؟ قلت: لا تعرف نية الرد إلا منه؛ فلهذا قبل قوله في اللقطة.

مسألة: من أُخرج كلبه العقور ونحوه إلى شارع أو نحوه ضمن كل ما عقر[(١)] مطلقاً[(٢)] ولو ربطه؛ لأنه متعد بذلك. وهو يثبت كون الكلب أو الدابة عقوراً[(٣)] بأن يعقر أو يحمل على غيره[(٤)] ليعقره مرتين ولو لم يعقر، قال الفقيه يحيى البحيبح: فيُضمن مالكه الثانية[(٥)] إذا علم بذلك، وقيل: بل يضمن الثالثة.

مسألة: وكان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن صاحب الكلب ما عقر بالنهار[(٦)] دون ما عقر بالليل. قيل: ووجهه أنه محتاج إلى إرساله بالليل للحفظ، وليس يحتاج إليه بالنهار. قال الفقيه حسن: ولو عقر بالليل في الطريق ونحوها فلا ضمان[(٧)]. وقال أبو جعفر والفقيه محمد بن سليمان: المراد به إذا عقر بالليل في

---

(١) في الوقت الذي يجب حفظه فيه.

(٢) قوله: «مطلقاً» سواء عقر في مكانه الذي وقفه فيه أو في غيره، على الفور أو على التراخي؛ لأنه متعد بذلك، وعنه صلى الله عليه وآله وسلم: ((من ارتبط كلباً لغير زرع أو ماشية انتقص من أجره كل يوم قيراطان))، و عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: ((لولا أن الكلاب أمة من الناس[١] لأمرت بقتلها))، وعنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: ((اقتلوا كل أسود بهيم ذي طفيتين)) يعني النقطتين فوق عينيه، وقيل: أراد بالحديث ما كان من الحيات ذا طفيتين، وهما خطان على ظهره، قال عليه السلام: وكله محتمل كما ترى. (بستان).

(٣) وإذا قد صارت البهيمة عقوراً بالنطح مثلاً صارت عقوراً في كل ما وقع منها من ركضة ونطحة وغير ذلك؛ لأن حفظها قد وجب عليه، ذكر معنى ذلك في الغيث. (قرر).

(٤) في غير الكلب، وأما الكلب فلا يكون عقوراً إلا حيث لا ترده العصا والحجر أو كان ختولاً، وهو الذي يأخذ على غفلة. (ذماري) (قرر).

(٥) وعليه الأزهار.

(٦) والظاهر أن هذا في الكلب العقور، فأما في غير العقور فهو غير مضمون لا في الليل ولا في النهار. (كواكب لفظاً). وفي حاشية السحولي ما لفظه: فإن جنى نهاراً ضمنت جنايته ولو غير عقور حيث لا يعتاد إرساله في النهار. (بلفظه) (قرر).

(٧) وهو ظاهر الأزهار.

---

[١] هكذا في البستان، وفي كتب الحديث: ((أمة من الأمم)). وفي البستان: بقتلهن.

غير الطريق ونحوها، فأما فيها فيجب الضمان مطلقاً إذا كان عقوراً.

مسألة: إذا جنت الهرة المملوكة على طعام الغير أو نحوه[١] وقد عرف مالكها أنها تجني ففي وجوب ضمانه وجهان: أحدهما: لا يجب[٢]؛ لعدم العادة بحبسها وربطها. والثاني: أنه يجب فيما جنت بالنهار لا في الليل؛ لأن العادة جرت بحفظ الأطعمة ونحوها بالليل، فمن فرط في حفظ طعامه لم يجب ضمانه له، ذكره في البحر.

مسألة: من أرسل[٣] بقرته فنطحت بقرة غيره أو حماره: فإن كان من فورها ضمن مطلقاً[٤]، وإن كان بعد تراخيها لم يضمن إلا أن تكون معروفة بالنطح[٥] أو كان خروجها بالليل مع تفريطه في حفظها، وكذا إذا سيبها في المرعى وهي عقور ضمن ما جنت إلا أن يعقلها، فلو نقضت عقالها ثم جنت لم يضمن إلا أن يعلم بنقضها[٦]، وكذا إذا أغلق عليها ثم خرجت ولم يعلم فلا ضمان عليه.

---

(١) وذلك نحو أن يقتل الحمام أو الديكة، أو يقلب القدر فانكسر، أو غير ذلك، وتوجبه المسألة في الكتاب. قال عليه السلام: والمختار عدم الضمان؛ لأن العادة غير جارية بربط السنانير وحفظها ليلاً ونهاراً. (بستان).

(٢) وهو الأصح. (بحر معنى). وظاهر الأزهار أن جناية العقور تضمن مطلقاً.

(٣) فلو أرسلها الغير لم يبعد وجوب الضمان عليه.

(٤) قوله: «مطلقاً» سواء كانت معروفة بالنطح أم لا، ليلاً أم نهاراً؛ لأنه أثر فعله وإرساله لها حيث لم تقف بعد إخراجها، بل سارت حتى جنت؛ فلهذا ضمن كما تقدم. (بستان بلفظه).

(٥) يعني: فيضمن جنايتها؛ لأنها عقور، وعن علي عليه السلام أنه اختصم إليه رجلان في ذلك فقال لصاحب الحمار: (أربطت حمارك؟) فقال: نعم، فقال لصاحب البقرة: (أرسلت بقرتك؟) قال: نعم، فقال: (هذا ربط وأنت أرسلت، اغرم له حماره). (بستان).

(٦) وتمكن من ربطها. (قرد).

(*) فلو نقضه الغير لم يبعد وجوب الضمان عليه حيث جنت فوراً. قوله: «حيث جنت فوراً» يقال: أما العقور فتضمن جنايته مطلقاً ولو بعد تراخيه، ولفظ الغيث في شرح قوله: «ما جنت فوراً»: فإن تراخت فهو باختيارها فلا يضمن إلا أن تكون عقوراً. (بلفظه). وظاهر الأزهار في قوله: «وعلى مطلق البهيمة» ولو أجنبياً. (من نقل سيدنا حسن رحمه الله).

كتاب الديات

ما جناه البالغ العاقل عمداً[(١)] فأرشه من ماله إن كان، وإلا فدين في ذمته لأي وقت أمكنه، لا في بيت المال ولا على المسلمين؛ لئلا يكون إغراء على القتل. وما جناه الصبي والمجنون والخاطئ فأرشه على عاقلته إذا كان قدر أرش الموضحة[(٢)] فما فوق، لا ما دونه فمن ماله، فإن لم يكن له عاقلة أو كانوا ذميين فمن ماله، فإن لم يكن فمن بيت المال، فإن لم يكن فعلى المسلمين[(٣)]، قال الفقيه حسن: ندباً، وقال الفقيه علي: وجوباً؛ لأنهم نصرته وعاقلته، قال الفقيه علي: وإليه[(٤)] التعيين، فمن رافعه إلى الحاكم حكم عليه بدون العشرة.

فرع: فإن امتنعت عاقلته فقال الفقيه محمد بن سليمان: لا شيء عليه إذا كانوا يستغرقونها، وقال في وسيط الفرائض: إنها تلزمه من ماله. وقال في المنتخب وأحد قولي الناصر والشافعي: إن العاقلة تحمل القليل والكثير، وقال مالك وأحد قولي الشافعي وأحمد وإسحاق: لا تحمل إلا ما كان قدر ثلث الدية أو أكثر. وقال أبو حنيفة والشافعي: إذا لم يكن للجاني عاقلة كان على بيت المال لا على الجاني، فإن لم يكن أعانه المسلمون.

فرع: وإنما تحمل العاقلة بشرطين:

الأول: أن يكون الجاني حراً أو مكاتباً قد أدى بعض المال[(٥)]، فتحمل عاقلته

---

(١) مباشرة. (قرر). عدواناً. (قرر).

(٢) والمراد موضحة رأس المجني عليه، أي رأس كان رجلاً كان أو امرأة أو عبداً، فلو كان في اليد لم تحمله العاقلة إلا ما كان أرشه نصف عشر الدية، وفي العبد نصف عشر قيمته. (عامر) (قرر).

(٣) ويقدم من في ناحيته إن كفوا، وإلا انتقل إلى أقرب جهة إليها. (قرر).

(٤) يعني المجني عليه. وقيل: الجاني.

(٥) وأما الحيوان إذا جنى ما يلزم مالكه فإنها تحمله العاقلة[١]؛ لأن المالك كأنه الجاني، بخلاف العبد فإن جنايته لا تحملها العاقلة؛ للخبر. (دواري).

---

[١] كجناية الجدار المائل إلى غير الملك. (دواري).

=

بقدر ما أدى هل نصف أو أكثر أو أقل. ولو كان المجني عليه عبداً[(١)] إذا كانت الجناية عليه قدر موضحة أو أكثر، وقال الناصر ومالك: لا تحمل العاقلة ما جني على العبد مطلقاً[(٢)]، وقال أبو حنيفة وأحد قولي الشافعي: لا تحمل العاقلة ما جني على العبد فيما دون النفس.

الشرط الثاني: أن يثبت القتل بالبينة وحكم الحاكم أو بإقرار العاقلة، لا بإقرار الجاني أو بمصالحته[(٣)] فلا تلزمهم، بل تلزمه وحده ظاهراً وباطناً[(٤)]، وكذا إذا صالح القاتل بأكثر من الدية[(٥)] لم يلزمهم الزائد، أو صالح بجنس آخر غير أجناس الدية لم يلزمهم[(٦)].

مسألة: فلو كانت الجناية التي أرشها نصف عشر الدية من جماعة فقال في

(*) ظاهر الأزهار خلافه ولو سلم أكثر مال الكتابة. (حاشية سحولي). ولفظ حاشية السحولي: لا يعقل عن المكاتب ولو سلم أكثر مال الكتابة كما لا يعقل.

(١) أو امرأة. (قرر).

(٢) قال في النهاية: وظاهر الخبر[١] معهم؛ لأنه موافق لكلام العرب؛ إذ لو كان المعنى على الأول لقال: لا تعقل العاقلة على عبد، واختاره الأصمعي وأبو عبيد. قال الصفي: يقال: عقلت المقتول، إذا أعطيت ديته، و عقلت عن فلان، إذا لزمته دية فأعطيتها عنه، قال الأصمعي: كلمت أبا يوسف القاضي في هذا عند الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته. (من خط مصنف البستان).

(٣) يعني: قبل ثبوت القتل بالبينة.

(٤) ينظر لو صالح بدون الدية وهي عليها في الحقيقة ما وجه السقوط باطناً؟ يقال: ذمتهم بريئة منها قبل الحكم عليهم، فتنصرف المصالحة إلى ما في ذمته فيسقط ظاهراً وباطناً؛ لأنه صالح عما في ذمته. والله أعلم. وقد قالوا: إذا كانت المصالحة بعد ثبوت الحق بطريق حملت، وهذا يضعف به الجواب.

(٥) يعني: بعد ثبوت القتل بالبينة . (قرر).

(٦) إلا أن يصالح بإذنهم. (قرر).

(*) ويلزم العاقلة الواجب فقط، لا ما صولح به المجني عليه. (حاشية سحولي) (قرر).

---

[١] وهو قوله ﷺ: ((لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً.. إلخ)).

الشرح والتقرير والتفريعات: لا تحمله عواقلهم، بل تكون عليهم(١)، وقال في شرح الإبانة والتذكرة: بل تحمله عواقلهم(٢). وهكذا الخلاف لو قتل جماعة واحداً خطأ بحيث تكون حصة كل واحد من الدية دون أرش الموضحة.

فرع: فلو جنى رجل على رجل جنايات كثيرة بحيث يأتي أرشها الكل مثل أرش الموضحة: فإن كانت بأفعال متفرقة(٣) لم تحمله العاقلة، وإن كانت بضربة واحدة نحو أن يضربه بشوك(٤) ففيه احتمالان، الأرجح أنه على العاقلة(٥).

مسألة: إذا كان القاتل لا أب له كابن الملاعنة وولد الزنا عقل عنه عاقلة أمه(٦). وأما إذا كان أبوه مملوكاً وله قرابة أحرار فقال الهادي: يعقل عنه قرابة أمه لا عاقلة أبيه ولو عتق الأب قبل تسليم الدية، قال الفقيهان علي ويوسف: وهو على قوله الضعيف: إن الرق يقطع النسب والتوارث به، وأما على قوله الصحيح والسادة فلا يقطعه(٧)، بل يعقل عنه قرابة أبيه(٨).

مسألة: والعاقلة هم العصبة المعروف نسبهم بالتدريج إلى نسب القاتل،

---

(١) وذلك لأن الذي يلزم كل واحد منهم يسير. وحجة الآخرين أنه فعل واحد. (بستان بلفظه).

(٢) إذا اجتمعوا في حالة واحدة بفعل واحد. (قرد).

(٣) ما لم يكن الفعل متصلاً كما ذكره الفقيه يوسف. وقد اختير خلافه.

(*) في (ج، د): مفترقة.

(٤) أو متصلاً. بل لا فرق.

(٥) قلت: الأقرب أن العاقلة تحملها؛ لحصول علة حملها أرش الموضحة فيها، وهي كونها غير يسيرة. (غيث).

(٦) إن كانت حرة على هذا القول، فإن كانت مملوكة فلا عاقلة له.

(٧) وإذا مات الولد وأبوه مملوك وخلف جده أبا أبيه حراً فالصحيح أن الولد يرثه الجد ويعقل عنه.

(٨) إذا كانوا أحراراً. (قرد).

البالغون العقلاء الأحرار الذكور الموافقون له في الملة[(١)]، فلا يعقل مسلم عن ذمي ولا عكسه، ويعقل الذمي عن الذمي، خلاف أبي حنيفة. والمرتد لا ملة له؛ فلا يعقل عنه أحد، بل يكون أرش ما جناه في ماله إذا جنى قبل لحوقه بدار الحرب، وما جنى بعد لحوقه ثم رجع فقال في الوافي: يضمنه، وقال في الكافي: لا شيء عليه[(٢)].

فرع: من رمى وهو ذمي ثم أصاب غيره خطأ وقد أسلم فالدية عليه لا على عاقلته الذميين والمسلمين[(٣)]، ذكره في البحر.

مسألة: ويستوي في العقل الحاضر والغائب والصحيح والمريض، ويعتبر فيهم الأقرب فالأقرب حتى يستغرقوا الدية، ولا يدخل فيهم من يعرف بأنه قريب له جملة[(٤)] من غير تدريج نسبه إلى نسب القاتل، كما في الميراث وولاية النكاح.

مسألة: ويدخل في العقل من يرث ومن لا يرث ممن عرف بتدريج[(٥)] نسبه، إلا مولى العتاق فلا يعقل إلا بعد عدم العصبات من النسب[(٦)]، فيرجع بعدهم إلى عصبة

---

(١) حال الحكم. (فريد).

(*) ويعتبر كمال الشروط عند الحكم.

(٢) اعتباراً بحال الفعل. وسيأتي الخلاف في السير في الردة.

(٣) ولعل هذا اعتباراً بالمسقط في الجميع. (شامي).

(*) لأنه لا يمكن إيجابها على عاقلته من أهل الذمة؛ لأن الإصابة وجدت وهو مسلم، ولا يمكن إيجابها على عاقلته من المسلمين؛ لأن الرمية وجدت منه وهو ذمي، فلم يبق إلا إيجابها في ماله. (بستان).

(٤) هذا صحيح حيث يكفي في العقل الأقرب فالأقرب، فلا بد من معرفته كما ذكر، ومع اللبس لا شيء؛ لأن الأصل براءة الذمة، وأما لو كان لا يكفي في العقل إلا جميع العصبة فالأقرب والأبعد وقد صح كونهم عصبات بالشهرة مثلاً فالقياس أن لا يعتبر التدريج، بل يكفي صحة كونهم عصبة بالشهرة ونحوها. (شامي).

(٥) في (ب): تدريج.

(٦) بل يعقل مع وجودهم، وهو ظاهر الأزهار حيث لم تف العصبات من النسب.

السبب، وهم المعتق[١] وعصبته[٢] من النسب، فإن لم يكن منهم أحد فعصبة المعتق من السَّبب، ثم مولى الموالاة على قولنا: إنه يرث[٣]، ذكر ذلك في الكافي[٤].

مسألة: ويعتبر في ترتيب العصبة البنون ثم بنوهم على الترتيب وإن نزلوا، ثم الآباء، ثم الأجداد على الترتيب وإن علوا، ثم الإخوة، ثم بنوهم على الترتيب وإن نزلوا، ثم الأعمام، ثم بنوهم على الترتيب وإن نزلوا، ثم أعمام الأب، ثم بنوهم على الترتيب وإن نزلوا، ثم كذلك. ولا يدخل الأبعد مع احتمال[٥] الأقرب للدية. وقال الشافعي ومالك: لا يدخل الآباء والأبناء في العاقلة.

فرع: ويحمل كل واحد منهم دون عشرة دراهم، كتسعة[٦] أو دونها على رأي الحاكم، قال القاضي جعفر: أو دون مثقال، حتى يستغرقوا الدية، ويُدفع ذلك في ثلاث سنين كل سنة ثلث، ولا يحمل الجاني شيئاً إن استغرقت العاقلة

---

(١) إذا كان ذكراً، وإن كان امرأة فعلى عصبتها. (بحر معنى). ولفظ البستان: فلا تحمل المرأة جناية من أعتقت، بل عصبتها؛ إذ هم أهل النصرة. (بلفظه).

(٢) ولفظ الأزهار: ثم عصبته. ولفظ البستان: قال عليه السلام: ولا شيء على عصبة المعتق مع وجوده؛ لأن تحملهم للعاقلة إنما هو بالولاء، وليس لهم ولاء في حال حياة المعتق. (بلفظه).

(٣) الصحيح أنه لا يرث فلا يعقل. (قرر).

(٤) المذهب أنه لا يعقل؛ إذ ليس بعصبة. (مفتي).

(٥) **فائدة**: لو لم يكف أقرب البطون واحتيج لتمام الدية من البطن الثاني إلى بعض عددهم، هل يحمل الثاني حصة ذلك العدد الباقي ويقسطونه بينهم ولو كان يسيراً، أو إذا احتيج إلى بعض عدد دخل في العقل جميعهم وأعيدت قسمة الدية على جميع البطون؟ الأولى هذا الاحتمال الأخير؛ لأنه لا مخصص، فيكون العقل على جميع البطون على سواء. (تعليق دواري). وظاهر الأزهار خلافه. (قرر).

(٦) وذلك لما قالته عائشة، قالت: كانوا لا يقطعون في الشيء التافه، تعني الحقير، وما دون العشرة هو التافه، فلهذا كانت التسعة تافهاً. (بستان بلفظه).

الدية، وإن لم يستغرقوها فباقيها على الجاني[١]. وقال أبو حنيفة: إنه يحمل كأحدهم، وعنده أنه يحمل كل واحد ثلاثة دراهم أو أربعة. وعند الشافعي على الغني نصف دينار، وعلى المتوسط ربع دينار، ولا شيء على الفقير.

مسألة: ويستوي في ذلك الغني والفقير[٢]، قال المنصور بالله: إذا كان يملك شيئاً. وقال أحمد بن يحيى: لا شيء على من لا يملك شيئاً.

فرع: وتعتبر الثلاث السنين من يوم الحكم[٣] على العاقلة، ذكره المنصور بالله وأبو حنيفة، وقال الناصر والشافعي والإمام يحيى: من يوم القتل[٤].

فرع: وإنما تعتبر الثلاث السنين إذا كان الأرش دية كاملة أو دونها بسدس الدية فقط، لأن ثلث الدية يؤخذ في سنة، وكذلك ما في حكمه، وهو ما دونه أو فوقه بدون نصفه، فإذا زاد عليه مثل نصفه- نحو أن يكون الأرش نصف الدية- أخذ في سنتين، وكذلك الثلثان يؤخذان في سنتين ولو زاد عليهما بقليل إذا كان دون نصف الثلث، وإن كان مثل نصفه- نحو أن يكون الأرش خمسة أسداس الدية- أخذ في ثلاث سنين، ذكر ذلك في الشرح[٥]. وقال الإمام يحيى: إن ما زاد على ثلث الدية

---

(١) وعليه الأزهار.

(٢) ويستثنى له ما يستثنى للمفلس. وقيل: لا يستثنى له شيء؛ لأنها من باب المواساة. (بحر).

(*) ولا يجب عليه التكسب، بل تبقى في ذمته، فإن تعذر فلا شيء عليه. (مفتي) (قرر).

(*) اعلم أن ظاهر إطلاق أهل المذهب أنها تلزم الفقير، قال المنصور بالله: والمراد به إذا وجد شيئاً يسلمه، فإن لم فلا شيء عليه، وأما أحمد بن يحيى فأطلق أنه لا شيء على من لم يملك شيئاً، قال الوالد قدس الله روحه: وهو موافق لقول المنصور بالله، إلا أن المنصور بالله تكلم على أصل المذهب. (بستان).

(٣) في حق العاقلة؛ إذ لا يجب عليها إلا بالحكم.

(٤) في حق القاتل. (قرر).

(٥) فحصل من هذا أن دون النصف يؤخذ في سنة، والخمسة الأسداس تؤخذ في ثلاث سنين، وما بينهما في سنتين.

أخذ الزائد في السنة الثانية، وما زاد على الثلثين أخذ الزائد في السنة الثالثة.

مسألة: واذا لزم القاتل أكثر من دية نحو ديتان أو أكثر أخذ من عاقلته في ثلاث سنين، ذكره في اللمع، وقال الإمام يحيى: إن كان ذلك لشخصين أخذ في ثلاث سنين، وإن كان لشخص واحد- نحو أن يقلع عينيه ويقطع أذنيه- أخذت كل دية في ثلاث سنين.

فرع: وكذلك قيمة العبد تؤخذ في ثلاث سنين، وكذلك الغرة تؤخذ في ثلاث سنين؛ لأن كل واحد منهما بدل نفس، ذكره في اللمع[١]. قال في الكافي: وتكون الدعوى والمطالبة إلى العاقلة لا إلى الجاني[٢].

فرع: وهذا التأجيل المذكور هو في دية الخطأ وفاقاً، وأما في دية العمد فقال في الكافي وشرح الإبانة والشافعي، وهو مفهوم الشرح: إنها تجب حاله، قال الفقيهان علي ويوسف: وهو المذهب، وقال في التذكرة والمذاكرة والحفيظ -وهو ظاهر اللمع- والقاضي زيد وأبو حنيفة والإمام يحيى: إنها مؤجلة أيضاً.

فرع: وإذا مات أحد من العاقلة قبل حلول الأجل وبعد الحكم سقط ما عليه[٣]، وإن مات بعد حلول الأجل وقبل التسليم فقال في الكافي وأبو حنيفة: يسقط أيضاً، وقال الشافعي والمنصور بالله والفقيه علي: لا يسقط. وحيث يسقط ما

---

(١) قال في اللمع: ونقصانها عن دية الحر لا يخرجها عن أن تكون بدلاً عن النفس، كنقصان دية المرأة. (بستان).

(٢) لعله يريد بعد ثبوت القتل خطأ، فأما قبله فالمطالبة متوجهة على من شاء المدعي. (من خط حثيث وسيدي الحسين بن القاسم).

(*) بل يخير المجني عليه في طلب أيهما أراد. (هبل). قال السيد المفتي: كالضامن والمضمون عنه قبل الحكم. (قرر).

(٣) قلت: وقد تقدم في الأزهار أنه إذا قد حكم على العاقلة صح، فعلى هذا يلزم من تركة الميت. (مفتي).

(*) وذلك لأنه كالزكاة وجوبه مشروط بالحلول. (بستان).

عليه هل يبطل أو يجب على الجاني أو على من بَعُد من العاقلة ولم يحمل[١]؟ الأقرب أنه على من بعد، فإن لم يكن فعلى الجاني.

مسألة: من قتل عمداً وليس له وارث يعرف، أو كان ورثته ذميين وهو مسلم- فوليه الإمام أو الحاكم يأخذ ديته لبيت المال، وهل له أن يقتل قاتله؟ فيه قولان للمؤيد بالله، الأظهر الجواز. وليس له أن يعفو عن الدية، قيل: إلا أن يكون فيه مصلحة عامة توازي الدية[٢] جاز.

مسألة: الدية خمسة أصناف يخير الجاني فيها أيها شاء سلم:

الأول: الذهب ألف مثقال خالصة، قال في البحر: ولو كانت رديئة جنس.

الثاني: الفضة عشرة آلاف درهم[٣]، وقال الناصر ومالك: اثنا عشر ألفاً.

الثالث: الإبل مائة ناقة[٤] تؤخذ أرباعاً: ربع جذاع، وربع حقاق، وربع بنات لبون، وربع بنات مخاض، وقال في المنتخب وأبو حنيفة: تؤخذ أخماساً، الخامس

---

(١) في (ب): حيث لم يحمل.

(٢) نحو أن يكون هذا القاتل يستحق أن يعطيه الإمام من بيت المال قدر الدية، قال الفقيه علي: فعلى هذا يفعل الأصلح للمسلمين من القود أو الدية أو العفو. (بستان)

(٣) الذي صح أن النصاب- على أن الدرهم الإسلامي عشرة قراريط ونصف- ستة عشر قرشاً إلا ربعاً، والدية سبعمائة وسبعة وثمانون قرشاً ونصف، من دون اعتداد بالغش الذي فيه، وهو ثلث قفلة، فقد قابل المثقال أربعة أخماس قرش إلا بقشة رزين على حساب التجار، والبقشة تأتي ثمن عشر قرش، فعلى هذا في الموضحة خمسون مثقالاً، تصح من القروش تسعة وثلاثين قرشاً وربعاً وثمناً، وللناظر نظره، ولا يبادر بالاعتراض، فقد وضعنا ذلك عن نظر وإمعان، وفوق كل ذي علم عليم، وحسبنا الله ونعم الوكيل. (سماع السيد على بن أحمد بن لطف الباري والقاضي حسين بن عبدالهادي ذعفان) (قرر).

(*) ولو رديئة جنس كما في الذهب. (بستان)

(٤) ولا يجزئ الذكر في الإبل. (قرر).

أبناء مخاض.

الرابع: البقر مائتان(١).

الخامس: الشياه ألفان. قال أبو يوسف ومحمد: ولا يؤخذ من البقر والشاء إلا الثني فصاعدا، وقال في الانتصار: يؤخذ منها ما يجزي عن الزكاة، وهو الجذع من الشاء(٢) والتبايع أو المسان من البقر(٣).

فرع: قال في البحر: ويؤخذ من المتوسط مما لا عيب فيه(٤) ولا مرض ولا هزال فاحش كما في الزكاة. وزاد الناصر وزيد بن علي والإمام يحيى صنفاً سادساً(٥) وهو مائتا حلة كل حلة ثوبان(٦): إزار ورداء.

فرع: وهذه الأصناف واجبة كلها يخير القاتل بينها(٧). وقال القاسم: الواجب الإبل فقط، والباقي بدل عنها مع التراضي. وقال الشافعي: الواجب الإبل، فإن أعوزت فقيمتها ما بلغت. وقال أبو حنيفة: الواجب الإبل والذهب والفضة.

مسألة: ودية المرأة تؤخذ كدية الرجل أرباعاً من الإبل كما مر، وكذلك دية

---

(١) ولو ذكوراً أو جواميس. (قرد). وفي هامش .....[١] إناث، وهو المختار.

(٢) من الضأن الجذع ومن المعز الثني. (قرد).

(٣) وعن سيدنا عامر: لا تجزي التبايع على المذهب كالأضحية.

(٤) ينقص القيمة، لا كعيوب الضحايا. (قرد).

(٥) وحجتهم ما تقدم في الخبر الذي رواه زيد بن علي عليه السلام، قال الأخوان المؤيد بالله وأبو طالب: ولم يذكر الهادي عليه السلام الحلل ولم ينكرها، والأولى أنها واجبة عنده؛ لأن اعتماده إنما كان على ما روى زيد بن علي عليه السلام، ولاحتجاجه بذلك. (بستان).

(٦) قيمة كل ثوب عشرة دراهم. وفي بعض الحواشي: قيمة كل ثوب عشرون درهماً.

(*) ولا تكون الحلة أقل من ثوبين. (كفاية) من خط مصنف البستان).

(٧) قال الفقيه يوسف: وما اختاره الجاني لزمه، فليس له الرجوع بعده. ومثله عن الذماري.

---

[١] هنا فراغ في هامش المخطوطتين (ج، د).

السن والموضحة وما فوقها، فإذا أخذ في السن أو الموضحة خمساً من الإبل كانت الخامسة مشاعة: ربع جذعة، وربع حقة، وربع بنت لبون، وربع بنت مخاض. وعلى قول المنتخب وأبي حنيفة تكون الخامسة ابن مخاض.

مسألة: ولا تغليظ في الدية عندنا مطلقاً[(١)]، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يغلظ فيها في شبه العمد الذي تقدم ذكره[(٢)]، فتؤخذ أسنانها أرباعاً مثل ما قلناه، وأسقطا السن الخامس. وقال الشافعي ومحمد: يغلظ في شبه العمد بأن تؤخذ الدية من الإبل ثلاثون جذعة وثلاثون حقه وأربعون حقة[(٣)] في بطونها أولادها، روى ذلك في الزهور، وروى في البحر عن الشافعي أنه يغلظ في شبه العمد الذي تقدم عنده بزيادة ثلث الدية.

مسألة: ودية الذمي والمجوسي والمعاهد[(٤)] كدية المسلم عندنا، وقال الناصر والشافعي: دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم، وقال مالك: نصفها. قال

---

(١) يعني: سواء وقع القتل بالمثقل أو بغيره، أو بما يقتل في العادة أو بغيره، أو كان القتيل ذا رحم أو غيره، أو وقع القتل في الحرم أو في الأشهر الحرم أو في غير ذلك. (بستان).

(٢) في أول مسألة في فصل الخطأ.

(٣) ومثله في شرح ابن بهران، وفي بعض النسخ: خلفه بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام بعدها فاء، أي: حامل. وفي البستان ما لفظه: وأربعون خلفة. قال في الشمس والنهاية: الخلفة بفتح الخاء وكسر اللام: الحامل من النوق. وفي الصحاح: الخلفة تخلف أولادها[١].

(٤) غالباً. (أثمار). وقرره، احتراز من أطفال المحاربين وفان ومتخل فإن قتلهم محرم ولا تجب فيهم الدية، بل يجوز لنا سبيهم، فأشبه ذلك لو قتل الإنسان مملوكه. (وابل).

(*) ولو مدة يسيرة، وذلك كالرسول منهم إلينا، ولعله حيث عقد بيننا وبينهم عهد. (حاشية سحولي لفظاً). وتكون للورثة إن كانوا داخلين في العهد، وإلا كانت لبيت المال. (قرر). وسيأتي معنى هذا لفظ البيان في السير في المسألة٦ من قوله: فصل في مصالحة الكفار فابحث.

---

[١] الذي في الصحاح: والخلف بكسر اللام: المخاض، وهو الحوامل من النوق، الواحدة خلفة.

الناصر والشافعي: ودية المجوسي ثمان مائة درهم.

مسألة: قال في البحر عن القاسم وأحمد بن عيسى: إذا وجبت الدية على مسلم لذمي فاستيفاؤها إلى الإمام(١)؛ لئلا يكون للكافرين على المؤمنين سبيل.

مسألة: ويستوي في الدية قتل الصغير والكبير، والعاقل والمجنون، والكامل والناقص بأي نقص كان، وكذا المسلم والذمي والعمد والخطأ عندنا(٢)، والولد والوالد وغيرهم. ولا يرث القاتل من الدية مطلقاً حيث هو بالمباشرة، وإن كان بفعل السبب ففيه خلاف قد تقدم(٣)، ولا من المال في العمد فقط.

مسألة: وتجب الدية في كل عضو فرد كامل من البدن كاللسان والذكر، لكن إن قطعت منه الحشفة فقط ففيها دية(٤)، وإن قطع من أصله ففيه دية فقط(٥) على الظاهر، وقال الفقيه يحيى البحيبح: بل دية وحكومة. وقال في البحر: يجب في الحشفة بحصتها من الذكر على قدر المساحة(٦).

مسألة: وتجب في الأنف دية ولو كان أخشم(٧)؛ لأن الجمال فيه باق، وهذا

---

(١) والمذهب خلافه، بل كسائر الديون. (مفتي) والأولى أن استيفاء ذلك إلى أولياء المجني عليه كالدين. (عامر).

(٢) قوله: «عندنا» يشير بذلك إلى ما تقدم من الخلاف في دية الذمي وفي التغليظ في شبه العمد. (بستان بلفظه).

(٣) المذهب لا يرث. (قرن).

(٤) قلت: وهو المذهب. (بحر بلفظه).

(٥) وتدخل الحكومة فيها. (قرن).

(٦) وقوله في الأزهار: «من الأصل» يدل عليه.

(*) بعض أصحاب الشافعي: بل الدية؛ إذ فيها أكثر المنافع، قلت: وهو المذهب. (بحر).

(٧) الذي لا يشم. وقواه في شرح الشكايذي.

إذا قطع من أصله، ذكره في الشرح واللمع والتقرير والكافي وشرح الإبانة، وقال الناصر والفقهاء والقاضي جعفر والفقيه يحيى البحيح: سواء قطع من أصله أو من مارنه. وكذا الصلب[١] إذا كسر ولم ينجبر ففيه دية، قال في البحر: إذا كان لا يمكنه المشي[٢].

مسألة: وكذا تجب الدية في كل معنى من الإنسان ذهب بجناية أو سبب من غيره، كالعقل والشم والسمع والبصر إذا ذهب كله، وإن ذهب بعضه[٣] وجب بقدره[٤]، وإن ذهب من أحد العينين أو الأذنين أو المنخرين وجب نصف الدية، وكذا في الطعم دية إذا ذهب إحساسه بالمطعومات كلها، وهي خمس: الحلاوة، والمرارة، والعذوبة، والملوحة، والحرافة[٥] وما في معناها، فإن ذهب بعضها وجب فيه حصته، وإن نقص إدراكه للمطعومات ففيه حكومة.

مسألة: وكذلك سائر الأعضاء: كل ما بطل نفعه منها بجناية الغير وجبت ديته، وإن بطل بعض نفعه ففيه حكومة.

فرع: وكذا في سلس البول إذا وقع بجناية أو بسبب دية كاملة، وكذا في

---

(١) والصلب من مقدم الظهر مما يلي العنق إلى عجب الذنب، والعجب يسمى العصعص، يقال له في العرف: البعصوص، ويقال: إن عجب الذنب أول ما يخلق وآخر ما يبلى، ذكره في الكفاية والقتيبي. (من خط مصنف البستان). قال في المقاليد: عنه ﷺ: ((كل ابن آدم يبلى إلا عجب الذنب)) أي: الذي بين الأليتين. (من الترجمان بلفظه).

(٢) قال فيه: فإن لم يذهب المشي فحكومة على قدر الحال.

(٣) هذا راجع إلى العقل والشم والسمع والبصر. (بستان).

(٤) والأقرب أن تبعيض الدية يكون بحسب ذهاب العلوم العشرة: إن كلاً فكل، وإن نصفاً فنصف، كما ذكر في دية الكلام بعدد الحروف.

(٥) الحرافة: كالزنجبيل والفلفل ونحوه، وما في معناها هي الحموضة.

سلس الغائط[(١)] دية، وفي انقطاع الصوت ديةً، وفي تغيره حكومة، ذكره في البحر، قال فيه: وإن بطل بعض الكلام وجب فيه بقدره من الدية على عدد الحروف[(٢)]، قال فيه: ويجب في سلس الريق أو جفافه حكومةً[(٣)].

فرعٌ: وكذلك في انقطاع الولادة دية سواء كان من رجل أو امرأة، وقال في البحر: إن كان من رجل فدية، وإن كان من امرأة فحكومة، قال فيه: وكذا في ذهاب الجماع ولذته من الرجل[(٤)] دية. قال الفقيه علي: والمراد بذلك إذا صادقه الجاني عليه[(٥)].

---

(١) وكذا لو ضرب ظهره فانحبس بوله وغائطه[١] عن الجري في مجراهما ففيه الدية كاملة؛ لما في ذلك من إزالة المنفعة. (بستان).

(٢) يعني: حروف المعجم[٢]، فإذا تعذر عليه النطق بحرف منها فإنه يجب على الجاني بحسابه من الدية، وهكذا لو نقص عشرة أو عشرين فإنه يكون على حسابه من الدية، ووجه ذلك أن الله تعالى بلطيف حكمته وعجيب قدرته جعل هذه المضغة آلة للكلام، قال عليه السلام: ويحتمل أن الاعتبار إنما هو بحروف اللسان، وهي ثمانية عشر حرفاً: القاف، والكاف، والجيم، والشين، والياء، والصاد، والضاد، واللام، والنون، والراء، والطاء، والظاء، والسين، والثاء، والتاء، والزاي، والدال، والذال، ولا يعتبر حروف الحلق، وهي ستة: الهمزة، والهاء، والعين، والغين، والحاء، والخاء، ولا بحروف الشفة، وهي أربعة: الباء، والميم، والفاء، والواو، ووجه هذا الاحتمال أن الجناية إنما كانت على اللسان فلهذا وجب اعتبار حروفه دون غيرها، قال عليه السلام: والمختار هو الأول. (بستان بلفظه).

(٣) قال المفتي رحمه الله: مقاربة من دية اللسان.

(*) وفي درور الريح والمخاط والعرق والدم أو يباسها -أي: يباس تلك الأمور- ما رآه الحاكم من كونه مثل الدرور أو دونه. (شرح فتح).

(٤) وظاهر إطلاق البحر أنه لا فرق بين الرجل والمرأة.

(٥) أو نكوله أو رده اليمين وحلف المردود عليه. (قرر).

---

[١] في (ج، د): أو غائطه. والمثبت من البستان و(أ، ب).

[٢] الثمانية والعشرين. (قرر).

مسألة: وتجب الدية في كل عضوين أخوين في البدن إذا ذهبا، وإن ذهب أحدهما فنصف الدية، وذلك كاليدين والرجلين والعينين -إذا كان بصرهما باقياً، وإن كان قد ذهب ففيهما حكومة- قال الفقيه حسن: ولو كان قد ذهب نفع اليدين والرجلين إذا كان جمالهما باقياً من غير نقصان فيهما(١).

مسألة: وفي الأذنين دية إذا قطعتا من أصلهما، وسواء بقي السمع أو ذهب معهما(٢)، ولو كان أصم، وخرج المؤيد بالله للهادي أن في أذني الأصم حكومة. وإن قطع بعضهما ففيه حصته من الدية، وإن ثقبت الأذن وجبت حكومة(٣)، ذكره في البحر. ولعل المراد حيث لم تدم(٤). قال فيه: وإذا كانتا يابستين ففيهما حكومة(٥).

مسألة: قال في البحر: يجب في الحاجبين(٦) إذا قطعا دية، وقال الشافعي: حكومة. وإن أزيل(٧) شعرهما ولم يعد ففيه حكومة. وفيه أيضاً عن الإمام يحيى أن في الأليتين إذا قطعتا دية(٨).

---

(١) يعني: فيكونان كأنف الأخشم. قال في الكواكب: لكن قد ينظر هذا بأنه إذا نقص نفعهما بطل جمالهما. (بستان بلفظه).

(*) المذهب خلافه. (قرر). المذهب حكومة.

(٢) وقيل: إذا ذهب السمع بقطع الأذنين وجبت ديتان.

(٣) القياس باضعتان.

(٤) فإن أدمى فأرش دامية على اختيار صاحب الكتاب، والمختار باضعتان. (قرر).

(٥) كاليد الشلاء.

(٦) الجلدتين. (قرر).

(٧) في (ج، د): أزال.

(٨) بل حكومة على المختار. (عامر). قلنا: زوج في البدن بطل نفعه بالكلية. (مفتي).

(*) وهما اللحمتان المشرفتان على الظهر بأعلاهما وعلى الفخذين بأسفلهما، فإذا قطعتا ففيهما الدية؛ لأن فيهما جمالاً ومنفعة، ويجب في إحداهما نصف الدية، فإن قطع بعض إحداهما وعرف قدر =

مسألة: وفي الشفتين إذا قطعتا دية[١]، فإن قطعت إحداهما فضلت السفلى على العليا؛ لأن نفعها وجمالها أكثر، قال الفقيه حسن: فيكون فيها ثلثان وفي العليا ثلث، وقال الناصر وأبو حنيفة والشافعي: لا تفضيل[٢].

مسألة: وفي ثديي المرأة إذا قطعا وبطل حفظهما للبن دية امرأة، وإن بقي حفظهما فحكومة[٣]. وفي أجفان العينين الأربعة دية، وفي كل واحد منها ربع دية[٤].

مسألة: وفي سل البيضتين دية، وفي إحداهما نصف دية، وفي قطع الأنثيين دية، وفي إحداهما نصف دية، وهما الجلدة[٥] المحيطة بالبيضتين. فلو قطع الأنثيين والبيضتين بفعل واحد فدية واحدة[٦]، وإن كان بفعلين فقال الفقيهان يحيى البحيح وحسن: يجب للأول دية وللآخر حكومة[٧]، وقال الفقيه محمد بن سليمان: إن بدأ بقطع الأنثيين فلهما دية وللبيضتين حكومة، وإن سل البيضتين أولاً ثم قطع الأنثيين وجبت ديتان.

المقطوع من النصف أو الربع وجب فيه الدية بقدره، وإن لم يعرف قدره ففيه حكومة دون الدية. ولا فرق بين أليتي الرجل والمرأة في ذلك وإن كان الانتفاع بأليتي المرأة أكثر من الانتفاع بأليتي الرجل، خلا أن الدية لا تختلف باختلاف المنفعة كاليمين واليسار. (بستان بلفظه) (قرر).

(١) قال عليه السلام: وحد الشفتين من تحت المنخرين إلى منتهى الشدقين من الجانبين في عرض الوجه، وفي طول الوجه من أعلى الذقن إلى أسفل الخدين. (بستان بلفظه).

(٢) وهو المذهب، ذكره في البحر.

(٣) إلى قدر ثلثي ديتها. (قرر).

(٤) قال الفقيه يحيى البحيح: وتدخل دية الأهداب في دية الأجفان.

(٥) الداخلة وراء الجلدة الظاهرة[١]، ومثله عن سيدنا عامر، وقرره الشامي، ومثله عن خط القاضي محمد بن عبدالهادي ذعفان.

(٦) بل ديتان؛ لأنهما زوجان، ومثله في شرح الأزهار عن الإمام المهدي عليه السلام.

(٧) قال الإمام المهدي عليه السلام: وهو الأقرب إلى القياس.

---

[١] لا الخارجة التي ينبت فيها الشعر ففيها حكومة.

مسألة: وإن قطع الذكر والبيضتين أو الأنثيين[(١)] فقال القاضي زيد وأصحاب الشافعي والإمام يحيى: تجب ديتان مطلقاً، وقال في شرح الإبانة ورواه في الكافي عن المؤيد بالله وأبي حنيفة: إنه إن قطعهما بفعل واحد فديتان، وبفعلين فإن تقدم الذكر فديتان، وإن تأخر فله حكومة[(٢)] وللأول دية.

مسألة: وإن قطع الذكر والأنثيين والبيضتين فبفعل واحد يجب ديتان[(٣)]، وبفعلين أو ثلاثة ففي الذكر دية إن تقدم، وإن تأخر فحكومة، وفي الأنثيين والبيضتين ما تقدم[(٤)]، وتقديم قطع الذكر عليهما لا يغير حكمهما.

مسألة: وفي السن إذا قلعت نصف عشر الدية، وفي الأسنان كلها إذا كمل عددها -وهي اثنتان وثلاثون- دية ونصف دية وعشر دية، وإن نقص منها شيء نقص بقدره، وما زاد عليها ففيه حكومة.

فرع: والأسنان المعتادة هي أربع ثنايا، وأربع رباعيات، وأربعة أنياب، وأربع ضواحك، واثنتا عشرة رحى، وأربعة نواجذ[(٥)].

---

(١) في (ج، د): والأنثيين.

(٢) قيل: إن بقي له نفع ولو مجرد الإيلاج، وإلا لزم ديتان، وفيه من بعد ذلك حكومة، ذكره المفتي، وقرره الشامي والهبل. (قرر).

(٣) المختار ثلاث ديات. (قرر). ومثله عن الإمام المهدي أحمد بن يحيى.

(٤) من الخلاف بين الفقيهين يحيى البحيح وحسن والفقيه محمد بن سليمان. (بستان).

(٥) قال في النهاية: النواجذ من الأسنان: الضواحك، وهي التي تبدو عند الضحك، والأكثر الأشهر أنها أقصى الأسنان، والمراد في ضحكه ﷺ الأول؛ لأنه لم يكن يبلغ به الضحك حتى تبدو أواخر أضراسه، فإن أريد بها الأواخر فالوجه فيه أن يراد مبالغة مثله في ضحكه من غير أن يراد ظهور نواجذه في الضحك، قال فيها: وهذا أشهر[١] القولين؛ لاشتهار النواجذ بأواخر الأسنان. وهكذا في الكفاية أن النواجذ أقصى الأسنان، قال فيها: والناجذ: سن الحلم بكسر الحاء. (من خط مصنف البستان).

---

[١] في النهاية: وهو أقيس القولين.

مسألة: وفي أصابع اليدين إذا قطعت من أصولها دية، وكذا في أصابع الرجلين، وفي كل أصبع عشر الدية، قال الإمام يحيى: وكذا إذا شلت الأصبع وبطل نفعها وجبت ديتها، وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: بل حكومة. وفي كل مفصل من الأصبع ثلث ديتها، إلا الإبهام(١) ففي كل مفصل منها نصف ديتها؛ لأنها مفصلان فقط. ولا تفاضل بين الأصابع، خلاف عمر(٢).

مسألة: وفي قطع اللحيين دية، وفي أحدهما نصف دية، وفي دخول الأسنان فيهما وجهان، رجح الإمام يحيى عدم الدخول(٣). وفي خرقهما(٤) أو كسرهما حكومة(٥).

مسألة: وفي فتق المثانة إذا وصل الجوف ثلث الدية؛ لأنها جائفة، وفي كل جائفة ثلث الدية، قال القاضي زيد: فإن نفذت الجائفة فكان لها فمان فهي جائفتان يجب فيهما ثلثا الدية. وإن كانت الجائفة في عضو ففيها ثلث ديته(٦)، فإن نفذت فيه فثلثا ديته(٧).

---

(١) وخنصر الرجل. (فتح) (قرد).

(٢) قيل: ثم رجع عن ذلك. (شرح أزهار).

(٣) قلت: ويحتمل أن يدخل اللحي في دية الأسنان، كالكف يدخل في دية الأصابع. (إملاء مفتي). اللهم إلا أن يقال: لكل واحد دية شرعية[١].

(*) لأنها عضوان مختلفان، ويحتمل أنها تدخل؛ لأن الأسنان مركبة فيهما ومندرجة تحتهما. (بستان)

(٤) القياس باضعتان إذا كان في واحد، وإن كان فيهما فأربع بواضع. (هبل) (قرد).

(٥) المختار أنهما هاشمتان في الكسر.

(*) المختار خلاف هذا، بل إن كسرت أو هشمت أو أوضحت فبحسبه.

(٦) لا يستقيم هذا إلا على كلام البحر أن الجائفة ما يصل جوف العضو من ظهر أو صدر أو ورك أو عنق أو ساق أو عضد، وأما على المذهب فلا تعد جائفة إلا من ثغرة النحر إلى المثانة، وهي ما بين السبيلين، فينظر في كلام الكتاب هنا، فتجب حكومة عندنا على المختار.

(٧) بل على حسب الجناية من موضحة أو هاشمة أو باضعة. (سحولي، وتهامي).

---

[١] في هامش شرح الأزهار: مشروعة.

مسألة: وفي الآمة التي تصل أم الرأس[١] ثلث الدية، وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل أو عدلها[٢] من سائر الأصناف، وفي الهاشمة[٣] عشر إبل أو عدلها، وفي الموضحة خمس إبل أو عدلها، وفي السمحاق[٤] أربع إبل أو عدلها، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: فيها حكومة. وهذه الجنايات إذا كانت في الرأس[٥] أو في الوجه، وإن كانت في سائر البدن فسيأتي[٦] إن شاء الله تعالى.

مسألة: من ضرب غيره ضربة أذهبت عينيه وأنفه وشفتيه فإن مات وجبت دية[٧]، وإن عاش وجبت ثلاث ديات، وقال الناصر: دية إذا كان بضربة واحدة.

مسألة: وما تقدم في الأعضاء[٨] ونحوها من إيجاب الدية أو بعضها ففي كل ما يليق به: إن كان في ذكر فدية ذكر، وإن كان في أنثى فدية أنثى[٩]، وإن كان

---

(١) وهي جلدة رقيقة محيطة بالدماغ. (شرح أزهار).

(٢) عدل بفتح العين: ما عادل الشيء من جنسه، وبالكسر: من غير جنسه. (مصباح)[١].

(٣) وهي التي تهشم العظم ولو كان من غير جرح. (بحر معنى).

(٤) وهي التي بلغت إلى جلدة رقيقة تلي العظم ولم تنته إلى العظم.

(*) وهي أول ما جرى فيه أرش مقدر.

(*) وأرش ما دون السمحاق من النقدين، ولا يخير الجاني في غير النقدين. (هبل، ومفتي) (قرن).

(٥) والرقبة من البدن على الصحيح. وعن سيدنا عامر أنها من الرأس.

(٦) النصف كما سيأتي. (قرن).

(٧) في (ب): ديته.

(٨) في (أ، ج، د): من الأعضاء.

(٩) وإن كان في خنثى فدية أنثى.

---

[١] الذي في المصباح عكس هذا، ولفظه: وعدل الشيء بالكسر مثله من جنسه أو مقداراه، وعدله بالفتح: ما يقوم مقامه من غير جنسه.

في عبد أو أمة فالقيمة فيه كالدية في الحر حيث يجب كلها أو بعضها، والمدبر وأم الولد كالعبد والأمة، وكذا المكاتب حيث لم يؤد شيئاً، وإن كان أدى شيئاً فبقدره من ديته.

مسألة: إذا تواثب اثنان بالسلاح فقتل أحدهما الثاني(١)، ووقع في القاتل من المقتول جناية أو جنايات أذهبت عينيه وأنفه وشفتيه أو نحوها من أعضائه- خير ورثة المقتول بين قتل القاتل هذا ويسلمون لورثته من تركة مورثهم ثلاث ديات(٢)، وبين العفو عن قتله ويحاسبونه بدية، ويدفعون له ديتين من تركة مورثهم، فإن لم يكن له تركة فلا شيء عليهم ولا على غيرهم؛ لأنه عمد، ولو قتلوا القاتل.

فرع: وإذا تواثب رجلان بالسلاح أو ارتميا فقتل كل واحد صاحبه تساقطت الديتان(٣) ولو كان أحدهما فقيراً(٤).

مسألة: من جنى على غيره موضحة أو نحوها فأذهبت سمعه وبصره وجب

---

(١) ظاهره ولو كان بغياً فلا يهدران، وسيأتي في الفرع أن الديتين تتساقطان، وظاهره أنهما لا يهدران، ولكن لما تساوى الديتان تساقطتا بعد اللزوم.

(*) وهما باغيان. (زهور). فإن كان أحدهما باغياً هدر الباغي، ولزم دية غير الباغي في تركة الباغي إن كانت. يقال: فلو كان كل واحد[١] لا يندفع عن الآخر إلا بما وقع فيه من الجنايات هل يهدران؟ ينظر. ولعله كذلك. (إملاء شامي).

(٢) والمسألة مفروضة على أن الضربات متقدمة على القتل، أو حصل الضرب والقتل بفعل واحد في وقت واحد؛ إذ لو تأخرت الضربات لم يلزم المقتول شيء؛ لأنه مستحق لدمه، ويكون لورثته أن يقتلوه.اهـ ولا حكم لفعل مورثهم؛ لأنه كالمورد. (سماع شامي) (قرر).

(٣) حيث كانا باغيين، وإلا هدر الباغي ولزم دية غير الباغي في تركة الباغي إن كانت.

(٤) وذلك لأنه يستحق في مال قاتله الدية ثم تكون له. وهذا الفرع لم يذكره في البرهان، ولعله للوالد قدس الله روحه في الجنة. (بستان).

---

[١] لفظ الحاشية في هامش شرح الأزهار: أما حيث هما باغيان وكان كل واحد ..إلخ.

أرشها مع ديتي السمع والبصر[(١)]، فإن أذهبت عقله وجب أرشها مع دية العقل. وقال أبو حنيفة: يدخل الأرش مع دية العقل؛ لأن ذهاب العقل كالموت.

مسألة: من جنى على غيره جنايات ثم قتله: فإن كان القتل متصلاً بالجنايات لم يجب إلا دية[(٢)]، وإن كان في وقت آخر وجبت الأروش والدية، ذكره الفقيه يوسف على أصول المذهب[(٣)].

مسألة: إذا ادعى المجني عليه أنه ذهب منه معنى بالجناية كالسمع أو البصر أو الشم أو نحوه فإنه يختبر في أوقات غفلاته بما يستدل به على صدقه أو كذبه، فإن غلب بالظن صدقه قبل قوله مع يمينه، وإن لم يحصل الظن بصدقه لم يقبل قوله. وإن ادعى النقصان في ذلك قبل قوله[(٤)] مع يمينه، ذكر ذلك كله في الانتصار ومهذب الشافعي وابن أبي الفوارس.

مسألة: وما لم يرد فيه أرش مقدر ففيه حكومة، وكذلك ما له أرش مقدر عند صحته ففيه عند نقصانه وبطلان نفعه حكومة، كالعين التي ذهب بصرها، واليد الشلاء، والرجل الشلاء، ولسان الأخرس، وذكر الخصي والعنين. وقال الشافعي: في اللسان والذكر ديتان ولو قد بطلا. قلنا: وهذا بخلاف أنف الأخشم وأذن

---

(١) وكذا لو قطع أنفه فذهب الشم، أو قطع أذنه فذهب السمع لزم ديته مع دية ما قطع. (قرن). أو بصره أو حاسته. (قرن).

(٢) في (ب): ديته.

(٣) يقال: إن كان بفعل واحد أو مات منها الجميع فمستقيم، وإلا ففيما مات منها الدية وفيما قبلها الأرش. (شامي) (قرن).

(٤) وفي الكواكب: لا يقبل قوله، بل لا بد من المصادقة من الجاني أو نكوله أو رده اليمين، أو حكم بالبينة على إقراره (قرن). ولفظ الكواكب: والمراد بذلك حيث ثبت بالبينة والحكم، أو بمصادقة الجاني أو بنكوله أو برده اليمين. (لفظا).

الأصم ففيهما ديتهما كاملة؛ لأن جمالهما باقٍ[١].

مسألة: وفي سن الصبي الذي لم يثغر حكومة[٢]، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا شيء فيه. وهذا إذا نبت ثانياً، فإن لم ينبت وجبت دية سن[٣]. وفي سن الكبير إذا قلع ثم نبت حكومة[٤]، وقال أبو حنيفة وأحد قولي الشافعي: لا شيء فيه، ذكره في الشرح. قال أبو العباس والشافعي: فأما لو رد الكبير سنه فانجبر في مكانه ففيه دية سن كاملة، وكذلك الأذن وغيرها إذا قطعت ثم ردت وانجبرت ففيها ديتها كاملة. وقال الإمام يحيى: بل حكومة.

مسألة: وإذا ضربت[٥] السن فاضطربت أو اسودت ولم يبطل نفعها ففيها حكومة، فإن بطل نفعها فديتها. وكذا في سن الفضة إذا قلع حكومة لإذهاب جماله[٦] ولحصول الألم بقلعه، ذكره في التفريعات وشرح الإبانة وأبو حنيفة وأحد قولي الشافعي[٧]. وفي السن السوداء[٨] التي بطل نفعها إذا قلعت حكومة.

مسألة: إذا كسرت السن ففيها حكومة على قدر ما ذهب من نفعها، ذكره في الشرح واللمع والتقرير والفقيه محمد بن يحيى، وقال في التذكرة والحفيظ والفقيه

---

(١) ولأن الشم والإدراك غير متعلق بهما.

(٢) قيل: وكذا لسان الصبي وذكره اللذين لم تعلم صحتهما إذا قطعا ففي كل واحد منهما حكومة. (كواكب). وفي البحر: تجب دية كاملة؛ إذ الأصل الصحة والسلامة.

(٣) إن لم ينبت لفساد المحل، نحو أن يقلع سناً ويأخذ من منبته شيئاً فكان بسببه عدم الرجوع. (شرح فتح معنى). وإلا فحكومة. بل المختار الدية كما أطلقه في البيان.

(٤) بل تلزم الدية على المختار. (مفتي، وشامي) (قرر).

(٥) في (ج، د): اضطربت.

(٦) المذهب لا شيء إن لم يكن ألم، وإلا فحكومة للألم.

(٧) لإذهاب جماله عندهما، فأما لأجل الألم فهما لا يوجبان فيه حكومة. والله أعلم.

(٨) أو البيضاء.

يحيى البحيح ومهذب الشافعي: بل على قدر مساحة ما ذهب منها من ظاهرها، ولا عبرة بما تحت اللحم منها. قال في البحر: وإذا كسرت السن من طف اللحم وجبت ديتها؛ لذهاب نفعها وجمالها، ثم أصلها من بعد يجب فيه حكومة إذا قلع بجناية. قال الناصر: وكذا إذا اصفرت السن أو احمرت بجناية وجب فيها حكومة.

مسألة: وفي قلع السن العليلة وجهان، رجح الإمام يحيى وجوب ديتها لذهاب جمالها، ورجح المهدي أحمد بن يحيى وجوب حكومة فيها إذا كثر ضعفها[١].

مسألة: من قلعت سنة فاقتص بها ثم نبتت سنه فعليه دية السن الذي قلع، وله حكومة في سنه، ذكره في البحر[٢].

مسألة: وكل عضو كسر فإن لم ينجبر وجبت ديته، وإن انجبر وجبت حكومة[٣]، فإن بقي فيه عوج غلظ في الحكومة، ذكره في البحر. وإذا كسر العضو المجبور بعد انجباره ففيه ديته. قيل: وما كسر ثم انجبر كانت حكومته قدر ثلث ديته، كما ذكر أبو جعفر فيمن ضرب فأغاب أن في الغوبة ثلث ديته، قال الفقيه حسن: وكذا في الظهر إذا انكسر ثم انجبر ثلث الدية، وفي العقل إذا ذهب بجناية[٤] ثم عاد حكومة[٥] قدر ثلث ديته، قال: وكذا كل ما تجب فيه

---

(١) قال القاضي عبدالله الدواري: إلا في الأضراس الداخلة فلا شيء؛ إذ العلة الجمال. (ديباج).

(٢) في باب الديات، وذكر فيه في قصاص السن إذا عادت سن المقتص وجهان، أصحهما لا شيء عليه؛ لأن ذلك هبة من الله تعالى.

(٣) يقال: هذا في غير المنقلة والهاشمة والموضحة والمتلاحمة والباضعة، فأما هن فلا ينقص من أروشهن شيء ولو انجبرت، وإنما هذا في اليد والرجل والأصبع ونحوها. (مفتي، وحثيث). وسيأتي لفظ البيان قبيل باب القسامة مسألة: إذا برئ المجروح ..إلخ.

(٤) بخلاف ما غطى على العقل كالبنج والخمر فتجب فيه حكومة؛ لأنه لم يفسد العقل، ذكره الفقيه يوسف.

(٥) و لا تتكرر بتكرره؛ إذ بذهاب العقل دائماً دية. (إملاء شامي). ومثله عن الإمام عزالدين. وقيل: تتكرر بتكرره على الصحيح إذا أفاق إفاقة كاملة. (مفتي، وهبل).

الدية إذا ذهب ثم عاد صالحاً ففيه حكومة قدر ثلث ديته(١).

مسألة: وفي اليد الزائدة إذا قطعت حكومة، وفي الظفر إذا اسودت بجناية حكومة، وفي إزالة شعر الراس أو اللحية حكومة لأجل الألم(٢)، وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأبو حنيفة وأحد قولي الشافعي: لا حكومة في الألم في هذا وفي غيره إذا برئت الجناية ولم يبق لها أثر قبل الحكم فلا شيء فيها عندهم.

مسألة: فإن فعل في ذهاب شعر الرأس أو اللحية ما يمنع من رجوعه(٣) وجب في كل واحد منهما حكومة تزيد على نصف الدية(٤)، ذكره في الشرح واللمع، وقال زيد بن علي والناصر والحنفية: ينتظر سنة فإذا لم ينبت وجب دية كاملة. قال الفقيه يوسف: والمراد بذلك في شعر اللحية إذا كان بعد طلوعها(٥)، فأما قبل نباتها إذا فعل بها ما يمنع النبات ففيه حكومة فقط؛ لأنه لم يعلم حصولها، كما في لسان الصبي الذي لم تعلم صحته(٦) إذا فعل به ما يمنع

---

(١) وفيه نظر، والأصح أن فيه دية كاملة كما تقدم[١]. (من خط إبراهيم حثيث). قال السيد أحمد الشامي: لا اعتراض؛ لأن الذي تقدم فيما أبين من أذن أو غيرها، والذي هنا في مجرد الكسر فيما ينكسر وفيما تجب فيه الدية كالعقل والشم ونحوهما فلا اعتراض.

(٢) وظاهر الأزهار الإطلاق. (قرن).

(٣) بالجناية ولو بفعل دواء. (حاشية سحولي) (قرن).

(٤) إلى قدر الثلثين، ولا تتجاوز الثلثين. (قرن).

(*) فإن عاد فدون نصف الدية كما يأتي في التي بعد هذه. (قرن).

(٥) المذهب لا فرق سواء كان قبل نباتها أو بعده؛ لأن الأصل الصحة. ومثله عن البحر والكواكب.

(*) في (ب): نباتها.

(٦) لا فرق؛ لأن الأصل الصحة. ولفظ البحر: المذهب والشافعي: الظاهر السلامة وإن لم يظهر الكلام.

---

[١] في آخر المسألة الخامسة من قبل هذه.

من نطقه بالحروف كلها أو بعضها. قال في البحر: وهذا في لحية الرجل، فأما لحية المرأة فلا شيء فيها؛ لأنها شين لا زين، وقال الشافعي: بل فيها حكومة[١] دون حكومة لحية الرجل. وأما لحية الخنثى فقال الإمام يحيى: إنها تدل على الذكورة فتجب فيها الحكومة[٢]، وقيل: إنها لا تدل على الذكورة؛ لأنها قد تنبت للنساء.

مسألة: [وفي إزالة شعر الحاجبين حكومة][٣]، وفي إزالة أهداب العينين حكومة دون نصف الدية، فإن لم يعد الشعر كانت الحكومة أغلظ[٤]. وإذا قطعت أجفان العينين دخلت حكومة أهدابها في ديتها[٥]. وقال أبو حنيفة: في إزالة شعر الحاجبين إذا لم يعد الشعر دية كاملة، وكذلك عنده في أهداب العينين، رواه في الشرح.

مسألة: وفي الموضحة إذا أزالت شيئاً من الشعر أرشها وحكومة للشعر[٦]، ذكره في البحر. وفي الوجنتين[٧] إذا قطعتا حكومة[٨]، إلا أن يتضح العظم

---

(١) لأجل التألم [الألم (نخ)].

(٢) لأجل التألم [الألم (نخ)].

(*) في (ج، د): حكومة.

(٣) ما بين المعقوفين من (أ) والمطبوع.

(٤) تزيد على نصف الدية إلى قدر الثلثين. (قرد).

(٥) كقطع كف فإنها تدخل الأصابع.

(٦) بل تدخل كما تقدم إذا كان بفعل واحد. (قرد).

(*) إذا كان بفعلين، فإن كان بفعل واحد فأرش موضحة فقط. (قرد).

(٧) قال في الكفاية: الوجنة: أعلى الخد الذي تحته حجم العظم. (هامش بستان من خط مصنفه). وحد الوجنتين من أسفل جفن العينين إلى الشدقين، ومن منخر الأنف إلى تحت شحمة الأذن من الجانبين. (بحر) (قرد).

(٨) هكذا في البرهان والشرح والغيث والبحر واللمع والتذكرة. (بستان).

كانتا موضحتين(١).

مسألة: وفي قطع عضد ليس عليه ساعد حكومة، وكذا في قطع ساعد ليس عليه كف، أو قطع كف ليس عليه أصابع، فإن كان عليه بعض الأصابع وجبت دية ما بقي من الأصابع، ومن حكومة الكف بقدر ما ذهب من الأصابع(٢)، ذكره الشافعي والأستاذ، وقال أبو حنيفة: لا حكومة. قلنا: وكذلك في الرجل كما في اليد سواء.

مسألة: إذا قطعت اليد من المرفق أو من العضد أو قطعت الرجل من الركبة أو من الفخذ وجبت ديتها وحكومة للزائد، وقال الناصر وأحد قولي الشافعي: ديتها فقط.

مسألة: من قطع الأنف وبعض لحمة الوجه لزمته الدية وحكومة في الزائد(٣).

مسألة: وفي ثديي المرأة إذا لم يبطل حفظهما للبن حكومة إلى قدر ثلثي ديتها، وفي حلمة الثدي من المرأة أو الرجل حكومة إلى قدر ربع الدية(٤)، وقال أبو

---

(١) **فرع**: ومن جنى موضحتين بينهما حاجز لزمه أرشهما، فإن تآكل الحاجز أو أزاله الجاني- قلت: بفعل متصل- فموضحة واحدة، كما لو قطع يديه ورجليه ثم قتله أو سرى إلى نفسه. فإن أزاله أجنبي فعليه جنايته وعلى الأول موضحتان، فإن أزاله المجني عليه لم يسقط أرش الموضحتين وإن هدر فعله، قلت: الأقرب أن الجاني إن أزال الحاجز بعد أمن السراية إليه لزمه ثلاث موضحات[١] كما لو فعل بعد البرء. (بحر بلفظه).

(٢) مثاله لو قطع كف عليه إصبعان وجبت ديتها وثلاثة أخماس حكومة الكف. (شرح أزهار بلفظه).

(٣) يعني: وهو لحمة الوجه. (بستان). وهو أرشها.

(٤) والمراد به إذا بقي حفظ اللبن وإرضاع الصبي، وأما إذا بطل ذلك فإنه يجب فيها نصف الدية [لكل واحد]. (كواكب).

(*) ولعله يعتبر في حملة ثدي الرجل كونها باضعة أو متلاحمة أو نحوها. (حاشية السحولي).

---

[١] القياس أنه إذا أزاله بفعل غير متصل فثلاث من غير فرق بين أمن السراية وعدمها، وإن كان بفعل متصل فواحدة. (قرد).

=

حنيفة والشافعي: نصف دية مطلقاً[١].

مسألة: وفي فك الورك حكومة مغلظة، ذكره في البحر. وفي الترقوتين إذا كسرتا حكومة[٢]. وفي الأضلاع إذا كسرت حكومة[٣].

مسألة: من فعل بغيره فعلاً أمرضه أو أطعمه ما أمرضه وهو متعد فيه لزمه حكومة، وقال في المنتخب: قدر ما يحتاج إليه وما يصلحه في مرضه.

مسألة: من ضرب غيره في جرح عليه جبيرة فأدماه فقال الفقيه يوسف: لعله لا يجب فيه إلا حكومة[٤]، وكذا قال الإمام يحيى فيمن لطم غيره فرعف بالدم[٥] لم يلزمه إلا أرش اللطمة[٦]؛ لأن الدم من غير جرح فلا شيء فيه[٧].

مسألة: قال في البحر: من جزَّ أطراف شعر غيره فلا أرش عليه، إلا أن

(*) في حق المرأة، وأما الرجل فلعله يعتبر... إلخ الحاشية المتقدمة.

(*) وقيل: ربع ديته. (شرح فتح، وتذكرة). وأما حلمة ثدي الرجل فدامية.

(١) سواء كان من رجل أو امرأة. (بستان).

(٢) بل هاشمتان حيث كانتا من الجانبين، وإن كانت من جانب فواحدة. (قرد).

(٣) بل هاشمتان، ومثله عن الهبل. حيث كانت من الجانبين، وإلا فهاشمة. (قرد).

(٤) لكون الموضع غير صحيح. سماع الوالد زيد بن عبدالله الأكوع في جواب سؤال ورد عليه في صنعاء مع طلوعه في سنة ١١٦٥.

(٥) وفي الرعاف من دون لطم أرش دامية كبرى. (سلامي).

(٦) ودخلت حكومة الدم تحت أرش اللطمة، وعن القاضي يحيى السلامي أن في الرعاف دامية كبرى[١]. (من خط قال فيه: من خطه). وقيل: إنه يلزم فيه حكومة في الدم مع أرش اللطمة. (مفتي). والذي قرر أن في الرعاف دامية كبرى ولو من الجانبين ولا حكومة للطمة.

(٧) قال في الكواكب: وهو محتمل للنظر. وقيل: يلزم أرش اللطمة وحكومة للدم، يعني: دامية كبرى.

---

[١] ولو من الجانبين. (قرد). وقد دخلت حكومة اللطمة تحت حكومة الرعاف. (قرد).

يذهب جماله وزينته- نحو أن يجز نصفه فما فوق- وجبت حكومة.

فرع: ولا يحكم على الجاني بشيء فيما تقدم حتى تعلم عاقبة جنايته وما يستقر عليه(١).

مسألة: إذا كانت الجناية مما له أرش مقدر -وهي السمحاق وما فوقها- فإذا كانت في البدن في غير الرأس والوجه فقال سليمان بن ناصر وهو مروي عن علي عليه السلام: إنه يجب فيها نصف ما يجب فيها لو كانت في الرأس(٢)، وقال القاضي جعفر(٣): إن الموضحة إذا كانت في عضو غير الرأس وجب فيها نصف عشر دية ذلك العضو(٤)، وإن كانت منقلة وجب فيها عشر ديته ونصف عشرها، فيتفق تقديرهما في موضحة اليد والرجل، ويختلف في موضحة الصلب(٥): فعلى قول سليمان بن ناصر(٦) يجب فيها ربع عشر الدية، وعلى قول القاضي جعفر يجب فيها نصف عشر الدية. وقال في المنتخب: إن في موضحة سائر البدن حكومة.

مسألة: ودية المرأة نصف دية الرجل إذا قتلت، وفي سائر أعضائها وجراحاتها نصف ما يجب في الرجل.

---

(١) وعليه الأزهار بقوله: ولا يحكم حتى يتبين الحال .. إلخ.

(*) في غير الجراحات، إلا أن يخشى منها الموت فكما في الكتاب.

(*) وذلك ليحكم باليقين، وهو لا يحصل قبل الاستقرار. (بستان).

(٢) وعليه الأزهار بقوله: «وفي جناية الرأس .. إلخ».

(٣) وقواه المؤلف، وبنى عليه في الفتح.

(٤) ولأنه يلزم على قول سليمان بن ناصر أنه لو أوضح أو هشم أحد مفاصل الأصابع أن يلزم أكثر مما لو قطع من الأصل، ألا ترى أن في هاشمة الرأس مائة مثقال، فيلزم في هاشمة الأنملة خمسون، وإذا قطع من المفصل وجب ثلاثة وثلاثون وثلث، فظهر لك أن الواجب نسبة كل جناية من دية ذلك العضو أو حكومته.

(٥) وفي حاشية السحولي: فيقع الخلاف فيما حصل من ذلك في الصلب والأصبع.

(٦) وهو الذي في الأزهار. قال في حاشية السحولي: وهذا الذي في الأزهار لسليمان بن ناصر رحمه الله.

فرع: وأما الخنثى اللبسة إذا قتل أو جني عليه فقال في البحر: يجب فيه ما يجب في الأنثى؛ لأنه المتيقن، والزائد مشكوك فيه فلا يجب، وقال القاضي جعفر: بل يجب فيه نصف ما يجب في الرجل ونصف ما يجب في المرأة، ورواه عن علي عليه السلام، ومثله في العقد. قيل: وكذا في جنين المرأة إذا خرج حياً ثم مات ولم يتبين هل هو ذكر أم أنثى فيجب نصف دية ذكر ونصف دية أنثى[(١)].

مسألة: وما وقع في الرأس من الجنايات التي دون السمحاق فليس فيها أرش مقدر بدليل وارد عليه، بل قال أهل المذهب: يجب فيه حكومة، وقال في شمس الشريعة: عن جماعة من أهل العلم أنهم قد قدروها وقاسوها على ما ورد فيه الدليل بأرش مقدر، وهي السمحاق فما فوقها، فأوجبوا في المتلاحمة ثلاثين مثقالاً[(٢)]، وفي الباضعة عشرين، وفي الدامية الكبرى -وهي التي تقطع الجلد ويسيل منها دم ولا تقطع شيئاً من اللحم- اثني عشر مثقالاً ونصف مثقال، وفي الدامية الصغرى- وهي ما يلتحم فيها الدم ولا يسيل، وقد قيل: إنها الدامعة[(٣)]- ستة مثاقيل وربع مثقال، وفي الوارمة خمسة مثاقيل، وفي الحارصة[(٤)] خمسة مثاقيل أيضاً، وفي التي تحمار أو تخضار[(٥)] أربعة مثاقيل، وإن كان ذلك في سائر البدن غير الرأس والوجه فالنصف من ذلك.

---

(١) وفيه نظر؛ لأن فيه تحويلاً على من عليه الحق، فالأولى كلام البحر أنها تجب فيه دية أنثى؛ لأن الأصل براءة الذمة.

(٢) ولا يقدر بشيء من غير الدراهم والدنانير كالبقر والغنم والإبل فيما دون السمحاق كما تقدم في أول الديات، وهو المقرر.

(٣) ولا فرق بين أن يدمع منها الماء أو الدم.

(٤) التي تقشر اللحم من غير دم.

(٥) في (ج، د): تحمر أو تخضر.

(*) من غير ورم، وإلا فهي الوارمة. (قرر).

مسألة: قال في شمس الشريعة[١]: وفي كسر الضلع جمل أو عدله[٢]، وفي كسر الترقوة جمل أو عدله من سائر أصناف الدية، وفي العين القائمة بعد ذهاب بصرها ثلث ما في الصحيحة، وفي الإصبع الزائدة والسن الزائدة ثلث ما في الأصلية، وفي السهم إذا مرق من اليد أو الرجل ثلث ما فيها[٣]. وعلى ما تقدم للقاضي زيد يجب ثلثا ديتها. قال في الشمس: وفي الأنف إذا كسر من جانبيه معاً عشرون مثقالاً[٤]، وإن كسر أحدهما فعشرة، وفي كل عظم كسر ثم انجبر عشرة مثاقيل[٥]. قال سيدنا عماد الدين: ولعل ما ذكره في الضلع والترقوة إذا كسرتا من غير جرح[٦]، فأما إذا وقع فيهما الجرح والكسر فعلى قياس كلامه يجب نصف أرش الهاشمة التي في الرأس[٧]، والله أعلم. وروى في التقرير عن القاسم

---

(١) قوله: «مسألة: قال في شمس الشريعة..» إلى آخر ما ذكره»: هذه التقديرات والتي في المسألة الأولى من شمس الشريعة قد عرضت على المنصور بالله عليه السلام -ذكره الأمير الحسين عليه السلام- فاستحسنها وأقرها. (بستان).

(٢) قال الفقيه علي: وما ذكره صاحب شمس الشريعة في كسر الضلع يخالف قوله: إن في موضحة البدن نصف موضحة الرأس؛ لأن الكسر أكثر من الإيضاح، وهو هشم، فالقياس أن يجب فيه كموضحة الرأس؛ لأنها أرش الهاشمة في البدن. (تعليق ابن مفتاح).

(*) المختار هاشمتان إن كان الكسر من الجانبين، وإن كان من جانب واحد فواحدة. (قرر).

(٣) بناء على أنها جائفة، والمذهب خلافه، بل ينظر: فإن مرق من العظم فهاشمتان، وإن مرق من اللحم فباضعتان، وإن كان في المزمارين فأربع هواشم. (قرر).

(٤) بل هاشمتان إن كان من جانبين، وإن كان من جانب فهاشمة أو موضحة إن أوضح. (قرر).

(*) الأولى أن يقال: يجب فيه أرش موضحة في الموضحة، وهاشمة في الهاشمة، ومنقلة في المنقلة، وقد حمل على أن المراد الغضروف في الكتاب، فإذا كان كذلك استقام.

(٥) وعلى كلام الفقيه حسن ثلث ما فيه لو لم ينجبر.

(٦) وفي البحر: مسألة: من هشم من غير جرح فوجهان، الإمام يحيى أصحهما يلزم أرش الهاشمة، وقيل: بل حكومة؛ لترتبها على الموضحة ولم تحصل. قلنا: لا نسلم.

(٧) وعلى المذهب لا فرق.

والناصر أن في حارصة الرأس أو الوجه بعير، وفي الباضعة ثلاثة أبعرة.

مسألة: وفي سيلان الدمع من العين إذا كان بجناية وكان دائماً(١) ثلث ديتها، وإن كان يسيل حيناً و ينقطع حيناً فخمس ديتها(٢).

مسألة: قال المنصور بالله وأبو جعفر: ما كان من الجنايات له أرش مقدر(٣) كالموضحة ونحوها فلا عبرة فيه بطول الجراحة وعرضها هل كثر أو قل فأرشها واحد(٤).

مسألة: وفي اللطمة حكومة غير مقدرة(٥)، وقيل: خمسمائة درهم(٦)، كما يجب فيمن لطم عبده أن يعتقه، وقد ثبت في الغرة عبد قيمته خمسمائة درهم، فتقاس على ذلك.

مسألة: وفي جنين الحرة إذا خرج ميتاً(٧) بسبب منها أو من غيرها غرة، وهي

---

(١) أو الأغلب. (قرر).

(٢) وفي الغيث: إذا كان الانقطاع أكثر. (مفتي). فإن استوى الدرور والانقطاع أو التبس فالربع.

(٣) وعلى المذهب لا فرق بين ما له أرش مقدر أم لا، كما تقدم في الوضوء على كلام الفقيهين يحيى البحيح وعلي في الجرح الطويل أنه في الجنايات موضع واحد.

(٤) إذا كان بفعل واحد في محل واحد. (قرر). والرأس والبدن محلان. (مفتي). قلت: والأقرب أنه إن لم يكن بينهما حاجز فواحدة. (بحر بلفظه)[١]. يعني: حيث أوضح في الراس ولو نزلت إلى القفاء، وإن نزلت إلى العنق لزمته حكومة فيما نزل إليه. (شرح بحر)[٢].

(٥) بل على ما يراه الحاكم ويقدره. (بستان).

(٦) قال الوالد رحمه الله: هذا القول قد يروى للإمام علي بن محمد عليه السلام. (بستان).

(٧) وقد كانت ظهرت فيه الحياة. (شرح أزهار).

---

[١] لفظ البحر: فإن تعدت الموضحة من الرأس إلى القفاء لزم أرش الموضحة وحكومة لما في القفا، .... فإن تعدت إلى الوجه فموضحتان ... قلت: الأقرب ..إلخ.

[٢] لفظ شرح البحر: أي: إذا أوضحه موضحة في الرأس ونزل بها إلى القفاء فإنه يجب عليه أرش موضحة وحكومة فيما نزل إلى العنق.

عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم[١]، وهي نصف عشر دية الذكر، وسواء كان الجنين ذكراً أو انثى، وسواء كان لفوق أربعة أشهر أو لدونها[٢] إذا تبين أنه حمل[٣]، لا إن لم يتبين أنه حمل فلا شيء فيه.

فرع: والغرة تحملها العاقلة، وقال مالك: يحملها الجاني، ورواه في شرح الإبانة عن السادة. وروى في البحر عن علي عليه السلام والقاسم والصادق والناصر أنه يجب في الجنين مائة مثقال إن كان قد تم خلقه، وإن لم ففي النطفة عشرون مثقالاً، وفي العلقة أربعون، وفي المضغة ستون، وإن كان فيها عظام فثمانون مثقالاً.

فرع: ولا فرق بين أن تلقي المرأة الجنين وهي حية أو بعد موتها[٤]؛ لأن الظاهر أن موته بالجناية عليها، وقال مالك وأبو حنيفة والوافي: إذا خرج ميتاً بعد موتها فلا شيء فيه، كما لو قطع عضواً من أعضائها بعد موتها.

مسألة: إذا قتلت المرأة الحامل فإن لم يخرج حملها فلا شيء فيه، إلا أن تدفن وهو يتحرك وجب ضمانه[٥]، قال الفقيه يوسف: بالغرة[٦]، وقال الفقيه علي:

---

(١) فإن كان أعلى العبيد موجوداً بأقل من خمسمائة لكثرتهم لم يجب الزائد.

(٢) قال في الشرح: إذا كان لدون أربعة أشهر فمعلوم أنه يخرج ميتاً؛ لأنه لا ينفخ فيه الروح إلا لأربعة أشهر. (برهان).

(٣) وقيل: لا بد أن ينفخ فيه الروح. (من هامش شرح الأزهار).

(٤) ينظر لو لم يخرج حملها لكن الورثة فتقوا بطن المرأة وأخرجوا الجنين بعد الجناية عليها، فقال الشامي: لا شيء فيه؛ لأنه مخرج وليس بخارج. وينظر أيضاً لو ضربت المرأة في حال كونها ميتة والجنين في بطنها حتى تحرك فخرج الجنين ميتاً هل تجب الغرة؟ الظاهر الوجوب؛ إذ قد تحققت الجناية عليه، والله أعلم. (سيدنا حسن بن أحمد) (قرر).

(٥) قوله: «إلا أن تدفن وهو يتحرك .. إلى قوله: دية أنثى» هذا قول الفقيهين علي ويوسف كما ترى، وقد تقدم هذا لهما في الجنائز، وتقدم هناك للإمام المهدي عليه السلام أنه لا شيء فيه، قال: كمن قتل امرأة حاملاً فلا شيء لولدها إن لم ينفصل، هذا كلامه في الجنائز، وهو موافق لتعليل أصحابنا هنا أنه لم يتحقق الحمل كما ترى. (بستان بلفظه).

(٦) حيث تيقن الحمل بخروج عضو. (حاشية سحولي معنى) (قرر).

دية أنثى، وإن خرج حياً ثم مات وجبت ديته، وإن خرج ميتاً وجبت فيه الغرة، خلاف مالك وأبي حنيفة والوافي.

مسألة: والغرة تكون لورثة الجنين(١)، وهي تؤخذ في ثلاث سنين، وقال أبو حنيفة في سنة. والغرة تتعدد بتعدد ما خرج من الحمل، وكذا في الدية والكفارة إذا خرجوا أحياء(٢).

مسألة: قال في البحر: وإذا اجترحت المرأة بالولادة التي بالجناية وجبت لها حكومة؛ لأن الغرة تجب لأجل الولد.

فرع: قال في تنبيه الشافعي: ولا يؤخذ في الغرة عبد أو أمة صغير دون سبع سنين، ولا كبير ضعيف. قال في البحر: لا يؤخذ من هو فوق خمسين سنة ولا من هو دون سبع، وقال أبو العباس: من سبع(٣) سنين إلى عشرين سنة. قال في البحر: ويعتبر فيه السلامة من العيوب والمرض والهزال والخصي وغير ذلك مما يعد نقصاناً في الأمة أو العبد؛ لأن الغرة هي خيار الشيء، قال فيه وفي تنبيه الشافعي: فإن لم توجد الرقبة رجع إلى خمس إبل(٤)، وقيل: إلى قيمة الغرة، وهي خمسمائة درهم. وقال في الإفادة: إن الغرة هي خمسمائة درهم.

---

(١) بالنسب والولاء، لا بالنكاح، كما لو تزوج حمل هذه المرأة فخرج الحمل أنثى ميتة بسبب الجناية فلا شيء للزوج من الغرة .. إلخ ما في حاشية السحولي. (هامش شرح أزهار).

(٢) وهكذا في الغيث، وقال الفقيهان علي ويوسف: لا شيء في الجنين من الكفارة؛ لأن الجاني فاعل سبب. (بيان بلفظه من الفرع الذي قبيل فصل: «والجناية على المال» بسبع مسائل).

(٣) المذهب أن العبرة بالقيمة مطلقاً.

(٤) اعلم أن الغرة إذا كانت موجودة لم يجز العدول إلى غيرها؛ لأن الرسول ﷺ أوجب في الجنين الغرة عبداً أو أمة، فلا يجبر الولي على قبول العوض مع وجودها؛ إذ هي الواجب كوجوب أجناس الدية، فإن أعوزت الغرة فإلى أي شيء يعدل؟ فيه احتمالان. (بستان بلفظه). المذهب إلى قيمة الغرة كما في البيان.

مسألة: إذا ضرب العبد بطن امرأة سيده فألقت الجنين ميتاً أو حياً ثم مات خير سيد العبد بين تسليم سدس العبد لزوجته حيث هي محجوبة، أو ثلثه حيث هي غير محجوبة، وبين تسليم سدس الغرة أو الدية أو ثلثهما[١]، وهكذا إذا قتل العبد ابن سيده[٢]؛ لأن أصل الضمان للجنين أو القتيل ثم يرثه الأب[٣] وزوجته[٤]، بخلاف ما إذا قتل العبد عبداً أو أتلف مالاً مشتركاً بين سيده وغيره فإن السيد يسلم العبد كله لشريكه[٥]، وكذا إذا قتل العبد سيده وغيره[٦].

فرع: فإن كان الجاني هو الأب أو الأم لزمته الغرة أو الدية لسائر ورثة الجنين غير الجاني فلا شيء له منها، فلو كان الحمل من زنا وفعلت أمه ما أسقطه

---

(١) وظاهر كلام أهل المذهب أنه يسلمه جميعه أو يفديه.اهـ وهذا بناء منه على أصله المعروف. وعن الشامي: ويمكن بقاء كلام الكتاب على ظاهره أنها لا تستحق إلا على قدر ميراثها؛ لأنه بمثابة ما لو عفى بعض الشركاء فيسلم بعضه بحصة من لم يعف، فكذا هنا لأنها سقطت حصة الأب؛ لأنه لا يثبت للسيد على عبده دين.

(٢) قوله: «ابن سيده» يعني فيسلم لها منه بقدر ما تستحق هي من الميراث. (بستان بلفظه).

(٣) وقيل: إنه كالشريك من غير فرق. (إملاء مفتي) (قرة).

(*)والضمان إنما هو للأبوين، والجنين والقتيل لتعلق [متعلق (نخ)] الضمان فقط، فكان القياس أن لا شيء للسيد؛ إذ لا يثبت للسيد دين على عبده. (مفتي). يعني فيسلمه للأم أو يفديه. (قرة).

(٤) «وزوجته» ساقطة من (ج، د).

(٥) الظاهر حيث كان حصة الشريك قدر قيمة العبد على أصل القاضي، وإلا فبقدره، وإلا فهذا مخالف لأصله إذا حمل على إطلاقه.

(*) إذ لا يثبت للسيد على عبده دين.

(٦) فيسلم العبد لورثة الغير. وكان القتل خطأ، أو عمداً وعفا عنه الورثة، وإلا فلهم أن يقتصوا به إن شاءوا. (قرة).

لزمتها الغرة أو الدية لورثته غيرها، وهم قرابة أمه[(١)]، بخلاف أم الولد إذا فعلت بنفسها ما أسقط حملها فلا شيء عليها لسيدها.

[**فرع**[(٢)]: قال في الزيادات والتقرير والكافي وشرح الإبانة: وإذا أذن الزوج لزوجته فيما فعلته بنفسها لم يلزمها شيء في الجنين، ويلزمها التوبة. ولعل المراد به إذا كان قبل ينفخ فيه الروح] وهو ينفخ فيه الروح لأربعة أشهر، ذكره في الشرح والكافي.

مسألة: والحكومة هي ما يحكم بها الحاكم في الجناية التي لا أرش لها مقدر، وقد ذكر المؤيد بالله في معرفة الحكومة أربع طرق:

الأولى: أنه يقدر لو كان هذا المجني عليه عبداً كم تنقص الجناية من قيمته[(٣)] فيجب بقسطه من ديته.

الثانية: أنه ينظر إلى العضو الذي فيه الجناية كم نقصت من منافعه فيجب بقسطه من ديته.

الثالثة: أنه ينظر فيما نقص من منافع المجني عليه أيام الجراحة وما غرم عليها من دواء وغيره فيجب مثله، وهكذا ذكر في المنتخب.

الرابعة: أنه ينظر إلى الجناية في قدرها وقطعها ثم يقرب إلى أقرب جناية لها

---

(١) ينظر. لا يستقيم في قرابة أمه؛ لأنها لا ترث من الدية ولا من الغرة، وهم لا يرثون إلا بها[١]؛ لأن ميراثهم من باب ذوي الأرحام، ولعل هذا وجه التنظير، وإنما يرث مولى العتاق للأم، والله أعلم. (قرر).

(٢) هذا الفرع غير موجود إلا في المطبوع، وذكر في هامش (أ) ما بين المعقوفين وقال: صح نسخة.

(٣) إذا كان من أهل الصناعة.

---

[١] إن كانوا من ذوي الأرحام، وإن كانوا من ذوي السهام كأخوة الجنين من الأم والجدة أم الأم ورثوه؛ لأنهم وارثون بأنفسهم. (سماع سيدنا حسن).

أرش مقدر -وهي الموضحة عند المؤيد بالله، والسمحاق عند الهادي- فينظر كم تأتي منها بالتقدير والنسبة[١] هل مثل نصفها أو أقل أو أكثر فيحكم فيها بقدره، وهذه الطريقة هي أقواها، وقد ذكرها الكرخي. وهذه الطرق التي ذكرها المؤيد بالله قال الفقيه علي: إنها تعتبر على الترتيب الأولى ثم الثانية ثم الثالثة ثم الرابعة، وقال الفقيه يحيى البحيبح: بل هي على التخيير[٢] يعمل بأيها شاء.

فرع: والحكومة حكم لازم يجب قبوله ولو كان طريقها الظن والاجتهاد. وقال الشافعي: إنها صلح لا يلزم قبوله إلا بالتراضي[٣].

مسألة: إذا برئ المجروح من الجراحة بغير شين بقي فيه منها قبل الحكم بأرشها: فإن كانت مما له أرش مقدر فهو باق[٤]، وإن كانت مما فيه الحكومة فهي باقية أيضاً عند الهدوية وأحد قولي المؤيد بالله، وعند أبي حنيفة وأحد قولي المؤيد بالله أنها تسقط، وكذا عندهما فيما لم يكن فيه جرح بل مجرد الألم فلا حكومة فيه[٥] إذا لم يكن فيه شيء من طرق الحكومة المتقدمة.

مسألة: ويرجع الحاكم في معرفة الجراحة وما يجب فيها إلى شهادة عدلين

---

(١) في (ج، د): بالتقدير والتشبيه.

(٢) قوي على أصل المؤيد بالله.

(٣) قال في البرهان عنه: إلا حيث يكونان جراحتين في شخص واحد إحداهما موضحة والثانية دونها فينظركم الصغرى تأتي من الموضحة فيجب بقدرها، ويلزم قبوله؛ لأنه صادر عن علم ويقين. (بستان بلفظه).

(٤) ولا يقال: قد قلتم: إن فيما انكسر ثم انجبر ونحوه ثلث ما فيه لو لم ينجبر إنه يخالف ما هنا؛ لأنا نقول: إن مع انجباره انكشف أن ليس فيه أرش مقدر، وأن ليس فيه إلا الحكومة قدر ثلث ديته كما صرح به في البيان في مسألة: وكل عضو كسر ...إلخ.

(٥) قوله: «مجرد الألم فلا حكومة فيه» يعني بل التعزير فقط. قلنا: بل تجب الحكومة بنفس الألم وإن لم يكن هناك خدش في الجسم ولا قطع فيه؛ لأن الآلام ممنوعة بحكم الشرع كما أن الجراحات ممنوعة بحكمه. (بستان بلفظه).

بصيرين[(١)]، فيجب قبول ما شهدا به والحكم به، ذكره في البحر، قال فيه: ولا أرش فيما كان حقيراً كنتف شعرة أو شعرتين أو لطمة خفيفة غير مؤلمة[(٢)]، بل يجب في ذلك التأديب.

(١) لعل هذا على أصل المؤيد بالله، وأما عندنا فإذا عرف بنفسه كفى، أو مأموره.

(٢) قيد في الشعر واللطمة، ومع حصول [وجود (نخ)] الألم تجب الحكومة. (قرر).

باب القسامة

هي واردة على خلاف القياس من **وجوه خمسة**: أنها دعوى على غير معين، وأنهم يحلفون ما علموا قاتله، وأنهم يحملون دية القتيل بعد يمينهم، وأنه يحمل الدية غير الحالفين، وهم عواقلهم وعواقل أهل بلدهم، وأنه لا يحكم فيها بالنكول، بل يحبس الناكل(١). وهي ثابتة عند الأكثر، خلاف أحد قولي الناصر.

مسألة: والقسامة تجب في ثلاث صور(٢):

الأولى: إذا وجد القتيل في موضع يختص بقوم محصورين.

الثانية: إذا وجد في موضع وادعى ورثته أنه قتل في موضع آخر وبينوا بذلك، فتجب على أهل الموضع الآخر.

الثالثة: إذا أصابه سهم أو نحوه فيما بين قوم محصورين ومات فتجب القسامة على من تصدرت إليه التهمة منهم ولو مات في موضع آخر، وقال أبو يوسف وزفر: لا قسامة فيه(٣) إذا نقل حياً ثم مات من بعد.

مسألة: وإنما تجب القسامة إذا وجد بدن القتيل كله أو أكثره، لا إن وجد نصفه أو أقل؛ لأنه يؤدي إلى تكرر القسامة في قتيل واحد، فلو وجد نصفه لكن فيه الرأس فقال الفقيه يحيى البحيبح: تجب القسامة، وقال السيد يحيى بن

---

(١) أما هذا الوجه فليس مخالفاً للقياس؛ لأن الحق هو نفس اليمين، وهو حبس لأجله، كما لو امتنع من عليه الحق من تسليمه فإنه يحبس، بخلاف سائر الدعاوي فإن الحق هو تسليم المدعى، فاليمين لقطعه، فإذا لم تحصل ثبت.

(٢) في (ج، د): القسامة في ثلاث صور.

(٣) إذا لم يمت فوراً قبل نقله. قلنا: لا تأثير للتراخي. قال الشيخ أبو جعفر الطحاوي: أما إذا كان يجيء ويذهب فلا قسامة فيه؛ إذ الظاهر موته حتف أنفه. قال عليه السلام: وهذا جيد؛ لأن الظاهر أن موته من جهة الله تعالى. (بستان)

الحسين: لا تجب[١].

مسألة: وسواء كان القتيل صغيراً أو كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً، ذكراً أو أنثى، حراً أو عبداً، مسلماً أو ذمياً. وتجب القسامة في الذمي لورثته الذميين، فإن لم يكن له وارث فيهم فللإمام[٢]، وديته لبيت المال[٣]. وقال مالك وأحد قولي الشافعي: لا قسامة في العبد.

مسألة: إذا وجد القتيل بين أهل الذمة وجبت القسامة عليهم والدية على عواقلهم، فإن لم يكن لهم عواقل على ملتهم فمن أموالهم، قال الفقيه علي: فإن لم يكن لهم مال ولهم بيت مال سلموا الدية منه كما في المسلمين[٤].

مسألة: والقسامة تجب على من وجد القتيل عندهم، سواء ادعى وارثه أن أحدهم لا بعينه[٥] قتله أو لم يدع ذلك، بل إذا طلبهم القسامة وجبت له عليهم.

فرع: فإن ادعى وارثه قتله على رجل معين منهم أو على جماعة معينين بطلت القسامة[٦] وكانت البينة عليه، وإلا حلف المدعى عليه، ولا يجب شيء سوى ذلك[٧].

---

(١) ولعل ما تقدم من الخلاف بين المذاكرين في وجوب غسله يأتي هنا.

(٢) قوله: «فللإمام» يعني يأخذ فيه القسامة والدية، وكذا من لا وارث له معين من نسب ولا سبب، أو ورثته كفار ذميون أو حربيون وهو مسلم فأمر دمه إلى الإمام. (بستان بلفظه).

(٣) تكون لمصالح المسلمين. وقيل: لمصالح الذميين. (قرد).

(*) يعني: لبيت مالهم، لمصالح دنياهم. (ناظري).

(٤) فإن لم يكن لهم بيت مال فعلى الأقرب إليهم من أهل الناحية من الذميين، ثم الخارج عنها. (قرد).

(٥) وفي البحر وجهان، الإمام يحيى: أصحهما تسمع الدعوى، وفائدتها تحليف كل واحد. وقيل: لا؛ إذ لا يمكن البينة عليها. قلنا: اليمين تكفي. (بحر).

(٦) وكذا لو قال الوارث: أنا أعرف قاتله. (قرد).

(٧) ولا دية على بيت المال.

مسألة: إذا وجد قتيل بين قريتين فإن كانت إحداهما أخص بذلك الموضع في التصرف والوقوف فيه فالقسامة على أهلها، وإن كانوا على سواء في الاختصاص بذلك الموضع فالقسامة على أهل الأقرب منهما إلى ذلك الموضع(١)، فإن كانتا سواء في القرب إليه فعليهم الكل(٢).

فرع: فلو وجد بين قريتين في موضع هما فيه سواء، لكن أهل أحدهما ينحصرون وأهل الثانية لا ينحصرون- فهذا محل نظر، قال سيدنا عماد الدين: والأقرب عدم الوجوب(٣) كما إذا وجد في قرية ينحصر أهلها لكنه يختلط بهم من لا ينحصر.

مسألة: إذا اقتتل أهل قرية أو قبيلة ثم وجد بينهم قتيل والتبس قاتله فالقسامة فيه على من تصدرت إليه التهمة منهم(٤)، فإن قتل بالرمي فعلى أهل القياس، وإن قتل بالسيف فعلى أهل السيوف و نحوها، وإن كان بغير ذلك مما يعمهم الكل فعليهم الجميع. قال الفقيه علي: وهذا إذا كانوا مختلطين الكل، فإن كانوا صفين فإن أصيب في وجهه فالقسامة على أهل الصف الثاني(٥)، وإن أصيب في قفاه فعلى أهل الصف الذي أصيب فيه، وإن أصيب في أحد شقيه فعلى من يلي شقه المصاب من أهل الصفين جميعاً(٦)، وكذا إذا لم يعرف كيف كان حاله في الاستقبال والاستدبار

---

(١) وظاهر الغيث أن العبرة بالتصرف ولا أثر للقرب والبعد، فتكون بينهما سواء.

(٢) وحيث استوتا فيه فله تحليف أحدهما والدية على الكل. (قرر).

(٣) قال في البرهان: لأن التهمة تعلقت بغير منحصرين، ومثل نظر الوالد هذا ذكره المهدي عليه السلام. (بستان بلفظه).

(٤) قوله: «على من تصدرت إليه التهمة» هذا هو المقصود والمعمول عليه أن من تصدرت إليه التهمة فالقسامة عليه إلى آخر صور المسألة. وكلام الفقيه علي كما ترى، قال عنه في البرهان: وإن أصيب في أحد شقيه فعليهم الكل. (بستان بلفظه).

(٥) أي: المقابل. (قرر).

(٦) قوله: «فعلى من يلي شقه إلى آخر المسالة» ليس للفقيه علي، بل لغيره من المذاكرين. (بستان بلفظه).

أو كان تارة كذا وتارة كذا فالقسامة على الكل[١].

مسألة: من وجد قتيلاً في دار أبيه أو أخيه أو نحوهما وجبت القسامة على صاحب الدار[٢] والدية على عاقلته، ولا يحرم عليه الإرث؛ لأنه لم يثبت عليه القتل، ذكره في الوافي، قال الفقيه يحيى البحيح: والمراد في مال القتيل، لا في ديته فلا يرث منها[٣] بل تجب الدية والقسامة لباقي الورثة غيره. فإن لم يكن له وارث إلا هو فلعلها تكون الدية والقسامة لبيت المال على قول الفقيه يحيى البحيح[٤]، والله أعلم.

مسألة: وإن وجد قتيلاً في دار أمه أو زوجته أو نحوهما وجبت القسامة على عاقلتهما والدية على عاقلتهم[٥]، ذكره في الوافي، قال الفقيه يحيى البحيح[٦]: والمراد به إذا كانت عاقلتها تختلط بها في دارها ويختلفون إليها[٧] حتى تعلق بهم التهمة فتجب القسامة عليهم، وإن لم فلا قسامة ولا دية عليهم[٨]. وقال أبو

---

(١) وقال الإمام المهدي عليه السلام: على أعدائه دون أوليائه. (شرح أزهار).

(٢) قوله: «على صاحب الدار» يعني تردد عليه الأيمان؛ لأن التهمة تعلقت به. (بستان بلفظه).

(٣) وفي تعليق الشرفي على اللمع: لا يسقط إرثه منها، واختاره الإمام المهدي وصدره في البحر للمذهب.

(*) قوي. (حثيث).

(*) وتردد الفقيه محمد بن سليمان في ميراثه منها. (بستان).

(٤) وعلى قول أهل المذهب يقال: يتولى طلب القسامة والتحليف الإمام، وتجب الدية على الأب أو نحوه وتسقط على المختار حيث لا عاقلة، وإلا كانت عليها له كما أفهمه صدر المسألة. (قرر).

(٥) في (ج، د): عواقلهم.

(٦) قوي. (حثيث). وبنى عليه في الأزهار بقوله: أو نساء منفردين.

(٧) عند وجود القتيل. (قرر).

(٨) وتكون ديته في بيت المال. (نجري).

يوسف ومحمد: إن كان أحد من عشيرتها في البلد فالقسامة عليه، وإن لم يكن فالقسامة عليها والدية على عاقلتها[١]، رواه في الشرح.

مسألة: ولا قسامة فيمن وجد ميتاً ليس فيه أثر القتل[٢]، أو كان فيه جراح لا يموت منه غالباً ولا نادراً[٣]. وكذا فيمن مات بزحام لا ينحصر أهله، بل تجب ديته من بيت المال؛ لئلا يهدر دمه[٤]، وكذا في كل قتيل لم يعرف قاتله ولا وجبت فيه قسامة فديته من بيت المال، وكذا فيمن وجد قتيلاً في موضع عام لا ينحصر من يختلط به كمدينة أو سوق[٥] أو في عرفة أو في منى في وقت الحج؛ لأن القسامة لا تجب إلا على من ينحصر، وكذا إذا وجد في باب مدينة أو في طريقها أو في سوقها أو في جامعها وأهلها لا ينحصرون أو كان يختلط بهم من لا ينحصر.

مسألة: ولا قسامة في بهيمة ولا غيرها من سائر الأموال، ولا في جناية لا

---

(١) قلت: وهو قوي. (مفتي).

(٢) قوله: «ليس فيه أثر القتل» وذلك لأن موضوع القسامة على التهمة، فإذا لم يوجد في الميت أثر الجراحة ولا كان فيه علامة تدل على قتله فالظاهر أنه مات حتف أنفه ولو وجد بين قوم حيث لا أثر عليه يدل على القتل، وحكي عن الشافعي أن عليهم القسامة. قلنا: موجبها التهمة، ولا تهمة؛ لاحتمال الموت، ولا خلاف بين أئمة العترة والفقهاء أنه لا قسامة في أحد من الأموات؛ لأن الرسول ﷺ أوجب القسامة في القتيل الذي وجد في خيبر لما كان فيه أثر القتل؛ لأنه وجد قد كسرت رقبته في بعض كنف اليهود. قال عليه السلام: والكنيف: الحظيرة من الشجر يجعل فيها الإبل. (بستان لفظًا).

(٣) ولا دية فيه أيضاً؛ لجواز أنه مات حتف أنفه. (قرر).

(٤) قوله: «لئلا يهدر دمه» يعني: وقد قال ﷺ: ((لا يذهب دم امرئ مسلم هدراً في الإسلام)). والوجه في هذه الصور كلها أنه إذا وجد في هذه الموضع فإنه غير مختص بأحد دون أحد، فتكون ديته من بيت المال لئلا يهدر دمه، فإن تعطل بيت المال أو ثم مصلحة أعم فعلى المسلمين؛ إذ يرثونه حيث لا وارث له. (بستان بلفظه).

(٥) في يومه. (قرر).

تحمل أرشها العاقلة، وهي ما دون الموضحة، وأما الموضحة[(١)] فما فوقها فتجب فيها القسامة، ذكره في شرح الإبانة[(٢)] عن القاسم والهادي والشافعي، وذكره المنصور بالله، وقال أبو حنيفة والفقيه يحيى البحيبح: لا قسامة فيما دون النفس.

مسألة: ولا قسامة فيمن وجد في فيفاء[(٣)] أو في منهل أو نهر غير مختص بقوم محصورين، بل الناس فيه وفي الاختلاف إليه على سواء، وتجب ديته من بيت المال. فإن كان بعض الناس يتصرفون في ذلك المكان أو يختلفون إليه أكثر من غيرهم فالقسامة عليهم[(٤)].

---

(١) والمراد أرش موضحة رأس المجني عليه ولو عبداً أو امرأة. (مفتي).

(*) أو ما بلغ أرشها أرش موضحة ولو تعددت الجناية حيث كانت بفعل واحد كما تقدم في الفرع في أول باب الديات. (قرر).

(٢) وهذا يشهد بأن المذهب صحة القياس على ما ورد بخلاف القياس؛ إذ الدليل ورد في النفس، مع أنه لم يعلل، فإن ثبتت العلة- وهي حرمة النفس- لزم ما قاله الفقيه يحيى البحيبح. (نظرية مفتي).

(*) وعليه الأزهار.

(٣). قوله: «في فيفاء» يعني نازحة عن البلدان بعيدة عن الحي، «أو منهل» يعني: راكد كالبركة العظيمة، «أو نهر» وذلك حيث لا يختص هذا المذكور بقوم محصورين، نحو دجلة والفرات وسيحون وجيحون ونحو ذلك، وتجب ديته من بيت المال لئلا يهدر دمه وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا يذهب)) الخبر. (بستان بلفظه).

(*) فلو وجد في مدفن أو بئر أو في ماء فلا قسامة؛ لأن الماء قاتل بنفسه[١]. (شامي) (قرر). أو متردياً من جبل[٢]؛ لأن هذه الأشياء قاتلة بنفسها، فلا تصح دعوى القسامة فيمن وجد ميتاً بسببها.

(٤) وذلك لأن التهمة متصدرة إليهم. (بستان بلفظه).

---

[١] إلا أن يكون مجروحاً جرحاً يقتل مثله. (شامي) (قرر).

[٢] وهو مستقيم مع مصادقة الورثة بالتردي أو قيام البينة من غير أهل البلد. (قرر).

مسألة: من وجد قتيلاً في دار نفسه فقال أبو حنيفة والوافي: تجب ديته على عاقلته، وقال المؤيد بالله وأبو طالب: لا شيء عليهم(١). قيل: والمراد بقول أبي حنيفة والوافي إذا كانت عاقلته يختلفون إليه فتلزمهم القسامة؛ لأنها تعلق بهم التهمة، وكلام السيدين حيث كانت عاقلته لا يختلفون إليه إلى داره ولا غيرهم؛ لأن من كان يخالطه إلى داره فالقسامة عليه، وإن لم يكن أحد يخالطه إلى داره فلا قسامة على أهل بلده(٢)؛ لأنهم وغيرهم في داره على سواء فلا اختصاص لهم بها، ذكره في الشرح.

مسألة: وإنما تجب القسامة على الأحرار البالغين الذكور الصحاح(٣) الحاضرين العقلاء من أهل ذلك البلد يوم وجد القتيل، لكن قال أبو طالب: على من كان مستوطناً له(٤)، وقال الناصر والمؤيد بالله والقاضي جعفر(٥): على من كان حاضراً فيه ذلك اليوم ولو كان من غير أهله. وقال أبو حنيفة: لا تجب

---

(١) وعليه الأزهار بقوله: يختص بمحصورين غيره.

(*) بل تكون ديته في بيت المال.

(٢) وفي شرح الفتح: ولا على بيت المال أيضاً. وفي حاشية السحولي: أن الدية على بيت المال. وكذا عن حواشي المفتي.

(٣) قوله: «الصحاح» يحترز عن المرضى ومن به آفة فإنه مشغول بمعالجة آفته عن التعرض للقتل. (بستان بلفظه).

(٤) يعني: أنه أخص من غيره، فإن عدم المستوطن فمقيم، فإن عدم فمسافر، ذكره في شرح الفتح. وفي البحر: مسألة: الناصر وأبو يوسف وابن أبي ليلى: والمقيم كالمستوطن في القسامة، أبو حنيفة: إلا أن ينفد المستوطنون. قلنا: لم يفصل قوله ﷺ: اجمع خمسين منهم... الخبر، ولاستوائهم في التهمة.

(٥) وهذا الخلاف حيث بعضهم مستوطن وبعضهم مسافر أو مقيم، فأما لو كانوا مسافرين جميعاً لزمتهم القسامة كمن وجد في سفينة أو بين قافلة. (قرر).

(*) وهذا الشرط في غير السفينة. وسيأتي لفظ البيان في المسألة السابعة بعد هذه. والله أعلم.

إلا على من كان متأصلاً في البلد بآبائه و أجداده، ويكون مالكاً لدار فيه أيضاً، وسواء حضر أم غاب في ذلك اليوم، فإن لم يبق فيه من هو متأصل وجبت على ملاك دورها عنده. وعندنا لا يعتبر ملك الدار، بل المالك والمستعير سواء[١].

مسألة: وإذا وجبت القسامة في بلد على أهله استوى فيهم أهل الصلاح وغيرهم ولو كانوا لا يتهمون بالقتل؛ لأنهم قد دخلوا في السبب العام لأهل البلد، ذكره في الشرح. ولا يدخل المدعون في القسامة ولا في الدية حيث هم من أهل ذلك البلد، ذكره في التذكرة واللمع. فلو وجد القتيل بين ورثته ولا يخالطهم غيرهم وطلب كل واحد منهم القسامة والدية من الباقين في نصيبه [قال سيدنا عماد الدين][٢]: فالأقرب وجوب ذلك[٣].

مسألة: ومن كان غائباً عن البلد[٤] وقت ما وجد القتيل لم يجب عليه قسامة ولا دية[٥]، يعني من جهة نفسه، فأما من جهة غيره بطريق العقل عنه فتلزمه مثل

---

(١) في (ب): على سواء.

(٢) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٣) لكن يقال: فهل لكل فريق مثلاً قسامة كاملة لزم إثبات قسامتين في واحد، وإن قيل: لهم قسامة واحدة فيستوفي كل منهم بقدر إرثه فلعله أقرب، ولكن يلزم في بعض الأحوال استحقاق بعض يمين، فهل تجب وإن أدى إلى الزيادة على خمسين يميناً، أو لا وإن نقص منها؟ وهو الأقيس، كسقوط الكسر عن المكاتب في حد القذف، وكل ذلك يخالف أصل شرعيتها فينظر؟ قال شيخنا: الممنوع قسامتان من مدع واحد، لا من مدعيين فلا مانع. انتهى. قال المفتي عليه السلام: الذي في الأزهار في الدعاوي: تتعدد بتعدد المستحق غالباً، وهذا منه، ولا يتعدى الخمسين وإن نقص؛ لمقام الضرورة، وهذا نظر مني. (من تعليقة المحيرسي).

(٤) وحد الغيبة أن تنتفي عنهم التهمة. (قرد).

(*) عن موضع القتل. (قرد). أو البلد.

(٥) والعبرة بالحضور عند القتل حيث علم وقته، أو عند الوجود وإن لم يعلم وقت قتله.

=

غيره؛ لأن الدية تلزم من تقدم ذكره من أهل البلد، فما خرج على كل واحد منهم حملته عاقلته الحاضرون والغائبون في ذلك البلد أو في غيره[١]، وإن لم يكن له عاقلة أو فضل عنهم شيء لزمه في ماله إن كان له مال، وإن لم يكن فمن بيت المال[٢] كما في قاتل الخطأ، والله أعلم.

مسألة: ومن كان من أهل ذلك البلد يوم وجد القتيل صغيراً أو مجنوناً أو مملوكاً فلا قسامة عليه ولا دية ولو زال المانع عنه من بعد وقبل الحكم بالقسامة، وأما دخولهم في العقل عن غيرهم فإن زال المانع عنهم قبل الحكم على العواقل دخلوا فيه، وإن زال بعده لم يدخلوا. وكذلك المرضى في ذلك الوقت لا قسامة عليهم ولا دية ولو زال عذرهم، وأما العقل عن غيرهم فهم يدخلون فيه سواء زال عذرهم أم لم يزل على الأصح[٣].

مسألة: والخنثى اللبسة لا يدخل في القسامة ولا في الدية ولا في العقل عن غيره؛ لأنه ليس من أهل النصرة كالمرأة والعبد.

مسألة: ومن كان من أهل البلد ينتابه المرض أو الجنون في بعض الأوقات فإن وجد القتيل في و قت صحته دخل في القسامة[٤] والدية، وإن وجد في وقت

(شامي) (قرر). ثم ينظر لو اختلفا في الحضور وقت القتل فقال مدعي القسامة: هم حاضرون، وقالوا: بل كنا غائبين- لمن يكون القول؟ لعله يقال: إن كان الغالب من أحوالهم الغيبة فالقول قولهم، وإلا كان القول لمدعي القسامة؛ لأن الأصل عدم الغيبة. (قرر).

(١) هذا نص في أن الحالفين يعقلون عن بعضهم البعض، والله أعلم. (مفتي).

(٢) ثم على المسلمين. (قرر).

(٣) إشارة إلى خلاف الإمام يحيى عليه السلام.

(٤) إن طلبت القسامة في وقت صحته، لا إذا تأخر الطلب إلى وقت هو فيه غير صحيح فلا شيء عليه.اهـ بل الظاهر أن العبرة في الصحة وعدمها وقت القتل، وصرح به في شرح الأزهار في شرح قوله: إلا هرماً أو مدنفاً، وهو ظاهر البيان أيضاً.

مرضه أو جنونه لم يدخل فيهما، وأما دخوله في العقل عن غيره قال سيدنا عماد الدين: فلعله يعتبر في عقله وجنونه بحال الحكم على العاقلة، والله أعلم، لا المريض فيدخل فيه(١).

مسألة: إذا وجد القتيل في بلد أهلها كلهم صبيان أو نساء فالقسامة والدية على عواقلهم(٢)، ذكره في اللمع، قال الفقيه يحيى البحيبح: والمراد به إذا كانت عواقلهم تختلف إليهم وتختلط بهم فتلزمهم القسامة والدية، وتحمل الدية عواقلهم(٣)، فإن لم يكن كذلك فلا قسامة(٤).

مسألة: إذا وجد قتيل في سفينة فالقسامة والدية(٥) على كل من فيها من الملاحين والركبان الجامعين للشروط، وأبو حنيفة يوافقنا هنا، ذكره في الشرح.

مسألة: وإن وجد قتيل في موضع يجمع قوماً متباعدي الأوطان فالقسامة عليهم الكل، وتقسم الدية عليهم، وتحملها عواقلهم.

مسألة: وإن وجد في محلة من مدينة فالقسامة على أهل تلك المحلة دون باقي أهل المدينة، وكذا إذا وجد في دار في قرية فالقسامة على ساكن الدار وعلى عاقلته إن كانوا جيرانه، ذكره في اللمع، قال الفقيه يحيى البحيبح: والمراد به إذا كانوا يختلطون به في داره، فتكون القسامة عليه وعليهم، والدية على عواقلهم الكل، وإن كانوا لا يخالطونه في داره فالقسامة عليه وحده والدية على عاقلته إذا

---

(١) يعني في العقل عن غيره، ومثل هذا في الكواكب. (بستان بلفظه).

(٢) وإن كانوا عبيداً منفردين فالقسامة على ملاكهم[١]، والدية على عواقلهم، أي: عواقل ملاكهم، ذكره في تعليق الفقيه علي، وقال المفتي: ظاهر الأزهار لا قسامة في قوله: مكلفين أحراراً.

(٣) يعني: عواقل العواقل الأولة. (بستان).

(٤) قال في الكواكب: وتجب الدية من بيت المال. (بستان).

(٥) وتكون على عواقلهم. (قرر).

---

[١] إذا كانوا يختلفون إليهم.

طلبه الوارث القسامة، فإن ادعى عليه أنه القاتل بطلت القسامة وكانت عليه البينة، وإلا حلف صاحب الدار.

مسألة: إذا وجد القتيل في أرض رجل أو مزرعته أو بستانه أو دكانه فالقسامة عليه والدية على عاقلته، والمراد به إذا كان تصرفه في ذلك المكان واختصاصه به أكثر من غيره وكان حاضراً في البلد، فلو لم يحضر فلا قسامة[(١)]، بل تجب الدية من بيت المال.

مسألة: وإذا وجد في شارع في قرية فإن كان الشارع غير نافذ فالقسامة على أهله الكل[(٢)]، وقال الفقيهان يحيى البحيبح وعلي: بل هو على من هو أخص منهم بموضع القتيل[(٣)] كما في الشفعة، وإن كان نافذاً فعلى أهل القرية كلهم إن لم يكن فيهم من هو أخص بذلك الشارع، وإن كانت القرية مجمعاً للناس فلا قسامة؛ إذ لا ينحصرون، فلو كان اجتماع الناس فيها في بعض الأوقات دون بعض اعتبر بوقت وجود القتيل[(٤)].

مسألة: وإذا استوفى الورثة يمين القسامة من الخمسين ثم رأى الإمام صلاحاً في تحليف باقي أهل البلد[(٥)] لعل يقر منهم من يقر بالقتل[(٦)] فله ذلك، ذكره في اللمع.

---

(١) إذا لم يكن غيره متصرفاً، وإلا فعلى المتصرف. (شامي) (*قرر*).

(٢) هذا ظاهر اللمع، وذكره الفقيه محمد بن سليمان، وكلام الفقيهين يحيى البحيبح وعلي كما ترى؛ لأن التهمة أكثر بمن هو أخص. (بستان).

(٣) إذا كان العلة التهمة فالمذهب الأول، وكلام الفقيهين يحيى البحيبح وعلي يناسب الأصول؛ لأنهم قد أوجبوها على من هو أكثر تصرفاً.

(٤) يعني: إن وجد في وقت اجتماع الناس فالدية في بيت المال، وإن وجد في وقت انفراد أهل القرية فالقسامة عليهم. (بستان بلفظه).

(٥) من باب الاحتياط وإن لم يطلب الوارث ذلك. (*قرر*)[١].

(٦) ويصادقه المدعي. (*قرر*).

---

[١] التقرير غير منقوط في (ج، د)، وهو منقوط في (أ) وفي هامش شرح الأزهار.

مسألة: إذا وجد بين قريتين في أحدهما مسلمون وفي الأخرى ذميون[(١)]: فإن كان الموضع تختص به إحداهما أو أقرب إليها[(٢)] فالقسامة على أهلها، وإن استووا فيه فالقسامة عليهم الكل.

مسألة: إذا ادعى أهل القرية التي وجد فيها القتل أن قاتله رجل معين أو جماعة معينون منهم أو من غيرهم وأنكر الوارث فعليهم البينة بذلك على نفس القتل[(٣)]، أو على إقرار الورثة، أو على إقرار القتيل قبل موته بذلك[(٤)]، فإن بينوا

---

(١) فلو كان أحد البلدين دار حرب والأخرى دار إسلام فلعلها تقسط الدية بينهم، فما خرج على الحربيين هدر، وما خرج على المسلمين حملوه ولزمتهم فيه القسامة. (كواكب، وشرح فتح). (قرر).

(٢) العبرة بالاختصاص -أي: التصرف- لا بالقرب. (قرر).

(٣) يعني: أنه قتله فلان أو بنو فلان وهم معينون، أو على إقرار الورثة بذلك؛ لأن إقرارهم يبطل دعواهم، أو على إقرار القتيل بأن دمه عند فلان أو عند بني فلان، فإن القسامة هنا باطلة ولا مطالبة للورثة؛ لأن الحق كان له لو حي، فمن أبرأ منه كان بريئاً، وتعيينه لشخص كالإبراء لغيره. (بستان بلفظه).

(٤) فإن قيل: قد صار محجوراً عليه؛ لأنه قد صار في مرض مخوف، فلا يصح تعيينه فينظر[١]. والذي يروى عن سيدنا إبراهيم حيث أنها تكون نفس الدعوى من باب الوصية، فينفذ ثلث الدية من ماله، وثلثان من بيت المال؛ للحديث، وهو قوله ﷺ: ((لا يهدر دم مسلم))، وهذا نظر مني. وفي بعض الحواشي: جواب هذا فعله ﷺ في الجارية التي رضخ رأسها اليهودي فأشارت أنه القاتل لها، فجعل رسول الله ﷺ إشارتها كدعواها، ذكر معنى ذلك في البحر.

---

[١] يستقيم إذا كانت الجناية بالسراية، فأما إذا كانت قاتلة بالمباشرة لم يصح تعيينه كالمنصف ونحوه. أما المنصف والمقطوع أحد وريديه أو فخذه فهو كالميت سواء، وأما من بلغ حال النزاع أو غلب بالظن أنه يموت بجراحته فالمختار صحة ألفاظه، وظاهر هذا ولو الجراحة مباشرة فتصح ألفاظه كما يأتي في المسألة التاسعة من أول كتاب الوصايا، وهو ظاهر إطلاق الأزهار في قوله: ولا في المرض إلا من الثلث، وقوله: وبتعيينه الخصم. (سيدنا حسن) (قرر). ومثله ظاهر البستان باحتجاجه بأمير المؤمنين علي عليه السلام وعمر.

=

بشاهدين عدلين من غيرهم[١] صحت دعواهم وسقطت عنهم القسامة[٢]، ولا يلزم المدعى عليه شي؛ لأن الوارث أنكره، ولا يصح أن تكون شهادتهم من أهل قريتهم[٣]؛ لأنهم دافعون عن أنفسهم، ولا من غيرهم ممن بينه وبين القتيل أو ورثته عداوة أو شحناء؛ لأنه يتهم بإهدار دمه، ذكره في الشرح.

فرع: قال الفقيه يوسف: فإذا لم يكن لهم بينة بذلك وطلبوا يمين الوارث وجبت لهم، قال سيدنا عماد الدين: ولعله يحلف ما يعلم ذلك، والله أعلم. فلو صادقهم بعض الورثة دون بعض بطل حق المصادق من القسامة[٤] دون حق المناكر.

مسألة: وإذا ادعى ورثة القتيل أن القاتل له رجل معين أو جماعة معينون من أهل القرية أو من غيرهم، قال عطية[٥]: أو أخرجوا واحداً من أهل القرية- بطلت القسامة[٦] وكان عليهم البينة بما ادعوه، فإن بينوا بشهادة من غير أهل القرية

(*) في حال يصح منه الإقرار. (قرر).

(١) وغير عواقلهم. (قرر).

(٢) وذلك لحصول البراءة لهم بشهادة الشاهدين، وهي مقبولة؛ لأنها لا يدفعان عن أنفسهما حقاً ولا يجران لأنفسهما نفعاً. (بستان).

(٣) ولا من عواقلهم ولو كانوا من غير قريتهم.

(٤) وذلك لمصادقته لهم أن القتل مع غيرهم، فلا يستحق عليهم قسامة ولا دية، دون حق المناكر فهو باق من القسامة والدية. (بستان بلفظه).

(*) دون الدية[١]. وفي بيان حثيث: ومن الدية أيضاً، ومثله عن المفتي.

(٥) الظاهر أنه خلاف المذهب. (مفتي) (قرر).

(٦) والصحيح أنها لا تبطل. مع الإخراج لواحد.

(*) والدية إلا من باب الدعوى.

---

[١] فللكل. وقرر مع عدم البينة. (قرر).

قبلت. قال في الكافي: ولا تصح دعوى القتل إلا إذا ذكروا كونه عمداً أو خطأ[١]، بخلاف الشهادة إذا قامت بالقتل جملة فإنها تقبل[٢]. وإن بينوا بشهادة من أهل تلك القرية فقال المؤيد بالله وأبو يوسف ومحمد: تقبل؛ لأنها قد سقطت عنهم القسامة بإقرار الورثة، وقال أبو العباس وأبو حنيفة: لا تقبل؛ لجواز أنهم تواطأوا على ذلك. وإذا لم يبينوا بما ادعوا وحلف المدعى عليه[٣] فلا شيء للورثة على أهل القرية[٤] ولا على بيت المال.

مسألة: فلو ادعوا قتله على رجلين معينين أو سموهما وبينوا بشاهدين فشهد أحدهما على الرجلين معاً، وشهد أحدهما على أحد الرجلين فقط[٥]، أو عليه وعلى آخر معه لم يعرفه- صحت الشهادة على الذي اتفقا عليه، فيقتل به إن شهدا عليه بالعمد، وإن كان خطأ لزمه نصف الدية. فلو حلف المدعون مع الشاهد الآخر لزم الرجل الآخر نصف الدية[٦] إذا هو معين[٧].

---

(١) يعني حيث ادعوا على رجل معين أو جماعة معينين فلا بد من أن تكون الدعوى مفصلة في كون القتل عمداً أو خطأً؛ لأن حكمهما مختلف. (بستان).

(*) المذهب خلافه، بل تصح الدعوى. ومثله في الهداية. (قرر).

(٢) ولا يثبت القود إلا بأن يشهدوا بأنه قتله عمداً. (قرر).

(٣) و إن نكل أو رد اليمين عليهم وحلفوا المردودة وحكم بها حاكم لزمته الدية.

(٤) وذلك لأن القسامة قد بطلت، ولا على بيت المال؛ لأنهم ادعوا على شخص معين، وقد حلف. (بستان).

(٥) ينظر لو كان القتل خطأ هل الشاهد الذي شهد على واحد فقط شهد بأكثر مما ادعاه المدعي[١] فلا تصح شهادته؟ فينظر. (شامي). الأزهار في قوله: «وشمول الدعوى للمبين عليه» يفهم أنها لا تصح.

(٦) لا القصاص. (قرر).

(٧) قوله: «إذا هو معين» يعني حتى يصح الحكم عليه، وهذا على قولنا بالحكم بشاهد ويمين. (بستان).

---

[١] لأنه شهد بالدية، والمدعي ادعى نصفها فقط.

فرع: وإذا ادعى أهل القرية أن القاتل رجل معين منهم أو من غيرهم وصادقهم المدعى عليه وأنكر وارث القتيل لم تبطل القسامة(١)، ولا يلزم المصادق شيء(٢).

مسألة: وتفسير القسامة هو أن الورثة يختارون ممن وجبت عليهم القسامة خمسين رجلاً فيجتمعون(٣) ويحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا من قتله(٤)، فإن كانوا قد قالوا: إن القاتل له فلان حلفوا ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً سوى فلان، أو فلان وفلان إن كانوا جماعة، وقال أبو يوسف: يسقط عنهم قولهم: ولا علمنا من قتله، ثم تفرق الدية على أهل البلد كلهم الذين اجتمعت فيهم الشروط، فما خرج على كل واحد منهم حملته عاقلته، فإن فضل عنهم شيء فهو عليه، وإن لم يكن له عاقلة حمله وحده(٥).

مسألة: وإذا اختار الورثة خمسين(٦) رجلاً للحلف ثم امتنعوا أو بعضهم من

---

(١) حيث لم يبينوا على المدعى عليه؛ إذ لو بينوا سقطت القسامة عليهم ولا شيء للولي. (صعيتري).

(٢) إلا أن يرجع إلى تصديقه مع بقائه على الإقرار لزمته الدية فقط لا القود. (قرر).

(*) وذلك لأنه لا حكم لإقراره ومصادقته مع عدم مصادقة الورثة له. (بستان).

(٣) الاجتماع ذكره في البحر، وقال فيه: وقيل: لا يشترط الاجتماع؛ لأن المقصود فعلها.

(٤) فإن قيل: ما الوجه في قولهم: ولا علمنا له قاتلاً؟ قلنا: هكذا وردت به السنة، ولعل وجهه جواز أن يكون القاتل عبداً لأحدهم فيقر سيده عليه ويصدقه الولي فيؤمر بتسليمه أو تسليم الدية. (كواكب بلفظه). ولا يقتص من العبد؛ لأنه لا يصح إقرار السيد على عبده في وجوب القصاص إلا أن يقر العبد بالعمد. (قرر). يقال: ولو أقر العبد بالعمد؛ لأنه يسقط القصاص عن القاتل بدعوى القسامة. (سيدنا علي بن أحمد) (قرر).

(٥) إن كان له مال، وإلا فبيت المال ثم المسلمون كما مر. (قرر).

(٦) فإن اختلف الورثة في التعيين ينظر. قيل: لعله يقال: يعتبر السابق؛ لأن لكل وارث ولاية كاملة، فإن استووا فلعله يرجع إلى الحاكم لفصل الشجار، والله أعلم، ذكر معناه الشامي. وفي البيان في العتق عقيب قوله: فصل: العتق يثبت في الذمة وفاقاً .. إلخ: فرع: وإذا عين بعض الورثة إلى أن قال: وفي غير العتق لا يصح التعيين إلا ما تراضوا به الكل؛ لأنه حق لهم الكل .(بيان) (قرر).

الحلف لم يحكم عليهم بالنكول، بل يحبسون حتى يحلفوا أو يقروا فيؤخذون به إذا صادقهم الورثة، وإن لم يصادقوهم لم يعذروا من الحلف، فلو طلبوا أنهم يدفعون الدية من غير يمين لم يكن لهم ذلك؛ لأن اليمين حق للورثة عليهم مع الدية، إلا أن يرضوا بذلك جاز.

فرع: وإن طلب الورثة تحليف غير الذين قد اختاروهم لم يكن لهم ذلك(١)، بل قد تعينت اليمين على الذين اختاروهم إلا أن يتعذر تحليفهم بموت أو نحوه(٢) حلفوا غيرهم، ذكره أبو العباس(٣).

مسألة: وإذا تراضوا بأن يحلف دون الخمسين مع وجود الخمسين لم يصح ذلك؛ لأنه خلاف ما ورد به الشرع، ذكره في الشرح واللمع. فلو أبرأ الورثة بعض أهل البلد من القسامة قال سيدنا عماد الدين: فالأقرب أنه يكون لهم(٤) تحليف الباقين(٥)؛ لأن لهم أن يختاروا للتحليف من شاءوا، لكن لا يلزم الباقين من الدية إلا حصتهم(٦)، والله أعلم. وكذا إذا وجد القتيل بين قريتين ووجبت

---

(١) لأن حقهم -وهو اليمين- قد توجه وتعين على من اختاروه، وكأنهم قد عفوا عن الباقين. (بستان).

(٢) خرس أو غيبة أو ردة[١] أو جنون.

(٣) وعليه الأزهار بقوله: ويبدل من مات.

(٤) في (ج، د): فالأقرب أن لهم..إلخ.

(٥) إذا تم عددهم خمسين، وإلا سقطت القسامة والدية. وعن المفتي والشامي ما معناه: إذا كانوا أقل فإنها تلزمهم يمين يمين ولا تكرار، وعليهم حصصهم من الدية، ولا وجه لبطلان القسامة والدية؛ إذ لم يخرجهم من الدعوى، وإنما أبرأهم مما يجب عليهم من ذلك بعد صحة الدعوى. (مفتي) (قرر).

(٦) يعني: وعلى الذي أسقطت عنه القسامة حصته من الدية؛ لأنها قد توجهت على أهل البلد الكل الذين اجتمعت فيهم الشروط، وكذا في أهل القريتين كما ذكره في الكتاب، وهذا لصاحب الكتاب قدس الله روحه. (بستان بلفظه).

---

[١] أما الردة ففيها نظر؛ لأن اليمين الدافعة تنعقد من الكافر، وتجب الدية من ماله؛ إذ لا عاقلة له لاختلاف الملة. (قرر).

القسامة على أهلها الكل، واختار الورثة تحليف أهل إحداها دون الثانية- صح ذلك، وتقسم الدية عليهم الكل على عددهم، وتحملها عواقلهم.

مسألة: إذا كان عدد أهل البلد دون الخمسين نحو أربعين أو ثلاثين حلفوهم يميناً ثم اختاروا منهم تمام الخمسين يحلفون يميناً ثانية(١)، فلو كانوا خمسة وعشرين حلفوهم مرتين(٢)، وإن كانوا عشرين حلفوهم مرتين ثم اختاروا منهم عشرة وحلفوهم يميناً ثالثة، وإن كانوا خمسة عشر حلفوهم ثلاث مرات ثم اختاروا منهم خمسة وحلفوهم يميناً رابعة، وإن كانوا عشرة حلفوهم خمس مرات، وعلى ذلك فقس.

مسألة: إذا وجد قتيلان أو أكثر في بلد واحدة وجب في كل واحد قسامة كاملة، فإن حلفوا فيهما يميناً واحدة لم تصح ولا تجزئ عن أيهما ولو تراضوا بذلك إذا كان لكل قتيل وارث غير وارث الثاني، ذكره في اللمع والتقرير والتذكرة، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يجوز(٣)، وإن كان ورثتهم الكل طائفة واحدة ورضوا بيمين واحدة فيهم جاز.

---

(١) وظاهره أنه لا تكرار إلا بعد تحليف الموجودين جميعاً، وظاهر الأزهار أنه يكرر من أول وهلة على من شاء إن نقصوا[١]، ومثله في الأثمار والفتح.

(٢) قال مولانا عليه السلام: وإن اختار التكرار على بعضهم فله ذلك. (شرح أزهار).

(*) بعد تحليف الخمسة والعشرين يميناً يميناً ويختار من بعد، ومثله عن القاضي عامر والشامي. (قرر).

(٣) ومثله في التذكرة والبحر وجامع الخلاف. لأنه حق ثابت له، فإذا رضي بإسقاطه صح؛ لأن ذلك بمثابة الإبراء، والإبراء من الحق يصح. وبنى عليه في الهداية.

(*) لفظ البستان: وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يجوز إذا رضوا الكل من غير فرق بين هذه الصورة والثانية. (بلفظه).

---

[١] يقال: لفظ التكرار في الأزهار يفيد أنه لا يكون إلا بعد تحليف الجميع. (قرر).

مسألة: من وجد قتيلاً ولم يعرف له وارث على ملته فالقسامة فيه إلى الإمام[١] أو الحاكم، ومن عرف ورثته فالقسامة فيه حق لورثته كلهم الذكور والإناث، ومن كان غير وارث له من قرابته فلا حق له فيها.

فرع: وإذا عفى بعض الورثة عن القسامة لم يسقط حقه من الدية، ولا يسقط حق الباقين من القسامة[٢]، كما في الشفعة إذا أسقط بعض الشفعاء حقه، ذكره أبو طالب، وقال المؤيد بالله: إنها تبطل القسامة كلها كالقصاص وتبقى الدية لهم الجميع، إلا أن يكون الذي أسقط حقه أسقطه من القسامة والدية سقط حقه منهما معاً، وبقي حق الباقين من الدية[٣]. قال في الشرح: الدية والقسامة حقان مختلفان، فالعفو عن أحدهما لا يكون عفواً عن الثاني، فأيهما عفا عنه لم يسقط الآخر.

مسألة: إذا اختلف الورثة[٤] في دعوى القتل على أهل البلد جملة من غير تعيين القاتل فقال بعضهم: إنه قتل عمداً، وقال بعضهم: بل خطأ- لم يمنع ذلك من القسامة[٥]، بل يحلفون ما قتلوه عمداً ولا خطأ.

---

(١) قال عليه السلام: وذلك لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((السلطان ولي من لا ولي له)) والإمام هو سلطان الإسلام، إليه الولاية، والميراث لبيت المال.

(٢) ظاهره ولو كانت حصتهم دون أرش الموضحة، ولهم تحليف الخمسين فيه. (قرر).

(٣) وعلى قول أبي طالب من القسامة والدية. (قرر).

(٤) فلو اختلف الورثة فادعى بعضهم على أهل البلد والآخر ادعى على معينين فإنها تلزم القسامة للذي ادعاها، ويحلفون له خمسين يميناً، وتلزم حصته من الدية عواقلهم. والذي ادعى على معين إن بين على القتل وأنه عمد سقط القود ولزم حصته من الدية على المدعى عليه، وإن لم يبين لم يستحق شيئاً من القسامة وسقطت حصته من الدية. (عامر). وفي التذكرة ما لفظه: وإن عفا ولي أو عين قاتلاً وولي بخلافه فله القسامة، والدية للكل. قرر مع عدم البينة، ومع البينة المقرر كلام سيدنا عامر رحمه الله. (قرر).

(٥) والوجه فيه أن العمد في القسامة والخطأ سواء، فالمقصود هو إزالة التهمة عنهم =

مسألة: وإذا ادعى أهل البلد على الورثة أنهم قد حلفوهم يمين القسامة وأنكروا فعليهم البينة، وإلا حلف الورثة[١]، فإن نكلوا أو ردوا اليمين على أهل البلد فحلفوا كلهم[٢] سقطت القسامة لا الدية.

مسألة: إذا وجد القتيل مع من هو حامل له فإن كان على وجه التعظيم له نحو أن يكون في تابوت أو على سرير فلا قسامة عليهم ولا دية؛ لأن القاتل لا يحمل المقتول كذلك في العادة، فالتهمة منتفية عنهم[٣]، قال الفقيه حسن: وكذا إذا كانوا يحملونه على رؤوسهم، وإن كان على وجه ليس فيه تعظيم له نحو أن يحمله على ظهره أو على عاتقه فالقسامة لازمة له إن كان واحداً، وإن كانوا جماعة فعليهم[٤] دون غيرهم ممن لم يحمله.

مسألة: وإن وجد القتيل على دابة أو نحوها فإن كان معها سائق أو قائد أو راكب فالقسامة عليه[٥]، وإن اجتمعوا فعليهم الكل، وإن لم يكن معها أحد قط

بالقسامة، وذلك لا يفترق بين كونه عمداً أو خطأ. (بستان).

(١) فلو نكل البعض أو رد اليمين وحلف البعض؟ القياس أنها تلزم لمن حلف، دون من نكل فليس له طلبها، ولا تسقط حصته من الدية، ويحلفون لمن لم ينكل خمسين يميناً. (قرر).

(*) لكل واحد منهم يميناً كسائر الحقوق. (بحر) (قرر).

(٢) ويحلفون ولو زادوا على الخمسين. (قرر).

(٣) إلا أن يعرف أنهم أرادوا بذلك إسقاط القسامة لم تسقط. (مفتي).

(*) قوله: «فالتهمة منتفية عنهم» وذلك لأنه لم يعلم في مطرد العادة بأن من يقتل انساناً لعداوة أن يجعله في سرير، ولا يحمله في تابوت، ولا على رأسه، فوجوده على هذه الصفة لا يكون مؤثراً للتهمة. (بستان بلفظه).

(٤) قوله: «فعليهم» وذلك لأن التهمة متعلقة بهم دون غيرهم. (بستان بلفظه).

(٥) قوله: «فالقسامة عليه» لأن التهمة متعلقة به أو بهم حيث اجتمعوا، والذي ذكره عليه السلام أنه إذا وجد القتيل على عاتق رجل أو فوق دابة وهو راكبها أو يسوقها كانت المطالبة إليه، ولا قسامة فيه، فإن أقر بقتله أخذ بجرمه، وإن لم يقر بقتله كان فيه الدعاوى =

فعلى أهل ذلك البلد أو المكان[١]، لا على مالك الدابة[٢].

والبينات، ولا يلزم الحامل له شيء إلا بالبينة إذا لم يكن من جهته إقرار، هذا كلامه كما ترى. (بستان بلفظه).

(١) قوله: «فعلى أهل ذلك البلد أو المكان» وذلك لأجل التهمة في حقهم؛ فلهذا وجبت القسامة عليهم كما لو وجد بين أظهرهم. (بستان بلفظه).

(٢) إلا أن توجد في قفر فعلى مالكها. (مفتي، وشامي). ينظر في ذلك، فالقياس أنه لا شيء على مالكها.

كتاب الوصايا[١]

من كان له مال وعليه دين لله تعالى أو لآدمي وهو مطالب به أو كان ثبوته عليه بغير رضا مالكه[٢] أو وليه وجب قضاؤه حالاً[٣] إن أمكن، وإن تعذر

(١) هي مشتقة من قولهم: وصيت الشيء أصيه إذا وصلته، وأرض واصية، إذا كانت متصلة النبات، قال ذو الرمة:

نصي الليل بالأيام حتى صلاتنا مقاسمة يشتق أنصافها السفر

وإنما سميت وصية لأن الموصي يصل ما بعد الموت بما قبله من قضاء الديون والصدقات وسائر القرب كما كان يفعله في حال حياته، قال في البرهان: وهي في اللغة: الأمر المؤكد، وعليه قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا﴾ [العنكبوت٨]. وفي الشرع: هي إقامة الغير مقام نفسه في أموره كلها أو بعضها بعد الموت. ودليلها قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ﴾ [البقرة١٨٠]، ونسخ وجوبها لا يقتضي نسخ ندبها. وقوله ﷺ: ((ما حق امرئ مسلم عنده شيء يوصي به -وفي رواية: له شيء يوصي به- أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده))، وفي رواية: ((مكتوبة عند رأسه)). أي: ما أولاه وأحقه بذلك، قال الفقيه يوسف: سمعته عن الأزدي بفتح الحاء. وعنه ﷺ ((أنه دخل على سعد بن معاذ- وقيل: ابن أبي وقاص، وقيل: ابن مالك- وهو مريض فقال: يا رسول الله، إن لي مالاً أفأوصي بجميعه؟ فقال: لا، فقال: بالشطر؟ قال: لا، فقال: بالثلث؟ فقال له: والثلث كثير؛ لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس)). والإجماع ظاهر في كونها جائزة ومشروعة، وأنهم عاملون عليها قولاً وفعلاً. (بستان).

(٢) أو عرف حاجة نحو الصغير إليه وإن رضي الولي كما سبق قبيل باب الصرف في البيان. ولفظ حاشية على قوله: «والدين بالطلب» ما لفظه: تحقيقاً أو تقديراً. حيث ثمة مانع لولاه لطلب: إما حياء منه أو خوفاً أو سهواً أو نحو ذلك. وفي حكم الطلب حيث يغلب في ظنه أن صاحب الدين غير راض بتأخره فيكون مضيقاً عليه. (بيان معنى). وكذا إذا كان لصغير أو مسجد وهو محتاج إليه لم يعتبر الطلب. فإن لم يكن محتاجاً إليه لم يجب حتى يطلبه الولي. (بيان).

(٣) قوله: «وجب قضاؤه حالاً» ولا يجوز له التراخي عن القضاء مع التمكن، ويكون مخلاً =

أوصى به إلى ثقة ممن يعرف أنه يخلصه، وأشهد عليه[١]؛ لئلا ينكره الورثة، وإن كان غير مطالب به جاز التراخي عن قضائه[٢] مع الوصية به لبعد موته، وقيل: لا يجوز التراخي مع المرض[٣].

مسألة: وإن كان المريض[٤] لا مال له ولا دين عليه استحب له أن يوصي إلى المسلمين بأن يبروه بما أمكن من أنواع البر فعلاً وقولاً حتى يستحق الثواب على وصيته ويلحقه ثواب ما أبره الغير به، يعني أنه يحصل له ثواب بفعل[٥] الغير له؛ لأن وصيته صارت سبباً فيه، فأما ثواب الفعل فهو لفاعله[٦]، ومع عدم الوصية بذلك لا يلحقه ثواب ما أبره الغير به عند الهادي[٧]، وقالت

بواجب، وقد قال المؤيد بالله: إنه لا يجوز له تقديم الأكل على التخلص إلا أن يخشى الهلاك من الجوع. (بستان بلفظه).

(١) قوله: «وأشهد عليه» وذلك لأنه كان الواجب عليه التخلص في حال حياته، فإذا حضرته الوفاة قبل إخراجه وجب عليه أن يقيم مقامه من يخرجه عنه، وليس ذلك إلا بإقامة الوصي والإشهاد على ذلك. (بستان).

(٢) هذا ذكره في البرهان عن الفقيه علي، واختاره هنا، وقيل: لا يجوز، ذكره كثير من المذاكرين. (بستان بلفظه).

(٣) وهو الذي في الأزهار في كتاب الجنائز في قوله: والتخلص عما عليه فوراً. والله أعلم.

(٤) لا فرق بين الصحيح والمريض والغني والفقير في الاستحباب. (من خط سيدي الحسين بن القاسم).

(٥) في (ج، د): فعل.

(٦) وقيل: الصحيح أنه يستحق ثواب الفعل كالصلاة، وللفاعل ثواب البر به. (من خط البكري). وقال القاضي عبدالله: يستحق ثوابين: ثواب الوصية، وثواب القربة. فإن لم تفعل القربة كان له ثواب الوصية، ومع عدم الوصية لا يستحق شيئاً، والله أعلم.

(٧) قوله: «عند الهادي عليه السلام» وذلك لأنه لم يفعل سببه، وهو الوصية، وقد قال تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى٣٩﴾ [النجم] والوصية من جملة سعيه. قال عليه السلام: بل يلحقه مع عدم =

الفقهاء: بل يلحقه، وقال المنصور بالله وأحد قولي المؤيد بالله: يلحقه من ولده لا من غيره، حكى ذلك الفقيه يوسف.

مسألة: فإن كان له مال ولا دين عليه فيستحب له أن يوصي بثلث ماله(١)

الوصية أمور ستة:

أولها: قضاء الديون من الوارث أو الأجنبي؛ لخبر الخثعمية، ولما رويناه من حديث ضمان الرجل لدين على الميت.

وثانيها: الصدقة؛ لما روي أن رجلاً استأذن النبي ﷺ هل يتصدق على أمه، فقال له: نعم، فتصدق عنها ببستان من نخيل.

وثالثها: الصدقة التي فعلها وإن لم يوص بها عند موته، نحو الوقوفات؛ إذ هي من سعيه.

ورابعها: علم ينتفع به، نحو التصانيف في علوم الشريعة، وهكذا حال التدريس في العلم فإنه يحصل به الثواب للأموات الذين اعتنوا في العلم وجمعه.

وخامسها: الأولاد الصالحون، فإنه يلحق ما اعتنوا فيه للآباء من الدعاء وغيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى٣٩﴾ والولد من سعي الإنسان.

سادسها: الدعاء من جهة الوارث وغير الوارث؛ لقوله تعالى: ﴿رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ﴾ [الحشر١٠] فلولا أن الدعاء يلحقهم وينفعهم لما أثنى عليهم بالدعاء لهم، وقد قيل: إن الدعاء يلحق الميت بالإجماع. قال عليه السلام: ويؤيد ما ذكرناه ما روي عنه ﷺ أنه قال: ((إذا مات ابن آدم انقطع عنه سائر عمله إلا ثلاثة: علم ينتفع به، وصدقة تجري، وولد صالح يدعو له))، وما عدا هذه الستة الأمور فهو غير لاحق، فإذا فعله الحي فإن ثوابه له دون الميت. وقول الفقهاء كما ترى. وقال المنصور بالله وأحد قولي المؤيد بالله: يلحقه من ولده لا من غيره؛ لأن الولد من سعيه، ولخبر الخثعمية. (بستان بلفظه).

(١) قوله: «بثلث ماله» وذلك لخبر سعد المتقدم، قال عليه السلام: فإنه أفاد إباحة الثلث والمنع من الزيادة؛ ولقوله ﷺ: ((إن الله جعل لكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم في آخر آجالكم)) هكذا لفظ الخبر في كتاب الحج من الانتصار. وقال الناصر والحنفية: بدون الثلث؛ لقوله ﷺ في خبر سعد: ((والثلث كثير))، قال قتادة: أوصى أبو بكر بالخمس، وعمر بالربع. وقال أصحاب الشافعي: إن كان ورثته فقراء فبدون الثلث، وإن =

فيما فيه قربة، وقال الناصر والحنفية: بدون الثلث، هذا إذا له وارث، فإن لم يكن له وارث قط استحب له أن يوصي بماله كله[١] عند الهدوية وأخير قولي المؤيد بالله، وعند المنصور بالله والشافعي وأحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي الناصر ومالك: لا يصح إلا الثلث، وأن بيت المال وارث حقيقة.

مسألة: فإن كان عليه دين ولا مال له فحصل أبو مضر للمؤيد بالله أنها تجب الوصية بالدين لعلها تكون سبباً لمن يقضيه عنه[٢]، وحصل ابن الخليل للهادي والمؤيد بالله أنها لا تجب[٣].

كانوا أغنياء فبالثلث، رواه في البرهان. (بستان بلفظه).

(*) والأفضل التعجيل في حال الحياة؛ لما روي عنه ﷺ أنه قال بعد أن سئل عن أفضل الصدقات قال: ((أن تتصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلان كذا ولفلان كذا)). (بستان بلفظه).

(١) قوله: «بماله كله» وذلك لقول ابن مسعود في محضر الصحابة: «من مات ولا واث له فليضع ماله حيث شاء»، ولم ينكره أحد من الصحابة، ومثل هذا لا يقوله إلا عن توقيف. وحجة المنصور بالله ومن معه قوله ﷺ: ((إن الله جعل لكم ثلث أموالكم .. الخبر))، فدل الخبر على إباحة الثلث له في آخر عمره، والثلثان لا مالك لهما، فهما مصروفان في بيت المال. قلنا: إنما قال ذلك ﷺ رعاية لحق الوارث؛ لأنه لا يجوز التصرف بغير إجازة عند المرض المخوف إلا في الثلث من أجل الورثة، وهاهنا لا وارث فلهذا جاز له التصرف في جميعه من غير مشاركة لبيت المال فيه. (بستان بلفظه).

(٢) قوله: «لعلها تكون سبباً لمن يقضيه عنه» فإن قيل: إن طلب التبرع من الغير بقضاء الدين لا يجب في حال الحياة فكذا بعد الموت، قال الوالد قدس الله روحه: فلعله يفرق بينهما بأن المنة تلحقه في حال الحياة، وهو لا يجب الدخول تحت منة الغير لأداء الواجبات، وليس كذلك بعد الموت. وقيل في وجهه: إنها تجب لجواز أن يظهر له مال، وهذا بعيد. (بستان لفظًا).

(٣) وهو الذي في الأزهار. (شرح أزهار). في مفهوم قوله: وتجب والإشهاد على من له مال.

مسألة: وإنما تصح الوصية من بالغ عاقل مختار حر[١]، فلا تصح من صغير، وعلى تخريج المؤيد بالله للهادي وهو قول مالك وأحد قولي الشافعي: أنها تصح وصية ابن عشر سنين؛ لخبر ورد فيها. ولا تصح وصية العبد؛ لأنه لا يملك[٢] إذا أوصى بشيء معين سواء كان لسيده أو لغيره، ولو أجاز مالك ذلك الشيء فلا تلحقها الإجازة؛ لأنه لا يملك، وقال أبو حنيفة: بل تلحقها الإجازة. [وأما الحر إذا أوصى بمال غيره ثم أجاز مالكه فقال الإمام يحيى: لا تلحقها الإجازة كالوقف، وقال أبو حنيفة: تلحقها][٣] وإن أوصى العبد بشيء على الذمة فإن مات عبداً فلا حكم لها، وإن مات حراً وقد ملك مالاً ففي صحة ما أوصى به وجهان، الأرجح الصحة[٤]، ذكره في البحر.

مسألة: وتصح وصية الأخرس بالإشارة المفهمة، وكذلك وصية المصمت

---

(١) قوله: «بالغ عاقل مختار حر» يعني: فلا تصح ممن هو دون العشر، وهذا إجماع؛ لرفع القلم عنه، ولأنه غير عاقل فأشبه المجنون. ولا من المجنون إجماعاً؛ لرفع القلم عنه. ولا من المكره؛ لعدم صحة تصرفه كما تقدم. ولا من عبد، وسيأتي الكلام عليه. وقوله: «لخبر ورد فيها» وهو قوله ﷺ: ((إن الله جعل لكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم في آخر أجالكم))، ولم يفصل، فدل ذلك على التعميم، فأما من هو دون العشر فمخصوص بالإجماع. قلنا: قال ﷺ ((رفع القلم ..)) الخبر، ولأنه غير بالغ فأشبه من كان عمره دون العشر، ولأنه غير كامل العقل فأشبه المجنون، وكما لا يصح سائر عقوده. واختار عليه السلام صحة وصيته، قال: لأنه ممن يصح أن يكمل عقله عند الله ويلزمه التكليف فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مميزاً، فلا يمنع من الانتفاع بماله في آخر عمره، وفي إبطالها منعه من ذلك. (بستان).

(٢) أما وصيته بالبر له بالطاعات فصحيحه؛ لأنه مكلف، فلا يفارق الحر إلا فيما خصه الدليل من عدم الملك للمال. (صعيتري). (قرر).

(٣) ما بين المعقوفين من المطبوع، ولم نجده في المخطوطات التي رجعنا إليها.

(٤) وذلك لأن وصيته في حال الرق موقوفة، وقد تيسر الوفاء بها بعد عتقه. ويحتمل عدم الصحة؛ لأنه لم يكن أهلاً لها حالة العقد. (بستان بلفظه).

بالمرض، خلاف أبي حنيفة، قيل[(١)]: إلا إذا طال به الإصمات سنة فما فوق صار كالأخرس عنده.

مسألة: ما نجزه المكلف في صحته من ماله بهبة أو صدقة أو عتق أو وقف أو نذر ففيه قولان للهادي والقاسم هل يكون من الرأس أو من الثلث، صحح السادة للمذهب أنه من الرأس[(٢)]، إلا النذر فمن الثلث، وكذا فيما فعله المريض في أوائل مرضه قبل أن يخاف عليه الموت منه، فلو مات من ذلك الوجع الخفيف الذي لا يخاف منه الموت في العادة فقيل: إنه يكون من الرأس أيضاً، ويكون موته كالفجأة[(٣)]، وقيل: بل من الثلث؛ لأنه انكشف أنه مخوف، ورجحه الإمام يحيى.

مسألة: والوصية الحقيقية هي التي يضيفها إلى بعد موته، أو يأتي فيها بلفظ الوصية ولو كان في حال الصحة، وأما ما نجزه المريض[(٤)] في حال مرضه المخوف فهو يشبه الوصية في ثلاثة أوجه: أنه من الثلث[(٥)]، وأن الدين المستغرق يمنع صحته، إلا في العتق فيصح ويسعى العبد في قيمته للغرماء، وأنه لا يصح لوراث على قول من يمنع الوصية للوارث. وهو يخالفها في ثلاثة أشياء: أنه لا يصح الرجوع عنه، وأنه إذا صح من مرضه صار من الرأس[(٦)]، وأنه إذا مات

(١) القيل للطحاوي، والطحاوي منسوب إلى طحاوة، أربع قريات في صعيد مصر.

(٢) وصححه في الأزهار.

(٣) في (ج، د): كالمفاجأة.

(٤) من نذر أو وقف أو هبة أو صدقة. (قرر).

(٥) وأنه يشرك بينهما على ما أشار إليه المؤيد بالله في الزيادات وحكي عن أبي مضر، وعن الأستاذ أنه يقدم ما نفذه في حال حياته[١].

(٦) إلا النذر فمن الثلث مطلقاً.

---

[١] لفظ التذكرة: قال الأستاذ: وفي أنه مقدم على الحقيقية.اهـ يعني بذلك إذا كان الثلث لا يتسع للوصايا التي تخرج منه فإنها تقدم المجازية على الحقيقية، وقال المؤيد بالله وأبو مضر: يقسط بين الحقيقية والمجازية. (صعيتري).

الموهوب له بعد قبوله وقبل موت الواهب لم تبطل، بخلاف الوصية الحقيقية.

مسألة: من أوصى بوصية وجعلها من نصيب وارث معين دون سائر ورثته صحت من ثلث نصيب ذلك الوارث، ولا يزاد عليه إلا أن يجيز ذلك الوارث، ذكره الفقيه يوسف(١).

فرع: فلو كان له أخ وأخت لأب وأم وأخ لأب، وأوصى بماله بينهم أثلاثاً صح ثلث نصيب الأخ لأب وأم -وهو تسعان- للأخ لأب، ومن الأخت تسع(٢).

---

(١) هذا كلام الفقيه يوسف كما ترى، وقال المهدي عليه السلام: إذا أوصى لغير وارثه بأن يشارك بعض الورثة في إرثه دون بعض تمت وصيته من ثلث رأس التركة؛ إذ لا يسقط بالوصية حق وارث، لكن لفظه يقتضي أن تكملة نصيب من أمر بتكميل نصيبه وصية له أيضاً، فيقسم الثلث بين تكملته والأجنبي، مثاله: أن يترك بنتاً وأخاً وعماً، وأوصى أن العم يشارك الأخ دون البنت، فوصية العم ربع التركة، وتكملة نصيب البنت ثمنها، تأتي التركة تسعة قراريط، يصح منها ثلث التركة ثلاثة، تقسم بينهما أثلاثاً. (بستان بلفظه). وقد أشار إلى مثل هذا في الخالدي في قوله في باب الإجازة: ومثال ما ذكره الشيخ: ابنان وأوصى لرجل بربع ولآخر بثمن.. إلخ، إلى أن قال: فمخرج الوصيتين من ثمانية: لصاحب الربع اثنان، ولصاحب الثمن واحد، فإذاً أنت محتاج إلى مال لثلثه ثلث ولثلثيه نصف، وذلك المال تسعة، وإنما كان كذلك لأن مخرج الثلث من ثلاثة، الثلث منها سهم لا ينقسم بين الموصى لهم أثلاثاً، والثلثان منها سهمان ينقسمان على الاثنين، فاضرب سهام الموصى لهم من مخرج الوصيتين -وهي ثلاثة- في مخرج الثلث تكون تسعة، للموصى لهم الثلث ثلاثة: لصاحب الربع اثنان، ولصاحب الثمن سهم، والباقي ستة لكل ابن ثلاثة. انتهى كلام الخالدي. ولعلها تصح على كلام الفقيه محمد بن يحيى من ستة؛ لأن مسألة البنت والأخ من اثنين، ومسألة الأخ والعم من ثلاثة، وثلاثة واثنان متباينة، اضرب ثلاثة في اثنين تكون ستة، للبنت النصف ثلاثة، وللأخ اثنين، وللعم واحد، وهو ثلث نصيب الأخ، والله أعلم، فهذا ما تفهمه عبارة البستان. فينظر هل هذا المراد أم لا؟ نقلت ذلك حال الاطلاع على لفظ البستان.

(٢) الوجه فيه أن المال أثلاث بين الأخ والأخت الذين هما من أب وأم، وقد أوصى للأخ لأب بثلث فكان من الرأس، لكنه يقال: إن الوصية في هذا ليست من رأس المال، بل من =

وكذا من له ابن وابن ابن وزوجة فأقام ابن الابن مقام أبيه صح له ثلث الباقي بعد الثمن(١). وكذا من له بنت وأخ وأخت وأوصى بماله بينهم أثلاثاً فقد زاد للأخت سدساً على الذي يجب لها(٢)، وهو من نصيب البنت، فيصح؛ لأنه(٣) ثلثه، وأما الأخ فلم يزد له ولا نقصه(٤).

مسألة: من قطع بموته كالذي بلغ حال النزاع(٥) ومن قطع نصفه أو أحد

نصيب الأخ؛ لأن الأخت لها ثلث بالميراث، وقد قرره الموصي، فالثلث الذي أوصى به للأخ لأب هو نصف نصيب الأخ لأب وأم، فإذا لم يجز كان للأخ لأب ثلث نصيبه، فتصح من تسعة: للأخت ثلاثة، وللأخ الوارث أربعة، ولغير الوارث سهمان بالوصية، وعلى هذا يستقيم، والله أعلم. (بستان بلفظه).

(١) وذلك لأنه قد أقام ابن ابنه مقام ابنه، فقد جعل الذي بعد نصيب الزوجة بينهما على سواء، وهو لا يستحق بالوصية إلا قدر ثلثه فقط، إلا أن يجيز الابن كان بينهما نصفين. (بستان). والذي قرر أنه يستحق الثلث قبل إخراج الثمن، وتصح المسألة من أربعة وعشرين؛ لأن فيها الثمن والثلث وهما متباينان، اضرب أحدهما في الآخر يكون أربعة وعشرين، يكون له الثلث ثمانية.

(٢) وذلك لأنها مستحقة لسهم من ستة، وللبنت ثلاثة، وللأخ سهمان، فكانت الوصية هنا بسهم للأخت من نصيب البنت، فأما الأخ فقد قرر حقه في يده بجعله المال بينهم أثلاثاً. (بستان)

(٣) أي: السدس، ثلثه أي: ثلث نصيب البنت.

(٤) وظاهر كلامهم في قبل هذه الفروع أنه إذا جعل الوصية في شخص دون آخر فقد أوصى للآخر بتكميل نصيبه، فتجمع التكملة والموصى به للمدخل من مخرج يجمع ذلك ويقسم الثلث على عدد السهام.

(*) وقيل: إنه يزاد على المسألة مثل سدسها وتكون من سبعة، فيكون للأخت سبعان أحدهما بالميراث والثاني بالوصية، كما صرحوا بذلك في النصيب والسهم أنه يكون بعد الإدخال فكذلك هنا، ويعم النقص جميع الورثة كما ذلك حكم عام في الوصايا، والله أعلم.

(٥) أما من بلغ حال النزاع فالمختار أنها تصح وصيته. (شامي).

وريديه أو فخذه فهو كالميت[١] فلا تصح وصيته ولا توبته ولا إسلامه، ولا حكم لجنايته على غيره ولا جناية غيره عليه. بخلاف من غلب بالظن أنه لا يعيش من مرضه أو من جراحته فإنها تصح ألفاظه وتصرفاته، ذكره في البحر.

مسألة: من أوصى بشيء معين بعضه له وبعضه لغيره: فإن أوصى بأنه يخرج عنه فأخرجه شريكه صح[٢]، كما إذا أوصى بأن يعتق عنه أو يتصدق عنه غيره، ويلزمه قيمة نصيب شريكه، وإن أوصى بذلك الشيء لغيره وأجاز شريكه

---

(١) وكذلك من قطع حلقومه أو مريئه، أو يكون في بحر أو ماء عظيم وقد علاه الماء وهو لا يحسن السباحة فلا يصح شيء مما ذكره؛ لأنه لم يبق فيه حياة مستقرة وإنما يتحرك حركة المذبوح، وقد روي أن رجلاً قطع نصفين وهو يعاتب من فعل به ذلك، قال عليه السلام: وهذه هي حالة اللص فرعون اللعين في البحر عندما آمن وأراد الله تكذيبه في مقالته، وإظهار فضيحته في دعوى الإلاهية، وهذه هي الحالة التي ذكرها الله تعالى حيث قال: ﴿وَلَيْسَتِ التَّوْبَةُ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السَّيِّئَاتِ حَتَّى إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ الْمَوْتُ قَالَ إِنِّي تُبْتُ الْآنَ وَلَا الَّذِينَ يَمُوتُونَ وَهُمْ كُفَّارٌ﴾ [النساء١٨] فسوَّى بين من يموت في هذه الحالة وبين من يموت كافراً على كفره، اللهم ارزقنا البشارة برضوانك عند الموت برحمتك. وهذا بخلاف من غلب في الظن أنه لا يعيش من مرضه وجراحته فإنها تصح ألفاظه؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة١٨٠] ولم يرد به الموت نفسه؛ لأنه لا يمكنه معه الوصية، وإنما أراد إذا حضر سبب الموت، وروي أن أمير المؤمنين صلوات الله عليه لما ضربه ابن ملجم عليه لعنة الله على قرنه أدخل الطبيب المجس وعلى طرفه رئة فخرج عليها دماغه متغيراً، فقال له الطبيب: اعهد عهدك فإن عدو الله قد بلغ، فخرج إلى الناس وعهد إليهم. وروي عن عمر أنه لما طعن وشرب شراباً فخرج من الطعنة فقال له الطبيب: اعهد عهدك. (بستان بلفظه).

(٢) قوله: «فأخرجه شريكه صح» قال في البرهان: سواء كان تبرعاً أو عن حق واجب عليه. (بستان بلفظه) (قرر).

(*) حيث لا وصي ولا وارث ولا إمام ولا حاكم، وكان الشريك صالحاً لذلك، أو بإذن الوصي حيث له وصي. (قرر).

فالأقرب أنها إن كانت الوصية لآدمي معين صحت الإجازة[١] على القول بأن الوصية تفتقر إلى القبول[٢]، لا على القول الآخر، وإن كانت لغير معين كللفقراء أو للحج أو لمسجد معين لم تصح إلا في نصيبه دون نصيب شريكه، فلا تلحقها الإجازة على الأصح، خلاف أبي حنيفة كما مر في وصية العبد.

مسألة: وتصح الوصية للوارث، خلاف زيد بن علي وأخير قولي المؤيد بالله وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ومالك، فقالوا: لا تصح إلا أن يجيزها باقي الورثة. ويعتبر في كونه وارثاً أو غير وارث بحال موت الموصي لا بحال الوصية.

مسألة: وتصح الوصية لعبد الغير فيملكها سيده، إلا أن يردها العبد[٣] بطلت ولو قبلها سيده.

فرع: فإن أوصى لعبده فإن كان بجزء مشاع من ماله صح وعتق العبد كما تقدم[٤]، وإن كان بشيء معين فإن كان العبد يعتق بموت سيده كالمدبر وأم الولد صح[٥]، وإن كان لا يعتق لم يصح؛ لأنه كأنه أوصى لنفسه. وقال الإمام يحيى: إذا عتق العبد بعد موت سيده وقبل قبوله للوصية ثم قبلها صحت له،

---

(١) قوله: «صحت الإجازة» وذلك لأنها عقد تمليك فتلحقها الإجازة، لا على القول الآخر بأنها لا تفتقر إلى القبول فلا تلحقها الإجازة كالوقف. (بستان بلفظه).

(٢) قال الإمام شرف الدين عليه السلام في النذر: قبوله عدم الرد.

(٣) فوراً في المجلس أو مجلس بلوغ الخبر. (قرر).

(٤) في العتق. (بستان).

(٥) وذلك لأنهما قد صارا حرين لا ملك لأحد عليهما بعد موت السيد، وهو وقت استقرار الوصية. قال في البرهان: وتحمل الوصية على أنه أراد بها في الوقت الذي يصح فيه، وهو عقيب عتقها. (بستان بلفظه).

(*) ويقدم العتق ثم يملك الوصية بعده، والترتيب ذهني. والله أعلم.

وكذا يأتي إذا عتق[١] قبل موت سيده ثم قبل الوصية[٢] صحت له، والله أعلم.

مسألة: وتصح الوصية لمكاتب نفسه ولمكاتب غيره؛ لأنه يملك كسبه، وإذا رد في الرق كانت لسيده[٣].

مسألة: من أوصى لمولاه وكان له مولى أعلى[٤] أو أدنى صحت الوصية له، ولا يدخل المدبر وأم الولد في المولى الأدنى[٥]، خلاف مالك، فإن كان له مولى عتاق ومولى موالاة كانت لمولى العتاق[٦]، فإن كان له مولى أعلى ومولى أدنى والتبس أيهما أراد لم تصح الوصية؛ لترددها بينهما[٧]، وقال الشافعي: تصح لهما

---

(١) هذا نظر للوالد قدس الله روحه، وقد ذكره الإمام عليه السلام؛ لأنه قال: فإن أعتقه السيد قبل القبول ثم قبل صحت الوصية واستحقها العبد؛ لأنه قد صار من أهل القبول. (بستان بلفظه).

(٢) لا يحتاج إلى القبول على المذهب كما سيأتي. (سيدنا حسن رحمه الله).

(٣) هذا إذا أوصى لمكاتب غيره، فأما إذا أوصى لمكاتب نفسه ورجع في الرق فإنها تبطل. (قرر).

(٤) هو المعتق بالكسر، والأدنى المعتق بالفتح.

(٥) إذا وجد، وإلا دخلا. (من بيان حثيث).

(٦) لأنه لا حكم لمولى الموالاة مع مولى العتاق بلا خلاف بين أئمة العترة والفقهاء؛ لقوة العتاق وضعف الموالاة. (بستان).

(٧) وذلك لأن هذا تمليك لغير معين فلم يصح، كما لو قال: بعت هذا الثوب من أحد هذين الرجلين أو وهبته، وقال الشافعي: تصح لهما معاً؛ لأن لفظ الولاء شامل لهم، فلهذا كانوا على سواء، كما لو أوصى لإخوته وله إخوة من الأب والأم وأخوة من الأب وأخوة من الأم. وقال أبو يوسف: تصح للأدنى؛ لأن الوصية قربة وصلة، وقد منَّ عليهم بالإعتاق؛ فلهذا كانت تابعة للإعتاق؛ لأنها نوع من المن. قلنا: لفظ المولى لفظ مشترك بين معنيين مختلفين: أحدهما: منعِم بالعتق، والآخر: منعَم عليه، ولا يمكن حمل الوصية للمولى على المعنيين جميعاً؛ لأنه لا يتناولهما جميعاً، وإنما يتناول أحدهما على جهة البدلية، وليس حمله على أحدهما بأولى من حمله على الآخر بغير دليل ولا مرجح، وأما لفظ الإخوة فهو للعموم؛ فلهذا حمل على جميع الإخوة فافترقا. (بستان بلفظه).

معاً[١]، وقال أبو يوسف: تصح للأدنى. وكذا يأتي عندنا إذا أوصى لابن زيد أو لأخيه وكان له أكثر من واحد أنها لا تصح؛ لترددها.

فرع: فإن أوصى لمواليه وله موال أعتقوه وموال أعتقهم فقال الشافعي والأزرقي ومحمد: تصح لهم الكل، وقال أبو حنيفة وزفر: لا تصح إذا لم يعرف قصده، قلنا: تصح للكل كما إذا أوصى لأخوة زيد وله إخوة من أبيه وإخوة من أمه فإنها تكون لهم الكل، ذكره في الشرح.

مسألة: إذا دخلت الحامل في الشهر السابع صارت كالمريض، ويكون تصرفها من الثلث عند الهادي ومالك، وعند زيد بن علي والناصر والمؤيد بالله وأبي العباس والفريقين أنها كالصحيح حتى يأتيها الطلق[٢].

مسألة: والذي يحضر للحرب فهو كالصحيح حتى يبارز[٣] ويصافف ويصار كالمريض[٤]، خلاف الإمام يحيى. ومن قدم للقتل صار كالمريض، سواء كان القتل بحق أو بغير حق، لا من حكم عليه بالقود أو بالرجم ولم يقدم له فهو كالصحيح، ذكره أبو طالب وأبو حنيفة، وقال الفقيه حسن: إنه كالمريض[٥].

مسألة: من وهب لغيره شيئاً ثم مات وادعى وارثه أنه وهبه في حال مرضه،

---

(١) وهو قياس أصول المذهب؛ لأنه لفظ مشترك كما صرح به في الفصول. (من حواشي المفتي). يعني: أنه يراد به جميع معانيه التي لا تتنافى.

(*) هذا مذهب في نسخة، وتقرير على الحاشية المعلقة عليه قوله: «وهو قياس» فينظر.

(٢) وهو الحس عرفاً.

(٣) ويباشر، لا من كان في مترس فمن رأس المال، ولهذا عدل في التذكرة فقال: أو مباشر. وفي حاشية: والمبارز: من تبلغه السهام وجولان الخيل ولو في مترس.

(٤) قال في المقنع: ومن كان في سفينة حال اضطراب البحر أو فشاء الطاعون. ولفظ حاشية السحولي: لا من كان في بلد الطاعون ولم يكن قد أصابه فصحيح. والمختار خلافه. (قرر).

(٥) وقواه الإمام المهدي عليه السلام في الغيث.

وقال الموهوب له: بل في حال صحته- فقال الفقيهان محمد بن سليمان وحسن: إنه يأتي على الخلاف بين الهادي والمؤيد بالله، فالهادي يقول: الأصل عدم المرض[١] فالقول قول الموهوب له، والمؤيد بالله يقول: الأصل عدم الهبة[٢] فالقول قول الوارث[٣].

مسألة: من ملك في مرض موته عبداً رحما له بأي وجه ملكه عتق عليه وورثه إذا كان وارثاً له، سواء خرجت قيمته من ثلث مال الميت أو زادت عليه، لكنه يسعى في الزائد[٤] للورثة. وقال أبو حنيفة: يرثه إن خرجت قيمته من الثلث لا إن زادت عليه، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد: يسعى في قيمته مطلقاً؛ بناءً على أن الوصية للوارث لا تصح.

مسألة: ما زاد من الوصية على ثلث تركة الميت لم يصح إلا أن يجيزه الورثة، ومن مات منهم ثم أجاز وارثه بعده صحت إجازته[٥]، وإن أجاز بعض الورثة صح في حصته من الزائد، دون حصة من لم يجز.

---

(١) قوي مع التاريخ. (قرر).

(٢) قوي مع الإطلاق. (قرر).

(٣) وقال الإمام المهدي عليه السلام في الغيث: بل الأرجح أن القول للواهب ووارثه أنه في المرض مع الإطلاق؛ لأنه مع الإطلاق يحمل على أقرب وقت. (قرر).

(٤) يعني: على ثلث مال الميت، ويحتمل في الزائد على حصته من الميراث بعد الوصية.اهـ نحو أن يشتري أخاه وله أخ حر، ثم يموت، فقد عتق الرحم، فإذا كانت قيمته مائة وباقي التركة مائة فجملة التركة مائتان، الوصية له بالثلث، وذلك ستة وستون وثلثان، والباقي من قيمته ثلاثة وثلاثون وثلث، له نصف ميراثاً، والنصف الآخر لأخيه ديناً عليه له، ويقتسمان باقي التركة بينهما نصفين.

(٥) فعلى هذا لو مات ولا وارث له- يعني الوارث- هل ينفذ من الثلث أو من رأس المال؟ يقال: وصية الأول من الثلث؛ لأنه مات وله وارث، والثلثان لبيت المال انتقل من الوارث الذي مات ولا وارث له، وموته ليس بإجازة. (شامي) (قرر).

فرع: والإجازة هنا تنفيذ للوصية وإسقاط حق، لا هبة، وقال مالك وأحد قولي الشافعي: إنها هبة من المجيز. وفائدة الخلاف في ثمانية أشياء، وهي: أنه يستحق المجيز ثواب التنفيذ لا ثواب الهبة، وأنها تصح منه في حال مرضه ولو لم يكن له مال، وأنها تصح منه في حال الحجر عليه، وأنها تصح في المجهول قدراً وجنساً، و أنها تصح معلقة بشرط، وأنه لا يصح الرجوع فيها إذا وقعت بعد موت الموصي، وأنها لا تحتاج إلى قبول ولا قبض، وأنه إذا امتنع منها ثم أجاز صحت إجازته كما في بيع الرهن إذا امتنع المرتهن من إجازته ثم أجاز، وكما في بيع المحجور عليه إذا امتنع الغرماء من إجازته ثم أجازوه صح. وعلى القول بأنها هبة عكس ذلك كله(١).

مسألة: وإذا أذن الورثة للموصي في الزائد على الثلث أو أجازوه بعد ما أوصى به ثم رجعوا عنه قبل موته صح رجوعهم عند القاسمية(٢)، خلاف الناصر والصادق، وإن رجعوا بعد موته فقال في الأحكام والناصر: لا يصح رجوعهم(٣)، وقال في الفنون والمؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: يصح مطلقاً(٤)، وقال مالك، واختاره الفقيه حسن: إن كانت إجازتهم في حال مرض

---

(١) أما الثامن فالقياس الصحة على القولين؛ لأن الامتناع ليس برد ولا يبطل وصية الموصي.اهـ لأن الامتناع ليس بنقض، فلو جرى العرف بأن الامتناع رد ونقض بطلت الوصية فيما زاد على الثلث، والله أعلم. (شامي).

(٢) وعليه الأزهار بقوله: وبرجوعه أو المجيز في حياته عما لا يستقر إلا بموته.

(٣) والوجه أن للوارث حقاً في مال الموروث؛ بدليل أنه لا يخرج في وصيته فوق الثلث. ووجه قول الفنون: إن الحق إنما يستقر بالموت، فأشبه ذلك إسقاط الشفعة قبل البيع. (زهور).

(٤) قال عليه السلام: والمختار ما ذكره في الفنون؛ لأن حق الورثة إنما يتعلق بالموت وينتقل إليهم بالوفاة؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من ترك مالاً فلأهله))، فما دام حياً فلا حق لهم في ماله؛ فلهذا لم تلحق الإجازة؛ لأنها إنما تكون لاحقة إذا كانوا يملكون التصرف، ولا ملك لهم بحال =

الموصي المخوف[١] لم يصح رجوعهم، وإن كانت قبله صح رجوعهم؛ لأنها وقعت قبل ثبوت حقهم[٢].

فرع: وإن أجازوا وصيته بعد موته وهم يظنون أنها قدر الثلث أو دونه ثم بانت أكثر منه فقال القاسم: يكون لهم الرجوع في الزائد، قال المؤيد بالله: يعني في الباطن[٣]، لا في الظاهر فلا يصدقون في دعواهم الجهل. وقول القاسم هذا يأتي كقول المنصور بالله: إن الإجازة أو البراء مع الجهل لا يصح، خلاف المؤيد بالله كما مر.

فرع: فلو أجازوا وهم عالمون أن الوصية أكثر من الثلث، لكن ظنوا أن المال قليل ثم بان كثيراً- فقال الفقيهان حسن ويوسف: إنه يأتي على الخلاف الأول بين القاسم والمؤيد بالله، وقال الفقيه محمد بن يحيى: لا يصح رجوعهم وفاقاً[٤]. وإن أُخبر الوارث بأن الوصية زائدة على الثلث بقدر معلوم فأجازه[٥] ثم بانت أكثر منه لم يصح الزائد على ما أجازه.

مسألة: من أوصى لرجل ميت لم تصح وصيته له مطلقاً، وقال مالك: إن

قبل الموت، قال عليه السلام: وكلا المذهبين لا غبار عليه، خلا أن ما قاله في الأحكام أعوص وأدق، وما قاله في الفنون أولى وأحق. (بستان بلفظه).

(١) أو صدرت ممن تلزمه نفقته فلا؛ إذ المرض بمنزلة الموت، ووجوب النفقة يوجب حقاً في التركة، فأسقط الحق بعد استقراره. قلنا: لا نسلم أن المرض بمنزلة الموت، وأما النفقة فهي في الذمة لا في التركة. (بحر).

(٢) وتعليله أظهر من تعليل القول الأول؛ فلهذا رجحه الفقيه حسن. (رياض).

(٣) وظاهر الأزهار صحة الإجازة ظاهراً وباطناً، وهو المختار. (مفتي).

(٤) قال الفقيه حسن: وفي الفرق بين الصورتين دقة؛ لأن العلة هي الجهل بما لو علموه ما أجازوه فيهما معاً. (بستان بلفظه).

(*) بل فيه خلاف المنصور بالله.

(٥) في (ج، د): فأجازها.

كان جاهلاً لموته لم تصح، وإن كان عالماً به صحت وكانت لورثته، فلو كان عليه دين قضي منها. قلنا: وكذا إذا أوصى لحي ثم مات قبل موت الموصي بطلت[(١)]، خلاف مالك فقال: تكون لورثته.

مسألة: من قال: «أوصيت لزيد بكذا بعد سنة» أو «في آخر جزء من صحتي[(٢)]» كانت الوصية لبعد موته، لكنه جعل صحتها بعد ذلك الوقت، فلو مات قبل السنة فلعله على الخلاف الذي يأتي[(٣)]، فإن قصد نجازها عند ذلك الوقت فالأقرب أنها لا تصح؛ لأنها تكون تمليكاً معلقاً بشرط؛ ولأن الوصية لا تستعمل إلا لبعد الموت[(٤)].

---

(١) فلو ماتا في حالة واحدة بطلت. وحيث التبس فيحتمل أن يحول كالغرقى، لكن حيث التبس هل في حالة واحدة أو مترتباً لا يستحق الموصى له إلا ثلث الوصية؛ لأنه ساقط في حالين ومستحق في واحد، وحيث علم المتقدم والتبس فله النصف، ويحتمل في ذلك أن تبطل. (شرح فتح). والتحويل هاهنا معهود؛ لأنه لمن له الحق. (لمعه).

(٢) فلو كان حينئذٍ في مرض موته لم يصح حيث قال: في آخر جزء من أجزاء صحتي، كلو قال: أوصيت لك بهذا أمس. (من بيان حثيث).

(٣) لا وجه لجعلها على الخلاف الذي يأتي في المسألة الآتية؛ لأنه هنا في وقت الإنشاء بعد مضي السنة، فإذا مات قبله فهو بمنزلة من لم يصدر منه لفظ البتة فتأمل. (شامي) (قرر). (*) لا تصح.

(*) يعني: في مسألة من أوصى بشيء من ماله بعد موته بسنة[١]. فجعل صاحب الكتاب حكم هاتين المسألتين على الخلاف في مسألة العتق إذا أضافه إلى بعد موته بشرط أو وقت، فعلى ما ذكره في الشرح واللمع والأزرقي يصح العتق فتصح الوصية، وعلى قول المنصور بالله وأبي حنيفة والتفريعات لا يصح ذلك كله. (بستان بلفظه).

(٤) ظاهر هذا أنه إذا قال: «أوصيت لك بهذا» وقصد نجازها في الحال لم يصح للعلة الأخرى، وهو أن الوصية لا تستعمل إلا لبعد الموت. (من بيان حثيث).

---

[١] بعد هذه بسبع وعشرين مسألة.

مسألة: من أوصى لشخصين ثم مات أحدهما قبل الموصي أو لم يقبل الوصية[١] بطل نصيبه منها، وصح نصيب الآخر وفاقاً.

مسألة: الوصية تفتقر إلى القبول عند المؤيد بالله وأبي العباس وأحد قولي أبي طالب والشافعي، وعند الهادي وأبي حنيفة وأحد قولي أبي طالب: لا تفتقر إليه، بل تبطل برده[٢] لها، قيل: ولو على التراخي[٣]، وإذا امتنع من القبول كان رداً لها. قال الإمام يحيى: ولورثة الموصي مطالبة الموصى له بالقبول[٤] أو الرد حتى يبان لمن الملك.

فرع: فلو أوصى لرجل بعبد رحم له أو بزوجته عتق[٥] وانفسخ النكاح قبل الرد على القول الثاني، لا على القول الأول فلا يقع ذلك إلا بعد قبوله.

فرع: إذا مات الموصى له بشيء بعد الموصي وقبل قبول الوصية فعلى القول الأول تبطل الوصية، وعلى القول الثاني لا تبطل، بل تكون لورثته.

مسألة: قال في البحر: إذا رد الموصى له بعد موت الموصي وجعل ما أوصى له به لواحد من الورثة احتمل أن يكون له وحده وأن يكون للورثة كلهم، قال سيدنا عماد الدين: وهو الأقرب[٦]، والله أعلم.

---

(١) أي: ردها، أو على القول باشتراط القبول.

(٢) في (ج، د): بالرد.

(٣) وقيل: على الفور كما في النذر في المجلس. (سلامي). أو في مجلس بلوغ الخبر. (عامر) (قرر).
(*) وهو ظاهر الأزهار.

(٤) لا يستقيم هذا إلا على قول من يعتبر في الوصية القبول، وأهل المذهب لا يعتبرون ذلك. (قرر).

(٥) المختار أنه لا يعتق العبد ولا ينفسخ النكاح إلا بعد انقضاء مجلس الرد ولم يرد. (تهامي). ومثله عن القاضي عامر. أو مجلس العلم أيضاً، وإطلاق الكتاب على أصل القاضي.
(*) بشرط عدم الرد.

(٦) القياس أنه يتنزل على الخلاف في رد الهبة هل فسخ أو تمليك، فإن جعل فسخاً فلهم، وإن جعل تمليكاً فلمن رده له، والله أعلم. وفي بعض الحواشي على البيان: اللهم إلا أن يجري عرف بأن الرد يفيد التمليك كان له.

فرع: وإذا قلنا: إن الوصية تفتقر إلى القبول فمتى يكون قبولها؟ قال الفقيه حسن: يكون في مجلس الوصية إن حضر، وإلا ففي مجلس العلم بها، وقال أبو جعفر وأبو مضر: بل بعد موت الموصي عند العلم به. [قيل: وكذا في ردها متى يكون][(١)]. وكذا فيمن قال لغيره: «وهبت لك كذا بعد موتي» فهو على الخلاف هذا متى يكون قبوله[(٢)]. قال أبو مضر: وإذا قبلها بعد مدة نحو أن لا يعلم بها إلا بعد مدة من موت الموصي تبين أنه مالك لها من وقت موت الموصي، فتدخل فوائدها الحادثة بعد موت الموصي، لا ما حدث منها قبل موت الموصي فلا تدخل.

فرع: فإن قال: وهبت لك هذا قبل موتي بيوم أو نحو ذلك لم يصح؛ لأنها هبة معلقة بوقت.

مسألة: قال في الشرح: من أوصى بثلث ماله لزيد ثم أوصى بثلث ماله لعمرو، ثم مات أحدهما قبل الموصي- فقال أبو حنيفة: يكون الثلث كله لمن بقي منهما[(٣)]، وقال مالك: بل نصفه فقط[(٤)]؛ لأنه لم يكن يستحق إلا هو، قال سيدنا عماد الدين: ولعله أولى عندنا.

مسألة: من أوصى بشيء لفلان وفلان، أو بين فلان وفلان، وكان أحدهما ميتاً وقت الوصية- صح للحي منهما نصفه، وبقي للموصي نصفه، ذكره أبو العباس، وهو الأرجح، وقال أبو حنيفة: يصح الكل للحي، وقال أبو طالب وأحد قولي الشافعي: إن أوصى به لهما وهو عالم بموت أحدهما كان كله للحي منهما، وإن كان

---

(١) ما بين المعقوفين من (ب)، وفي (ج، د) قال: صح نسخة سيدنا حسين بن علي المجاهد، وهو في (أ) حاشية.

(٢) المذهب أنها وصية لا تحتاج إلى قبول. (قرن).

(٣) ومثله في البحر.

(٤) ولعله يؤخذ من هذا أن من أوصى بشيء للحمل ثم خرج أحدهما ميتاً أنه لا يستحق الحي إلا نصفه على المختار. (شامي) (قرن).

جاهلاً لموته صح للحي نصفه فقط[١].

مسألة: من أوصى بشيء لفلان وللجدار أو للشجرة أو نحو ذلك فقال أبو طالب وأحد قولي أصحاب الشافعي: يصح نصفه لفلان فقط، وقال الأستاذ وأحد قولي أصحاب الشافعي: يصح كله لفلان[٢].

مسألة: فلو أوصى به لفلان وجبريل عليه السلام صح لفلان نصفه فقط وبطل نصفه[٣]؛ لأن جبريل ممن يصح أن يملك، لكن منع الشرع من صحة تملكه[٤]، وكذا للجن[٥]. قال الفقيه يوسف: وإذا أوصى بشيء لدابة أو نحوها فإن كان مراده تمليكها ذلك لم يصح، وإن كان مراده أنها تعلف به صح، وكذا يأتي في الوقف عليها[٦]، وكذا في حمام مكة.

مسألة: من أوصى بشيء معين أنه يدفع إلى فلان أو يصرف إليه لم يملكه الموصى له إلا بعد تسليمه إليه[٧] وقبضه له، وقبل ذلك هو باق على ملك الميت، وتجب فيه الزكاة إذا مضى عليه حول[٨] بعد موت الموصي وقبل تسليمه، ذكره

---

(١) قال في البحر: قلت: وهو الأقرب للمذهب.

(٢) وهو مفهوم البحر والانتصار، ومثله عن القاضي عبدالله الدواري؛ لأن ذكر الجدار ونحوه لغو.

(*) في (ج، د): الكل لفلان.

(٣) وفاقاً.

(٤) لأن الجنسية مشترطة كما هي مشترطة في النكاح والرضاع.

(٥) يعني فيكون لفلان نصف وتبطل الوصية في الآخر؛ لاستحالة الوصية في حق الجن. (بستان بلفظه).

(٦) وقيل: إنها تكون الرقبة لله.

(٧) وذلك لأنه لا يخرج عن ملك الميت إلا بعد التسليم إلى الموصى له؛ لأنه لم يوص به له، بل بأنه يدفع إليه. (بستان بلفظه).

(٨) ومن هذا يؤخذ أن الوصية المقيدة بسنة أو نحوها باقية على ملك الموصي حتى يتم التقييد. (معيار معنى).

المنصور بالله وأبو جعفر، وقال في التفريعات والأستاذ: لا تجب فيه زكاة.

فرع: وبعد موت الموصي يلزم الوصي والورثة تسليم ذلك للموصى له، وله مطالبتهم به، ويأثمون بتأخيره(١)، فإن انتفعوا به فلا كراء عليهم، وإن أتلفوه قال سيدنا عماد الدين: فالأقرب أنه يلزمهم ضمانه للموصي ويسلمونه للموصى له(٢)، والله أعلم، كما لو قال: حججوا عني بهذا ثم أتلفوه.

فرع: وكذا(٣) فيمن مات ومعه دراهم كثيرة وعليه دين لغيره مثلها أو أقل ولم يسلمها الوصي للغريم إلا بعد حول أو أكثر فإنها تجب الزكاة فيها يخرجها الوصي عن الميت(٤) في قدر الدين، ويزكيها الغريم بعد قبضها عن دينه، وأما الزائد على الدين فهو للورثة.

مسألة: من أوصى وصية ثم أوصى وصية أخرى بعد زمان طويل أو قصير في صحته أو مرضه فكلاهما صحيح، إلا أن يكون في الثانية ما ينافي الأولى أو بعضها كان رجوعاً فيه.

فرع(٥): فلو أوصى بشيء معين لزيد ثم أوصى به لعمرو فقال الفقيه علي: إنه يكون لعمرو وحده(٦)، وقال في الكافي وشرح الإبانة عن أصحابنا والفقهاء:

---

(١) بعد الإمكان.

(٢) ولأنه حق للموصي متعلق به حق للموصى له، والله أعلم.

(٣) هذا تفريع من الوالد رحمه الله على ما تقدم. (بستان بلفظه).

(*) فلو تراخى عن تنفيذ الوصية لغير عذر هل يضمن للموصى لهم قدر الزكاة؟ الأقرب وجوب ذلك حيث تراخى تفريطاً منه. (حاشية سحولي بلفظها من أول كتاب الزكاة). ومثله عن الشكايذي. وقيل: ليس بأولى من الغاصب، فلا يجب عليه شيء من ماله. (قرر).

(٤) والمختار أنه قد خرج عن ملك الميت وأن للورثة مع الاستغراق ملكاً ضعيفاً فتجب الزكاة عليهم.

(٥) في (ج، د): مسألة، وفي (د): فرع نخ.

(٦) وعليه الأزهار بقوله: فيعمل بناقضة الأولى.

=

يكون لهما معاً نصفين، إلا أن يقول: «أوصيت لعمرو بما أوصيت به لزيد» كان رجوعاً عن زيد. فلو أوصى بشيء لزيد ثم وهبه لعمرو كان رجوعاً عن الوصية ولو لم يقبل عمرو، ذكره المؤيد بالله.

مسألة: من أوصى[١] لغيره بثوب ثم قطعه وخاطه[٢] قميصاً كان رجوعاً عن الوصية، وكذا لو أوصى بحديد أو نحوه ثم صنعه إناءً أو نحوه كان رجوعاً، ذكره في الشرح[٣].

مسألة: من أوصى بثلث ماله لزيد ثم أوصى بثلث ماله لعمرو اشتركا في ثلث ماله، إلا أن يجيز الورثة صح الثلثان معاً، فإن عرف من قصد الموصي أنه أراد الثلث الأول فقط كان رجوعاً عنه وصار لعمرو.

مسألة: من أوصى لغيره بعشرة دراهم أو نحوها ثم أوصى له بخمسة عشر احتمل أن تكون خمسة وعشرين وأن تكون خمسة عشر؛ لأنه المتيقن، وهو الأولى؛ لأن الوصية تحمل على الأقل[٤].

مسألة: وتصح وصايا أهل الذمة لكنائسهم وبيعهم، والمراد لإصلاح ما خرب منها في خططهم لا في خططنا[٥] ولا لإحداث شيء منها في الكل، خلاف أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يصح الكل.

فرع: وإذا أوصى ذمي لذمي بخمر أو خنزير صح، ويحكم بصحة ذلك على

(*) يعني: ويكون ذلك رجوعاً عن زيد. (بستان بلفظه).

(*) إلا أن يفهم من قصده عدم الرجوع اشتركا. (قرر).

(١) في (ج، د): إذا أوصى.

(٢) هلّا قيل: كالبيع الفاسد فيكفي القطع. (مفتي) (قرر).

(٣) لأنه قد غير حاله وأزال صفته، وكذا لو طحن الحب أو خبز الدقيق أو نسج الغزل أو غزل القطن. (بستان معنى).

(٤) ومثله في الديباج، وفي العكس تحمل على الأقل أيضاً.

(٥) إلا فيما لهم أن يسكنوها بإذن الإمام لمصلحة، وهو ظاهر ما سيأتي في السير. (قرر).

ظاهر كلام الهادي، وعلى قول ابن أبي الفوارس نفتيهم بصحته ولا نحكم به[١].

مسألة: وتصح وصية المسلم للذمي[٢] وللحربي المستأمن بما يجوز بيعه منهم، لا بمصحف ودفتر فيه ذكر الرسول ﷺ[٣]؛ لأنهم يستخفون به. قال في الكافي: ولا يجوز تعليمهم القرآن؛ لأنهم يسخرون به. وأما الوصية لأهل الذمة عموماً فلا تصح، ذكره في الإفادة والفقيه يحيى البحيبح[٤]. [وقال الفقيه حسن: بل تصح][٥].

فرع: ولا تصح الوصية للفساق عموماً[٦]، ولا لمن يفعل شيئاً من المعاصي إذا كان الموصى له غير معين؛ لأن في ذلك إغراء على الفسق أو على المعصية، فتكون الوصية محظورة، والله أعلم.

مسألة: من أوصى لغيره بما يثمره بستانه أو بثمره أبداً استحق ما فيه من الثمر عند موت الموصي[٧]، وما يحدث من بعد إلى موت الموصى له فقط، ثم لا تورث

---

(١) والقياس أنا نحكم بينهم؛ لأنه شرعنا، كضمان خمرهم وخنزيرهم لمصالحتهم عليه.

(٢) وإن لم يكن معيناً. (شرح أزهار) (قرر).

(٣) وكذا شريعته أو شيء من كتب التوحيد؛ لأنهم يستخفون بها. (قرر).

(٤) لأنه لا قربة في ذلك. وقيل: بل تصح؛ لأن الوصية ليس من شرطها القربة، بل تجري مجرى الهبة، وإذا لم تكن القربة شرطاً فيها صحت لهم؛ لأن إعطاءهم مباح. (غيث). ومثله في البستان. وقد تقدم في الوقف، ولفظه: وقال المنصور بالله والفقيه حسن: إنها لا تفتقر إلى القربة، بل يعتبر أن لا يكون فيها معصية. (بلفظه من أول الوقف).

(٥) ما بين المعقوفين من (ب) وقال في هامش (أ): صح نسخة.

(٦) هذا الفرع للوالد قدس الله روحه. (بستان بلفظه).

(٧) فأما ما يحتاج إليه البستان الموصى بثماره من السقي ونحوه فيحتمل أن يكون على مالك الأصل؛ كما ذكروه فيمن باع الشجر واستثنى ثمرها مدة معلومة أن ما تحتاج إليه من الإصلاح يكون على المشتري؛ وكما ذكروه في بيع مستثنى اللبن أن على المشتري ما يحتاج إليه، لكن في هذا غاية الحرج على ورثة الموصي، لا سيما حيث أوصى بالغلة لمصرف لا ينقطع =

عنه، بل ترجع لورثة الموصي؛ لأن الوصية بالمعدوم وهبته تكون إباحة لا تمليكاً[١]، ذكره أبو طالب وأبو حنيفة وأحد قولي الشافعي، وهو يأتي على قول القاضي زيد والمنصور بالله والأزرقي، وقال الإمام يحيى ومالك ومحمد وأحد قولي الشافعي: إنها تورث وتملك، وهو يأتي قول الكافي[٢]، [وهو قوي][٣] وهكذا الخلاف هل يصح منه أن يؤجرها[٤] أو لا يصح، ويصح منه أن يعيرها غيره. وأما في النذر حيث نذر على غيره بالمنافع قال سيدنا عماد الدين: فالأقرب أنها تملك وتورث كما في منفعة الوقف، والله أعلم. قال في الزهور: لكن ينظر ما الفرق في ذلك بين

كالفقراء والمساكين. ويحتمل أن يكون على الموصى له، كما ذكروا أن نفقة العبد وفطرته على الموصى له بخدمته. ويحتمل أيضاً أن يكون ما يحتاج إليه من ثماره ونحوها، ولعل هذا أقرب، فينظر في ذلك. (شرح بهران). قد تقدمت حاشية في البيع حيث باع الأرض واستثنى الشجر بحقوقها أن سقي الشجر على المستثني، وإصلاح الأرض بما تحتاج إليه من التنقية على المشتري للأرض، وهي مقررة على الوالد زيد ﷺ، فينظر في تذهيب ما هنا عليه ﷺ. معلقة على قوله: ونفقة مستثنى اللبن على مشتريه .. إلخ، ومعلقة عليه حاشية أخرى مقررة على سيدنا حسن ﷺ، وكذا مؤنة الشجر، إلا لعرف بخلافه.

(١) وفي الغيث: لأن حقه قد انقطع، فلا يثبت لغيره حق في ملك الموصي من غير وصية، والله أعلم.

(٢) وذلك لأنه قال فيه: يصح منه أن يؤجرها، ذكره في البرهان. (بستان).

(٣) ما بين المعقوفين من (ب، د).

(٤) وفي البحر: مسألة: قال الإمام يحيى: وللموصى له بالخدمة أن يؤجر ويعير ويوصي. قلت: الأقرب أن الوصية بالمنفعة إن خرجت مخرج الإباحة -نحو: أن يوصي أن يسكنوا فلاناً في داره ما بقيت- لم تصح منه الوصية بهذه المنفعة ولا تأجيرها؛ إذ هي إباحة، فإن خرجت مخرج التمليك نحو أن يقول: «منفعة كذا لفلان» فله الإيصاء بها والتأجير، كمن نذر عليه بالمنفعة، وعلى الأول يحمل قول من منع الموصى له بالمنفعة من التأجير والإيصاء والميراث.

الوقف والوصية على قول أبي طالب وأبي حنيفة؟ ولعل الفرق[١] أن الوصية بالمنافع تمليك للموصى له فلم يصح، وليس الوقف تمليكاً للموقوف عليه حقيقة[٢].

فرع: فإن أوصى له بثمرة بستانه فإن كان فيه ثمر حال موت الموصي استحقه فقط[٣]، وإن لم يكن فيه ثمر فقال أبو العباس: تبطل الوصية، وقال أبو طالب وأبو حنيفة: بل تصح بما يحدث من الثمر، قال الفقيه علي: يعني أول ثمرة فقط، وقال الفقيه حسن: بل كل ثمرة إلى موت الموصى له، وهو مفهوم كلام الشرح. وهكذا إذا أوصى بغلة بستانه ومراده بالغلة الثمرة، فإن لم يردها فالغلة هي الكراء[٤].

مسألة: من أوصى لغيره بغلة داره أو أرضه، أو سكنى[٥] داره، أو بخدمة عبده- استحق ذلك إلى موت الموصى له[٦]، وكذا لو قال: أبداً، وفيه الخلاف

---

(١) وقد قيل: الفرق أن الرقبة في الوقف لله تعالى، والموقوف عليه أخص بالمنفعة، وفي الوصية الرقبة باقية للورثة، فافترقا.

(٢) ولا نسلم أن ذلك ليس بتمليك للموقوف عليه؛ لأنه يورث عنه وغير ذلك.

(٣) وعليه الأزهار بقوله: ومطلق الغلة والثمرة والنتاج للموجودة، وإلا فمؤبدة.

(٤) يعني: ويكون الكلام فيه كما في المسألة التي بعد هذا، قال الفقيهان محمد بن سليمان وحسن: وكذا لو أوصى بنتاج فرسه أو بحمل أمته فهو على هذه الوجوه الثلاثة سواء. (بستان بلفظه).

(٥) **فائدة**: إذا أوصى لأمه بقوتها مدة عمرها، ولآخر بثلاثين ديناراً، فيقدر قوت الأم بما تحتاجه في العمر الطبيعي، ويكون هو الموصى به لها، ذكره المنصور بالله عليه السلام في الفتاوى، وكذا في شرح الذويد. (تكميل بلفظه) (قرر)[١].

(٦) وهذا بخلاف الثمرة؛ لأنه لا يتأتى وجود الكراء كوجود الثمرة، بل يحصل حالاً بعد حال، ويقصد بالوصية به الاستمرار. (بستان بلفظه).

---

[١] التقرير من هامش شرح الأزهار.

المتقدم هل يورث عنه أم لا[١]، ويكون ذلك من ثلث تركة الموصي. فإن كان لا يملك سوى تلك الدار فقال أبو طالب والقاضي زيد: يُسكَن ثلثها[٢]، وقال أبو جعفر والأستاذ: بل يسكنها حتى يستغرق من كرائها[٣] قدر ثلث ما يملك الموصي، فقال الفقيهان حسن وعلي: إنها خلافية، وقال الفقيه يحيى البحيبح: لا، بل مراد أبي جعفر حيث له مال سوى الدار. وأما في خدمة العبد حيث لا مال للموصي سواه فيقتسمونها بالمهايأة؛ لأنه يخشى موته.

فرع: وأما في الثمر والغلة فيحتمل أن يعتبر الثلث فيهما بأن تقوم الرقبة بمنافعها وتقوم مسلوبة المنافع مدة الوصية، فما كان التفاوت بينهما فهو الوصية من الثلث، ذكره في البحر[٤]، ويُحتمل أن يعتبر بقيمتها حال إخراجهما كما في النتاج تعتبر قيمته يوم يولد، ولعل هذا أولى.

فرع: فإن كانت الوصية بالسكنى أو الخدمة للفقراء فقال أبو طالب وأبو حنيفة: لا تصح، وقال أبو يوسف ومحمد: بل تصح، قال الإمام يحيى: وهو

---

(١) لأن الخلاف مطرد في كل المنافع. (بستان).

(*) لا يورث.

(٢) قياس الأصول الممهدة والقواعد الموطدة فيمن أوصى بسكنى دار لا يملك سواها أن الدار تقوم مسلوبة المنافع مدة بقاء الموصى له تقديراً وغير مسلوبة، كما ذكر فيمن وقف ماله لا على التوريث، ويسكن قدر ذلك، مثاله: لو كانت تسوى ثلاثين غير مسلوبة، وعشرين مسلوبة- فالوصية عشرة، وهو الثلث، وعلى ذلك فقس، والعبرة بالانكشاف. (مفتي).

(*) إلى موت الموصى له. (شرح أزهار). أو خراب الدار. (قرين).

(٣) في (ج، د): حتى يستغرق كراءها.

(٤) يعني: فإذا كان قيمة الرقبة كاملة المنفعة على جهة التأبيد مائة درهم، وقيمتها مسلوبة المنفعة مدة الوصية خمسين درهماً علمنا أن قيمة المنفعة خمسون درهماً وفعلنا بحسبه. (بستان).

الأصح[١]. فأما الوصية بالغلة للفقراء فتصح، قال الفقيه محمد بن يحيى: والفرق أن الغلة أعيان تسلم إلى آحاد الفقراء، والمنافع في الخدمة والسكنى لا يمكن ذلك فيها؛ لأنه أوصى لهم بنفسها، وليس فيهم معين يستوفيها[٢]. قال الفقيه يوسف: والفرق فيه دقة[٣].

مسألة: ويصح من المستأجر أن يوصي بالمنفعة التي ملكها بالإجارة.

مسألة: من أوصى بغلة بستانه أو بخدمة عبده ولا بستان له ولا عبد يوم أوصى ثم ملكهما قبل موته صحت الوصية؛ لأن العبرة فيها بما يوجد في ملك الموصي حال موته.

مسألة: وحيث الموصى به الخدمة أو السكنى أو المنافع أو الثمر أو النتاج لا يصح من وارث الموصي بيع أصول ذلك[٤]، إلا أن يجيز الموصى له[٥] صح البيع وبطلت الوصية، ذكره المؤيد بالله، وسواء كانت الوصية مطلقة أو مؤقتة، قال الفقيه يحيى البحيبح: وهذا إذا باعه مطلقاً، وأما إذا استثنى الموصى به مدة الوصية فإنه يصح البيع والوصية باقية[٦].

---

(١) وتصرف في الجنس كالأعيان، قلت: وهو الأصح. (بحر بلفظه).

(٢) قلنا: تصرف في الجنس كالأعيان.

(٣) إذ المنافع كالأعيان في صحة صرفها في الجنس. (حاشية سحولي).

(٤) المذهب الصحة كما يأتي في الفرع عقيب قوله: مسألة: من أوصى برقبة عبده لرجل إلخ. وإذا بيعت للإتلاف منع المشتري من إتلافها.

(٥) وفي الكواكب: أو يسلم المبيع.اهـ والظاهر أن التقوية لكلام المؤيد بالله من جهة بطلان الوصية بالإجازة، لا في صحة البيع فيصح كما يأتي.

(٦) وظاهر الأزهار وشرحه أنه يصح البيع مطلقاً، ولا تسقط الوصية بالخدمة والسكنى بالبيع، بل تبقى لمستحقها مدة الوصية. (قرر).

فرع[١]: فإن كانت الوصية بالكراء صح بيع الوارث للأصل، ولزم تسليم الكراء منه[٢] للموصى له في كل وقت يمضي بقدره، بخلاف المنافع فإن الموصى له يستحقها بنفسها فلا يصح أن يسلم البائع قيمتها، وكذلك في الثمار والنتاج.

مسألة: والوصية بالمنافع يصح التوقيت فيها كما في الإجارة[٣]، وأما في الوصية بالأعيان إذا وقتت قال سيدنا عماد الدين: فلعله يبطل التوقيت وتكون مطلقة كما في الهبة، والله أعلم. والوصية بالثمار والنتاج تكون إباحة- لأنها معدومة[٤]- لكن متى قبضها ملكها[٥].

مسألة: من أوصى بثلث ماله وله مال لا يعلمه دخل في الوصية، خلاف مالك والليث. ويعتبر بماله عند موته ولو كان لا يملك شيئاً عندما أوصى، وكذا إذا زاد ملكه[٦] أو نقص، بخلاف ما إذا نذر بماله نذراً معلقاً بشرط ثم زاد ماله قبل حصول الشرط فإن الزيادة لا تدخل؛ لأن النذر ينعقد حال نذره؛ ولهذا لا يصح الرجوع عنه، والوصية إنما تنعقد عند موته؛ ولهذا يصح الرجوع عنها. وأما النقصان من ماله فهو يخرج في الوصية وفي النذر. ولا يصح شرط الخيار في

---

(١) وهذا على أصل المؤيد بالله.

(٢) لعله حيث تعذر على الموصى له استيفاء الكراء من المشتري، وإلا فهو باق له، وهو الموافق للأزهار والبحر.

(*) وذلك لأن ببيعه للأصل قد التزم بالكراء، وهو يمكن تسليمه، بخلاف المنافع فهو لا يمكن تسليمها ولا يصح تسليم قيمتها كما ذكره في الكتاب. (بستان بلفظه). وهذا على أصل المؤيد بالله عليه السلام. والله أعلم.

(٣) قوله: «كما في الإجارة» أي: كما أن الإجارة مؤقتة فتصح الوصية بالمنافع مؤقتة. (بستان بلفظه).

(٤) قلنا: فرق؛ لأن الولد لا قيمة له قبل وضعه فافترقا. (مفتي).

(٥) يعني: فلا يرجع عليه مع البقاء. (قرر).

(*) ولا يصح الرجوع عنها من الورثة مع البقاء.

(٦) الأزهار خلافه في قوله: فإن زاد فبالأقل.

الوصية وفي سائر عقود التبرعات[١].

مسألة: من أوصى بثلث غنمه أو بشاة من غنمه ثم تلفت غنمه أو خرجت عن ملكه بطلت الوصية، إلا أن يملك غنماً غيرها قبل موته صحت الوصية منها، إلا إن كان قال: «من غنمي هذه[٢]» لم تتعلق بغيرها.

مسألة: من أوصى برأس من الغنم أو من البقر أو من الإبل خير وارثه أو وصيه بين الذكر والأنثى، وإن قال: بعشر من الغنم أو نحوها تعينت الإناث، وإن قال: بعشرة تعينت الذكور، ذكره في البحر، ولعله حيث لم يجر العرف بخلاف ذلك.

مسألة: من أوصى بشاة من غنمه أو بثوب من ثيابه أو نحو ذلك فإن مات وله شيء من ذلك تعين فيه[٣]، فيخرج الأدنى منه؛ لأنه المتيقن، فلو أخرج أعلى منه صح إذا كان برضا الورثة[٤]، وإن لم يكن له شيء من ذلك بطلت الوصية.

فرع: فإن أوصى بشاة من ماله أو بثوب من ماله أو نحو ذلك فإن مات وله شيء من ذلك أخرج الأدنى منه، قال الفقيهان علي وحسن: ولا يجوز أن يخرج من غيره[٥]، وقال في البحر: يجوز[٦]. وإن لم يكن له شيء من ذلك عند موته اشترى أدنى ما يقع عليه الاسم وأخرج عنه.

مسألة: من أوصى برقبة عبده لرجل وبخدمته لآخر صح وكانت نفقته

---

(١) يعني: بل في عقود المعاوضات. (بستان).

(٢) أو عرف من قصده.

(٣) وذلك للإضافة إلى غنمه، فلا تجوز مخالفته. (بستان)

(٤) ولا صغير فيهم. ولفظ حاشية: إلا أن يكون فيهم صغير.

(٥) أي: من غير ماله مع وجوده في ماله. (بستان)

(٦) وعليه الأزهار.

وفطرته[١] على صاحب الخدمة عند أبي حنيفة والوافي وأحد قولي أبي طالب، قال في البحر: بدليل أن العبد إذا امتنع من خدمة سيده سقطت نفقته عنه، وهذا يدل على أن المنافع يملكها [صاحب الخدمة][٢] الموصى له، وقال الشافعي والأزرقي وأبو مضر وأحد قولي أبي طالب: بل على مالك الرقبة[٣].

فرع: وإذا باعه صاحب الرقبة فإن أجاز صاحب الخدمة بطلت الوصية بها[٤] ولا شيء له من الثمن، وإن لم يجز صح بيع الرقبة وللمشتري الخيار إذا جهل ذلك[٥]، ذكره في التذكرة والزهور، وهو يخالف قول المؤيد بالله الذي تقدم: إنه لا يصح البيع، ولعل هذا أولى، قال الفقيه يوسف: والخلاف هنا في الخدمة هل تورث كما تقدم[٦]، وإذا لم تورث عادت لصاحب الرقبة.

فرع: وما كسبه هذا العبد أو أحياه من المباح فهو لصاحب الخدمة، وأما ما وهب له فقال في التذكرة: يكون لصاحب الخدمة أيضاً، قال الفقيه حسن[٧]: والأولى أنه لصاحب الرقبة.

فرع: فلو كانت أمة ووطئت بشبهة فقال في التذكرة: يكون مهرها لصاحب

---

(١) والكفن والسكنى والكسوة والدواء. (قرد).

(٢) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٣) لأن قوام الرقبة وحياتها إنما يكون بالنفقة؛ فلهذا كانت على من يملك الرقبة بكل حال. (بستان).

(٤) يقال: لو باع العبد إلى صاحب المنفعة فلعله يبطل الحق كما لو أجاز بيعه. (قرد). وفائدته لو أخرجه إلى ثالث.اهـ يحقق ما وجه سقوط حقه؟

(*) ولو عاد بما هو نقض للعقد من أصله. (قرد).

(٥) وعليه الأزهار بقوله: وهي عيب .. إلخ.

(٦) المذهب لا تورث.

(٧) قوي. (حثيث).

الخدمة، وقال في الحفيظ: لمالك الرقبة، قال سيدنا عماد الدين: والأقرب أن كلام الحفيظ يستقيم في مهر البكر(١)؛ لأنه كأرش الجناية عليها، وكلام التذكرة يستقيم في مهر الثيب(٢)؛ لأنه كأجرة منفعتها، والله أعلم.

فرع: وأما أولاد الأمة ونتاج البقرة ونحوها فيكونون هم ومنافعهم لمالك الرقبة(٣)، وقال بعض أصحاب الشافعي: لصاحب المنفعة، وقال بعض أصحاب الشافعي والإمام يحيى: تكون رقبتهم لمالك الرقبة ومنفعتهم لصاحب المنفعة.

فرع: وإذا أعتقه مالك الرقبة(٤) عتق، وأما المنفعة فقال في الانتصار ومهذب الشافعي: تبقى لصاحبها، وهو الصحيح، وقال في التذكرة: يضمن المعتق أجرته لصاحب الخدمة(٥) إلى السابق من موت العبد أو صاحب الخدمة، وقال في الحفيظ: يضمن المعتق ما بين قيمته بمنافعه وقيمته مسلوب المنافع. والأقرب أن وجوب ضمان الخدمة يدل على أنها ملك لصاحبها؛ إذ لو كانت إباحة لم يجب ضمانها، والله أعلم.

فرع: وإذا جنى هذا العبد على الغير فالأرش في رقبته: إما سلمه مالكها(٦) وإلا

---

(١) مع الدخول لصاحب الرقبة.

(٢) و البكر قبل الدخول. (قرد).

(٣) هذا ذكره في اللمع، واختاره في الكتاب، ومثله في موضع من الانتصار؛ لأن الولد تابع للأم في الرق والحرية، ولا حق في الولد لصاحب المنفعة؛ إذ هو من الفوائد الأصلية. والمراد حيث كان أولادها من تزويج أو زنا. (بستان بلفظه).

(*) وعليه الأزهار بقوله: ولذي الرقبة الأصلية.

(٤) في (ج، د): صاحب الرقبة.

(٥) وعليه الأزهار بقوله: وأعواض المنافع إن استهلكه بغير القتل.

(٦) وإذا سلمه بطلت الوصية بالمنافع كما لو جنى عمداً، قيل: وكما لو جنى المؤجر. (مصابيح وتعليق تذكرة). وقيل: لا تبطل، بل تبقى، كما لو باعه فإنها لا تبطل بالبيع.

فداه. وإذا جنى عليه الغير أو قتله فقال في التذكرة والحفيظ ومالك: يكون الأرش لصاحب الرقبة(١)، وقال أبو حنيفة والإمام يحيى: يشتري به شيئاً تكون رقبته لمالك الرقبة ومنفعته لصاحب المنفعة. قال الفقيه حسن: وإن قتله صاحب الرقبة لم يضمن لصاحب الخدمة(٢)؛ لأنها لا تعلم حياته لو لم يقتل، بخلاف ما إذا أعتقه فيضمن؛ لأنه قد عاش بعد العتق. ولعله يقال: إنه لا يضمن في الكل على قولنا: إن المنافع لا يملكها الموصى له، وعلى القول بأنها تملك يضمن في الكل.

فرع: فلو قتله عبد عمداً ففي القصاص احتمالان: أحدهما: أنه إلى صاحب الرقبة. والثاني: أنه إليهما معاً، ورجحه الإمام يحيى.

فرع: وأما ولاية نكاحه وإنكاحها(٣) ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: إلى مالك الرقبة(٤).

والثاني: إلى صاحب المنفعة؛ لأن المهر له(٥).

والثالث: إليهما معاً، ورجحه الإمام يحيى والفقيه حسن. وكذلك الإذن له بالتجارة يكون إليهما معاً(٦)، وما لزمه فيها ففي رقبته ومنفعته. ولم يذكروا مهر زوجة العبد، قال سيدنا عماد الدين: ولعله يكون على الخلاف في الإذن له

---

(١) وقد تقدم لابن مظفر في الوقف أنه يؤخذ للهدوية أنها لصاحب المنفعة.

(*) وعليه الأزهار.

(٢) وهذا بناء على أن القتل وفاء أجل وليس بخرم.

(*) وعليه الأزهار.

(٣) في (ج، د): وإنكاحه.

(٤) ويراضى ذو المنفعة؛ إذ المهر له. (بحر). فإن لم يرض لم يصح[١]، وقد تقدم مثله في النكاح.

(٥) قلت: إن كانت ثيباً أو بكراً قبل الدخول. (قرر).

(٦) هذا ذكره في التذكرة، قال في الكواكب: ومفهوم الكلام إن إذن أحدهما لا يصح، وهو يستقيم في مالك الرقبة، وأما في مالك المنفعة فهو محتمل. وما لزمه فيها ففي رقبته ومنفعته؛ إذ يتبع الإذن في التجارة؛ لأنه كالتوكيل له. (بستان بلفظه).

---

[١] أي: لم ينفذ، بل يبقى موقوفًا. (هامش شرح الأزهار من النكاح من قوله: ويراضى المصرف).

بالنكاح، فمن كان الإذن إليه فهو عليه[١]، والله أعلم.

مسألة: من أوصى بشيء من ماله بعد موته بسنة أو نحوها أو بعد موته وموت أولاده فالأقرب أنه يكون كالعتق إذا أضافه إلى بعد موته بشرط أو وقت، فعلى ما ذكره في الشرح واللمع[٢] والمؤيد بالله والأزرقي يصح[٣]، وعند المنصور بالله وأبي حنيفة والتفريعات لا يصح ذلك كله[٤].

مسألة: تصح الوصية للحربي المستأمن، لا غير المستأمن؛ لأن الله نهانا عن برهم، خلاف أحد قولي الشافعي. قال في الوافي: إذا ارتد الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية[٥]. وهذا يدل على أن الوصية للمرتد لا تصح كالحربي[٦].

مسألة: وتصح وصية الذمي للمسلم، فأما للفقراء فلا تصح؛ لأنها قربة، ولا قربة لكافر، وقال الفقيه علي: تصح[٧].

مسألة: قال المنصور بالله: لا تصح الوصية للكلاب- ولعل الوجه فيه أن

---

(١) فالمذهب على مالك الرقبة. (مفتي) (قرر). وفي الغيث: على صاحب الخدمة، كذا نقل. ولو قيل: من كسبه لم يبعد.

(*) وأما النفقة فلعلها تابعة على من عليه نفقة العبد، والله أعلم. (شامي).

(٢) للهدوية، وهو قوي، وقرره الغيث والأزهار حيث عرف من قصده الوصية. (قرر).

(٣) والفقيه حسن يقول: إنه يكون وصية، ونحن نوافقه مع معرفة قصد الوصية هناك، فيلزم أن تكون الوصية هنا صحيحة، وهذا على تسليم أن الوصية في مسألة التدبير المقيد بشرط بعد الموت تفتقر إلى قصد الوصية على ظاهر كلام الغيث وتضعيف كلام الفقيه حسن هناك، والأظهر أن الوصية ليست أمراً زائداً على تعليق وقوع العتق بعد الموت، والله أعلم.

(*) حيث عرف من قصده الوصية. (قرر).

(٤) حيث عرف من قصده الشرط كما تقدم في العتق. (قرر).

(*) واختاره في البحر.

(٥) مع اللحوق. (قرر). وقيل: وإن لم يلحق.

(٦) وهو ظاهر الأزهار؛ لأنه قال: وتصح للذمي. ولو قيل: تصح موقوفة على رجوعه أو لحوقه ونحوه فينظر. (مفتي).

(٧) وقواه التهامي؛ لأنها إباحة.

فيها ما لا قربة فيه، وهو العقور- وتصح لحمام مكة، وقال الإمام يحيى: لا تصح لها أيضاً. ولعله على التفصيل الذي تقدم(١).

مسألة: وتصح الوصية للحمل إذا ولد حياً لدون ستة أشهر من موت الموصي(٢)، فإن أوصى لما يحدث من حمل امرأة معينة بعد موته لم تصح؛ لأنها لمعدوم، ذكره الإمام يحيى.

فرع(٣): وإذا أوصى للحمل فولد ذكر وأنثى وخنثى لبسة كانت بينهم أثلاثاً(٤)، فإن أوصى للحمل إن كان ذكراً فله كذا وإن كان أنثى فله كذا فخرج خنثى أو ذكرين أو أنثيين أو ذكراً وأنثى فلا شيء له، ذكره في البحر(٥).

---

(١) يعني: إن قصد أنها تطعم منه صح؛ لقوله ﷺ: ((في كل كبد حراء أجر))، وإن قصد أنها تملكه لم يصح؛ لأنها لا تملك. قال ﷺ: ولا فرق بين حمام مكة وغيرها من سائر الحيوانات المحترمة. (بستان بلفظه) (قرر).

(٢) وفي البحر: من يوم عقدها. ولكن المختار ما هنا؛ لأنه وقت الاستقرار، والله أعلم.

(*) أو كان قد علم وجوده؛ لأنا تيقنا وجوده عند موت الموصي.

(٣) في (ج، د): مسألة.

(٤) إذ هو عطية لا ميراث. (شرح بحر).

(*) فلو خرج توأمان أحدهما ميت والثاني حي كم يستحق الحي؟ قيل: يسلم له النصف، وقيل: بل يستحق الحي الجميع. فإن خرج أنثى وخنثى فنصفان؛ إذ هو عطية.

(٥) قوله: «ذكره في البحر» قال فيه: إذ ليس الخنثى ذكراً ولا أنثى. وفي الذكرين والأنثيين والذكر والأنثى لا شيء له إذا أراد إن كان [١] جميع ما في بطنها، يعني ذكراً وحده أو أنثى وحدها؛ لأنه شرط الوحدة في الذكر والأنثى، ولم يحصل، وقد صرح في الانتصار أن هذا الكلام حيث قال: إن كان ما في بطنك ذكراً فله كذا، وإن كان أنثى فله كذا. قال عليه السلام: فأما حيث قال: «إن ولدت ذكراً فله ألف، وإن ولدت أنثى فلها مائة» فإذا ولدت خنثى استحقت المائة؛ لأنها تستحقها بيقين، والعضو الآخر زائد، ويوقف ما زاد على المائة إلى الألف: فإن تبين أنها امرأة لم تكن مستحقة له، وإن تبين أنها رجل استحقته، وإن ولدت ذكراً وأنثى فإن الذكر يستحق الألف والأنثى تستحق المائة؛ لأنه طابق ما قال في الوصية. (بستان بلفظه).

---

[١] التذهيب من هامش (أ) والمطبوع وهامش شرح الأزهار.

مسألة: وتصح الوصية بحمل الأمة إذا علم حصوله(١) عند موت الموصي أو خرج حياً لدون ستة أشهر من موت الموصي، فلو أعتق الوارث أمه عتق الحمل وضمن المعتق قيمته يوم ولد حياً للموصى له(٢).

مسألة: الوصية للقاتل إن وقعت بعد الجناية صحت كما يصح العفو عنه، وإن وقعت قبل الجناية فعلى أحد قولي الشافعي تصح مطلقاً، وعلى أحد قولي الشافعي والحنفية تبطل مطلقاً، وعندنا أنها تبطل بالعمد(٣) لا بالخطأ كالإرث، لكن لا تحسب الدية(٤) من مال المقتول في اعتبار ثلثه، ولعل الوجه كون القاتل لا يرث منها. وحيث تبطل لا تعود إلا بتجديدها، لا بالعفو عن القاتل ولو أجازها الورثة، وقال أبو حنيفة: إذا أجازوها صحت. قلنا: وإذا سلمها الورثة بعد بطلانها فمع علمهم ببطلانها تكون إباحة، ومع جهلهم لهم الرجوع فيها مطلقاً.

---

(١) حيث علق الوصية بالموجود، وإلا تأبدت كما في الأزهار.

(٢) وعليه الأزهار بقوله: ومن أعتق أم حمل إلخ.

(٣) بغياً أو لا؛ لقوله ﷺ: ((ليس لقاتل عمد وصية)). (بحر)[١]. وفي الفتح[٢]: حيث كان القتل بغياً كالميراث. وهو الأولى.

(٤) المذهب تحسب كما تقدم في الجنايات في قوله: وتسقط بالعفو.

---

[١] لفظ البحر: ومن أوصى لرجل ثم قتله الموصى له عمداً بطلت الوصية؛ لقوله ﷺ ..إلخ.

[٢] لفظ الفتح: بقتله الموصي تعدياً.

فصل [فيمن يصح الإيصاء إليه ومن لا يصح]

يجوز أن يكون المسلم وصياً للذمي، ولا يتصرف إلا فيما يستجيزه هو(١). ولا يجوز أن يكون الذمي وصياً للمسلم(٢) وفاقاً.

مسألة: ولا يصح أن يوصي إلى عبده؛ لأن إذنه يبطل بموته، وقال مالك: يصح، وقال أبو حنيفة: يصح إذا لم يكن في ورثته بالغ. وأما إلى عبد غيره فإن كان مأذوناً له فيها صحت، لكنها تبطل بموت سيده، وإن كان غير مأذون له فيها لم تصح. وقال الناصر: إنها تصح مطلقاً(٣)، وقال أبو حنيفة والشافعي وأحد قولي أبي العباس: لا تصح وصاية العبد مطلقاً(٤).

مسألة: ولا وصاية لخائن، وإذا خان الوصي فيما هو وصي فيه بطلت ولايته فيما خان فيه(٥)، وأما في غيره فقال الفقيه حسن:تبطل أيضاً، وقال فقهاء المؤيد بالله: لا تبطل(٦) إلا إذا كان مما يوجب الفسق جاء الخلاف في الوصي إذا فسق. وإذا تاب من الخيانة ففي عود وصايته قولان للسيدين(٧).

---

(١) قياس ما تقدم في الوكيل أنه لا يتصرف إلا فيما يستجيزانه. وقد يقال: هو هنا يتصرف بالولاية، بخلاف الوكيل، والله أعلم.

(٢) لأنه لا ولاية لكافر على مسلم؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴿١٤١﴾﴾ [النساء]. والحربي كالذمي. قال عليه السلام: فأما الكافر المتأول كالمجبر والمشبه فتجوز الوصاية إليهما؛ لأنهما يخافان الله تعالى، وهما من أهل الأمانة والولاية؛ ولهذا صحت ولايتهم عند من قال بإكفارهم. وقال في البحر: إن الكافر المتأول على الخلاف. (بستان بلفظه).

(٣) سواء كان عبد الموصي أم عبد غيره، مأذوناً له أم لا، رواه في الزوائد. (بستان بلفظه).

(٤) وعليه الأزهار بقوله: حر.

(*) عبده أو عبد غيره.

(٥) مطلقاً.اهـ إذا كان على وجه الجرأة، لا إذا كان على جهة الغلط والسهو.

(٦) قوي شامي وتهامي.

(٧) المختار لا تعود إلا بتجديد كما تقدم في الأزهار في الوقف.

مسألة: ولا تصح وصاية الفاسق عند القاسم والهادي والناصر والشافعي وأحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي أبي طالب، وعند أبي حنيفة والمنصور بالله وأحد قولي أبي طالب والأصح من قولي المؤيد بالله أنها تصح حيث هو أمين[١] وتكره. وهكذا الخلاف إذا كان عدلاً ثم فسق. قال الفقيه علي: وهكذا الخلاف فيمن ولاه الواقف على الوقف أو ولاه الإمام أو الحاكم على يتيم أو مسجد أو نحوه. وهذا في فاسق التصريح، فأما فاسق التأويل فتصح وصايته[٢]، ذكره في الشفاء.

فرع: وإذا بطلت ولاتيه بفسقه ثم تاب ففي عودها قولان للسيدين: أحدهما: تعود. والثاني والمنصور بالله: لا تعود إلا بتجديد من إمام أو حاكم[٣].

مسألة: وإذا قلنا: تبطل الوصاية بالفسق ثم تصرف الوصي بعد فسقه على حسب ما أمره الموصي فعند القاسم والهادي والناصر والشافعي أنه يضمن[٤]، وللمؤيد بالله قولان: القياس أنه يضمن، والاستحسان أنه لا يضمن[٥].

فرع: ويعتبر كمال شروط الوصاية حال استقرارها، وهو عند موت

---

(١) واختاره الإمام شرف الدين.

(*) وأيضاً لو قلنا: إنها لا تصح الوصاية إلا مع العدالة لأدى إلى الحرج وإبطال الوصية رأساً؛ لأنه قل ما يوجد العدل المرضي في هذا الزمان، فيؤدي إلى إبطال حق الغرماء والفقير والوارث، وكل ما يؤدي إلى الفساد كان فاسداً، وما قاله القاسم والناصر ويحيى عليهم السلام قالوه اعتباراً بأهل زمانهم. (لمعة بلفظها).

(٢) وظاهر إطلاق أهل المذهب اشتراط العدالة تصريحاً وتأويلاً.

(*) وكذا كافر التأويل. (قرر).

(٣) وعليه الأزهار فيما مر في الوقف في قوله: والمستفادة.. إلخ.

(*) يقال: هذه تولية من الإمام أو الحاكم مبتدأة، وأما الوصاية فقد بطلت.

(٤) لأنه لا وصاية له فكان غاصباً. (بستان).

(٥) لأنه لم يرو أن أحداً ضمن الوصي الفاسق ما تصرف فيه على أمر الموصي. (بستان بلفظه).

الموصي[١]، ذكره في البحر، وقيل[٢]: حالة الإيصاء إليه وحالة الموت معاً ولو فسق فيما بينهما، وقيل: لا بد أن يستمر من حالة الإيصاء إلى حالة الموت.

مسألة: وإنما تصح الوصاية إلى بالغ عاقل حر مؤمن على حسب الخلاف. وألفاظها: أنت وصيي، أو أوصيت إليك، أو نحو ذلك، أو اقبل وصيتي، أو قم بها، أو أنت في موضعي أو في مكاني بعد موتي، أو أنت خليفتي، أو اخلفني، أو أنت وكيلي بعدي، أو ما أشبه ذلك[٣]، وكذا إذا قال: حجّج عني أو اقض ديني أو اقتض ديني، ذكره المؤيد بالله.

مسألة: إذا أوصى إلى رجل وأمر رجلاً آخر أن يكون مشارفاً أو رقيباً عليه أو لا يتصرف إلا برأيه أو بعلمه أو بمحضره[٤] ففي كون هذا الثاني وصياً مع الأول قولان للسيدين[٥].

مسألة: والوصاية تفتقر إلى القبول أو الامتثال كما في الوكالة ولو لم يحضر في المجلس، خلاف الشافعي. قال ابن أبي الفوارس: فإذا أوصى إلى صبي خير الصبي

---

(١) وظاهر الأزهار أن العبرة في كمال الشروط حال القبول أو الشروع في العمل. (شامي) (قرر).

(*) قال في الروضة النواوي: ولو قال: أوصيت إليك إلى أن يبلغ ابني فلان أو يقدم من سفره، فإذا بلغ أو قدم فهو الوصي، أو قال: أوصيت إليك سنة وبعدها وصيي فلان- فالمذهب صحته، وبه قطع الجمهور. وظاهر هذه الأقوال أن العبرة بحال القبول لا بحال اللفظ بالوصية، وهذا ظاهر ما يفسر به الأزهار، والمفهوم من عبارة الأثمار.

(٢) قوي. (تهامي، وهبل).

(٣) يعني: كل لفظ يقتضي الإباحة في التصرف بعد الموت، فما كان مبيحاً للتصرفات المالية على جهة النيابة عن الموكل كان مفيداً للوصاية. (بستان بلفظه).

(٤) ليس بوصي كما في الأزهار، لكن لا يتصرف إلا بحضوره. فإن امتنع أو مات بطلت الوصية. (قرر).

(٥) في الأزهار أنه وصي، لا المشروط حضوره. فليس بوصي، وأما حضوره فلا بد منه.

عند بلوغه[١] بين قبولها[٢] وردها.

فرع: ويصح رد الوصاية قبل قبولها، وأما بعده فإلى وجه الموصي[٣] يصح الرد، وفي غير وجهه أو بعد موته لا يصح ردها ولا الخروج منها مطلقاً، وقال الشافعي: يصح الخروج منها مطلقاً، وقال أبو حنيفة: له الخروج[٤] منها بإخراج الحاكم له[٥] إذا طلبه ذلك، لا بغيره.

مسألة: إذا رد الوصاية ثم قبلها فإن كان الرد إلى وجه الموصي أو قد علم به لم يصح قبولها إلا بعد تجديدها، وإن لم يكن كذلك فعند الهدوية وأبي حنيفة يصح القبول[٦] سواء كان قبل موت الموصي أو بعده، وعند المؤيد بالله لا يصح مطلقاً[٧].

---

(١) قال في الكواكب: وليس مراده أنه يتضيق ذلك عليه عند بلوغه. (بستان).

(٢) لعل هذا على القول بأن كمال شروط الإيصاء يعتبر عند الموت لا عند الإيصاء، ويصح حمله على كلام الأزهار، وهو أن المراد كمالها عند القبول.

(٣) أو علمه بكتاب أو رسول. (قرد).

(٤) قوي. (حثيث).

(٥) إذا ظهر العجز. والأولى أن الحاكم يقيم معه غيره ولا يعزله؛ ليحصل الوفاء بغرض الموصي. (مفتي) (قرد).

(*) قلت: وهو قريب للمذهب. (بحر)

(٦) لأن الوصية قد تمت من جهة الموصي وبقيت موقوفة على قبول الوصي، فمتى قبلها صحت الوصية، والرد ضعيف؛ لأنه رد إلى غير من إليه الرد. وعند المؤيد بالله لا يصح مطلقاً؛ لأنها موقوفة على قبولها، فإذا ردها بطلت كما لو ردها في حال حياة الموصي إلى وجهه أو علمه به، قال عليه السلام: وهذا هو المختار. ومنشأ الخلاف بين السيدين هل العقد يبطل بالرد أم لا؟ فعلى قول أبي طالب لا يبطل إذا تداركه بالقبول، وعلى قول المؤيد بالله يبطل ولو تداركه، بل لا بد من عقد مستأنف. (بستان بلفظه).

(٧) وعليه الأزهار بقوله: ولا تعود بالقبول بعده في الحياة إلا بتجديد.

=

مسألة[١]: وتصح الوصاية إلى غير معين، نحو أن يقول: من قام بوصايتي فهو وصيي، فتصير فرض كفاية على الجماعة[٢].

فرع: ومن أوصى جماعة معينين فإن قبلوا كلهم صاروا أوصياء، وإن قبل بعضهم دون بعض صحت وصاية من قبل إلا أن يكون شرط قبولهم الكل.

فرع: وتصح الوصاية مطلقة ومؤقتة[٣] كما في الولاية والوكالة.

مسألة: وإذا كانت الوصاية مطلقة فهي عامة في جميع أموره[٤]، وإن عينها في شيء وسكت عن غيره كانت عامة أيضاً، خلاف الشافعي وأحد قولي المؤيد بالله، وهو ظاهر إطلاق القاسم أنها تعين فيه دون غيره[٥]. وإن قصرها في شيء معين دون غيره تعينت فيه، وقال زيد بن علي والباقر وأحمد بن عيسى: بل تكون عامة.

(*) وهذا كلام المؤيد بالله هو الموافق للأصول من أن الفسوخ لا يصح الرجوع فيها كما ذكره في الإقالة وغيرها.

(١) في (ج، د): فرع.

(٢) في الميل. (عامر). وقيل: في البريد.

(*) فلو قبلها جماعة في حالة واحدة مع اجتماع الشرائط كانوا أوصياء جميعاً. (حاشية سحولي).

(٣) مثاله أن يقول الموصي: تصرف في وصيتي حتى يبلغ أحد أولادي ويكون التصرف إليه، أو يقول: لا تصرف في وصيتي إلا بعد شهرين من موتي، ونحو ذلك، والوجه في ذلك أن الوصية يجوز دخول الشرط فيها في الابتداء والانتهاء كما أوضحناه. (بستان بلفظه).

(٤) المتعلقة بالموصي وبأولاده الصغار وإن سمى معيناً، إلا ما يجب من الواجبات في البدن ثم ينتقل إلى المال فلا يفعله الوصي إلا أن يذكره له الموصي بخصوصه أو يقول له: نفذ عني جميع الوجبات. (حاشية سحولي لفظاً) (قرر).

(٥) قلت: وهو قوي. ووجهه القياس على القاضي والوكيل. (زهور). وقيل: إنما عمت في الوصي دون ولاية القاضي فخصصت بالتخصيص لأن القاضي نائب عمن يصح منه التصرف، والوصي نائب عمن لا يصح منه التصرف، فافترقا.

فرع: قال المؤيد بالله: إذا قال لغيره: كفني أو ادفني[(١)] أو انصب عني وصيا بعد موتي كان وصياً عاماً، لا إن قال له: ادفع ما عليك لي من الدين إلى وارثي[(٢)]، أو اقبضه من غريمي وسلمه إلى وارثي أو وصيي - فلا يكون وصياً في غير ذلك[(٣)].

مسألة: والوصي أولى بالتصرف على اليتيم في ماله من جده، قال الفقيه علي: وكذا وصي الوصي ما تدارجوا، وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل الجد أولى من[(٤)] وصي الوصي. وقال الشافعي: الجد أولى من الوصي. وقال مالك: لا ولاية للجد قط.

مسألة: من جعل له وصيين أو أكثر فإن شرط عليهم الاجتماع في التصرف وجب وفاقاً، إلا في رد الوديعة والمغصوب فلا يعتبر ولو شرط[(٥)]، ويعتبر في اجتماعهم عند التصرف أن يتولوه كلهم أو يوكلوا بعضهم به، وإذا مات أحدهم فقال الفقيه علي: إنها تبطل وصاية الباقين، إلا أن يوصي هذا الذي مات أحدهم أو غيرهم قام مقامه. وإن لم يشرط اجتماعهم فلكل واحد منهم ولاية عامة في التصرف وحده، خلاف الشافعي. قلنا: وهذا ما لم يتشاجروا، فإن تشاجروا لم يصح تصرفه إلا في حصته من المال[(٦)]، نحو أن يبيع أحدهم شيئاً لقضاء دين أو نحوه

---

(١) المختار في قوله: «كفني» أو «ادفني» أنه لا يكون وصياً؛ لأن العرف خلاف هذا. (قرر).

(٢) فلا يكون وصياً اتفاقاً.

(٣) أما على أصلنا فتعم حيث قال: اقبضه من غريمي؛ لأنه قد أمره بالقبض. (شامي).

(*) هذا على مذهب المؤيد بالله والقاسم كما سبق في أحد قوليه، وصدر الفرع على القول الآخر.

(٤) وهو الذي في الأزهار في البيع.

(٥) لأنه لا يحتاج إلى ولاية ولا تعلق له بالتركة، ولأنه يجوز لصاحب الوديعة والمغصوب أخذ حقه بغير واسطة. (بستان بلفظه) (قرر)[١].

(٦) إذا تشاجروا فيمن يتولى التصرف فكلام الكتاب هو المختار، وإن تشاجروا في حسن التصرف وقبحه لم ينفذ لأيهما تصرف إلا برأي الحاكم أو اجتماعهم. (غيث معنى) (قرر).

---

[١] التقرير من هامش شرح الأزهار.

ويشاجره الباقون فلا يصح إلا في قدر حصته منه. وإذا تشاجروا عند من يكون المال منهم اقتسموه إن أمكن من غير مضرة فيه، وإلا تهايأوه أو عدلوه عند ثقة(١).

مسألة: وولاية قضاء كل دين على الميت واقتضاء كل دين له إلى وصيه، وهل لورثته ولاية مع الوصي؟ فيه قولان للمؤيد بالله: أحدهما وأبو العباس: لهم ولاية، والثاني: لا ولاية لهم.

مسألة: وحيث لا وصي للميت فلكل وارث أمين(٢) ولاية في قضاء ما على الميت واقتضاء ما هو له إذا كان القضاء والاقتضاء من جنس الواجب، لا من غير جنسه فيصح في نصيبه ويقف في نصيب الباقين على إجازتهم، وإن قضى الدين من غير جنسه من مال نفسه صح القضاء وكان متبرعاً فلا يرجع على التركة ولا على الورثة، بخلاف الوصي في ذلك كله؛ لأن ولايته أقوى.

مسألة: إذا قبض أحد الورثة دين الميت كله من جنس الواجب صح قبضه له وبرأ منه الغرماء، وكان ما قبضه للورثة كلهم، وإن قبض منه قدر حصته أو أقل فأطلق أبو العباس أنه يكون لهم الكل(٣)، قال الفقيه يوسف: المراد به إذا أعطاه

---

(١) أو حفظوه في مكان يكون تحت أيديهم جميعاً. (قرر).

(٢) وهكذا في التذكرة اعتبر أن يكون ثقة، وكان في أصل نسخها اعتبار العدالة، قال في الزهور: وعموم كلامهم لا فرق بين أن يكون الورثة عدولاً أو فساقاً. (بستان بلفظه).

(٣) إلا في صورة واحدة، وهي إذا ادعى ديناً لمورثه على الغير وله إخوة فأتى بشاهد وحلف معه المتممة فإنه يستبد بما قبض، وشريكه إن حلف استحق وإلا فلا. وعلل بأن اليمين لا يجري[١] فيها النيابة. (من كتاب الأشباه والنظائر للأسيوطي). وأفتى به سيدنا إبراهيم حثيث رحمه الله. (قرر).

(*) في غير ما قسمته إفراز. (قرر).

(*) وفي الكواكب: إذا كانت قسمته إفرازاً استبد به القابض. ومثله في البحر، بشرط أن يصير النصيب إليهم. (قرر).

---

[١] في نسخ البيان: لا يجب، والمثبت من الأشباه والنظائر.

الغريم مطلقاً فهو لهم الكل، وإن أعطاه على أنه له وحده كان له وحده[١].

فرع: فلو اشترى هذا القابض شيئاً بعين ما قبضه من الدين قبل قسمته فإن كان الدين من غير النقدين فالشراء موقوف في الزائد على نصيبه، فإن أجازه الورثة كان لهم الكل[٢]، وإن كان من أحدهما فكذا أيضاً على القول بأن النقد يتعين، وعلى القول بأنه لا يتعين يصح الشراء له وحده. وما قبضه البائع من الثمن حيث لم يجز الورثة فإن كان من غير النقدين فللورثة مطالبته بنصيبهم منه، وهو يرجع على المشتري، وإن كان من أحدهما فكذا أيضاً على القول بأنه يتعين، وعلى القول بأنه لا يتعين يطيب له[٣]، ويطالب الورثة صاحبهم المشتري، ذكر ذلك أبو العباس، ومثله لأبي طالب والمرتضى.

مسألة: قال في الكافي: ليس للوصي أن يخلط ماله بمال الأيتام، وقال المنصور بالله: يجوز لمتولي الوقف أو المسجد أن يخلط طعامهما بطعامه، قال سيدنا عماد الدين: ولعله يعتبر في ذلك بالأصلح[٤] للمسجد والوقف واليتيم.

مسألة: وللوصي بيع تركة الميت لقضاء ديونه، فإن كان الوارث كبيراً فله نقض بيعه وأخذه له[٥]، ويقضي الدين من ماله إلى قدر قيمة التركة لا أكثر ولو

---

(١) ونظره الإمام في الغيث، ورجع إليه في البحر بلفظ: قلت.

(٢) لكن ينظر هل يعتبر أن يشتري له ولشركائه حتى تلحق الإجازة منهم أو لا؟ (بستان بلفظه). عن سيدي المفتي: حيث أضاف لفظاً إليهم؛ لأنه فضولي.

(٣) القياس أنه لا يطيب له إلا بعد المراضاة كما روي عن الإمام المهدي عليه السلام في الغيث.

(*) يعني: بعد قبضها. وأما جواز القبض فالمختار أنه لا يجوز له. (سماع سيدنا حسن رحمه الله).

(*) أي: يملكه ويأثم بالإقدام. (قرر).

(٤) يعني: فإذا كان خلطه لحفظه وفيه مصلحة فعل ذلك؛ لأنه مأمور أن يتحرى المصلحة، وإن عرف عدمها فليس له ذلك. (بستان بلفظه).

(٥) ولو معسراً[١] كما هو ظاهر الكتاب. وقيل: موسراً كالصغير.

(*) قال في شرح الإبانة: هذا إذا باع لقضاء دين الميت وتنفيذ الوصايا، فأما إذا كان البيع لما يحتاج صغار الورثة فليس له ارتجاع ذلك؛ لأنهم كالبائعين بأنفسهم. (ديباج).

---

[١] بشرط تحصيل الموصى به. (قرر).

دفع فيها الغير أكثر أو طلب الغرماء أخذها بالدين كله، إلا إذا كان الدين أكثر من التركة لزم الوارث دفع الزيادة وإلا ترك[١].

فرع: فإن كان الوارث صغيراً صح بيع الوصي للتركة، إلا أن يعرف أن للوارث مصلحة في أخذ التركة له وله مال يقضي الدين منه فعل ذلك، فإن لم يفعله كان للوارث أن ينقض البيع[٢] بعد بلوغه ويقضي الدين من ماله إذا بين[٣] أنه كان له مال عند البيع ومصلحة[٤] في أخذ المبيع له.

مسألة: ليس للوصي أن ينصب معه وصياً[٥] آخر إلا بعد موته، فإذا أوصى غيره عن الميت الأول أو عن نفسه[٦] صح[٧] وكان وصياً للأول وله، وإن لم يوص إلى أحد لم يكن لورثته [٨] أن يتصرفوا فيما كان وصياً فيه إلا في رواية عن المؤيد بالله رواها في الكافي.

مسألة: ويجوز للوصي أن يتجر في مال اليتيم[٩] أو يدفعه إلى غيره مضاربة

---

(١) في التذكرة: حيث ذلك عن دين، لا إذا كان عن وصية تبرع فالوارث أولى بالقيمة مطلقاً، ذكره أبو مضر والفقيه حسن.

(٢) هلّا قيل: البيع غير صحيح لعدم المصلحة.

(٣) في (ج، د): تبين.

(٤) الظاهر المصلحة فيكون القول قوله فيها، ويبين بالمال عند البيع. (قرر).

(٥) أي: ولياً يتصرف بالولاية، لا وكيلاً فيصح التوكيل. (قرر).

(٦) وكذا إذا أوصى في أمور نفسه ولم يذكر ما هو وصي فيه دخل في وصيته. (تعليق ناجي).

(٧) لأنه يتصرف بالولاية فكان مشبهاً للأب والجد، فيجوز له الإيصاء وإن لم يأذن له الموصي، قيل: ويجب عليه ذلك إذا كان هناك ما يجب القيام به، ذكره في البرهان. (بستان بلفظه).

(٨) وقال الدواري: إنها تنقل إلى وارث الوصي والولي وفاقاً؛ فحينئذٍ لا فرق بين الوصي والولي والوكيل.

(٩) لما روي عنه ﷺ أنه قال: ((ابتغوا في أموال اليتامى لا تأكلها الصدقة)). وروي أن علياً عليه السلام كان وصياً في مال بني أبي رافع فلما بلغوا دفعه إليهم وأخرج توقيعه، فقالوا: إنا نجده ناقصاً، فقال: احسبوا زكاته، فحسبوا فأتوا وما نقصه سواها، فدل على أنه كان يخرج زكاته. (شفاء باختصار).

إذا رأى فيه صلاحاً مع ظن السلامة، وهل يجب دفعه إلى الغير مضاربة أو يستأجر من يتجر فيه كما يجب زراعة أرضه أو لا يجب ذلك؛ لأن الضرر في ترك زراعة أرضه أكثر سل[١]؟ ولعل الآخر أظهر، والله أعلم.

مسألة: وليس لولي الصغير أن يبيع ماله إلا لحاجته أو لمصلحته، وإلا كان موقوفاً على إجازته بعد بلوغه. وقال أبو حنيفة: يجوز بيعه مطلقاً[٢].

مسألة: وليس للوصي أن ينفق مال اليتيم عليه في غير ما كان أبوه يعتاده، نحو تعليم القرآن لمن لا يعتاده، أو يكسوه أو ينفق عليه خلاف عادة أبيه، فإن فعل ذلك ضمن؛ لأنه في الأغلب لا مصلحة له فيه، ذكره في الإفادة وتعليقها، قال القاضي زيد: لأن الأغلب من حال الصغير أنه يتبع عادة أبيه، قال الفقيه علي: إلا في القدر الواجب من القرآن فيجب. وقال في حواشي الإفادة والفقيه يحيى البحيح: العبرة بما يغلب في الظن أن فيه صلاحاً لليتيم ولو خالف عادة أبيه.

فرع: وإذا تصرف الوصي في مال اليتيم بما ظن فيه المصلحة ثم تبين خلافه فإن كان منه تقصير في تحري المصلحة ضمن، وإن لم فلا شيء عليه، نحو أن يبيعه ثم بان أن ترك البيع أصلح[٣]، أو يودعه مع من ظن أنه ثقة ثم بان خلافه، ذكره الفقيه يوسف، بخلاف ما إذا أنفق المال عليه ثم بان على أبيه دين مستغرق لماله فإنه يضمنه مطلقاً[٤]؛ لأنه أتلفه على الغرماء[٥].

---

(١) قال القاضي عبدالله الدواري: لا يجب على الوصي إلا حفظ مال القاصر، لا الشراء والشفعة، إلا أن يكون في ترك الشفعة مضرة وجبت كما ذكره في البحر.

(٢) سواء كان لضرورة أم لا، لمصلحة أو غيرها. لنا ما مر. (بستان بلفظه).

(*) تحقق الرواية عن أبي حنيفة ففيها انضراب.

(٣) أما البيع إذا انكشف فيه عدم المصلحة للصغير فلا ينفذ. (قرد).

(٤) إذا لم يكن للصبي مال، وإلا فمن مال الصبي كما تقدم. (قرد).

(*) يعني: سواء كان منه تقصير في البحث أم لا.

(٥) ويرجع على من غره، وهو الأب إذا انكشف له مال.

مسألة: ويجوز للوصي أن يفعل في مال اليتيم ما فيه صلاح له(١)، نحو الغرم الذي يعتاده الناس أو إطعام الضيف حيث فيه مصلحة له ظاهرة، قال الفقيه حسن: ويجوز للضيف الأكل منه، وقال الفقيه يوسف: لا يجوز. ولعله يجوز حيث عرف المصلحة، وإن عرف عدمها لم يجز، وإن التبس عليه الحال جاء الخلاف فيما فعله الولي هل الظاهر الصلاح أو عدمه(٢).

مسألة: وإذا ادعى الوصي أنه قد سلم مال اليتيم إليه بعد بلوغه أو تمييزه(٣) وأنكره فالقول قول الوصي إن كان تصرفه بغير أجرة(٤)، وقال مالك والشافعي: عليه البينة. وكذا إذا ادعى أنه تلف بغير تفريطه.

فرع: وكذا إذا ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه أنفق ماله عليه قبل بلوغه بالمعروف(٥) وأنكر فالقول قول الوصي(٦)، ذكره في الشرح واللمع، وقال الفقيه علي: بل عليه البينة؛ لأنه لا يصح منه فعل ذلك في الحال حيث الإنفاق

---

(١) وذلك لأنه الناظر في مصلحته، فما عرف فيه من المصلحة فعله، وكذا الجباء والاستفداء لما أخذ من مال اليتيم، ونحو ذلك[١] على ما يعتاد وفيه مصلحة. (بستان بلفظه).

(٢) الظاهر عدم الصلاح.

(٣) وفي شرح الأزهار في البيع فيما تقدم ما لفظه: وفي وقوع التسليم إليه بعد بلوغه، انتهى. ولم يذكروا تمييزه.

(*) وظاهر الآية الكريمة[٢] خلافه، إلا أن تجري العادة بالدفع إلى مثله استقام.

(٤) يعني: فأما بأجرة فعليه البينة؛ لأنه أجير مشترك. (بستان بلفظه).

(٥) في مدة ممكنة معتادة. (قرد).

(٦) ما لم يكن بأجرة.

(*) وعليه الأزهار: وفي الإنفاق والتسليم.

(*) ظاهره ولو أجيراً[٣]، وقد تقدم كلام البيان أن عليه البينة حيث كان بأجرة.

---

[١] في البستان: ويجوز ذلك.

[٢] ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء:٦]. ولفظ البيان في باب الحجر: والرشد عندنا هو العقل مع البلوغ.

[٣] يقال: لا ظاهر مع قوله في المسألة: إن كان تصرفه بغير أجرة. (قرد).

يحتاج إلى تصرف بالطحن والخبز ونحوه، وإن كان لا يحتاج إلى ذلك كإطعامه العنب والزبيب والتمر ونحوه قبل قوله(١)؛ لأنه يصح منه فعله في الحال(٢).

مسألة: إذا تلف مال اليتيم أو المسجد أو الوقف في يد الوصي أو المتولي فإن كان بتفريط منه أو بعد تعديه فيه ضمنه(٣)، وإن لم فلا ضمان عليه، إلا إذا كان تصرفه بأجرة ضمن غير الغالب(٤).

فرع: وإذا ترك المتولي أو الوصي أرض اليتيم أو المسجد أو الوقف بغير زراعة حتى صلبت فإن كان مَنَع من يزرعها فهو غاصب(٥)، وإن لم يمنع بل تركها لغير عذر فهو عاص ولا يضمن، قيل: وتبطل(٦) ولايته(٧).

---

(١) وقد تقدم مثل هذا في هذا الكتاب[١] للفقيه علي، والمذهب أنه لا فرق.

(٢) قال المفتي: وأصول المذهب تقتضيه كما في الوكيل في الطلاق وغيره قبل العزل.

(٣) وإذا زال التعدي في الحفظ عادت أمانة، ذكره في شرح الفتح وشرح ابن بهران. والمختار أنها لا تعود؛ لأنها قد بطلت ولايته، والتجديد قد تعذر، وأيضاً فقد اختلت عدالته وهي شرط فتأمل. (شامي). وقرر هذا مع العلم، لا مع الجهل فلا ينعزل. (قرر).

(*) وذلك لأن التعدي موجب للضمان ولو كان تصرفه تبرعاً، وإن تلف بغير تفريط منه ولا تعد ولا أجرة له فلا ضمان عليه؛ لأنه محسن، وما على المحسنين من سبيل. (بستان بلفظه).

(٤) يفهم من قوله في المسألة: في يد الوصي . إلخ أن قد قبضه، لا إذا كان لم يقبضه فلا ضمان وإن فرط كما هو الأزهار في الوقف. (قرر).

(٥) ظاهره سواء كان له يد عليها أو لا، وسواء كان قد تصرف أو لا فيحقق. (مفتي). والأولى عدم الضمان حيث لم يكن قد جرت يده عليها؛ إذ ليس بأبلغ من الأجير المشترك فتأمل. (شامي) (قرر).

(*) وعليه الأجرة. (بستان).

(*) مع القبض. (قرر).

(٦) في (ج، د): ولا تبطل.

(٧) ومثله في الصعيتري؛ لأنه خيانة. ولا ضمان عليه؛ لأنه لم يتلف عيناً ولا منفعة. (قرر)[٢].

---

[١] في الفرع العاشر من أول الإقرار.

[٢] التقرير من هامش شرح الأزهار.

مسألة: إذا عرف الوصي ثبوت دين على الميت ولا وارث له ولا دين عليه(١) غير ذلك يستغرق تركته لزمه قضاؤه، ويعمل بمذهب نفسه(٢)، وسواء ثبت الدين له(٣) بعلمه أو بإقرار الميت أو بحكم حاكم.

مسألة: إذا كان للميت وارث وكان عليه دين يستغرق تركته وثبت عند الوصي دين عليه آخر مجمع على وجوبه كدين آدمي: فإن ثبت بحكم حاكم(٤) لزمه قضاؤه ولا يبالي بالورثة، ذكره المؤيد بالله، وقال الفقيهان يحيى البحيح وعلي: لا يقضيه(٥) إلا برضا الورثة أو بحكم حاكم بالقضاء(٦)؛ لأن في ذلك خلاف من يقول: إن الوارث خليفة الميت ينتقل ماله إلى ملكه، إلا أن تكون

---

(١) ينظر ما فائدة قوله: ولا دين عليه؟

(٢) ولفظ شرح الأزهار: فإذا كان مثلاً يرى سقوط حقوق الله تعالى بالموت لم يخرجها[١] وإن كان مذهب الميت أنها لا تسقط.

(*) يعني: في ذلك الدين هل هو من الرأس أو من الثلث إلى غير ذلك مما فيه خلاف بين العلماء. (بستان بلفظه).

(٣) في (ج، د): عليه.

(٤) ولا ينافي ما في الأزهار.

(٥) قوي، وهو خلاف الأزهار.

(٦) الجواب على الفقيهين يحيى البحيح وعلي أن قضاء الدين مجمع عليه، وإنما الخلاف في وفاء ذلك هل على الوصي أو الوارث، وما هذا حاله فالخلاف لا يمنع تصرف الوصي؛ بدليل أن القضية لو رفعت إلى الحاكم لم يحكم إلا بذلك. وكذلك مسألة القصاص حيث شاهد الوارث القتل أو تواتر له أو أقر له ولم يحكم به، فإن له القصاص وإن كان فيه خلاف الشافعي والمعتزلة؛ لأنه لو رفع إلى الحاكم لحكم له، بخلاف ما لو كان مختلفاً في سقوطه فلا بد فيه من الحكم. (تعليق القاضي عبدالله الدواري).

---

[١] بل يخرجها؛ لأنه مات وهو واجب عليه، وإنما يعمل بمذهبه في المستقبل.

التركة ليست في يد الوارث ولا هو مخاصم فيه جاز[(١)]، وإن ثبت ذلك الدين بالبينة من غير حكم لم يجز قضاؤه إلا بعد الحكم[(٢)]، وإن ثبت بعلم الوصي أو بإقرار الموصي من غير بينة على إقراره لزمه قضاؤه[(٣)] سراً من الورثة إن أمكنه، فإن ضمنوه من بعد ضمن، وإن منعوه من القضاء فلا شيء عليه[(٤)]، ذكر ذلك المؤيد بالله، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يلزمه القضاء إذا كان يخشى من الورثة تضمينه[(٥)].

مسألة: إذا ثبت على الميت دين مختلف فيه وكان مذهبه وجوبه كأموال الله تعالى والمظالم التي لا يعرف أهلها وكان الورثة صغاراً لزم الوصي قضاؤه[(٦)]، قال الفقيه محمد بن يحيى: ولا يكون للورثة بعد بلوغهم تضمينه؛ لأن مذهبه يكون مذهباً لهم في صغرهم، وقال المنصور بالله: بل لهم مطالبته وتضمينه بالحكم[(٧)].

فرع: فلو لم يقض الدين حتى تلفت التركة معه لزمه القضاء من ماله[(٨)]،

---

(١) الأزهار: حيث تيقنه والوارث صغير أو موافق، وإلا فلا.

(٢) لأن سماع البينة وقبولها لا يكون إلا إلى الإمام أو الحاكم، ولا تصح الشهادة إلا عندهما. (بستان).

(٣) وظاهره يقتضي أنه يجب[١] على الوصي القضاء وإن خشي التضمين. (شرح أزهار).

(٤) إلا أن يقبض دفع إليهم وضمن. (مفتي) (قرر).

(٥) إذا لم يكن قد قبض التركة، وإلا لزمه القضاء ولو خشي التضمين، وقد ذكر معنى هذا في الأثمار. (قرر).

(٦) ولا يرافعونه إلا على القول بأن للموافق المرافعة إلى المخالف كما هو ظاهر الأزهار فما حكم به لزم. (إملاء شامي) (قرر).

(٧) لأن المنصور بالله لا يجعل مذهب الوصي مذهباً للصغير فافهم.

(٨) إن قبض التركة وتمكن، وإلا أثم ولا ضمان. (قرر).

---

[١] حيث قد قبض التركة. (قرر).

ذكره في شرح الإبانة[١] وتعليق الإفادة، وقال في الإفادة: لا يضمن، قال الفقيه علي: وهو مبني على أن الواجبات على التراخي، والقول الأول هو المذهب.

فرع: فإن لم يقض الدين حتى بلغ الوارث فإن اختار وجوب الدين[٢] لزمه قضاؤه، وإن اختار عدم وجوبه كان ذلك اجتهاداً ثانياً: فعلى القول بأن الاجتهاد الأول كالحكم[٣] يلزمه القضاء[٤]؛ لأن مذهب الوصي مذهب له، وعلى القول بأنه ليس كالحكم لا يلزمه القضاء[٥].

مسألة: إذا ثبت على الميت دين مختلف فيه وورثته كبار فلهم أحوال أربعة:

الأول: أن يكون فيهم من هو مخالف في المذهب ومخاصم في القضاء فلا يجوز إلا برضاه أو بحكم حاكم، فلو قضاه أثم ولا يضمن إلا بحكم حاكم.

الثاني: أن لا يكون فيهم من هو مخالف في المذهب ولا مخاصم في القضاء

---

(١) هكذا ذكره، وادعى أنه إجماع، وهذا إذا ترك القضاء مع الإمكان، قال في البرهان: وقال الفقيه محمد بن سليمان: إنه يلزم الوصي قضاء الواجبات على الفور وفاقاً؛ لأنه قد صار فيه حق لآدمي، وهو الموصي، وقواه الفقيه يوسف. (بستان بلفظه). وأيضاً فإنه إذا كان واجباً على الموصي من قبل موته فقد تضيق عليه عند الموت، فينتقل إلى الوصي على صفته من التضيق؛ وإذ في خلافه ترك الإخراج؛ إذ يلزم الوصي أن يوصي وهلم جرا، فيؤدي إلى إبطال ما أمر به الموصي فتأمل.

(٢) أي: التزم مذهب من يقول بلزومه.

(٣) إذا تبعه عمل، وهنا لم يتبعه عمل فيعمل بالثاني اتفاقاً؛ إذ الواجب المطلق وقته العمر وإن قلنا بالفور.

(٤) يقال: وقته باق وهو لما يفعل المقصود به فبالثاني كما سبق في المقدمة؛ إذ الواجب المطلق وقته العمر.اهـ وفي البيان في القضاء في كتاب الصلاة في قوله: مسألة: من فاتته صلاة وله اجتهاد... إلخ خلاف هذا، وهو المذهب.

(٥) فيترافع هو والوصي إلى الحاكم وما حكم به لزم الآخر.

فيجوز للوصي القضاء، وهل يجب[١]؟ قال سيدنا عماد الدين: لعله يأتي على الخلاف المتقدم بين المؤيد بالله والفقيه يحيى البحيبح حيث يخشى التضمين.

فرع: فلو تغير اجتهاد الوارث إلى أنه لا يجب القضاء فإن كان قبل القضاء لم يجز القضاء إلا برضاه أو بحكم، وإن كان بعد القضاء فقال فقهاء المؤيد بالله: لا يكون للوارث تضمين الوصي ولا مطالبته[٢]، وقال الفقيه يحيى البحيبح: إنه على الخلاف هل الاجتهاد الأول كالحكم فلا يكون له المطالبة[٣]، أو ليس كالحكم فيكون له مطالبة الوصي.

فرع: فلو حكم حاكم بعدم وجوب القضاء بعد ما قضى الوصي الدين لزمه ضمانه، ولا يرجع على الفقير بما أعطاه[٤]؛ لأن عنده أنه يستحقه، ذكره ابن الخليل، وقال الفقيه يحيى البحيبح: بل له الرجوع عليه[٥]؛ لأنه كالمشروط بأن لا يبطله الحاكم.

الثالث: أن لا يكون فيهم من هو مخالف في الوجوب، لكن فيهم من هو مخاصم للوصي في القضاء- فعلى أحد قولي المؤيد بالله والكني: إن للإنسان أن يحاكم فيما لا يجب عنده[٦] لعل يحكم له الحاكم به فلا يجوز للوصي القضاء، وعلى أحد قولي

---

(١) يجب بعد القبض للتركة. (شرح أثمار).

(٢) إلا بحكم. (قرد).

(٣) إلا على القول بأن للموافق المرافعة إلى المخالف.

(٤) قال في الغيث: واعلم أن ما سلمه إلى الفقراء فهو بمنزلة القرض الفاسد؛ لأنه سلمه في مقابلة عوض، وهو ما يستحقونه، لكنه ليس في مقابلة مثله فلم يكن قرضاً صحيحاً. (شرح بهران).

(٥) القياس قول الفقيه يحيى البحيبح؛ لأنه مال الغير حيث كانت العين باقية أو تلفت بجناية أو تفريط. (شامي).

(٦) وعليه الأزهار بقوله: وللموافق المرافعة إلخ.

المؤيد بالله وابن الخليل: أنه لا يجوز له أن يحاكم فيما لا يجب على مذهبه، وإن حكم له الحاكم به لم يحل له[١] فيجوز للوصي قضاء الدين على هذا القول.

الرابع: أن يكون في الورثة من هو مخالف في وجوب ذلك لكنه ساكت غير مخاصم للوصي فيه: فإن كانت التركة في يده فهو في حكم المخاصم فلا يجوز القضاء، وإن كانت ليست في يده فقال الفقيهان علي ويحيى البحيح: يجوز للوصي قضاء الدين وهو على خطر المخاصمة من بعد، وقال الفقيه حسن: لا يجوز له القضاء[٢].

مسألة: إذا قضى الرجل ماله كله بعض غرمائه دون بعض فإن كان في حال صحته صح، لكنه يأثم[٣] إذا كان مطالباً بالدين الآخر، وإن كان في حال مرضه فقال المؤيد بالله: يصح أيضاً ويأثم[٤]، وقال أبو جعفر[٥]: لا يصح؛ لأن المرض

---

(١) مذهب. (هبل). ومثله للإمام شرف الدين عليه السلام، وقد تقدم في القضاء، وصرح القاضي عبدالله النجري في شرح مقدمة هذا الكتاب أنه يطيب مطلقاً، كما هو ظاهر قولهم: إن حكمه في الظنيات ينفذ مطلقاً. والقياس أنه إذا حكم الحاكم أثم ويحل له ما حكم به الحاكم؛ لأن الحكم يقطع الخلاف، وهذا على تقوية خلاف الأزهار، وأما على كلام الأزهار فيجوز له المحاكمة ويحل. (سماع شامي).

(٢) إلا بالحكم أو إذنه. قال في شرح الأثمار: وهو مبني على أن مجرد المخالفة في المذهب كالمخاصمة. وهو الذي يقتضيه عموم كلام الأزهار. (تكميل). في قوله: وقبله حيث تيقنه .. إلخ.

(٣) قال الفقيه يوسف: وظاهر المذهب الجواز؛ لأنه غير محجور عليه، وقد قال المؤيد بالله في الزيادات: إذا رافعه بعض الغرماء فللحاكم أن يحكم له بجميع مال المديون وإن لم يبق لسائر الغرماء شيء. (زهور).

(٤) مع المطالبة.

(٥) والشافعي والأستاذ. (بيان من كتاب الحج).

كالحجر عليه[١].

مسألة: قال في المنتخب[٢]: من مات ولا وصي له وله أولاد كبار وصغار، فجعل بعض الظلمة أحد الكبار ولياً على الصغار- صح تصرفه عليهم. فحمله أبو العباس وأبو طالب على ما يوافق المذهب، وهو أن تصرفه عليهم من جهة الصلاحية لا بولاية الظالم[٣]، أو أن مراده في حفظ أموال الصغار، والحفظ لا يحتاج ولاية[٤]، وأبقاه المؤيد بالله على ظاهره، وخرج للهادي جواز التولية من الظلمة من هذه المسألة ومن مسألة أخرى قال فيها: يقر من أحكام حكام الظلمة ما وافق الحق وينقض ما خالفه. وحمله أبو طالب على أن مراده يقر ما كان مجمعاً عليه[٥]؛ لأنه لا يحتاج إلى الحكم، وما كان مختلفاً فيه لم ينفذ؛ لأنه يحتاج الحكم.

---

(١) قلنا: عن التبرعات فقط، لا في المعاملات، وهذا منها؛ إذ هو معاوضة.

(٢) هكذا في البرهان، ومثله في الكواكب، والذي في الانتصار: قال الهادي في الأحكام، ولعله قد ذكر المسألة في الكتابين معاً. (بستان بلفظه).

(٣) وذلك لأنهما يمنعان من التولي للقضاء وغيره من جهة الظلمة؛ لقوله تعالى: ﴿مَا كُنْتُ مُتَّخِذَ الْمُضِلِّينَ عَضُدًا﴾ [الكهف]. وإنما يجوز ذلك على وجه الاستصلاح، فيقوم به آحاد المسلمين ممن يؤتمن عليه. (بستان بلفظه).

(٤) قوله: «لا يحتاج ولاية» يعني: إذا خشي ضياعه فولايته في حفظه إلى كل مسلم، عدلاً كان أم فاسقاً، قال في اللمع: ألا ترى أن الظالم لو رأى مالاً ليتيم يضيع جاز له أن يستحفظ ذلك من يؤتمن عليه. قال الفقيه محمد بن سليمان: يعني: وجب عليه، قال عليه السلام: وما ذكره أبو العباس وأبو طالب أقرب إلى طريقة الهادي في الورع وطريق الاجتهاد وشدة شكيمته على الظلمة والفسقة، وما ذكره المؤيد بالله إنما هو نظر إلى شدة البلوى بالظلمة واستطالة شوكتهم، وأنه لا ينبغي إهمال القضاء فيطول الشجار وتعظم الخصومة، وكلا التوجيهين لا غبار عليه، خلا أن ما قاله المؤيد بالله أسهل وأنفع، وما قاله السيدان أحفظ للدين وأرفع، وكلام المؤيد بالله قوي من جهة النظر، وما ذكره السيدان قوي من جهة التخريج لمذهب الهادي عليه السلام. (بستان بلفظه).

(٥) لأن المسألة مما الحق فيها مع واحد، وهي صحة التولي من جهة الظلمة.

مسألة: من مات في سفره ولم يوص إلى أحد صار لرفيقه(١) ولاية في تجهيزه وتكفينه كفن مثله وفاقاً(٢)، ولا يجوز له النقصان منه ولا الزيادة عليه، فإن زاد ضمن الزائد(٣)، ذكره في الشرح والتقرير، فإن اختلف كفن مثله عمل بالوسط. وكذلك حفظ ما معه من المال لا يحتاج فيه إلى ولاية(٤)، فأما التصرف فيه فلا يجوز إلا بولاية(٥).

مسألة: قال في الشرح: من أوصى أن يشترى له بثلث ماله عبد ويعتق عنه ففعل الوصي ثم ظهر عليه دين مستغرق فقال أبو حنيفة: يصح العتق ويضمن الوصي للغرماء(٦)، وقال مالك: لا يصح العتق، قال الفقيه يوسف: وهو الأولى(٧).

مسألة: إذا ادعى الوصي ديناً للميت على غيره ولا بينة له وطلب تحليف الخصم فرد عليه اليمين لم يصح الرد(٨)، ولا يجب عليه الحلف في ظاهر الشرع،

---

(١) رفيق القدح، وقيل: المحمل.

(٢) لأن ذلك متضيق.

(٣) ناسياً، لا عامداً فيضمن الكل؛ لبطلان الولاية.اهـ لعله يقال: هو في كفن المثل في حكم المأذون، فلا يضمن إلا الزائد.

(٤) ويستأجر على المال من يحمله. (قرر).

(٥) إلا لمصلحة كبيع السلع التي سافر بها ليبيعها هنالك؛ لأنه من الحفظ.

(*) من إمام أو حاكم، فإن عدما والوصي والوارث فمن باب الحسبة على ما تقدم.

(٦) مثل الثمن الذي اشتراه به؛ لاستهلاكه للعبد. (بستان).

(٧) على مذهبنا، لكن قال مالك: هذا إذا لم يكن الوصي عالماً بالدين، وقال الفقيه يوسف: سواء علم أو جهل، ذكره في البرهان. (بستان بلفظه). ووجه تقوية كلام الفقيه يوسف كون التصرف في التركة المستغرقة لغير القضاء لا ينفذ كما تقدم في مواضعه.

(٨) بل يحبس الراد حتى يحلف أو يقر أو ينكل فيحكم عليه بالنكول. (قرر).

(*) وذلك لأن الحق لغيره ولو ملك التصرف فيه. وكذا لو ادعى الغير ديناً على الميت وأنكره الوصي لم تلزمه اليمين؛ لأنه لو أقر لم يصح إقراره. (بستان بلفظه).

=

قال الفقيه يوسف: ولا يبعد أن يجب عليه الحلف فيما بينه وبين الله إذا علم ثبوت الدين ولم يمكنه حفظه إلا بيمينه؛ لأن حفظ مال الغير يجب[١]، كما إذا أراد الظالم أخذ مال الغير وكان يمكنه منعه[٢] بيمين يحلفها عليه لزمته مع التأويل[٣].

مسألة: من أوصى بأن يخدم عبده زيداً سنة ثم هو حر بعد ذلك فامتنع زيد من أن يخدمه لم يعتق العبد، ذكره في الشرح[٤].

مسألة: قال في الشرح: من أوصى لغيره بثلث ماله مشاعاً ثم قسمه الوصي والموصى له صحت قسمته[٥]، وإن قسمه الوصي والورثة من غير إذن الموصى له لم تصح القسمة[٦]، خلاف الحسن وأبي يوسف. قلت: فإن كانت الوصية

(*) وعليه الأزهار بقوله: وأمكنت.. إلخ.

(١) قلنا: إنه لا يجب حفظ مال الغير في اللقطة للعين، وإنما يجب على نحو وصي بعد الدخول فيها.

(٢) لعله فيما هو في يده. (مفتي). وهو قوي.

(٣) أما دفع الظالم فلأنه من باب النهي عن المنكر، وأما هذا فليس على عمومه إلا أن يقيد بما يتعلق بتصرفه. (قرر). كما في الأزهار في قوله: ولا من الوصي ونحوه إلا بأنه قبض أو باع ونحوه.اهـ ما لم يكن قد قبض التركة صح إقراره، وإذ اعلم ذلك قضى من التركة، وإذا ناكره الوارث وضمنه ضمن. (سيدنا علي بن أحمد).

(٤) ومفهوم كلام القاضي زيد أنه يعتق بعد مضي السنة. (بستان بلفظه). قلنا: لا يعتق ولو خدم؛ لأنه ينتقل بعد الموت إلى ملك الورثة.اهـ وهذا حيث أراد التعليق، فأما لو أراد الوصية فكما تقدم في قوله: «وإلا عتق بمضي ما عرف تعليقه به من المدة أو خدمتهم قدرها»؛ إذ قد حمل هناك على إرادة الوصية دون الشرط ليستقيم الكلام، والله أعلم. (سيدنا حسن) (قرر).

(*) وقيل: إنه يعتق بمضي المدة ويغرم أجرة ما فوت من الخدمة، وقرره الشامي.

(٥) حيث لا وارث أو كان صغيراً أو فيما قسمته إفراز؛ لأنه يصير شريكاً للورثة. (مفتي) (قرر).

(٦) أي: لم تنفذ، بل تبقى موقوفة على إجازته.

للفقراء صحت القسمة؛ لأن الولاية عليه للوصي.

مسألة: إذا تعدى الوصي في المال نحو أن يتركه في موضع غير حفيظ أو يودعه مع غير ثقة ثم تلف ضمنه(١)، وإن كان تعديه بالتراخي في إخراج ما أوصى به الميت حتى تلف فإنه يضمنه أيضاً(٢)، خلاف الإفادة، قال الفقيه علي: وهو على أحد قولي المؤيد بالله: إن الوجوب على التراخي.

مسألة: من أوصى بدراهم معينة يشترى بها طعام ويتصدق به عنه فانتفع بها الوصي ثم غلى سعر الطعام فإنه يشتري بمثلها طعاماً ويتصدق به ولو قل(٣)، ذكره في الإفادة، قال الفقيه علي: وهو يستقيم إذا فعل ذلك ظناً منه لجوازه فلا تبطل وصايته(٤)، فأما إذا فعله عالماً بتحريمه فإنها تبطل وصايته؛ لأن ذلك خيانة منه، يعني فلا يصح منه إخراج الطعام عن الميت، وكذلك في كل خيانة مما أشبه ذلك.

فرع: ولا يضمن الوصي بتركه الاستغلال للأراضي والدور والحوانيت والجمال ونحوها، ذكره في الكافي والتذكرة(٥).

مسألة: وإذا أخرج الوصي من مال الموصي أكثر مما أوصى به أو أكثر من الثلث

---

(١) بعد قبضه للتركة.

(٢) بعد القبض. (قرر).

(٣) وذلك لأن الواجب عليه مثل الدراهم فقط. (بستان بلفظه).

(٤) ظاهر هذا أن الجهل عذر في صحة تصرفه، وظاهر إطلاق الأزهار في قوله: «والتراخي تفريطاً» أنها تبطل ولايته.

(٥) قوله: «ذكره في الكافي والتذكرة» مع أنها قد تلفت منافعها تحت يده لكنه لا يضمنها، ذكره في الكافي، وأما أعيانها إذا تلفت بعد ذلك فقياس كلام الكافي هذا أنه لا يضمنها؛ لأنا لو قلنا: إنه قد صار متعدياً غاصباً بترك الاستغلال لزم أن يضمن رقبتها ومنفعتها كالغاصب، ذكر ذلك في الكواكب. (بستان بلفظه).

(*) وأما ولايته فتبطل؛ لأن ذلك خيانة منه.اهـ وقد تقدم في البيان بلفظ: فرع: وإذا ترك الوصي أو المتولي ... إلخ. قبل هذا الفرع بثلاث عشرة مسألة، وهو في الرابعة عشرة.

فيما يخرج من الثلث: فإن كان إخراجه دفعة واحدة لم يصح إخراجه[١]، فيرجع فيما أخرجه كله سواء أخرجه إلى واحد أو جماعة، وإن كان إخراجه دفعات لم يصح إخراج الدفعة التي فيها الزيادة، فيرتجعها وقد صح إخراج الأول.

فرع: فلو كان إخراجه إلى جماعة دفعات والتبس الآخر منهم الذي معه الزيادة ضمن الوصي الزيادة، ولا يرجع بها على الذين أعطاهم؛ لأنه التبس من عليه الحق[٢]، إلا على قول من يحول في ذلك فتقسم الزيادة عليهم الكل.

مسألة: وإذا عين الموصي وقتاً لإخراج ما أوصى به فأخرجه الوصي في وقت غيره فقال في الكافي[٣]: لا يضمن، قال الفقيه يوسف: وهو يستقيم في الوصية بالواجب، فأما في المباح فإنه يتعين الوقت[٤]، فإن أخرج قبله ضمن، وإن أخرج بعده أجزأ للضرورة[٥].

مسألة: وإذا أوصى بشيء للمساكين الذين يسألون لم يعط الفقراء الذين لا يسألون.

---

(١) ولو قيل: يسترد الزائد في الصورتين جميعاً لم يبعد، والله أعلم. (تهامي).

(*) قوله: «لم يصح إخراجه» وذلك لأنه قد خالف وتعدى؛ فلهذا لزمه استرجاعه إن أمكنه، وإلا ضمنه. (بستان بلفظه).

(*) وتبطل ولايته مع العلم، وأما الضمان فيضمن مطلقاً. (قرد).

(٢) وهل يحل للقابض؟

(٣) وضعفه في الأزهار حيث قال: قيل.

(٤) المذهب الضمان في الصورتين معاً الواجب والتطوع إن قدم أو أخر إلا لعذر. اهـ لكن قد تقدم في البيان في باب النذر ما يوافق قول الفقيه يوسف ويتمشى عليه، وكلام الكافي يأتي للمذهب في الواجب ويضعف في النفل، ولا فارق بين هناك وهنا؛ إذ الكلام على زمان الوصية ومكانها في الموضعين، والله أعلم. (سماع سيدنا حسن بن أحمد الشبيبي رحمه الله) (قرد).

(٥) قيل: إذا كان التراخي لعذر، وإلا فقد انعزل. (شامي). وفي البيان في الحج ما لفظه: وبالتأخير عنه يجزي ويأثم إن كان لغير عذر. انتهى. فظاهره أن ما قد انعزل، وهو المختار.

مسألة: وإذا عين الموصي شخصاً يصرف إليه ما أوصى به فصرفه الوصي في غيره: فإن كانت الوصية عن واجب لم يضمن(١)، خلاف بعض الناصرية، ويتفقون في الوكيل أنه يضمن(٢)، وإن كانت تطوعاً ضمن الوصي والمخرج إليه وفاقاً.

مسألة: إذا أخرج الوصي جنساً من المال غير الجنس الذي أوصى به الميت ضمن سواء كان ذلك تطوعاً أو عن واجب لله(٣)، لا إن كان عن دين لآدمي فلا حكم لتعيين الميت، ذكره في الإفادة(٤).

فرع: فلو أمره بإخراج العين أو الجنس في الزكاة فأخرج القيمة ضمن، وإن أمره بإخراج القيمة عنها فأخرج العين فقال المؤيد بالله: يضمن أيضاً(٥)، وقال الفقيه حسن: لا يضمن؛ لأن ذلك أحوط في إخراج الواجب.

مسألة: إذا خالف الوصي في نوع ما أوصى به الميت فأخرج نوعاً آخر من ذلك الجنس مساوياً له فإن كان تطوعاً ضمن، وإن كان عن واجب لله تعالى ففيه قولان للمؤيد بالله هل يضمن أو لا(٦).

---

(١) هذا ذكره في التذكرة وأبو مضر، ورجح الإمام المهدي عليه السلام في الغيث الضمان.

(٢) لأنها تبطل وكالته. (بستان).

(٣) يعني: فيضمن الوصي والمدفوع إليه أيضًا. (بستان) (قرر).

(٤) وعن الدواري أنه يضمن بالمخالفة في الجنس والنوع والصفة؛ لأنه قد عين له.اهـ وعليه الأزهار في قوله: إلا فيما عين له.اهـ يستقيم مع رضا الآدمي الذي له الدين.

(*) لأن المقصود القضاء، وقد حصل.

(٥) وعليه الأزهار بقوله: وبمخالفته ما عين من مصرف ونحوه.اهـ وعن سيدنا عامر في تفسير قوله: ويضمن بالتعدي: ومنه المخالفة في الجنس أو النوع أو الصفة. ويؤيده ويعمل باجتهاده إلا فيما عين له. وهذا يخالف تقوية كلام الإفادة.

(٦) قيل: لا يضمن. وفي البرهان: يضمن، ولعله أولى. (مفتي) (قرر).

مسألة: إذا خالف الوصي في عين ما أمر بإخراجه فأخرج غيره من جنسه ونوعه ففي التطوع يضمن(١)، وفي الواجب لا يضمن(٢)، سواء كان الحق لله أو لآدمي. وكذا لو أمره الموصي أن يقضي ماله بعض الغرماء دون بعض أو يفضل بعضهم على بعض لم يمتثل(٣)، بل يفعل ما يجب، ذكر ذلك كله المؤيد بالله والقاضي زيد.

مسألة: من أوصى أن يعتق عنه عبد بألف درهم، وكان ثلث ماله دون ألف- اشتري له عبد بثلث ماله(٤) وأعتق عنه، وقال أبو حنيفة: تبطل وصيته.

فرع: فإن أوصى بأن يشترى له عبد بألف ويعتق عنه، فاشترى الوصي عبدا بخمسمائة وأعتقه عنه- فقال في شرح الإبانة عن أصحابنا ومالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد: إنه يشتري عبداً آخر بخمسمائة ويعتقه(٥) عنه، وقال أبو حنيفة: يضمن خمسمائة ويشتري عبداً بألف ويعتقه عن الموصي(٦).

---

(١) وذلك لأن ما عينه في التطوع تعين؛ لأن له التحكم في ذلك، لا في الواجب فلا يصح تحكمه فيه، بل يفعل الوصي كما يجب شرعاً. (بستان بلفظه).

(٢) بل يضمن كما قرر فيما سبق.

(٣) لأنه أمر بمحظور[١]، فإن امتثل ضمن. (سماع سيدنا حسن بن أحمد ﷺ).

(٤) قوله: «بثلث ماله» يعني ولو كان دون ألف؛ لأن العبرة بالثلث لا بما عينه الموصي. (بستان بلفظه).

(٥) وأما ما أعتقه أولاً فإن أضاف الشراء إلى الموصي أو كان الثمن مما يتعين لم يصح الشراء ولا العتق، وإلا صح الشراء وعتق وضمن الثمن.

(٦) هلّا قيل: تبطل ولايته؟ ولعله مع العلم تبطل.

(*) والصحيح أنه يضمن ويعتق العبد حيث لم يضف الشراء إلى الموصي، فإن أضاف لم يعتق؛ لأنه غير مالك. (شرح أثمار).

---

[١] والأمر بالمحظور لا يصح ولا يجب امتثاله.

مسألة: إذا شرط الموصي للوصي أجرة على ما يعمله كان حكمه حكم الأجير المشترك سواء، لكن ما كان من الديون من رأس المال فأجرته على تنفيذها من الرأس، وما كان منها من الثلث ففي أجرته قولان للمؤيد بالله: أحدهما وأبو طالب: من الرأس[١]، وأحدهما وأبو حنيفة والقاضي زيد: أنها من الثلث. وهذا في قدر أجرة مثله، فأما الزائد عليها إذا شرطه الموصي فمن الثلث[٢]، قال أبو مضر: إلا إذا لم يجد من يستأجره إلا بذلك كان كأجرة مثله[٣]، وقال الفقيه يوسف: إنه يكون كمن استأجر أجيراً يحج عنه بفوق الثلث، فما فعله قبل موت الموصي فأجرته من الرأس، وما فعله بعد موته[٤] فمع علمه بالزيادة يكون من الثلث، ومع جهله يكون من الرأس. قال الفقيه يوسف: وأما ما استأجر عليه الوصي غيره فلعل أجرته من الثلث وفاقاً، وهو يحتمل أن يقال: إن كان الوصي أجيراً فأجرة من استأجره عليه، وإن كان متبرعاً فأجرة من استأجره كأجرته على الخلاف[٥].

مسألة: وإنما يستحق الوصي الأجرة إذا شرطها له الموصي، فتطيب له ولو تعين عليه الدخول في الوصاية؛ لأن أصل الوجوب على الموصي، فأما إن لم يشرطها فإنه يرجع إلى عادته: فإن كان يعتاد أخذها[٦] استحقها، وإن كان يعتاد

---

(١) وعليه الأزهار.

(٢) مثاله: أن يجعل الموصي أجرة الوصي ألف درهم، وكانت أجرة مثله خمسمائة، فإنها تكون له من رأس المال خمسمائة، وخمسمائة تكون وصية من الثلث، وهكذا في الانتصار عن أئمة العترة وأبي حنيفة وأصحابه. (بستان بلفظه).

(٣) كما في زواجة من لا يمكنه زواجتها بدون ما سمى لها.

(٤) أو مرضه المخوف. (قرد).

(٥) المذهب من الرأس. اهـ إلا فيما كان للمحاباة فعلى الوصي من ماله.

(٦) والعادة تثبت بمرتين.

(*) على الوصاية. (شرح أزهار). وقيل: على أي عمل. (شامي).

التبرع لم يستحقها في الظاهر[١]، وإن لم يكن له عادة فما فعله للورثة من التصرف في مالهم استحق عليه الأجرة إذا نواها وكانوا صغاراً[٢]، وما فعله للميت من إخراج ما أوصى به أو قضاء ديونه فلا أجرة له عليه؛ لأنه قد لزمه بالدخول في الوصاية، خلاف الشافعي[٣].

مسألة: الدخول في الوصاية يجب على الوصي إذا كانت في حق واجب على الموصي ولم يكن هناك من يقوم به، فيتعين عليه، قال المؤيد بالله: إذا لم يكن فيه مشقة عليه، قيل: والمشقة هي المخاصمة والمشاجرة[٤]، وقيل: هي حيث يكون هناك شبهة يخشى منها على دينه[٥].

مسألة: وإذا ادعى الوصي أنه قد سلم مال الميت إلى ورثته قبل قوله مع يمينه إذا كان بغير أجرة، وإن ادعى أنه أقرضهم من ماله أو أنفق عليهم منه قبل قوله إذا كان بغير أجرة في حق من كان صغيراً منهم[٦]، لا في حق من كان كبيراً[٧].

مسألة: إذا كان مال الميت يسع ما أوصى به من الفرض والنفل أخرج

---

(١) ولا في الباطن أيضاً. (قرر).

(٢) قال في المقنع: إنه إذا اشتغل الوصي عن مكسبه بحفظ مال اليتيم والفصل فيه والتقاضي فله أن يأكل من مال اليتيم بقدر أجرة مثله على مثل كفايته. (شرح فتح بلفظه).

(٣) لعله يريد خلاف الشافعي الذي مر أنه لا يلزم الوصي البقاء على الوصاية، بل له الخروج منها مطلقاً.

(٤) قيل: المراد خشية الضرر فيبيح الترك؛ لأن ترك الواجب لا يبيحه إلا ذلك.

(٥) أو غرامة أو دخول تحت منة الغير.

(*) أو خشية الضرر في جسمه. (قرر).

(٦) عند التداعي.اهـ لا بعد البلوغ. (بيان معنى من البيع). ولفظ البيان في أول البيع: فإن كانت دعواه لذلك بعد بلوغ الصغير فعليه البينة.

(٧) فعليه البينة.

الواجب الذي من الرأس أولاً(١)، ثم يخرج الذي من الثلث من ثلث ما بقي، وثلثاه للورثة، وإن كان ماله لا يسع ما أوصى به على هذه الصفة فهو على وجوه ثلاثة:

الأول: أن يكون ما أوصى به يجب من رأس ماله، فإن كان لبني آدم فقط قسط ماله بينهم لكل بقدر دينه مطلقاً(٢)، وإن كان لله تعالى فقط وجب تقسيطه بينها مطلقاً، ومن جملتها النذور التي لغير آدمي معين، والمظالم التي لا يعرف أهلها، وأموال المساجد(٣)، ويستوي ما تقدم منها وما تأخر، وعلى أحد قولي المؤيد بالله أنها تقدم المظالم. وإن كان الواجب بعضه لله تعالى وبعضه لبني آدم قدمت حقوق الآدميين، ثم حقوق الله تعالى مما بقي بعدها، وعند ابني الهادي وأحد قولي المنصور بالله وأحد قولي الشافعي أنه يجب التقسيط بينها(٤)، وأحد قولي المنصور بالله وأحد قولي الشافعي أنها تقدم حقوق الله على حقوق الآدميين.

الثاني: أن يكون ما أوصى به يجب من ثلث ماله فقط، فيجب تقسيط

---

(١) لقوله ﷺ: ((لا وصية ولا ميراث إلا بعد قضاء الدين))، ولقوله ﷺ: ((نفس المرء[١] معلقة بدينه حتى يقضى)). (بستان).

(٢) قوله: «مطلقاً» إلى قوله: «مطلقاً» يعني: ولو قصر المال عن الدين فإنه يقسط على قدر الديون سواء وفى بها أو نقص عنها. (بستان بلفظه).

(٣) هكذا في البرهان في هذا الموضع أنها من أموال الله تعالى، وقد تقدم في آخر الغصب أن فيها احتمالين هل هي من حقوق الله أو من حقوق بني آدم[٢]. (بستان بلفظه).

(٤) وعليه الأزهار بقوله: ويقسط الناقص بينها.

(*) وحجة أهل التقسيط قوله ﷺ في خبر الخثعمية: ((فدين الله أحق أن يقضى))، وبهذا الحديث احتج من قال بتقديم حقوق الله تعالى. (بستان).

---

[١] في هامش (ج، د): نفس الميت. والمثبت من البستان وهامش (أ).

[٢] في المسجد المعين. (قرد).

الثلث[١] بينه الكل لكل شيء بقدره، ويستوي فيه[٢] ما كان لله ولبني آدم، والنفل والواجب، كالحج وكفارة الصوم، وما نجزه في حال مرضه وما أضافه إلى بعد موته، وما أوصى به نفلاً لله تعالى أو لآدمي معين. وقال في تعليق الإفادة: يقدم الواجب على النفل. وقيل: يقدم ما نجزه على ما أضافه إلى بعد موته، ذكره الأستاذ، وهو قول الشافعي، لكنه يقول: يقدم ما نجزه أولاً ثم ثانياً ثم ثالثاً ثم كذلك، رواه في البحر.

الثالث: أن يكون ما أوصى به بعضه من رأس المال وبعضه من ثلثه، فيقدم الذي من الرأس، ثم الذي من الثلث من ثلث ما بقي بعده قل أو كثر، وإن لم يبق شيء بطل الذي من الثلث.

مسألة: الواجبات على خمسة أضرب:

الأول: يتعلق بالمال في ابتدائه وانتهائه، وهو ديون بني آدم، والزكوات، والأعشار، والأخماس، والفطر، والمظالم كلها، والنذور المالية[٣] التي لزمته في حال صحته[٤]، فهذا يجب إخراجه من الرأس ولو لم يوص به الميت، لكن حيث

---

(١) مع وجود وارث.

(٢) هذا هو المقرر، وهو ظاهر الأزهار حيث قال: وإلا فالثلث فقط.اهـ وأما الثلثان الباقيان فلا سبيل إليهما بكل حال؛ لأن المرض حجر، ولقوله ﷺ: ((إن الله جعل لكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم في آخر أعماركم)).

(٣) حيث كان النذر في الذمة. (حثيث) وأما المعين فقد خرج عن ملكه. و(قرر). والله أعلم.

(٤) قوله: «التي لزمته في حال صحته» قال في البرهان: لا ما لزمه منها في مرض الموت فهو من الثلث، سواء كان النذر به في حال المرض أو حال الصحة معلقاً بشرط وحصل الشرط في حال مرضه. (بستان بلفظه). وفي حاشية السحولي ما لفظه: أما لو نذر به على الذمة لزمه الوفاء به جميعه سواء كان في الصحة أو في المرض. (قرر).

أوصى به يقع الخلاص بإخراجه له وللوارث[١]، وحيث لم يوص به يقع الخلاص بإخراجه للوارث لا للميت، ذكره في الكافي، ولعل المراد به أنه يعاقب الميت على تركه للقضاء وعلى تركه للوصية بالقضاء إذا كان تمكن من ذلك[٢].

وقال زيد بن علي والداعي وأبو حنيفة: ما كان لله فلا يجب[٣] على الورثة إخراجه، إلا إذا أوصى به الميت فيخرج من الثلث.

الثاني: يتعلق بالبدن فقط ولا ينتقل إلى المال، وهي الصلوات الخمس؛ لأن الواجب هو فعلها أداء وإلا فقضاء ما أمكن، وما تعذر فعله سقط ولا تجب فيه الكفارة[٤]، خلاف رواية عن زيد بن علي وعن المؤيد بالله. قلنا: وإذا أوصى بالكفارة عنها لزم إخراجها من الثلث، وهي نصف صاع عن كل خمس

---

(١) وإذا أوصى وتمرد الموصى إليه عن الإخراج فقد سقط عنه الحق. (مفتي). وقيل: لا يسقط عنه الحق، وأما التخلص فقد حصل بالوصية. والأولى أن يقال: إن الميت إذا أوصى إلى من غلب في ظنه التنفيذ منه فقد فعل ما توجه عليه وجوبه حال الإيصاء، فيسقط عنه العقاب والذم شرعاً وعرفاً؛ لأن هذا غاية ما يقدر عليه فلا يكلف بغيره، وأما براءة ذمته -بمعنى أنه لا يصح التبرع عنه- فلا، بل يصح ولا يزال الموصى إليه مخاطباً بالإخراج. يعني أن ذمته مشغولة بما أوصى به الميت وإن كان في بطلان ولايته بالتراخي كلام في الحج في مخالفته في الزمان وكذا في الوصايا. (عن سيدنا إبراهيم حثيث رحمه الله).

(٢) وأما ذمته فقد برئت بإخراج الوارث أو الوصي أو بأمر الإمام أو الحاكم في حقوق بني آدم أو في حقوق الله تعالى بعد صحتها عندهما. (تهامي).

(٣) إلا العشر والفطرة فلا يسقط اتفاقاً إذا كانت العين باقية. (بستان، وبحر من الزكاة).

(٤) هذا كلام الجمهور، ولكنها مندوبة على المذهب، وروى في الكافي عن زيد بن علي والمؤيد بالله أنها واجبة، وقال أبو يوسف والصادق والإمامية: إنها تصح النيابة في الصلاة إذا أوصى بها الميت كالحج. (بستان بلفظه).

(*) ولا الوصية.

صلوات[(١)]، ذكره أبو العباس وأبو طالب، قال الفقيه يحيى البحيح: ولا شيء فيما دون الخمس. وقال المؤيد بالله: إنها نصف صاع من بر أو صاع من غيره عن كل خمس. وقيل: لكل صلاة نصف صاع[(٢)] من بر. فيعمل الوصي في ذلك بمذهبه[(٣)] إذا لم يعينه الموصي. وهذا في الصلوات الخمس، وأما فيما نذر به من الصلاة إذا أوصى بالكفارة عنه فقال في التقرير: إنه يخرج عن كل ركعتين نصف صاع[(٤)]، قال سيدنا عماد الدين: ولعله يستقيم على القول بأنه يجب لكل صلاة نصف صاع، فأما على قولنا: إنه يجب لكل خمس نصف صاع فلعله يكون كذلك في النذر لكل خمس صلوات نصف صاع؛ لأن ما أوجبه العبد على نفسه مقيس[(٥)] على ما أوجبه الله عليه ومشبه به، ومثله ذكر الشيخ عطية، لكن كم تكون الصلاة ركعات[(٦)]؟ لعله يعتبر بنية الناذر، وإن لم فبالعادة[(٧)].

---

(١) ولو من أيام متفرقة. (قرر).

(٢) هذا أكثر ما قيل فيها، والقول الأول أقل ما قيل فيها. وهي تحل لبني هاشم[١] على قول المنصور بالله؛ لأنها غير واجبة، خلاف المؤيد بالله ككفارة الصوم، وكما يقوله في الوصية بالنفل للفقراء. (بستان بلفظه).

(٣) يقال: هذا مما وجب في الماضي، فيعمل بمذهب الموصي فيه، والله أعلم. (مفتي)

(٤) والأظهر أنها تجب الوصية بالكفارة في صلاة النذر؛ لأنها بدل عنها، والنذر إذا فات وجب إخراج بدله. (بستان). لعله يريد كفارة يمين.

(٥) في (أ): فرع.

(٦) لعله يعني: لو نذر بمائة ركعة مثلاً، لأنا إن جعلناها على ركعتين ركعتين فخمسين، أو على أربع أربع فخمس وعشرين، فيستقيم الكلام على هذين؛ لأنه لو نذر بمائة صلاة ما استقام قوله: لكن كم تكون الصلاة، والله أعلم.

(٧) يعني: عادة الناذر هل عادته صلاة ركعتين أو أكثر، فإن لم يكن له عادة فركعتان. وهل يعتبر بالوسط إن اختلف أو بالأقل؟ سيأتي بالأقل في الرغيف؛ فيعمل بالأكثر في الصلاة؛ لتكون الكفارة أقل؛ لأن الأصل براءة الذمة. (قرر).

---

[١] إلا أن يرى الموصي وجوبها لم تحل لبني هاشم.

الثالث: يتعلق بالبدن في ابتدائه ثم ينتقل عند العجز عنه إلى المال، وهو الصوم والحج، فيجب إخراجه من الثلث إذا أوصى به الميت، لا إن لم يوص به. وقال الناصر والشافعي: إنه يجب التحجيج عنه ولو لم يوص به. وكفارة الصوم هي نصف صاع عن كل يوم، ذكره أبو العباس وأبو طالب(١)، وقال المؤيد بالله: نصف صاع من بر أو صاع من غيره، وقال الشافعي والمنصور بالله: مد من بر أو مدان من غيره. فإذا أوصى بكفارة الصوم أو الصلاة وذكر قدر ما عليه منها أخرج من الثلث، وإن لم يذكر قدره أخرج المتيقن، وهو كفارة صوم يوم أو خمس صلوات.

الرابع: يتعلق في ابتدائه بالمال ثم ينتقل عند تعذره إلى البدن، وهي كفارات الأيمان والقتل، وكذا كفارة الظهار، لكنها إذا تعذر الصوم فيها انتقلت إلى المال، وهو الإطعام، وهذا يجب إخراجه من الرأس ولو لم يوص به الميت، ذكره المؤيد بالله والمنصور بالله والقاضي زيد(٢)، وقال أبو طالب: من الثلث إذا أوصى به الميت.

الخامس: دماء الحج، وهي تعلق بالمال والبدن معاً فيما كان مخيراً منها، وما كان مرتباً منها تعلق بالمال ثم ينتقل إلى البدن، وقد تقدم الكلام عليها وعلى أبدالها وهل هي من الرأس أو من الثلث، فمن يقول: إنها من الرأس يجب(٣)

---

(١) لعله حيث أفطر لعذر مرجو ثم مات أو أيس عن قضائه فيكون من الثلث إن أوصى، وأما من ترك الصوم للعذر المأيوس فالكفارة من رأس المال وإن لم يوص كما تقدم في الصيام، والله أعلم.

(٢) قوله: «ذكره المؤيد بالله والمنصور بالله والقاضي زيد» وذلك لأنها تعلق بالمال ابتداء، قال صاحب الكتاب: وهو الأصح، وهذا إذا صرح بأنها واجبة عليه، لا بمجرد الإيصاء بها فهو يحتمل الاحتياط، وكذا في غيرها من الواجبات، ذكره المؤيد بالله. وقول أبي طالب كما ترى، وهو تخريجه للهادي عليه السلام، وهو قول أصحاب الشافعي؛ لأنها تنتقل إلى البدن في الانتهاء. (بستان بلفظه). والمذهب أنها من رأس المال ما لم يصرح بالاحتياط، وقد ذكره في هامش هذا الكتاب فيما تقدم عن تعليق الإفادة في آخر باب الكفارة قبيل النذر بست مسائل.

(٣) في (أ): وجب.

إخراجها ولو لم يوص الميت بها، ومن يقول: إنها من الثلث لا يلزم الوارث إخراجها إلا إذا أوصى بها الميت.

مسألة: من أوصى بثلث ماله في أحسن وجوه البر صرف في الجهاد[١]، ويستوي فيه جهاد الكفار والبغاة، والعام والخاص، فإن لم يكن ثم جهاد ففي طلب العلم. وقال أبو علي[٢]: إنه يصرف في طلب العلم ابتداء[٣].

مسألة: من أوصى بثلث ماله أو بشيء معين في سبيل الله أو لسبيل الله صرف في الأمور المقربة إلى الله من جهاد أو علم أو مسجد أو نحوه أو فقير، لا إلى غني فيه مصلحة؛ لأن ذلك نادر[٤]، وكلام الموصي يحمل على الغالب، ذكره في الشرح.

مسألة: وإن أوصى بذلك لأعقل الناس صرف إلى أزهدهم في الدنيا[٥]؛ لأن أعقل الناس من آثر الآخرة على الدنيا، وأجهلهم من آثر الدنيا على الآخرة. قال

---

(١) قال الهادي عليه السلام: والمراد مع إمام الحق، قال الفقيه محمد بن يحيى: فإن لم يكن ثم إمام صرف إلى مدارس أهل العدل والتوحيد. (شرح أزهار).

(*) ولعله يعتبر الوجود [وجود الجهاد] في ذلك البلد حال موت الموصي إذا كان الموصى به عيناً، وإن كان غلة فحال حصولها. (كواكب لفظاً) (قرر).

(٢) مذهب. (تهامي). وقواه المفتي.

(٣) يعني: قبل الجهاد.

(٤) يعني: قصد الموصي للغني الذي فيه مصلحة نادر[١].

(٥) إذا لم يكن ثم عرف في الأعقل. (قرر).

(*) وقال المؤلف: بل يتبع العرف، فإن جرى بالأزهد كان له كذلك، وإن جرى العرف بأن المراد به من له خبرة وممارسة لِكثير من الأمور -وهو الذي قد حنكته التجارب، وعرف ما يقدم عليه ويحجم عنه، وذلك لا يحصل إلا فيمن استعمل علوم العقل العشرة، ولا بد له من هدوء وسمت وعدم مسارة للناس- فهذا هو الأعقل؛ ولهذا ورد أنه إنما يعامل الناس على قدر عقولهم أو معناه، وقريب منه ذكره القاضي عبدالله بن حسن الدواري. (شرح فتح بلفظه) (قرر).

---

[١] ولفظ الكواكب: لأن ذلك من المصالح النادرة، وكلام الموصي يحمل على الغالب لا على النادر، ذكره في الشرح.

الإمام يحيى: فإذا أوصى لأجهل الناس لم يصح؛ لأنهم الكفار والفساق، وهم غير محصورين. قال الفقيه يحيى البحيبح: ويعتبر بالأزهد في بلده، قيل: فإن لم يوجد فيها فالأزهد في أقرب بلد إليها(١).

مسألة: وإن أوصى بذلك لجاره أو لجيرانه اعتبر بالملاصق لداره(٢) سواء كان مالكاً أو مستعيراً، ذكره في التقرير(٣).

مسألة: وإن أوصى بذلك للفقراء فإن كان عن حق عليه لله كالزكوات ونحوها أو عن نذر في الذمة(٤) لم يجز وضع شيء منه في أحد من آبائه وأبنائه ولو بعدوا وفاقاً، ولا فيمن تلزمه نفقته من قرابته(٥)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله، وإن كان ذلك تبرعاً جاز وضعه في آبائه وأبنائه وقرابته إذا هم فقراء، بل الوضع فيهم أفضل من غيرهم؛ لقوله تعالى: ﴿قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ

(١) فإن لم يوجد بطلت. (قرر). في الأعيان، لا في المنافع.

(٢) لما روت عائشة أنها سألت النبي ﷺ فقالت: إن لي جارين فإلى أيهما أهدي؟ فقال: ((إلى أقربهما منك باباً))، وروي عنه ﷺ أنه قال: ((إذا اجتمع الداعيان فأجب أقربهما باباً أقربهما جواراً))، فاعتبر القرب والملاصقة. (بستان).

(٣) وقيل: يعتبر بالعرف، كما تقدم في الوقف في قوله: مسألة: من وقف على جيرانه أو أوصى لهم فهم المجاورون لداره على حسب العرف. (بلفظه).

(٤) لا فرق.اهـ البيان مستقيم فتأمل؛ لأنه يريد حيث قد صار واجباً في ذمته، وأما النذر المعين فقد تقدم في البيان في النذر قبل الضالة بأحد عشر مسألة ما لفظه: مسألة: من نذر بشيء معين أو في الذمة.

(*) يقال: إذا كان النذر معيناً لم لا يجوز فيمن تلزمه نفقته كعين المظلمة؟ قلنا: عين المظلمة لم يخرجها عن ملكه، والنذر أخرجه عن ملكه.

(٥) هذا ذكره أبو العباس للهادي عليه السلام كحياته[١]، وقال في الكافي: يجوز؛ إذ قد انقطع وجوب نفقته بالموت، وبه قال الأمير الحسين، قلت: وهو الذي تدل عليه المتون؛ إذ العبرة بالنفقة حال الإخراج، دون الآباء والأبناء. (مفتي). ولفظ البيان في الزكاة: وقال في الكافي والأمير الحسين وأحد قولي المؤيد بالله: بل تحل له وإن العلة وجوب النفقة. (بلفظه).

---

[١] وأن العلة القرابة. (بيان من الزكاة).

﴿وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة٢١٥]، ويجوز أيضاً في فقراء بني هاشم على ما ذكره المنصور بالله والأمير الحسين، خلاف المؤيد بالله والحقيني(١).

فرع: فإن أوصى بذلك لفقراء أهل بيته كان لمن وجد في بيته فقيراً عند موته، قال الفقيه يحيى البحيبح: يعني إذا قصد من في بيته أو كان العرف يقضي بذلك، فإن لم كان لفقراء قرابته إلى الأب الثالث؛ لأن أهل البيت في اللغة هم القرابة. ويستوي في ذلك الذكر والأنثى، والحر والعبد(٢)، والصغير والكبير، والمسلم والذمي.

مسألة: وإذا أوصى بذلك لفقراء أهل بيته أو أهل بلده أو بلد آخر ولم يوجد فيهم فقير عند موته فقالت الهدوية: تصح الوصية وتصرف إلى سائر الفقراء، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي وقواه الفقيه علي: تبطل الوصية؛ لأنها تمليك لمعدوم (٣)، بخلاف الوقف فالملك في رقبته لله تعالى فلا يبطل الوقف ببطلان من جعلت غلاته له. وإن أوصى لبني فلان ولم يكن له أحد بطلت الوصية.

مسألة: وإذا أوصى بذلك لقرابته أو لأقاربه كان لجميع قرابته من قبل أبيه وأمه، وهم من ينتسب إلى الأب الثالث(٤)، ذكره في اللمع للهدوية، ومثله في المنتخب، وهو يدل على أن أولاد الإناث لا يدخلون في القرابة(٥)؛ لأنهم ينتسبون إلى آبائهم، ويؤيده قوله ﷺ: ((كل بني أنثى ينتمون إلى أبيهم إلا ابني فاطمة فأنا أبوهما وعصبتهما)) روى الحديث في الأحكام. قلنا: ويكون

---

(١) يعني الذي تقدم لهما في الوقف. (بستان).

(٢) ولو سيده غنياً، ويكون لسيده قبل العتق. (قرد).

(٣) إذا كانت الوصية بالأعيان، لا بالمنافع والغلات فلا تبطل.اهـ بل تكون لمن سيولد كما مر في الوقف.

(٤) من قبل الأب والأم. (قرد).

(٥) والمذهب أنهم يدخلون كما تقدم في الوقف. في قوله: مسألة: من وقف على قرابته فهو على وجوه ثلاثة إلخ.

ذلك إلى آخر ما تناسلوا[١]، والمؤيد بالله يوافقنا هنا في الورثة أنهم يدخلون تبعاً للقرابة، بخلاف ما إذا أوصى لوارثه فلا يصح عنده كما مر. وقد تقدم في الوقف خلاف مالك والإمام يحيى في قرابة الأم أنهم لا يدخلون، وهو العرف[٢]، ومثله في التفريعات.

فرع: ويستوي في ذلك كل من وجد من قرابته إذا كانوا ينحصرون، وإن لم ينحصروا صرف في البعض ولو في واحد منهم عند الهدوية وأحد قولي المؤيد بالله، وعلى أحد قولي المؤيد بالله: لا يجوز في أقل من ثلاثة. وقال أبو حنيفة وأحد قولي الشافعي: تبطل الوصية إذا كانوا لا ينحصرون، كما إذا أوصى للناس[٣] أو لأمة محمد ﷺ، إلا أن يقول: لفقرائهم صح، كما إذا أوصى للفقراء. قلنا: القربة حاصلة في القرابة مطلقاً، وليس كذلك في الناس[٤].

فرع: فلو أوصى للضيف القوي منهم والضعيف قال سيدنا عماد الدين: فالأقرب أنه يصح؛ لأن طعم الضيف مندوب إليه مطلقاً[٥].

مسألة: وإن أوصى بذلك لأهل بلد فإن كانوا ينحصرون صح واستووا فيه

---

(١) إذا كانت الوصية بالمنافع، لا بالرقبة فيملكها من كان موجوداً عند الموت. (بيان من الوقف من أوله في خمسة وعشرين مسألة).

(٢) إن كان عرفاً، وإلا فالعرف.

(*) في (ب): وهو الذي يقضي به العرف.

(٣) وعن المفتي: أن الوصية تصح للناس؛ إذ لا يشترط فيها القربة.اهـ ويدل عليه قولنا بصحة الوصية لذمي غير معين. (سماع سيدنا حسن بن أحمد الشبيبي رحمه الله).

(٤) قلت: القربة غير مشترطة، بل حيث كانت مباحة وكان صاحبها يتملك. (مفتي). يقال: قد خلا عنهما في الناس.

(٥) يعني: ولو كانوا لا ينحصرون ولو كان فيهم من لا قربة فيه. (بستان بلفظه). ولو كان كافراً. (قرر).

كلهم كما مر[١]، وإن كانوا لا ينحصرون فعند الهدوية يصح لمن فيه القربة منهم، لا لمن لا قربة فيه، وقال المؤيد بالله: لا يصح[٢]، وهو القوي.

مسألة: وإن أوصى بذلك لولد فلان أو لأولاده من غير تعيين استوى فيه البطن الأعلى من أولاده الذكور والإناث الحاصلين عند موت الموصي[٣] ولو حملاً، لا من يحدث من بعد، ومن مات منهم فنصيبه لوارثه، وإن لم يكن من أولاد فلان إلا واحد فله وحده سواء كان ذكراً أو أنثى، وإن لم يكن أحد من البطن الأعلى عند موت الموصي كان لأهل البطن الثاني كذلك، ويدخل فيهم أولاد البنات، ذكره في الكافي[٤]، وقال في الوافي: لا يدخلون، وهو قول أبي حنيفة. ويعتبر في الوجود والعدم بحال موت الموصي، وقال الثوري: بحال الإيصاء. قلنا: فإن لم يكن أحد من أولاده وأولادهم أبدا عند موت الموصي بطلت الوصية[٥].

مسألة: وإن أوصى بذلك لبني فلان لم يدخل فيه الإناث منهم[٦] وأولادهن، ويكون كالأول في اعتبار البطن الأول، فإن لم يكن منهم أحد

---

(١) يعني: في الوقف، وتكون الوصية لمن يستوطنه من المؤمنين والفساق، والغني والفقير، والصغير والكبير، والذكر والأنثى، فإن لم ينحصروا فعند الهدوية يصح لمن فيه قربة؛ لأن عندهم أصل الوصية لا يبطل، وعند المؤيد بالله بل تبطل؛ لأن المملك -وهو الموصى له- غير معلوم؛ لعدم الانحصار. (بستان بلفظه). وقد تقدم في الوقف تقوية كلام المؤيد بالله في قوله: فرع: فإن كان أهل البلد إلخ في الفرع الثاني من قوله: فرع: والورع على أربع مراتب إلخ.

(٢) وقيل: يصح مطلقاً ويصرف في الجنس. (مفتي).

(٣) لا يدخل أحد من أولاد البنين مع وجود أحد من البنات. (صعيتري).

(٤) قال الفقيه يوسف: وهو أولى كما ذكروه في الوقف. (بستان).

(٥) في الأعيان. لا المنافع والغلات فكما في الوقف، يعني فيكون لمن سبق وإن لم يكن موجوداً حال الوصية.

(٦) وذلك لأن اسم البنين خاص للذكور دون الإناث. (بستان).

فالبطن الثاني، قال أبو يوسف: إلا أن يكونوا فخذا[١] أو قبيلة دخل فيه الذكور والإناث، والقريب والبعيد، والأعلى والأسفل، قال سيدنا عماد الدين: وهو أقرب إلى العرف، والله أعلم.

مسألة: وحيث يوصي بثلث ماله يدخل فيه جميع ما يملك من منقول وغيره، ودين وغيره[٢]، فإن كان الموصى لهم معينين شاركوا الورثة في كل التركة وفاقاً، وإن كانوا غير معينين كالفقراء ونحوهم فللورثة[٣] أن يعطوهم قدر الثلث من أي التركة شاءوا، ذكره القاضي زيد للهدوية[٤]، وللمؤيد بالله إشارة في الزيادات إلى أنهم يشاركونهم في كل التركة[٥].

مسألة: قال في الشرح: من أوصى بذلك لأرامل بني فلان كان لمن أرملت منهم من الزوج[٦]، ذكره أبو يوسف، وقال في الشفاء ومحمد: لمن أرملت من

---

(١) وقد تقدم حقيقة الفخذ في أول الوقف على قوله: فرع: ويعتبر فيهم من ينتسب إلى الأب الثالث.. إلخ.

(٢) وعليه الأزهار بقوله: وثلث المال للمنقول وغيره ولو ديناً.

(*) في (ب): وعين ودين.

(٣) حيث لا وصي. (قرر).

(٤) وحجته قياساً على زكاة النقدين لما كان المصرف غير معين جاز أن يخرج من غير المعين. (غيث)[١].

(٥) وقواه المفتي، واختاره المؤلف.

(٦)ولو كانت موسرة.

(*) قال في الشمس عن الخليل: ولا يقال: رجل أرمل إلا أن يشاء شاعر في تمليح كلامه، كقول جرير:

هذي الأرامل قد قضيت حاجتها ... فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

(من خط مصنف البستان).

---

[١] لفظ الغيث: واحتج القاضي زيد بالقياس على الزكاة، فإنها لما كانت زكاة الذهب والفضة للفقراء جملة لم تجب من العين.

الزوج والمال معاً، وقال الثوري والشعبي: لمن أرمل من ذكورهم وإناثهم. قلنا: دخول الذكور في الأرامل هو مجاز(١).

مسألة: من أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه فإن أجاز ورثته صح الكل(٢)، وإن لم اشتركا في الثلث يكون بينهما أخماساً(٣)، وقال أبو حنيفة: نصفين(٤).

فرع: فإن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه ولآخر بجميعه فإن أجازه الورثة قسم المال كله بينهم على أحد عشر سهماً، وإن لم يجيزوه قسم الثلث بينهم كذلك عندنا، وقال أبو حنيفة: أثلاثاً(٥) مع عدم الإجازة، ومع الإجازة الثلث بينهم أثلاثاً، والزائد عليه إلى النصف لصاحب النصف ولصاحب الكل نصفين(٦)، والزائد على النصف لصاحب الكل، رواه في الشرح، وعلى هذا فقس ما أشبهه.

---

(١) الأرمل: الذي لا امرأة له، ويقال له: أرملة، بالتاء، ذكره في الصحاح.

(٢) قال عليه السلام: وتقسم التركة على ستة أسهم، فللموصى له بالنصف ثلاثة، وللموصى له بالثلث سهمان، وللورثة سهم واحد؛ لأنهم بالإجازة أدخلوا النقص على أنفسهم. (بستان).

(٣) قال عليه السلام: وتكون المسألة من خمسة عشر: للورثة عشرة، ولصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث اثنان. (بستان بلفظه).

(٤) لأن عنده من أوصى له بالزيادة على الثلث فإنها تسقط الزيادة، وتكون الوصية متعلقة بالثلث لا غير. (بستان بلفظه).

(٥) ولعل وجه قول أبي حنيفة أن الثلث كل واحد لو انفرد استحق جميعه فهم فيه على سواء.

(٦) وتصح مسألتهم من ستة وثلاثين[١]، يقسم الثلث - اثنا عشر- أربعة أربعة، والزائد عليه إلى النصف ستة لصاحب النصف وصاحب الكل ثلاثة ثلاثة، والزائد على النصف لصاحب الكل، وهو ثمانية عشر مضافة إلى سبعة يكون خمسة وعشرين[٢]. وعلى أصلنا من ثلاثة وثلاثين؛ لأنك تنزع الوصية من مخرجها، وهو الثلث، وذلك واحد لا ينقسم على أحد عشر، فتضرب المخرج- وهو ثلاثة- في أحد عشر يكون ثلاثة وثلاثين، ثلثها أحد عشر تقسم بينهم، وهذا مع عدم الإجازة.

---

[١] لأن معك نصف وثلث ومخرجهما من ستة.

[٢] ولصاحب النصف سبعة، ولصاحب الثلث أربعة فقط.

مسألة: من أوصى بشيء مسمى غير معين نحو شاة أو ثوب أو عبد أو درهم أو مدٍ حمل على الأقل[١] من ذلك، وهو ما يقع عليه الاسم في بلد الميت إذا لم يكن فيه غالب ينصرف إليه[٢]، فإن كان في مال الميت شيء من ذلك سلم أدناه، وإن لم يكن شيء من ذلك اشتري أدنى ما يقع عليه الاسم. وحيث يوجد في التركة قال الفقيه يحيى البحيبح: ليس لهم أن يشتروا أدنى منه، وقال الفقيه حسن[٣]: بل يجوز لهم ذلك[٤]. وهكذا إذا أوصى بمد من حب، لكن الخيار إلى الورثة في جنسه إذا لم يكن فيه عرف.

مسألة: من أوصى بشيء معين من ماله وجب إخراجه بعينه[٥]، ذكره في الشرح والزيادات والإفادة، وإذا تلف قبل إخراجه فإن كان قبل التمكن[٦] من إخراجه بطلت الوصية، وإن كان بعد التمكن ضمنه الوصي[٧] إن كان، وإلا فالورثة[٨]، خلاف المؤيد بالله كما مر إذا كان الموصى له غير معين، وإن كان معيناً ضمن وفاقاً[٩].

مسألة: من أوصى بشيء أو بمال أو بجزء أو بحظ أخرج الورثة كم ما

---

(١) أي: الأدنى إن لم يختلف قدر الأمداد، وإن اختلف فالأقل. (مفتي). (قرر).

(*) صوابه: الأدنى، فتأمل.

(٢) لأن الغالب كالمنطوق به.

(٣) قال في البرهان: والخلاف بين الفقيهين حسن ويحيى البحيبح حيث لم يقل: من مالي، وأما إذا قال ذلك فلا يشترون مع وجوده في التركة. (بستان بلفظه). وفي البيان عن البحر في الفرع التاسع قبل فصل: يجوز أن يكون المسلم وصياً للذمي: أنه يجوز.

(٤) وهو الأزهار.

(٥) ولو نقداً. (بيان من البيع). فلا يجوز العدول عنه إلا برضا المصرف. (شرح أزهار معنى).

(٦) ولم يحصل جناية ولا تفريط. (قرر). وإلا ضمنه ولم تبطل. (قرر).

(٧) قال السحولي: ولعله يشترط في ضمانه القبض.

(٨) مطلقاً مع التمكن كما ذكر أهل المذهب في وارث العامل.اهـ والفرق بين الوصي والوارث أن يد الوارث موصولة بيد الميت، بخلاف الوصي فلا يضمن إلا ما قبض كما تقدم في الوقف.

(٩) لأنه قد استحقه.

شاءوا[١]، وأدناه[٢] ما يتمول، وعلى قول المؤيد بالله لا تصح الوصية. فلو اختلف الورثة في قدر ما يعين صح ما اتفقوا عليه[٣]، ومن الزائد قدر نصيب من عينه منهم. وقال الباقر في الجزء: إنه يجب الربع[٤].

مسألة[٥]: فإن أوصى بمال كثير وجب قدر النصاب، ذكره أبو العباس للهادي، وقال الناصر والمؤيد بالله والشافعي: الخيار إلى الورثة كم ما شاءوا.

مسألة: من أوصى بنصيب من ماله كان مثل أقل الورثة نصيباً، ذكره في الشرح واللمع والحفيظ، وقال الفقيه حسن: ما لم يزد على السدس[٦] فلا يجب الزائد عليه. وقال الناصر والمؤيد بالله والشافعي: كم ما شاء الورثة.

فرع: وإن أوصى بسهم من ماله كان مثل أقل الورثة نصيباً ما لم يزد على السدس فلا يزاد عليه[٧]، ذكره أبو العباس وأبو حنيفة، وقال القاسم والناصر والمؤيد بالله والشافعي: كم ما شاء الورثة.

فرع: وحيث يعتبر بنصيب أقل الورثة نصيباً يعتبر به بعد مشاركة الموصى له للورثة عند الهدوية كما يأتي، فلو خلف الميت ابناً وجدّاً كان للموصى له

---

(١) ويكون بعد التحليف، ويكون على العلم والظن. وقيل: لا تلزم اليمين.

(*) وذلك لأن ما هذا حاله لا يتقدر بقدر معلوم لا من جهة اللغة ولا من جهة الشرع، فيجب أن يكون موكولاً إلى الورثة، فأي شيء أعطوه وجب قبوله. (بستان).

(٢) في (ب): وأقله.

(٣) هذا حيث اختلفوا في قدره، وأما في العين فلا بد من تراضيهم الجميع. (بيان من العتق). فإن لم يتراضوا فالحاكم يعين. (من الفرع السادس من فصل: العتق يثبت في الذمة).

(٤) وحجة الباقر قوله تعالى: ﴿ثُمَّ اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءًا﴾ [البقرة:٢٦٠]، وهي أربعة أجزاء على أربعة جبال. (بستان بلفظه).

(٥) فرع. (نخ).

(٦) بل لا يتعدى به الثلث مع الوارث والنصف مع عدم الوارث. (زهور).

(٧) وعليه الأزهار.

السبع[(١)]. فإن لم يكن في الورثة من هو أقل نصيباً- نحو أن يخلف ابنين- كان للموصى له الثلث[(٢)]، وإن خلف ابناً واحداً وأوصى لغيره بمثل نصيب ابنه[(٣)] فإن أجاز الابن كان للموصى له نصف، وإن لم يجز كان له ثلث[(٤)].

فرع: وهكذا إذا أوصى بمثل نصيب واحد من الورثة معين فإنه يكون مثل نصيبه بعد مشاركة الموصى له للورثة عند الهادي وأبي حنيفة والشافعي، وقال المؤيد بالله: مثل نصيبه قبل مشاركة الموصى له، فحيث يكون الوارث واحداً فقط يستحق الموصى له المال كله[(٥)] إذا أجاز الوارث، وحيث يكونان اثنين على سواء يكون له نصف مع الإجازة[(٦)].

فرع: فلو أوصى بنصيب وارث معين فقال أبو حنيفة[(٧)]: لا تصح الوصية؛ لأنه أوصى بمال غيره، وقال أصحابه: تصح بمثل نصيبه، وهو مفهوم كلام المؤيد بالله، نقل من الشرح[(٨)].

---

(١) بعد الإدخال.

(*) لئلا يتعدى نصيب أقل الورثة.

(*) فيكون مثل أقل الورثة نصيباً، وبقي ستة للجد سدسها.

(٢) وذلك لأنه أراد دخوله معهما بالسواء. (بستان بلفظه).

(*) يعني: مع إجازة الورثة، وإن لم يجيزوا فالسدس فقط.

(٣) الصواب بنصيب من ماله.

(٤) ولا يتعدى بالنصيب الثلث ولا بالسهم السدس حيث ثمة وارث ولم يجز، فإن أجاز أو لا وارث فالنصف حيث أوصى بنصيب.

(٥) وعندنا نصف فقط مع الإجازة. (قرر).

(*) يعني: عند المؤيد بالله.

(٦) وعندنا ثلث كما تقدم في الفرع الأول.

(٧) ونسبه في البحر للإمام يحيى.

(٨) والمذهب أنه ينفذ ثلث حصة الموصى بنصيبه كما مر[١] ما لم يرد مثل نصيبه فمثل كلام المؤيد بالله وأصحاب أبي حنيفة. ومثل معناه عن التهامي .

---

[١] في البيان في المسألة الثامنة من أول الوصايا وهي قوله: من أوصى بوصية وجعلها ..إلخ.

مسألة: من أوصى بألف رغيف ولم يسم جنس الطعام حمل على ما يعتاد هو التصدق به، فإن لم يكن له عادة في التصدق فبما يعتاد أكله له ولعياله، فإن لم يكن فبما يعتاد أهل بلده، فإن اختلف المعتاد في الجنس أو النوع أو القدر فبالغالب إن كان فيه غالب، وإن لم يكن فبالأدنى؛ لأنه المتيقن(١).

فرع: فإن أوصى أن يتصدق بذلك عنه قبل دفنه وجب إذا أمكن، فإن لم يفعلوا أثموا وتصدقوا به بعده، ذكره أبو طالب(٢). وكذا يأتي إذا عين للتصدق يوماً معيناً ولم يفعلوا فيه. ولعله يأتي كذا إذا عين لذلك مكاناً معيناً ثم تعذر فيه أو نسي. وكذا يأتي إذا أوصى أن يقرأ على قبره ثم التبس موضعه فإنه يفعل ذلك في غيره كما تقدم من الخلاف(٣)، والله أعلم.

مسألة: من أوصى بشيء لفلان وللحج، أو للحج وفلان، أو لفلان والمساكين(٤)، أو للحج والمساكين- كان ذلك نصفين(٥)؛ لأن المساكين غير

---

(١) والأصل براءة الذمة من الزائد.

(٢) ظاهره ولا تبطل ولاية الوارث، وقد تقدم الكلام في الوصي أنه إذا تراخى لغير عذر فإنها تبطل ولايته فكذا الوارث، وإلا فما الفرق؟

(٣) في آخر كتاب الحج، فعلى قول الفقيه حسن يقرأ في أي موضع، وعلى قول الفقيهين يحيى البحيح وعلي تبطل الوصية. (بستان بلفظه). وهذا إذا التبس موضعه بالكلية، وإن التبس بين ثلاثة قبور قرأ عليهم ونوى على الموصي منهم. (شامي) (قرر).

(٤) ينظر، فقد تقدم أنه لو أصى لعبده والفقراء وهم غير منحصرين أنه يكون كأحدهم فلا يعتق.اهـ يقال: الوجه أن إلى الورثة تعيينه من أي التركة شاءوا[١]، بخلاف هنا فقد عين الموصى به وملكه الفلان، فينظر في التنظير.

(٥) وذلك لأنه أضافه إلى فلان والحج والمساكين فلهذا كان لفلان النصف، ولأن الواو هنا للتقسيم، بخلاف ما إذا قال: «لفلان وبني فلان» فيكون بينهم على عددهم؛ لأنه جعل فلان هنا كأحدهم، كما لو قال: لفلان وهؤلاء الجماعة، إلا إن قال: «لفلان ولبني فلان» فله نصف ولهم نصف؛ لأنه قد جعلهم قسماً وجعل فلاناً قسماً وحده؛ فلهذا كان له نصف ولهم نصف. (بستان بلفظه).

---

[١] فيكون كما لو أوصى له بعين فلا يملكها، فافترقا. (قرر).

محصورين، بخلاف ما إذا قال: «لفلان وبني فلان» فيكون بينهم على عددهم، إلا إن قال: «لفلان ولبني فلان» فإنه يكون لفلان نصف ولهم نصف[(١)]، ذكره في البحر.

فرع: فإن أوصى به للمساكين أو لفلان وللحج فهو يحتمل وجهين[(٢)]:

الأول: أن يكون التخيير في تسليم نصفه للمساكين أو لفلان ونصفه يكون للحج.

والثاني: أنه خير بين أن يسلم للمساكين كله أو لفلان وللحج بينهما نصفين.

فإن عرف من قصده أي الوجهين أراد عمل به، والخيار للوصي[(٣)]، وإن لم يعرف قصده في ذلك عمل بالأول، ذكره في اللمع عن أبي طالب، وقال الفقيه يوسف: إن الثاني أقرب؛ لتوسط حرف التخيير بين المساكين وبين فلان والحج.

مسألة: من أوصى بشيء للفقراء والمساكين ولفلان فقال أبو حنيفة: يكون أثلاثاً، وقال أبو يوسف: يكون نصفه لفلان ونصفه للفقراء والمساكين، قال سيدنا عماد الدين: ولعل قول أبي يوسف أقرب، ويكون قول أبي حنيفة أقرب حيث قال: للفقراء والمساكين وفلان، أو قال: للفقراء وللمساكين ولفلان.

مسألة: من أوصى لأمته بالعتق إن ثبتت على الإسلام أو على العزبة فإنها

---

(١) لأن اللام قاسمة.

(٢) ينظر في صحة هذه الوصية هل تصح أم لا، كما تقدم في قوله: فإن كان له مولى أعلى ومولى أدنى والتبس أيهما أراد لم تصح الوصية؛ لترددها بينهما، فينظر في الفرق.

(٣) يعني: يعتبر بما عرفه الوصي من قصد الموصي. (سماع سيدنا علي).

(*) فإذا عرف أن قصده الوجه الأول خير بين دفع النصف إلى المساكين أو إلى فلان، والنصف الثاني للحج، وإن عرف أن قصده الوجه الثاني خير بين دفع الكل للمساكين أو لفلان والحج.

تعتق إذا استمرت على ذلك بعد موته ولو بعض يوم[١]، ولو ارتدت أو تزوجت بعد ذلك فلا شيء عليها، ذكره في الوافي، والعرف يقضي بخلافه[٢] أنه يعتبر استمرارها إلى موتها فلا تعتق إلا حال النزاع، وقد ذكره أبو مضر فيمن أوصى لامرأته بشيء إن لم تزوج أو إن قعدت مع أولاده، فإن الغرض في ذلك معروف أنه للدوام إلى موتها[٣]، فمتى تزوجت أو خرجت لم تستحق الوصية. لكنه يقال: فما يكون حكم الشيء الموصى به بعد موت الموصي في مدة بقاء الأمة أو الزوجة، هل يسلم إليها وتنتفع به ومتى فعلت ما يبطل الوصية رجع الورثة عليها به وبفوائده أو بقيمته إن كانت أتلفته، فهو أقرب إلى العرف، أو لا يسلم إليها حتى يتبين حصول الشرط، وهو حال نزاعها؛ فهو قريب بالنظر إلى اعتبار الشرط وبعيد في العرف؛ إذ لا فائدة لها فيه؟ ولعل الأول أولى[٤].

فرع: فلو جاء بذلك عقداً نحو: أوصيت لك بعتقك على أن تبتي على التوبة أو على العزبة فإنها تعتق بالقبول[٥]، وإذا خالفت من بعد موته رجع عليها ورثته

---

(١) وعليه الأزهار حيث لم يجر عرف بخلافه أو عرف من قصده الاستمرار.

(٢) قال مولانا عليه السلام: وكلام الوافي فيمن لم يعرف له قصد، ولا جرى عرف في وضع الثبوت على الاستمرار، بل هو باق على الوضع اللغوي ولم يعرف من قصده خلاف ما يقتضيه الوضع، فإن كلامه حينئذٍ مستقيم. (غيث).

(*) ذكره المذاكرون. (غيث).

(٣) إن عرف من قصده أو جرى به عرف. (سماع سيدنا حسن رحمه الله). (قرر).

(٤) لأنا نعاملها بالظاهر، ومتى فعلت نقيضه انكشف عدم استحقاقها، فيرجع عليها به وبفوائده أو بقيمته. (مصابيح) (قرر).

(*) قال المؤلف: يدفع إليها والعبرة بالانكشاف.

(٥) لكن يقال: الوصية لبعد الموت فما وجه العتق قبله؟ (مفتي). لعله يريد إذا قبلت الآن أنها تعتق لكن بعد موته، وأما القبول فعند علمها بالعقد، هذا الذي تقتضيه القواعد، والله أعلم. (شامي) (قرر).

بقيمتها، خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله؛ لأن العوض هنا ليس بمال. ويكون قبولها لذلك على الخلاف في قبول الوصية كما مر هل في مجلس العلم بالوصية أو في مجلس العلم بموت الموصي.

مسألة[١]: من أوصى أن يوقف عنه شيء من ماله بعد موته صح عندنا والشافعي، خلاف أبي حنيفة[٢]، ذكره في الشرح. وكذا يأتي الخلاف[٣] في كل وصية معلقة بشرط أو بوقت بعد موت الموصي[٤].

مسألة: من قال عليَّ لفلان دينار وما ادعاه عليَّ أو حلف عليه أعطيتموه كان الدينار من الرأس[٥]، والزائد عليه وصية من الثلث[٦]، ذكره المؤيد بالله.

مسألة: من أوصى بأرض له يحج[٧] عنه بها خير الوارث[٨] بين التحجيج

---

(١) قال المفتي: هذه مسألة غريبة.

(٢) قوله: «خلاف أبي حنيفة» فقال: لا يصح ذلك؛ لأن المال قد صار للورثة بالموت. (بستان بلفظه).

(٣) ولفظ المعيار للنجري: فرع: فإن أوصى بأن يباع الشيء ويتصدق بثمنه أو يعطى زيداً وجب الامتثال، وهو باق في ملكه قبل البيع، فإن غصبه غاصب فالأجرة للورثة، وإن استهلكه فالقيمة للموصى له، وبهذا يعلم صحة الوصية المسندة إلى عقيب سنة من موته كما ذكره جماعة، لا كما قاله آخرون: إنه يدخل في ملك الورثة بالموت؛ لأن له فيه حقاً يمنع من ذلك. (باللفظ). قال في بعض الحواشي: ومثله في البيان، وقواه الشامي.

(٤) قول المنصور بالله والتفريعات مثل قول أبي حنيفة.

(*) يقال: قد خرج إلى ملك الورثة حيث قال: بعد موتي، بخلاف الأول.

(٥) وذلك لأنه إقرار بدين فوجب من رأس المال. (بستان).

(٦) إذا لم يبين على دعواه، فإن بين فمن الرأس. (قرد).

(٧) في (ب): يحجج.

(٨) وإنما قلنا: له الخيار بين التحجيج بها أو ببدلها للعرف بذلك. (بستان). ما لم يعرف من قصده أنه يحجج بها لا بغيرها تعينت . (قرد).

بها أو بيعها ويحجج بثمنها، أو يأخذها لنفسه(١) ويحجج بقيمتها من ماله(٢)، أو يحجج بدراهم على الذمة ثم يقضيها الحاج عن الدراهم إذا رضي بها. فإن انتفع بها الوارث قبل التحجيج واستعملها فلا شيء عليه؛ لأن الحاج لم يملكها، لكنه يأثم إذا كان قد تمكن من التحجيج، وإن تلفت بعد تمكنه ضمن قيمتها وحجج بها(٣). وكذا(٤) إذا أوصى بأنها تدفع إلى الفقراء أو يتصدق بها(٥).

فرع: وإن أوصى بأرض للفقراء ثم انتفع بها الوارث قبل تسليمها لزمه أجرة المثل؛ لأنهم قد ملكوها(٦) الفقراء، بخلاف الحج، والمؤيد بالله يوافق هنا(٧) لا في النذر على الفقراء.

فرع: فإن أوصى بأن تباع ويصرف ثمنها في الفقراء أو في فلان ثم انتفع بها الوارث قبل بيعها فلا أجرة عليه؛ لأنها في ملكه، ذكره أبو مضر، لكنه يلزمه بيعها فوراً، قال الفقيه محمد بن سليمان: وفاقاً؛ لأن ذلك حق للموصي، وقال الفقيه علي: إنه على الخلاف في الواجبات التي لله تعالى. والأول أصح(٨).

---

(١) ويكون معاطاة. والحيلة أن يبيعها منه الحاكم.

(٢) فلو لم تف القيمة بأجرة الحاج وبذل الحاج ذلك بنفس العين، أو بذل فيها أكثر من القيمة- كان كما تقدم في قوله: والوارث أولى بالمبيع إلخ.

(٣) هذا بناء على أن التراخي لا يبطل الولاية كما قال القاضي يحيى بن مظفر، وقد صرح الفقيه محمد بن سليمان بخلافه.

(٤) لعله يريد في الضمان والإثم، لا في لزوم الأجرة فالكلام كما في الفرع، والله أعلم. (شامي) (قرر).

(٥) يعني ثم انتفع بها قبل الدفع إلى الفقراء أو قبل التصدق فلا أجرة.

(٦) في المطبوع: لأن قد ملكها.

(٧) في لزوم الأجرة؛ لأنه قد حصل الإمضاء بموته هنا لا في النذر[١]. (مصابيح).

(٨) فعلى هذا -أعني اختيار القاضي- أن الخلاف في الواجبات في حال الحياة فقط.

---

[١] فهو باق على ملكه حتى يسلمه إليهم، والوصية قد خرجت عن ملكه.

مسألة[١]: فإن أوصى بأرض للفقراء أو للمسجد تباع ويصرف ثمنها إليهم فقال الفقيه يحيى البحيح: إنهم يملكونها بموت الموصي، لكن إلى الوارث ولاية بيعها، فالولاية إليه حيث لا وصي للميت، فإن انتفع بها الوارث قبل بيعها ففي وجوب أجرتها عليه قولان للمؤيد بالله، رجح الفقيه حسن وجوبها[٢]، ورجح أبو مضر عدمه[٣]. وهل له أن يأخذها لنفسه ويدفع قيمتها؟ فيه قولان[٤] للمؤيد بالله، قال الفقيه علي: وهما قولاه اللذان في معاطاة النفس[٥] كما مر في البيع.

مسألة: من أوصى بشيء وجعل أمره إلى رجل يضعه حيث شاء جاز له أن يضعه في نفسه أو ولده، فإن قال: يعطيه من شاء لم يجز له أن يضعه في نفسه[٦]. وقال الشافعي: لا يجوز في الصورتين معاً، ذكره في الشرح.

مسألة: من أوصى بثلاثة دراهم مضاعفة كانت ستة[٧]، فإن قال ثلاثة أضعافاً كانت تسعة[٨]، فإن قال: ثلاثة أضعافاً مضاعفة كانت ثمانية عشر، فإن قال: ثلاثة مضاعفة أضعافاً احتمل أن يكون مراده ثمانية عشر[٩]، وقد ذكره في التذكرة،

---

(١) في (د): فرع، وكتب عليه: مسألة نخ.

(٢) حيث لم يقصد ثمنها.

(٣) حيث قصد ثمنها.

(٤) له ذلك على المذهب.

(٥) فإن أخذها الوارث فقدر حصته بالأولوية والزائد بالمعاطاة، وإن كان الوصي وليس بوارث فالكل بالمعاطاة. (شامي). (قرر).

(٦) وذلك لأن الوضع يقتضي فيمن أحب هل نفسه أو غيره فهو يسمى واضعاً، والعطاء يقتضي الإخراج إلى غيره. (بستان).

(٧) وذلك لأن ضعف الشيء مثله، فكأنه أوصى بثلاثة وبمثلها. (بستان)

(٨) وذلك لأنه كأنه قال: ثلاثة أمثال ثلاثة، فإن زاد مضاعفة لزم ثمانية عشر؛ لأن تضعيف التسعة أن يزيد مثلها. (بستان بلفظه).

(٩) وذلك لأن ثلاثة مضاعفة تكون ستة، وقوله: «أضعافاً» راجع إلى الستة، فتكون ثمانية عشر. (بستان).

واحتمل أن يكون مراده تسعة وأنها تضاعف الثلاثة أضعافاً، ولعله الأولى[(١)]؛ لأنه المتيقن.

فرع: فإن أوصى بضعف كذا كان مثليه[(٢)]، وإن قال: بضعفيه فقال أبو العباس: يكون مثليه أيضاً، وقال الشافعي: ثلاثة أمثاله[(٣)].

---

(١) في (ج، د): وهو الأولى.

(٢) قوله: «كان مثليه» اعلم أني لم أقف على حجة في ذلك فأنقلها، ولكن ربما- والله أعلم- أنه يكون الأصل ومثله. وقوله: «وإن قال: بضعفيه فقال أبو العباس يكون مثليه» وربما أنه يخرج الأصل. «وقال الشافعي: ثلاثة أمثاله»، وربما أنه يدخل الأصل. (بستان بلفظه).

(٣) قال الإمام يحيى: منشأ الخلاف بينهم في الأصل هل يعتبر به في الحساب أو لا، فعند الهادي يعتبر، وعندهم لا يعتبر. ولا خلاف بينهم أن الضعف جزءان. والحق أن الأصل معتبر؛ لاستناد المضاعفة إليه، فيكون الضعف مثله ولا زيادة عليه؛ بدليل قوله تعالى: ﴿يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحزاب٣٠] أي: حد مع الحد الأول. (هامش هداية).

كتاب السير

الإمامة واجبة[١] إجماعاً إلا عن الأصم وضرار[٢]، ومن أنكر وجوب طاعة الإمام فأقل أحواله الفسق[٣]، ذكره أبو طالب، وهي تثبت بالدعوة[٤] بعد كمال شرائطها، وقالت المعتزلة وأحد قولي المؤيد بالله: لا بد من العقد والنصب له. قال في شرح الإبانة: لا خلاف بين الشيعة في وجوب معرفة إمامة علي عليه السلام على العلماء والعوام، وقال ابن شروين: تجب على العلماء لا على العوام[٥]. قال في شرح الإبانة: ومن لم يعرف إمامته وجوز الإخلال بها من كل وجه فسق عند العترة، إلا المؤيد بالله فلم يقطع بفسقه[٦]، وهو قول المعتزلة. ولا تجب معرفة إمامة ولديه الحسنين[٧] مع أن إمامتهما مجمع عليها إلا الكرامية وأهل الحشو.

فرع: ولا يجوز أن يخلو زمان ممن يصلح للإمامة، ذكره في شرح الأصول[٨] وغيره، إلا عند من لا يوجب الإمامة.

---

(١) شرعاً.

(٢) وقوم من الخوارج.

(٣) قوله: «الفسق» يعني: إذا اعتقد أن إجابة الإمام لا تجب أو نطق بذلك؛ لأنه نفى ورود الشرع بذلك. (بستان بلفظه).

(٤) فيما عدا علياً والحسنين صلى الله عليهم. (شرح أزهار).

(٥) قال المهدي عليه السلام: وهو قوي. (بستان).

(٦) ينظر في الجمع بين المؤيد بالله والمعتزلة في هذا الطرف، ولعل الوجه عنده عدم وضوح الدليل.

(٧) والمذهب وجوب معرفة إمامتهما مثل أبيهما صلى الله عليهما أجمعين.

(٨) هكذا رواه الإمام المهدي عليه السلام عن شرح الأصول أنه لا يجوز خلو وقت عمن يصلح لها مع بقاء التكليف بالإمامة، قال المهدي عليه السلام: فأما خلوه عن إمام قائم فإنه قد وقع. (بستان).

مسألة: وإنما يصلح للإمامة بعد علي عليه السلام وولديه من جمع شروطها، وهي أربعة عشر: سبعة أصلية، وسبعة مكتسبة، فالأصلية: البلوغ، والعقل، والذكورة، والحرية، والسلامة من العمى والصمم والخرس بحيث يرى السهم ونحوه ويسمع كلام من يخاطبه، وسليماً في يديه ورجليه بحيث يتمكن من الجهاد، والسلامة من العيوب المنفرة كالجذام والبرص.

والسابع: المنصب، فيكون من أولاد النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وهم أولاد فاطمة رضي الله تعالى عنها عند أهل البيت؛ لأنه لا دليل في ذلك إلا الإجماع(١)، ولم يقع الإجماع إلا عليهم. وقالت المعتزلة: يكون من قريش. وقيل: من أولاد علي عليه السلام.

فرع: والعبرة في النسب بالأب لا بالأم، فلو تزوج فاطمي من أمة فولدت له ولداً فهو مملوك لسيدها، وإذا عتق جاز أن يكون إماماً، وكذا لو كان كافراً أصلياً فسبي في صغره(٢) ثم أسلم وبلغ وأعتق جازت إمامته، ذكره أبو مضر، لا إن كان مدعى بين فاطمي وغيره فلا تصح إمامته(٣).

فرع: ويعتبر في ثبوت نسبه أن يكون مشهوراً معلوماً، لا إن ثبت بالظن أو الشهادة فلا يكفي ذلك(٤)، ذكره في الكافي والشفاء والمؤيد بالله والسيد يحيى بن

---

(١) يقال: بل عليه أدلة كثيرة كما ذلك مذكور في مواضعه، ولكن إجماع العترة والأمة أصرحها وأصلحها وأجلاها.

(٢) وإنما قال: «في صغره» لأنه عربي، ولا يسبى العربي الكبير الذكر غير الكتابي.

(*) لا يتصور ذلك إلا في المرتد حيث ارتد هو وأمه.

(٣) ولو حكم به للفاطمي؛ لأنه غير مشهور النسب فلا يصح إماماً. (شامي).

(*) لا بين فاطميين إذا كان من أمتهما فيصح؛ لأنه مشهور النسب.اهـ لا إذا كان مجهول النسب وادعياه؛ لأن له أن ينفيهما، ولأنه ليس مشهور النسب. (تهامي) من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام.

(٤) ينظر، فكان القياس ثبوته بالشهادة.

الحسين. وقال المتوكل: من كانت أمه فاطمية صلح للإمامة ولو كان أبوه غير فاطمي. وقال الجويني ونشوان والخوارج: تصح الإمامة في الناس كلهم. وقالت الإمامية: إن الإمامة مقصورة على اثني عشر إماماً[١] أولهم علي، ثم الحسن، ثم الحسين، ثم علي بن الحسين، ثم محمد بن علي الباقر، ثم جعفر بن محمد الصادق، ثم موسى بن جعفر الكاظم، ثم علي بن موسى الرضا، ثم محمد بن علي، ثم ابنه علي بن محمد العسكري[٢]، ثم ابنه الحسن بن علي، ثم ابنه محمد بن الحسن المنتظر على زعمهم[٣].

وأما السبعة المكتسبة فهي: الإسلام، والعدالة، ويدخل فيها السخاء؛ لأنه وضع الحقوق في مواضعها فلا يشح بها عنها.

والثالث: التدبير، فيكون أكثر رأيه الإصابة ولو أخطأ في بعض الأحوال.

والرابع: الشجاعة، وهي أن يكون له من ثبات القلب ما يمكنه تدبير أمر الجيش في حالة الحرب والقتال فلا يغلبه الفشل، قال الفقيه محمد بن يحيى: وليس من شرطه أن يكون يباشر القتل والقتال بنفسه.

والخامس: العلم، وهو أن يكون مجتهداً، قيل: إجماعاً إلا الغزالي والإمام يحيى فأجازا إمامة المقلد إذا لم يوجد المجتهد. قال في الشفاء: ويجب أن يكون أكثر علمه في الفقه؛ لأجل الحاجة إليه.

السادس: أن يكون أفضل أهل زمانه، فلا تصح إمامة المفضول مع وجود أفضل

---

(١) وعندهم أن هذا طريقه النص من النبي ﷺ. (بستان).

(٢) وإنما سمي العسكري لأنه لما سعي به إلى المتوكل أحضره من المدينة -وهي مولده- فأقره بمدينة العسكر، فأقام بها عشرين سنة ونسب إليها، وسميت المدينة بالعسكر لأن المعتصم حين عمرها انتقل إليها بعسكره، فسميت بذلك. (من بعض التواريخ).

(٣) فعندهم أنه موجود مختبئ في السرداب، فلهذا رد عليهم الهادي عليه السلام، وهو النص المكتفي في الإمام المختفي.

منه إلا أن يكون للأفضل عذر عند أهل البيت والشيعة، وقالت الفقهاء والبصريون من المتكلمين: تجوز إمامة المفضول مطلقاً[(١)]، ولا يجب أن يكون أعلمهم.

فرع: فلو قام إمام ثم وجد أفضل[(٢)] منه بعد قيامه فقال القاسم والناصر: يجب[(٣)] عليه التسليم له، وقال المؤيد بالله وأبو طالب: لا يجب[(٤)].

والسابع: أن لا يكون قد تقدمه دعوة إمام مجاب، وأما غير مجاب فلا حكم له، قيل[(٥)]: ويعتبر في الإجابة[(٦)] أن يجيبه أهل بلد كبير أو صغير بحيث ينفذ فيه أمره ونهيه.

فرع: فلو دعا إمامان في وقت واحد[(٧)] لم يصح أيهما[(٨)]، فإن دعيا في وقتين والتبس المتقدم ففيه تردد هل يبطلان أو يقرع بينهما[(٩)]، ذكره الإمام يحيى. وهذا الشرط مبني على أنه لا يصح إمامان[(١٠)] في وقت واحد عند أكثر العترة والمعتزلة والفقهاء، وعلى قديم قولي المؤيد بالله يجوز، وهو قول عباد الصيمري[(١١)]، ورواه

---

(١) سواء كان للأفضل عذر أم لا، قال عليه السلام: والمراد بالأفضل هو الأكمل. (بستان).

(٢) قد تقدم أنه تجوز إمامة المفضول مطلقاً.

(٣) التذهيب في نخ على «لا يجب».

(٤) لأنه قد تحمل أعباء الأمر[١] فصار أفضل. (بستان).

(٥) في (د): قال الفقيه حسن.

(٦) في (ج، د): في إجابته.

(٧) أو التبس. (قرين).

(٨) وذلك لأنه ليس أحدهما أخص من الآخر، إلا أن يكون أحدهما أفضل فهو أحق بالإمامة؛ لسبقه بالفضل واختصاصه به. (بستان).

(٩) المذهب يبطلان. (أثمار). ويرجع إلى أهل الحل والعقد في الاختيار. (مفتي).

(١٠) وكذا محتسبان في بلد واحد. (وابل، وبيان من الوقف).

---

[١] في هامش (ج، د): أعباء الإمامة، والمثبت من البستان وهامش (أ، ب).

(١١) بفتح الميم، وصيمرة كهيثمة: بلد في الدينور. (قاموس).

في الزوائد عن جماعة من السادة وغيرهم من العلماء، وروى محمد بن منصور عن كثير من السادة أنه يجوز إمامان أو أكثر ولو في بلد واحد، وعن الناصر أنه يجوز إذا تباعدت ديارهما[١]، فإن اتفقا سلم المفضول منهما للأفضل. ولعله أولى.

فرع: قال في البحر: والمراد بالأفضل هو الأكمل في الشروط، لا الأكثر ثواباً فذلك لا يعلم. وروى في الصفي[٢] عن الأحكام أنه يعتبر أولاً بالأعلم، ثم الأورع، ثم الأزهد، ثم الأشجع، ثم الأرحم بالرعية، ثم الأحلم، ثم الأحسن خلقاً، ثم الأسن، ثم الأحسن وجهاً، ثم الأفطن، ثم الأحسن تعبيراً.

فرع: فمن كملت فيه شروط الإمامة ثم دعا الناس إلى طاعته ونصرته والقيام بأمر الإمامة، وباين الظالمين، وترشح للقيام بما يقوم به الأئمة على الوجه الذي يمكنه- انعقدت إمامته ووجبت طاعته ومتابعته على جميع من علم به وعلم صحة إمامته بالاختبار أو بالاشتهار والتواتر؛ لأن الإمامة واجب قطعي لا يجوز التقليد فيها [ولا العمل بالظن][٣]، [قال في الشفاء: فلا تصح إمامته مع حصول الاختلاف فيه][٤] إلا على قول من أجاز التقليد في مسائل الأصول.

فرع: ومن سمع بدعوة الإمام فإن حصل له العلم بصحة إمامته إما بالتواتر[٥] أو بإجماع العلماء عليه- قيل: أو أكثرهم[٦]- لزمه اعتقادها وإجابته إذا طلبه أو علم أنه محتاج له[٧]، وإن لم يعلم كمال شروطه فالواجب عليه البحث

---

(١) بأن يحول بينهما سلاطين الجور. (كواكب). وقيل: بل قدر مسافة شهر.

(٢) لابن معرف.

(٣) ما بين المعقوفين من (أ، ب).

(٤) ما بين المعقوفين من (ب).

(٥) في (د): أو بالتواتر.

(٦) في (أ، ج، د): بأكثرهم.

(٧) في (ج، د): إليه.

عن حاله[(١)]: إما بنفسه إن كان ممن يعرف الشروط، وإلا بسؤال العلماء أو من قد عرف حاله[(٢)]، فإن حصل له التواتر بكماله لزمه طاعته، وإن لم يحصل له ذلك لم يلزمه طاعته[(٣)]، وإن لم يبحث عن حاله كان مخلاً بواجب.

مسألة: إذا عرض ما يمنع صحة إمامته من جنون مطبق أو جذام أو برص أو إقعاد أو أسر فإن كان مأيوس الزوال بطلت إمامته، وإن كان يرجى زواله لم تبطل. قال الإمام يحيى: وكذا الزمانة المفرطة[(٤)]. والظاهر -والله أعلم- أن العبرة في الإياس باعتقاد المسلمين[(٥)] لا باعتقاد الإمام؛ لأنهم مكلفون بما عندهم، أشار إليه في الشفاء[(٦)].

---

(١) وأما النساء فالأقرب أنه لا يلزمهن البحث؛ إذ فرض الجهاد ساقط عنهن، ووجوب متابعة الإمام فرع عن وجوب الجهاد، وأما الزكاة فللإمام أن يطلبها ويأخذها ممن لا يعتقد إمامته، ولهن أن يقلدن في صحة إمامته، هذا الذي يترجح عندي. (غيث). وفي بعض الحواشي: إلا أن يكون عليها زكاة فيجب عليها معرفة إمامته. (ديباج).

(٢) فإن اختلف الناقلون في كمال علمه رجع إلى الترجيح في صحة نقلهم، فإن حصل الترجيح عمل به، وإلا فالواجب التوقف[١]. حينئذٍ. (شرح أزهار بلفظه).

(٣) **فائدة**: لا يجب على المرأة معرفة إمام زمانها بالإجماع، إلا إذا كان عليها زكاة فإن عليها أن تعرف إمامته حيث تدفع الزكاة إليه. (ديباج). قد قرر في حواشي شرح الأزهار خلافه فابحث. ولفظ الغيث: وأما الزكاة فللإمام أن يطلبها ويأخذها ممن لا يعتقد إمامته، ولهن أن يقلدن في صحة إمامته، هذا الذي يترجح عندي. (غيث) (قرر).

(٤) المذهب خلافه.

(٥) بإياس أهل الخبرة والتجارب في الأسر، وقد تقدم مثله في باب صلاة الجمعة. ولفظ حاشية: قيل: والعبرة بإياس أهل التجارب والخبرة كالأطباء في حق الأمراض، وفي الأسر ونحوه إلى ما هو الغالب في العادة عند أهل النظر الصحيح. (قرر).

(*) من أهل الخبرة والتجارب.

---

[١] مع البحث إن أمكن. (قرر).

(٦) ومثله في البحر والثمرات.

مسألة: ويختص بالإمام ومأموره أربعة أشياء[(١)]: وهي: الحدود، والجمعات، والغزو إلى بلاد الكفار أو البغاة على خلاف فيه[(٢)]، وأخذ حقوق الله المالية[(٣)] ممن لزمته قهراً مع كونهم عازمين على إخراجها إلى مستحقها. فأما الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والانتصاف للمظلوم من الظالم فهو واجب على الإمام وغيره من الناس كلهم، لكن وجوبه على الإمام آكد؛ لقيامه بالمصالح كلها. فعليه إقامة الحدود وإيفاء الحقوق ممن وجبت عليه سواء كان قوياً أو ضعيفاً أو شريفاً ولو أباه أو ابنه، إلا أن يرى الصلاح في تأخيره جاز. والأمر بالفرض فرض، وبالندب ندب، ولا فرق بين الواجبات كلها والنهي عن المنكرات كلها أنه واجب حسب الإمكان، ومن جملة ذلك الأمر بتسليم ما وجب من حقوق الله وحقوق بني آدم.

مسألة: ويتعلق بالإمام وأهل الولاية[(٤)] عموماً نصب القضاة والأحكام[(٥)]، وسماع الشهادات، وتولية المساجد والأوقاف والطرق والمصالح والأيتام،

---

(١) ومثل هذا في النجري والثمرات. لقوله ﷺ: ((أربعة إلى الولاة .. الخبر)).

(٢) الذي في الثالثة من هذه المسألة.

(٣) التي وُلايتها إليه.اهـ وأما الكفارة والنذور والمظالم فلا ولاية له عندنا[١]. والفرق أن الزكاة ونحوها وجبت بإيجاب الله تعالى، بخلاف الكفارات ونحوها فإنها وجبت بسبب من المكلف. (نجري من الزكاة).

(٤) قوله: «وأهل الولاية» يعني: أن هذه الأمور يصح منهم فعلها إلا الأربعة التي تقدمت فهي تختص بالإمام أو من أمره بها. (بستان بلفظه).

(٥) أي: تنفيذ الأحكام.

---

[١] إلا أن يتقاعدوا عن إخراجها ألزمهم الإمام بذلك. (قرر).ولفظ حاشية السحولي في الغصب: فإن أحس الإمام تراخيه عن الإخراج كان له إلزامه بذلك أو أخذها وصرفها أو عوضها، وتلزمه النية حينئذ. (بلفظها) (قرر).

والتعزير، وسد الثغور، وحفظ بيضة الإسلام[١]، وتجييش الجيوش. قال المؤيد بالله والقاضي جعفر وابن شروين وأبو مضر: يجوز لكل من له ولاية من إمام أو من غيره ولو من جهة الصلاحية أن يأخذ الحقوق الواجبة[٢] ممن هي عليه إذا امتنع من إخراجها، وأن يضمن من كانت ديناً عليه، ويضع ذلك في مستحقه.

مسألة: قتال الكفار والبغاة على ضربين: الأول: دفاعهم عن المسلمين، فلا يحتاج ولاية، بل هو واجب عام[٣]. الثاني: قصدهم إلى ديارهم، أما قصد الكفار فلا يجوز عند القاسم والهادي وأبي طالب إلا بأمر الإمام[٤]، وعند زيد بن علي والناصر والمؤيد بالله والمنصور بالله وأحمد بن عيسى ومحمد بن عبدالله والفقهاء: يجوز مطلقاً[٥].

وأما غير الكفار فضربان: أحدهما: البغاة، فلا يجوز قصدهم إلا بأمر الإمام[٦] عند الأكثر، وقال الحاكم ومحمد بن عبدالله والجرجاني وقديم قولي المنصور بالله ومحدثو أصحابنا: يجوز مطلقاً. والثاني: الظلمة وأهل الجبايات ونحوهم، فيجوز قصدهم وقتالهم مطلقاً[٧] وفاقاً دفعاً للمنكر، ذكره في الشفاء والتقرير.

---

(١) قال في النهاية: أي موضع سلطانهم ومستقرهم ومجمعهم وعقر ديارهم، وحوزة الإسلام: حدوده ونواحيه، ويقال: فلان بيضة البلد، إذا وصف بالعز، قال حسان:

نحن الذين ضربنا الناس عن عرض حتى استقاموا وكانوا بيضة البلد

(ترجمان).

(٢) والمذهب أنه يختص بالإمام.

(٣) يعني: على كل مسلم، ولا يشترط فيه الإمام؛ لأنه نهي عن منكر، وهذا مما لا خلاف فيه. (بستان).

(٤) وهو الأزهار.

(٥) قوي، وقواه في البحر، وقواه التهامي.

(٦) إلا لخشية الكر. (تهامي) (قرد).

(٧) يعني: سواء كان بأمر الإمام أم لا.

مسألة: ويجب على الإمام أن يحكم في رعيته بحكم الله تعالى، وأن يعدل فيهم، وفي قسمة الفيء على رأيه بحسب الاستحقاق والجهاد، وأن يقرب أهل العلم والدين، ويستشيرهم، ويعظمهم، ويتفقد الضعفاء[١] والمساكين والأرامل، وعليه أن يعرفهم بما[٢] يحتاجون إليه في أمور دينهم، ويغنيهم من بيت المال عن مسألة غيره، وأن يسهل حجابه[٣] عنهم، فلا يحتجب[٤] إلا في أوقات مخصوصة يختص فيها بأهله وبما يخصه، وأن لا يتجبر ولا يتكبر، بل يكون لهم كالأب الشفيق حائطاً حافظاً رؤوفاً رحيماً.

مسألة: ويجوز للإمام أن يستعين على من حاربه من الكفار أو البغاة بمن هو مخالف له من كافر أو باغ أو فاسق بشرطين: الأول: أن يكونوا يأتمرون له ولا يعصونه، قيل: في أمور الحرب وما يتعلق به، وقيل: في أحكامه كلها، يعني في المستقبل، ولعل المراد ما داموا معه، لا بعد رجوعهم إلى بلدهم. والثاني: أن يكون معه طائفة من المؤمنين[٥]، قيل: بحيث يستغني بهم في الرأي، وقيل:

---

(١) في جميع النسخ: الضعوف.

(٢) في (ب، ج، د): ما.

(٣) ولا بأس بأن يتخذ حاجباً يؤاذن لمن ورد ويدفع الزحام؛ لأنه أقوم للنظر، وقد كان أنس يحجبه ﷺ واستعمله الخلفاء بعده، وكان الزبرقان حاجباً لعمر، والحسن البصري حاجباً لعثمان، وقنبر حاجباً لعلي عليه السلام، قال عليه السلام: وقد مضت السنة على جواز اتخاذ الحجاب للأئمة والخلفاء، وقد أشار الله تعالى إلى ذلك بقوله: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [الأحزاب٥٣]. (بستان).

(٤) لقوله ﷺ: ((من ولي أمراً من أمور المسلمين ثم أغلق بابه دون المسلمين والضعيف وذوي الحاجة أغلق الله دونه باب رحمته عند حاجته وفقره)) رواه في الشفاء. (بستان).

(٥) وفي شرح الفتح: قال إمامنا عليه السلام: ولا فرق بين أن يكون المسلمون الذين معه مؤمنين أم فساقين حيث قد عرفهم بكثرة المخالطة حتى عرف أمانتهم ونجدتهم ومحافظتهم على المروءة؛ بحيث إنه يعرف أن يأمن منهم الخديعة والخذلان كما في كثير من أجناد الزمان.

بحيث يكفونه أمر المخالفين[١] هؤلاء إذا مكروا به. وقد قال المؤيد بالله والإمام يحيى: لا يجوز للإمام النهوض بالأمر حيث جنده فساق كلهم، بل حيث معه مؤمنون يستغني بهم في الرأي[٢].

مسألة: قال في البحر: لا يجب على الإمام أن يقاتل الكفار إلا إذا معه طائفة مؤمنون بحيث يكون بإزاء المسلم كافران[٣] أو أقل، لا أكثر فلا يجب[٤].

مسألة: وليس له عزل نفسه عن الإمامة[٥] ما دام يجد جماعة يعينونه على تنفيذ أوامره ونواهيه ولو في بلد واحد، إلا أن يجد من هو أنهض منه لذلك الأمر جاز تركه له[٦]، وإن لم يجد ناصراً جاز له الخروج ولا يجب، فله أن يسكن حتى يجد الناصر كما فعل علي والحسن والقاسم عليهم السلام.

مسألة: إذا ظفر الإمام بأسير فإن كان قد قتل مسلماً[٧] قُتل به[١]، وإن كان

---

(١) بل حيث معه مسلمون يستقل بهم في إمضاء الأحكام الشرعية. (أزهار) (قرر).

(٢) وفي الأزهار: يستقل بهم في إمضاء الأحكام. الشرعية على المخالفين لأمره من أهل السيرة. (شرح أزهار). وهذا هو الصحيح؛ لأن المقصود بقيامه إمضاء أحكام الله، فإذا استعان بمن لا يقدر أن يمضي عليه حكم الله عاد على الغرض المقصود بالنقض. (غيث). واختاره الإمام شرف الدين عليه السلام.

(٣) قوله: «بإزاء المسلم كافران» وذلك كما تعالى: ﴿فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ﴾ [الأنفال٦٦]. (بستان بلفظه).

(٤) قال أبو العباس: المعتبر ظن الغلب قل العدو أم كثر. قلت: وهو الأقرب؛ إذ القصد إزالة المنكر. (بحر).

(٥) قال في البرهان: ولا ينعزل عنها ولو عزل نفسه. (بستان).

(٦) وقيل: الأولى الوجوب. (تهامي). ومثله في شرح ابن مفتاح، ولفظه: إذ المقصود بالإمامة صلاح أمر الأمة، فإذا كان بقيام الآخر أتم وأكمل، وغلب في الظن ذلك- وجب على القائم الأول التنحي له رعاية للمصلحة. (بلفظه).

(٧) وفي حاشية: ولو امرأة أو عبداً أو ذمياً أو من لا قصاص فيه؛ إذ ليس بقصاص حقيقة، =

قد جرح أحداً اقتص منه، وإن لم يكن فعل شيئاً من ذلك فقال الهادي: إنه يحبسه إلا أن يظهر منه بعد أسره كيد للمسلمين أو قصد إلى الإضرار بهم جاز قتله إذا كان الحرب باقياً بينهم(٢)، وقال المؤيد بالله وأبو طالب: إن كان الأسير من البغاة جاز قتله إذا كان الحرب قائماً(٣)، وإن كان من الكفار خير الإمام بين قتله أو استرقاقه إذا هو من غير العرب وبين المن عليه فيرده حربياً بعوض أو بغير عوض، وقال أبو حنيفة والقاضي زيد وأحد قولي أبي طالب: لا يجوز رده حربياً مطلقاً(٤).

فرع: وإذا ظفر بالجاسوس فحكمه حكم الأسير سواء، ذكره في شرح الإبانة، وسواء وجده في دارنا أو في دارهم. وفي جاسوس البغاة إذا كان قد قتل أحداً من المسلمين بسبب جساسته جاز قتله على وجه الحد، وإن لم حبسه الإمام كما يحبس الدّعار والمتهمين، ويجوز تقييدهم مع الفك في أوقات الصلوات(٥).

مسألة: وتحريم القتال في الأشهر الحرم قد نسخ عند الأكثر(٦)، وهي شوال

بل حد. (قرر).

(١) قصاصاً، وفيه نظر؛ لأنه قد يقتل بمن لا قصاص فيه كالعبد والذمي. (مفتي). قيل: فيكون حداً، وسيأتي. (مفتي).

(٢) وهذا كلام الهادي عليه السلام في الأسير على هذا التفصيل سواء كان باغياً أو كافراً. (كواكب).

(*) أي: لا مهادنة في تلك الحال. (شرح أزهار بلفظه).

(٣) فإن كان له فئة والحرب قائمة جاز قتله، وإلا لم يجز كالمُدْبِر.

(*) وفي الكواكب عن السيدين: إذا كانت له فئة باقية وكانت الحرب باقية أيضاً. (قرر).

(٤) وقد ذكره في الأزهار بلفظ: قيل: ورد الأسير حربياً.اهـ والمعول على المصلحة من غير فرق بين ذمي وغيره، والمن وعدمه. (ذماري).

(٥) إذا كان لا يمكنه الصلاة إلا بالفك.

(٦) وذلك بقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ﴾ [البقرة:٢١٧]، وبقوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة:٥]، وبقوله تعالى:

=

وذو القعدة وذو الحجة، والرابع قيل: رجب، وقيل: المحرم(١).

مسألة: وعلى الرعية أن يطيعوا الإمام في أوامره ونواهيه، وينصروه ويعينوه، ويقاتلوا من قاتله، ويسالموا من سالمه، ويعادوا من عاداه، ولا يكتموه ما يحتاج إلى معرفته، وينصحوه سراً وجهراً، ويبايعوه إذا طلبهم البيعة(٢). قال الإمام يحيى: وإذا خذلوه فعليه أن يصبر وينتظر الفرج حتى يفتح الله عليه كما فعله الأنبياء عليهم السلام.

﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [التوبة:٢٩]، وقد تقدم الكلام في بيان الأشهر الحرم في الجنايات. (بستان).

(*) فإن قلت: الأشهر الأربعة ما هي؟ قلت: عن الزهري: أن براءة نزلت في شوال، فهي أربعة أشهر: شوال وذو القعدة وذو الحجة والمحرم. وقيل: هي عشرون من ذي الحجة والمحرم وصفر وشهر ربيع الأول وعشر من شهر ربيع الثاني، وكانت حراماً لأنهم أومنوا فيها وحرم قتلهم وقتالهم. أو على التغليب؛ لأن ذا الحجة والمحرم منها. وقيل: لعشر من ذي القعدة إلى عشر من ربيع الأول؛ لأن الحج في تلك السنة كان في ذلك الوقت للشيء الذي كان فيهم ثم صار في السنة الثانية في ذي الحجة. فإن قلت: ما وجه إطباق أكثر العلماء على جواز مقاتلة المشركين في الأشهر الحرم وقد صانها الله تعالى عن ذلك؟ قلت: قالوا: قد نسخ وجوب الصيانة وأبيح قتال المشركين فيها. (كشاف).

(١) بل هي ذو القعدة وذو الحجة ومحرم ورجب. (كشاف) (قرر).

(*) والصحيح أن الأربعة هي ذو القعدة وذو الحجة ومحرم ورجب، ثلاثة سرد وواحد فرد. (بستان في قتل الخطأ). ولفظ الكشاف: ثلاثة سرد: ذو القعدة وذو الحجة والمحرم، وواحد فرد وهو رجب، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام في خطبته في حجة الوداع: ((ألا إن الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله السماوات والأرض، السنة اثنا عشر شهراً منها أربعة حرم، ثلاثة متواليات: ذو القعدة وذو الحجة والمحرم، ورجب مضر الذي بين جمادي وشعبان))، والمعنى رجعت الأشهر إلى ما كانت عليه، وعاد الحج في ذي الحجة، وبطل النسيء الذي كان في الجاهلية. (بلفظه).

(٢) وهي وضع اليد على اليد، فإن طلب منه اليمين وجبت. (قرر).

مسألة: من امتنع من بيعة الإمام بعد صحة إمامته عنده بطلت عدالته، وسقط نصيبه من الفيء[١]، إلا أن يقاتل مع الإمام أعطاه نصيبه. وإن ثبط غيره عن بيعة الإمام وجب تأديبه، فإن انتهى عن ذلك وإلا حبسه الإمام أو نفاه من بلاده.

مسألة: ومن نكث بيعة الإمام بعد أن بايعه ولم يقاتله فسق[٢] ولم يجز قتله[٣] ولو تكلم على الإمام، إلا أن يقاتل الإمام جاز قتله[٤].

فرع: وأما نكث الذمي- وهو امتناعه عن الجزية- فإن لم يكن له فئة[٥] ومنعة أخذت منه قهراً ولم يجز قتله، وإن كان له فئة فتغلب وامتنع ولم يمكن أخذها منه أو لحق بدار الحرب جاز قتله.

فرع: وأما نكث المشرك - وهو نقضه للعهد أو الهدنة- فإن الإمام يقاتلهم إذا نقضوه كلهم، وإن نقضه بعضهم فقط كان حكم من لم ينقضه منهم حكم

---

(١) لقول علي صلوات الله عليه لعبدالله بن عمر: (شككت في بيعتنا فشككنا في عطائك). (بستان).

(٢) قال الإمام يحيى: إجماعاً. والنكث قد يكون بالتخلف عن النصرة فقط كفعل سعد بن أبي وقاص، وقد يكون بالمحاربة كفعل طلحة والزبير. (بحر).

(٣) كما لا يجوز قتال من امتنع من البيعة؛ ولهذا لم يقاتل أمير المؤمنين علي صلوات الله عليه من تأخر عنه وامتنع من بيعته، وهم: عبدالله بن عمر، ومحمد بن مسلمة، وأسامة بن زيد، وسعد بن أبي وقاص، ولم يصدر منهم إلا التأخر فقط لشبهة طرأت عليهم، فلم يقاتلهم عليه السلام، ولهذا فإن عمار بن ياسر رضي الله عنه استأذن أمير المؤمنين صلوات الله عليه في المكالمة لعبد الله ابن عمر فلم يأذن له وتركه على حاله. (بستان بلفظه).

(٤) قوله: «جاز قتله» لا كلام في ذلك؛ لأنه صار محارباً، قال عليه السلام: وهذا كما كان من طلحة والزبير فإنهم لم يقتصروا على مجرد النكث، بل ناصبوه وحاربوه، ولهذا قال عليه السلام: أمرت أن أقاتل الناكثين- يعني طلحة والزبير وعائشة- والقاسطين- يعني: الجائرين، وهم معاوية وأعوانه وأحزابه- والمارقين وهم الخوارج من أهل النهروان، وقال أيضاً عليه السلام: ما وجدت إلا قتالهم أو الكفر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وآله وسلم. (بستان بلفظه).

(٥) يعني: كافرة، لا من المسلمين فتؤخذ منه متى ظفر به. (قرد).

من نقضه إلا أن يظهر مباينة الناقض ومعاداته قولاً وفعلاً، فإن ظهر ذلك منهم مع بقائهم في ديارهم كفى، وإن لم يظهر منهم إلا بخروجهم من ديارهم أمروا به، فإن فعلوه وإلا كان حكمهم واحداً، فيقاتلهم الإمام بعد أن ينبذ إليهم بنقض العهد حتى يعلموا به، قال الفقيه يحيى البحيبح: والنبذ إليهم استحباب لا وجوب[(١)]؛ لأنهم قد سبقوا بالخيانة ونقض العهد، وإنما يجب النبذ إليهم بنقض العهد حيث لم ينقضوه ولكن خاف منهم الخيانة[(٢)].

مسألة: من فر من الزحف- وهو قتال الكفار أو البغاة أو الظلمة- فإن كان على وجه التحرف للقتال نحو أن يري الفرار ثم يعود للقتال جاز، وإن كان فراراً عن الزحف فعلى ظاهر كلام أبي طالب في اللمع[(٣)] والتقرير وشرح الإبانة أنه لا يجوز إلا بشروط ثلاثة: أن يخشى استئصال المسلمين، وأن لا يحصل في العدو نكاية من المسلمين، وأن يكون فراره إلى فئة كمصر أو عسكر أو حصن أو رئيس قوم، وسواء قربت الفئة أو بعدت[(٤)]. قال الفقيه محمد بن سليمان: أما إذا خشي استئصال المسلمين أو حصول الوهن عليهم فلا حكم للنكاية في

---

(١) قوي إذا كان بعد علمهم أن عهدهم قد انتقض بنقض عهد أصحابهم، وإلا كان النبذ واجباً.

(٢) مجرد الخوف لا يكفي لنقض العهد، بل لا بد من أمارة الخيانة كما يأتي كلام البحر في قوله: مسألة: وإذا عقد الإمام الصلح مع الكفار أو البغاة .. إلخ. (سماع سيدنا حسن بن أحمد الشبيبي رحمه الله).

(*) قوله: «لكن خاف منهم الخيانة» وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ﴾ [الأنفال٥٨] ومعنى قوله تعالى: «على سواء» أي: على طريق سوي بين في نقض العهد، وقيل: تستوي أنت وإياهم في العلم بنقض العهد. (بستان).

(٣) في (ب): واللمع.

(٤) والمعتبر في حصول هذه الأمور المجوزة بظن أمير السرية.

العدو. وقال في التذكرة والانتصار والكشاف وشفاء الأوام ومهذب الشافعي: إنه إذا كان الفرار إلى فئة جاز مطلقاً[١]. قال الفقيهان محمد بن سليمان وحسن: ومع عدم الفئة لا يجوز الفرار، إلا إذا خشي استئصال المسلمين[٢] أو حصول الوهن عليهم فيجوز الفرار حينئذٍ، كما يجوز قتل المسلم الذي يترس به العدو عند خشية الاستئصال.

فرع: والفرار كبيرة توجب الفسق عند الأكثر، وقال الحسن والضحاك وقتادة وأبو سعيد الخدري وأكثر المفسرين: إن آية الفرار مخصوصة بيوم بدر، وقيل: قد نسخت بقوله تعالى: ﴿الْآنَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ﴾ [الأنفال٦٦].

ولم يفصل أصحابنا في تحريم الفرار ووجوب المصابرة بين أن يكون العدو قليلاً أو كثيراً، وقال في الانتصار والشفاء والكشاف ومهذب الشافعي وابن عباس: إنما يحرم الفرار وتجب المصابرة إذا كان العدو مثل المسلمين مرتين أو أقل، لا إن كانوا أكثر.

مسألة: والجهاد واجب كفاية[٣] على المسلمين، ويتعين على من حضره أو طلبه الإمام أو علم حاجة الإمام إليه. والجهاد بالنفس ظاهر، وقد يجب بالمال[٤]

---

(١) يعني: من غير اعتبار شرط من الشروط؛ لظاهر الدليل. (بستان).

(*) وهو ظاهر قوله تعالى: ﴿إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَى فِئَةٍ﴾ [الأنفال:١٦].

(٢) قتلاً أو أسراً أو تشريداً. (قرد). المقاتلين فقط. (من خط سيدي الحسين بن القاسم). ومعناه في شرح الأزهار، ولفظه: بالسرية.اهـ أو بأكثرها. (قرد).

(٣) والدليل على ذلك أنه ﷺ كان تارة يخرج بنفسه وتارة يبعث السرايا، ويأمر قوماً ويترك آخرين، وفي هذا دلالة على أنه ليس بفرض عين، ولقوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾.... إلى قوله: ﴿وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى﴾ [النساء٩٥]، فلو كان القاعد تاركًا لفرض لما وعد الحسنى. وحكي عن ابن المسيب أنه فرض عين. (بستان).

(٤) وذلك لقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا هَلْ أَدُلُّكُمْ ...﴾ الآية [الصف:١٠] وما كان في =

عند حصول شروط ستة:

الأول: أن لا يكون ثم بيت مال ولا ما هو مستحق له، كتضمين من يمكن تضمينه ممن عليه حق لله تعالى.

الثاني: أن لا يتمكن الإمام من القرض مع رجواه للقضاء.

الثالث: أن لا يمكنه تعجيل الواجبات ممن تلزمه في المستقبل.

الرابع: أن يكون عند خشية وهن يلحق المسلمين، لا عند الخشية على آحاد المسلمين(١)، ولا إن كان الإمام هو الطالب للعدو(٢).

الخامس: أن يكون ما يؤخذ للجهاد زائداً على كفاية من يؤخذ منه لسنة(٣) له ولمن في مؤنته.

السادس: أن يسوي الإمام بين أهل ولايته لئلا يؤدي إلى جرح الصدور، والمراد أنه يأخذ من أهل الأموال على كل بقدر ماله(٤)، فما احتاجه الإمام قسطه عليهم على قدر أموالهم. ويجب عليهم التسليم عند كمال هذه الشروط، ذكره الهادي

مقابلة ترك العذاب الأليم فهو واجب، ولقوله تعالى: ﴿وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ﴾ [التوبة]. (بستان)

(*) ولو دوراً أو ضياعاً. (تهامي) (قرر). ويستثنى له ما يستثنى للمفلس كالمنزل. (قرر).

(*) وبنى عليه في الأزهار.

(١) هذا كلام الغزالي بناء على أن من شرط المصلحة أن تكون قطعية، واختار في الغيث وغيره أن ذلك غير شرط، بل قد ذكروا وجوب سد الرمق للمحترم..إلخ. (مفتي وخطه).

(٢) إلا أن يخشى الإمام أنه إن لم يطلبهم قصدوا المسلمين إلى ديارهم فحكمه حينئذٍ حكم المدافع. (شامي).

(٣) أو الدخل. (قرر).

(٤) قال مولانا عليه السلام: ولعمري إن هذا واجب، ما لم يخش حصول مفسدة حيث يطلب التسوية، قال: فالأولى أن يكون تقسيط الاستعانة من الرعية موضع اجتهاد للإمام. (شرح أزهار).

وولده أحمد ومحمد بن عبدالله والمؤيد بالله والمنصور بالله.

مسألة: من ترك طاعة الإمام للنظر في حاله[١] فلا شيء عليه، لكن يلزمه البحث عنه، فإن عاداه بقبله فقط فهو مخطئ[٢]، وإن عاداه بلسانه فسق، وإن عاداه بيده فهو محارب[٣].

مسألة: ولا يجب الجهاد على العبيد والنساء إلا أن يحتاج إليهم، ولا على من عليه دين مطالب به، فيتخلف لقضائه[٤]، فإن كان الدين مؤجلاً ففيه احتمالان، رجح الإمام يحيى عدم الوجوب لخطر الحرب[٥].

مسألة: ويجب الخروج للجهاد أو الحج أو لطلب العلم ولو كره الوالدان ما لم يتضررا بذلك[٦]، ذكره المنصور بالله وأبو جعفر، وقال في الانتصار والشفاء

---

(١) أي: في صحة إمامته. (بستان).

(٢) ينظر ما أراد بالمعاداة القلبية؟ إن أراد نزول المضرة به وفوت المنفعة عنه فهو كما سيأتي في آخر الكتاب، وإن أراد الحقد والطعن استقام الكلام.

(٣) إن اعتقد أن الإمام محق، وإلا فهو باغ. (تهامي) (قرر).

(*) فإن كان قتل مسلماً قتل به، وإن كان قد جرح أحداً اقتص منه، وإن لم يكن فعل شيئاً من ذلك حبس وقيد كما في الجاسوس والأسير، والله أعلم. (قرر).

(٤) إلا أن يأذن له صاحب الدين بالخروج جاز.

(*) قوله: «فيتخلف لقضائه» لما روي أن الرسول ﷺ قال له رجل: يا رسول الله، إن قتلت صابراً محتسباً في سبيل الله صرت إلى الجنة؟ قال: ((نعم إلا الدين، بذلك أخبرني جبريل))، وفي رواية: ((كفر الله خطاياك إلا الدين، كذلك قال جبريل عليه السلام))، فظاهر الخبر دال على أن الدين مانع من دخول الجنة؛ فلهذا كان مانعاً من الشهادة، وإذا منع الشهادة علمنا أنه ممنوع من الجهاد؛ لأن الجهاد إنما يراد للشهادة وإعزاز الدين. (بستان بلفظه).

(٥) المختار أنه إذا كان الرجل يعلم أو يظن أن الحاجة إليه داعية وجب عليه الخروج، ويجب عليه الإيصاء بخلاص الدين الحال وبالمؤجل عند حلول أجله. (شامي).

(٦) بترك ما يجب عليه لهما. (كواكب). شرح الخمس المائة: بزيادة علة أو حدوثها أو بطؤ برئها.

=

ومهذب الشافعي: لا يخرج لذلك مع كراهتهما؛ لأخبار وردت فيه إذا كانا مسلمين أو أحدهما.

مسألة: قال المنصور بالله: وللإمام أن يلزم رعيته الضيافة لجنده على حسب ما يراه من المصلحة(١)، وقد قال المؤيد بالله وأبو مضر: للإمام أن ينزل جنده في الزائد على ما يحتاج إليه الرعية من دورهم إذا لم يتم له الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا بذلك(٢)، وروى الأستاذ عن المؤيد بالله أنه لا يجوز ذلك.

مسألة: وما يطلبه رئيس القوم من أموالهم عند حاجتهم إليه لدفع الضرر عنهم فالظاهر من المذهب أنه لا يجوز إلا برضاهم، وذكر الهادي في مسائل الطبريين والمنصور بالله في المهذب أنه يجوز له ذلك ولو كرهوا؛ حماية لهم ولبلدهم.

مسألة: قلت: وما يؤخذ في أبواب المدن من التجار وما يؤخذ من أهل الصناعات- وهو الذي يسمى القانون في عرفهم- فإن كان بأمر الإمام عند كمال الشروط التي تقدمت وعلى حسب ما تقدم جاز، وإن كان على خلاف ذلك فهو ظلم وعدوان؛ إذ لا دليل عليه(٣).

(*) ولو كانا ذميين أو أحدهما. (تهامي). لا حربيين فله الخروج. (قرر).

(١) والظاهر من كلام الهدوية خلافه.

(*) في (د): والظاهر من مذهب الهدوية خلافه. فرع: وقد قال.. إلخ.

(٢) واعلم أن الجواز مشروط بأن لا يعرف عدوان من ينزل في الدار من جيشه بظلم أو فساد، فإن عرف ذلك عورض بين مطلب الإمام في دفعه المنكر وبين هذا المنكر الواقع من الجند أيهما أغلظ، ذكر نظير هذا صاحب قواعد الأحكام، وأما المذهب .... بياض في الأصل. (ثمرات). والمختار أن نزول الجند مع الفساد أغلظ؛ إذ هو متيقن والآخر مظنون، والله أعلم. قال المفتي رحمه الله: إن ما ذكره في الزمان الأقدم، وأما في هذا الزمان فالمنكر دخولهم؛ لما يحصل من ترويع النساء والصبيان، وهي رواية الأستاذ عن المؤيد بالله كما في الكتاب.

(*) وأمن من وقوع المحظور، وإلا فلا يجوز.

(٣) قال في البرهان: ولا وجه له في الشريعة، ولا قال به أحد من العلماء على الصفة التي =

مسألة: إذا وجه الإمام جيشاً لمحاربة العدو وجب عليه أن يوصيهم بتقوى الله تعالى وإيثار طاعته، وحسن السياسة والرفق[١] والتثبت في الأمور، قال الفقيه يوسف: ولعل الوجوب في ذلك إذا كانوا يجهلونه، وأما مع معرفتهم له فندب. ويقول: بسم الله، وبالله، وفي سبيل الله، وعلى ملة رسول الله، لا تقاتلوا القوم حتى تحتجوا عليهم، فإن أجابوكم إلى الدخول في الحق والخروج عن الباطل فهم إخوانكم، لهم ما لكم وعليهم ما عليكم، وإن أبوا فاستعينوا بالله عليهم، ولا تقتلوا وليداً[٢] ولا امرأة ولا شيخاً كبيراً لا يطيق قتالكم، ولا تمثلوا بآدمي ولا بهيمة، وأيما رجل من أقصاكم أو أدناكم أشار إلى رجل بيده فأقبل إليه بإشارته أو بدعائه له فهو آمن حتى يسمع كلام الله وكتابه وحجته، فإن قبل فأخوكم، وإن أبى فردوه إلى مأمنه، ولا تعطوهم ذمة الله ولا ذمة رسول الله[٣]، ولا ذمتي، بل ذمتكم وأوفوا بها.

فرع: والمراد بالشيخ الكبير إذا لم يكن له رأي وتدبير في الحرب، فإن كان كذلك جاز قتله[٤].

يأخذونه. وهذه المسألة لصاحب الكتاب. (بستان بلفظه). وهذا في حق الإمام فكيف في ظلمة الأمصار وأعوانهم؟ فإنا لله وإنا إليه راجعون، ومع ذلك ناطقون ومعتقدون حقية ذلك، والظلم معلوم تحريمه من العقل ضرورة، وكذا من الدين، فيكفرون بلا تردد ولا مرية، والله أعلم.

(١) لما روت عائشة عن الرسول ﷺ أنه قال: ((عليك بالرفق يا عائشة، فإنه ما حصل في شيء إلا زانه، ولا نزع من شيء إلا شانه)). (بستان)

(٢) والجمع ولدان، والأنثى وليدة، والجمع الولائد. (نهاية).

(٣) قال عليه السلام: فإن المخفر لذمة الله لاقي الله وهو عليه ساخط، بل يعطونهم ذممهم، فلأن تخفر ذمته خير من أن تخفر ذمة الله وذمة رسوله ﷺ، قال عليه السلام: وجميع ما ذكر من هذه الآداب مأثورة من جهة الرسول ﷺ، رواه أهل المغازي والسير عنه ﷺ. (بستان بلفظه).

(٤) وذلك كما قتل دريد ابن الصمة وكان ابن مائة وخمسين سنة، وكان له رأي وتدبير في =

فرع: والوفاء بالذمة واجب إجماعاً، فمن استحل نقضها كفر، ومن خرمها غير مستحل فسق، ذكره القاضي جعفر، قال[١] في التقرير: تحريم نقضها أشهر وأظهر من تحريم الزنا ونحوه.

مسألة: وإذا كان العدو من البغاة فإنهم يدعون إلى طاعة الله وطاعة الإمام والدخول في جماعة الحق، وإن كانوا من الكفار المشركين بالله تعالى دعوا إلى الشهادتين والدخول في الإسلام، وإن كانوا من أهل الكتاب دعوا إلى الإسلام وشريعته والتبري من سائر الأديان غير دين الإسلام، فإن امتنعوا عرضت عليهم الذمة والجزية إذا هم من العجم أو من العرب ولهم كتاب ولو قد بدلوا في كتبهم. قال في البحر: ومن شرط دخولهم في الذمة أن تكون مؤبدة غير مؤقتة[٢]، خلاف بعض أصحاب الشافعي.

فرع: وعقد الذمة معهم هو إلى الإمام أو واليه لا إلى سائر الناس؛ لأنها من

الحروب. (بستان بلفظه).

(*) قال المؤيد بالله: وعلى هذا يجوز قتل المرأة إذا كان لها رأي وتدبير أو كانت ممن يقاتل. قال عليه السلام: وهذا جيد لا غبار عليه؛ لأن الرأي في الحرب أعظم نفعاً من القتال، كما قال المتنبي:

الرأي قبل شجاعة الشجعان ... هو أول وهي المحل الثاني
فإذا هما اجتمعا لنفس مرة ... بلغت من العلياء كل مكان
ولربما طعن الفتى أقرانه ... بالرأي قبل تطاعن الأقرانِ

(بستان).

(١) في (ج، د): وقال.

(٢) وذلك لأنها إنما عقدت بشرط التزام الأحكام الإسلامية، والتزام الأحكام لا يصح توقيته، فكذلك ما ترتب عليه، وهو عقد الذمة. (بستان بلفظه).

(*) في (أ): أن يكون مؤبداً غير مؤقت.

المصالح العظيمة[١]، ذكره في البحر. ولا يتم معهم إلا بإجراء أحكام الإسلام عليهم[٢]، فإن امتنعوا من ذلك حوربوا وقتلوا مقبلين ومدبرين، وسبيوا، وغنمت أموالهم وبلادهم، وإن رأى الإمام صلاحاً في المن عليهم بجزية أو بغير جزية جاز إذا كان قد غلب على بلادهم وبدد شملهم.

فرع: فأما مشركو العرب الذين لا كتاب لهم فلا تؤخذ منهم الجزية ولا يقبل منهم إلا الإسلام أو القتل، ولا يجوز سبي ذكورهم البالغين، بل النساء والصبيان[٣]. وقال مالك وأبو يوسف: يجوز قبول الجزية من كل كافر.

مسألة: والمجوس ليسوا أهل كتاب، خلاف أحد قولي الشافعي[٤]، لكن قد قال ﷺ: ((سنوا بهم سنة أهل الكتاب))، فتقبل منهم الجزية، ولا يجوز مناكحتهم عند من أجاز نكاح الكتابيات، وكذلك ذبائحهم. قال الإمام يحيى: فأما المتمسكون بصحف إبراهيم وإدريس وزبور داود فحكمهم حكم أهل

---

(١) قال عليه السلام: فإن عقدها أحد من الرعية كان عقده باطلاً؛ لوقوعه على فساد وبطلان. (بستان بلفظه).

(٢) يعني يمتثلون الأحكام التي ألزموها، مثل إلزامهم زياً يتميزون به.. إلخ.

(*) قوله: «أحكام الإسلام» يعني في حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين كلها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ﴾ [التوبة ٢٩] ودين الحق هو ما ذكرناه من التزام الأحكام؛ لأن الآية بينت أن دينهم غير الحق، فعليهم تركه والتزام ما ألزمناهم عند تحاكمهم إلينا، ولقوله تعالى في آخر الآية: ﴿وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة٢٩] يعني: بإجراء أحكام المسلمين عليهم. (بستان بلفظه).

(٣) ويبقون أرقاء مطلقاً ولو بعد التكليف. وقيل: إلى البلوغ، فإن أسلم وإلا قتل. وهذا حيث سبي مع [معه (نخ)] أحد أبويه، وإلا فقد صار مسلماً بكونه في دارنا دونهما. (دواري).

(٤) حجتنا قوله تعالى: ﴿أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا﴾ [الأنعام١٥٦] يعني: اليهود والنصارى، ولو كان للمجوس كتاب لقال: طوائف، فدل على أنه لا كتاب لهم. (بستان بلفظه).

الكتاب في ذلك كله، وقيل[١]: بل حكم عبدة الأوثان.

مسألة: إذا بعث الإمام سرية لزمه أن يؤمر عليهم أميراً، ذكره في التقرير، ويجب أن يكون أميناً، وندب أن يكون مدبراً، شجاعاً، ناهضاً، صليباً في أمره، سخياً لا يمنع مستحقاً حقه، مهيباً، ذا عشيرة وعادة بالولاية والحرب؛ ليعرف صلاحيته لذلك، فلو غلب بالظن صلاحيته له من غير عادة جاز[٢].

مسألة: ويجوز دخول دار الحرب خفية على وجه التلصص لأخذ ما أمكن، ولا خمس فيه عندنا[٣]، وقال الناصر والشافعي: بل يجب.

مسألة: ويجب تقديم دعاء الكفار إلى الإسلام قبل قتالهم إذا لم تكن قد بلغتهم دعوة الإمام[٤]، وإن كانت قد بلغتهم فندب، ويستحب تكريره عليهم. ومن قتل أحداً منهم قبل دعائهم أثم ولا دية عليه، وقال الشافعي: تلزمه الدية[٥].

مسألة: ولا يجوز قتل الشيخ الفاني والراهب المتخلي، إلا من[٦] كان ذا رأي،

---

(١) هكذا رواه في الانتصار عن فريق من العلماء، وحجتهم أن كتبهم ليست أحاكماً، وإنما هي مواعظ وقصص، فلم تكن لها حرمة الكتب المنزلة. (بستان).

(٢) قوله: «جاز» يعني: والا لزم أن يكون دوراً، لا يولى حتى يكون قد تولى. (بستان بلفظه).

(٣) إلا أن يدخل بإذن الإمام وجب عليه الخمس. (عامر). وظاهر الأزهار خلافه. وسيأتي مثل كلام سيدنا عامر في فصل: يغنم من أهل الحرب أموالهم، ومثله في الكواكب والمصابيح والصعيتري.

(*) ولو بإذن الإمام. (قرد).

(٤) عبارة الغيث: دعوة الإسلام. (قرد).

(٥) واختاره في الأثمار، ومثله في النجري.

(٦) ظاهر هذا الاستثناء عوده إلى الراهب والفاني لا غيرهما، وفي شرح الأزهار ما لفظه: إلا أن يكون أحد هؤلاء السبعة مقاتلاً ..إلخ، فصرح بعوده إلى الجميع، وهو المختار. (إملاء سيدنا حسن ﷺ).

وكذا المقعد والأعمى، ولا الصبيان والنساء، إلا أن يقاتلوا جاز قتلهم. ومن قتلهم مع التحريم أثم ولا دية عليه. قال في البحر: وإذا رأى الإمام صلاحاً في قتل امرأة جاز، كما فعله ﷺ في قتل جاريتين[١] كانتا تغنيان بهجوه ﷺ.

مسألة: ويجوز للمسلمين أن يخربوا دور نفوسهم ويحرقوا أشجارهم وزروعهم وأموالهم إذا لم يمكنهم إحرازها وكان العدو يتقوون بها. ومن أتلف مال غيره في تلك الحال بإذن مالكه أو بإذن الإمام جاز، وبغير إذن يضمنه[٢].

مسألة: ويجوز رمي الكفار بالمنجنيق[٣] أو بالنار أو تغريقهم بالماء، وتبييتهم بالليل إذا لم يكن فيهم مسلم ولا من منع من قتله من الصبيان والنساء ونحوهم، فإن كان فيهم من منع من قتله لم يجز ذلك إلا إذا لم يمكن قتل الكفار إلا بذلك جاز، وإن كان فيهم مسلم كأسير أو تاجر أو مستأمن لم يجز ذلك إلا إذا خيف منهم استئصال المسلمين[٤] أو أكثرهم فيجوز. ومن قتل مسلماً لزمته ديته[٥] والكفارة، خلاف أحد قولي الشافعي، وقال الفقيه علي: تكون ديته على

---

(١) يعني: يوم الفتح وهما أزيب وفرتنا. وأزيب بالزاي والياء بنقطتين من أسفلها، والباء بنقطة من أسفلها. وفرتنا بالفاء والراء والتاء بنقطتين من أعلاها والنون. وفي رواية مكان أزيب فريبة، وروي أنها قتلت إحداهما وهربت الأخرى حتى استؤمن لها فأمنها رسول الله ﷺ. (بستان بلفظه).

(٢) بقيمته في تلك الحال زماناً ومكاناً. وعليه الأزهار في الغصب بقوله: ويتعين الأخير لغير الغاصب. (قرد).

(٣) إن تعذر السيف. (قرد).

(*) لما روي أن النبي ﷺ نصب المنجنيق على ثقيف ورماهم به، مع علمه بمن فيهم من الذراري والنساء ومن لا يجوز أن يقصد بالقتل. (شفاء).

(٤) وعليه الأزهار بقوله: لا بمسلم إلا لخشية الاستئصال.

(٥) من مال القاتل إن عرف، وإلا فمن بيت المال. (قرد).

بيت المال[١]. وإذا لم يعرف قاتله فديته على بيت المال[٢]. وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك من غير ضرورة. وقال الشافعي: يجوز إذا كان الكفار أكثر من المسلمين. وهكذا الكلام والخلاف إذا تترس الكفار أو البغاة بمسلمين[٣].

مسألة: وإذا اضطر المسلمون إلى الاستعانة بالعبيد في الجهاد جاز ووجب عليهم؛ لأنهم مكلفون، وتسقط عنهم طاعة مواليهم في تلك الحال، ولا يحتاج إلى إذنهم عندنا، خلاف زيد بن علي والناصر، وإذا قتلوا لم يجب ضمانهم، وكذلك النساء[٤]، بخلاف ما إذا احتاج الإمام إلى أخذ السلاح أو الكراع للجهاد فإنه يجوز بشرط ضمانه من بيت المال، فإن لم يكن[٥] ولا ما يقوم مقامه فلا ضمان، لكن يفعل في ذلك كما تقدم من التقسيط بين أهل الأموال عند كمال الشروط الستة، فإن لم تدع الحاجة إلى العبيد والنساء وخرجوا للجهاد فإنهم يردون.

مسألة: إذا وجد المسلم أباه أو ذا رحمه[٦] في دار الحرب أو في حال القتال فإنه يتجنب قتله، إلا أن يخشى منه على نفسه[٧] أو على مسلم غيره لزمه قتله[١].

---

(١) لأن هذا الفعل يعود إلى جملة الدين. (بستان بلفظه). واختاره الإمام شرف الدين عليه السلام؛ لأنه لمصلحة المسلمين جميعاً.

(٢) وفاقاً.

(٣) يجوز عندنا لخشية الاستئصال فقط كما في الأزهار.

(٤) يفهم من هذا أنهن لا يخرجن إلا لضرورة كالعبيد. ولا يحتاج إلى إذن الزوج والسيد. (شرح بهران).

(*) وعليه الأزهار بقوله: وترد النساء مع الغنية.

(٥) بيت مال.

(٦) نسباً محرماً؛ لأن فيه قطيعة رحم. اهـ وظاهر الأزهار والبحر والبيان يفيد العموم. (مفتي).

(٧) أو ماله أو مال غيره. (قرر).

(*) أو لا يكون مدافعاً، لكن يقتله لئلا يحقد على من قتله من المسلمين فيؤدي إلى التباغض والشحناء. (شرح أزهار بلفظه).

والتجنب من قتله هو وجوب، ذكره أبو العباس في الأب[٢]، وذكره الفقيهان علي ومحمد بن سليمان، وقال محمد بن عبدالله: إنه ندب.

مسألة: ويجوز مفاداة أسرى المشركين بأسرى المسلمين[٣]، خلاف أبي حنيفة. فأما مفاداة أسرى المشركين بالمال فقال المؤيد بالله والشافعي: يجوز، وقال أبو حنيفة والقاضي زيد: لا يجوز[٤]. فأما الذمي والمرتد فلا يجوز أخذ المال منهما على ردهما حربيين.

مسألة: دار الحرب دار إباحة فيما بين الكفار[٥]، فمن قهر منهم صاحبه أو ماله ملكه، ويجوز لنا شراؤه منه ولو والداً من ولده أو العكس، لكنه ليس بشراء صحيح؛ لأنهم لا يملكون إلا ما يملكه المسلمون، فيكون ذلك جَعَالَة[٦] على تمكيننا منهم. وإذا جنى بعضهم على بعض فهو هدر، وكذا جناياتهم على المسلمين وعلى أموالهم.

---

(١) ويرثه إن كان باغياً، لا كافراً. (تذكرة) (قرين).

(٢) وذلك لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان١٥] ولقوله ﷺ لأبي بكر حين أراد قتل أبيه أبي قحافة: ((دعه يتولاه غيرك)). والذي في الانتصار أنه يستحب أن يتوقى قتله ولا يجب؛ لما روي أن أبا عبيدة بن الجراح سمع أباه يسب رسول الله ﷺ فقتله، ولم ينكر عليه الرسول ﷺ. (بستان بلفظه).

(*) وغيره من الأرحام مثله على المذهب.

(٣) وذلك كفعله ﷺ في أسير بني عقيل. وبالمال لفعله ﷺ في أسارى بدر. وعند أبي حنيفة لا يجوز بالمال ولا بالنفس. (بستان بلفظه).

(٤) وهو أحد قولي أبي طالب، وقوله الظاهر أنه يجوز.

(٥) وفي حاشية السحولي: أو فيما بينهم وبين المسلمين. وسيأتي مثله صريحاً في البيان في قوله: مسألة: إذا أغار المشركون على المسلمين ..إلخ.

(٦) الضبط من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام.

فرع: وأما إذا قتل مسلم مسلماً فيها أو أتلف ماله أو غصبه فقال القاسم والوافي وحكاه علي بن العباس عن العترة: إنه لا يجب فيه شيء إلا الكفارة في قتل الخطأ، وقال مالك والشافعي: يجب القود(١) والضمان، وقال أبو طالب: تجب الدية والضمان(٢) لا القود.

مسألة: إذا دخل مسلم دار الحرب فاشترى فيها أرضاً أو داراً ثم ظهرنا على بلدهم فهي فيء للمسلمين؛ لأنها من جملة دارهم، ذكره في التقرير والكافي وأبو حنيفة ومحمد، وقال الشافعي: وأبو يوسف بل هي له(٣).

مسألة: إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان منهم فهو أمان لهم منه، فلا يأخذ عليهم مالاً ولا غيره، خلاف أبي حنيفة. قال في التقرير: فإن أخذ عليهم مالاً وأتلفه لم يضمنه(٤) لهم ولو أسلموا من بعد، بخلاف المستأمن منهم والمصالح فمن أتلف عليه شيء ضمنه له.

وما أخذه أهل الحرب من أموال المسلمين وعبيدهم فقد ملكوه فلا يجوز له أخذه، وأما ما هرب إليهم من عبيد المسلمين وإمائهم ثم قبضوه فعلى أحد قولي أبي طالب وأبو يوسف ومحمد: إنهم يملكونه أيضاً، كالبعير إذا ند إليهم، فلا يجوز له أخذه، وعلى أحد قولي أبي طالب وأبو حنيفة ومحمد بن عبدالله: إنهم لا

---

(١) وهو ظاهر التذكرة، واختاره الإمام يحيى وصاحب الأثمار؛ لعموم الأدلة.

(٢) أما وجوب الدية فلقوله تعالى: ﴿فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء٩٢]، فظاهرها دال على وجوب الدية في كل مؤمن في أي مكان كان، وأما سقوط القود فلشبهة الدار، وقد قال ﷺ: ((ادرأوا الحدود بالشبهات)). (بستان).

(*) والكفارة في قتل الخطأ. (قرر).

(٣) كالمنقول. قلنا دارهم دار إباحة، فلو أبطلنا هذا الحكم في بعضها لجعلنا بعضها دار كفر وبعضها دار إسلام. (بستان بلفظه).

(٤) المذهب الضمان، وهو ظاهر الأزهار.

يملكونهم[١]؛ لأنهم في يد أنفسهم، فيجوز أخذهم إذا أمكن ويردون لمواليهم المسلمين. وأما من أسره الكفار من المسلمين فيجوز له أن يأخذ منهم ومن أموالهم ما أمكنه.

فرع: فإن بغت هذه الطائفة الكفار التي معهم المستأمِن المسلم على طائفة أخرى كافرة وسبوا منهم جاز له أن يأخذ منهم بالشراء ونحوه، وإن أسرت الطائفة الأخرى من هذه الطائفة التي هو معهم كره له[٢] أن يشتري من سبيهم، ذكره في اللمع والكافي، قال الفقيه يحيى البحيبح: وإن اشترى جاز، وقال الفقيه حسن: لا يجوز[٣].

مسألة: إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان ثم بغت طائفة أخرى كافرة على التي هو معهم لم يجز له أن يقاتل معهم؛ لأن مناصرة الكفار لا تجوز، إلا أن يخشى على نفسه دافع عنها، ذكره في الشرح عن محمد بن عبدالله[٤].

مسألة: وإذا شرط الكفار على المستأمن أن يقيم عندهم لم يجز له ذلك؛ لأن الإقامة في دار الحرب لا تجوز[٥] إذا كانت أكثر من سنة[١] أو استحل الإقامة

---

(١) وهو ظاهر الأزهار. وفي شرح الفتح: أنه لا فرق بين العبد الآبق والبعير الناد، وأنهم إنما يملكون علينا ما أدخلوه دارهم قهراً من غير فرق بين عبد وحيوان. وعن القاضي عامر: ما ثبتت أيديهم عليه ملكوه ولو لم يدخلوه قهراً، وكذا عن سيدنا سعيد الهبل، وهو المختار.

(٢) وذلك لأنه يستحب الوفاء بما وعدهم؛ لقوله ﷺ: ((المؤمنون عند شروطهم))، والشراء منهم ضرب من الحدث، وقد شرط أن لا يفعله. وقال الفقيه حسن: لا يجوز؛ لظاهر الخبر. (بستان بلفظه).

(٣) وهو ظاهر الأزهار في قوله: ويرد ما اشتراه ممن غنمه بعد الأمان. وفي الفتح: يندب الرد.

(٤) وقيل: القياس الجواز؛ لأن المقصود إهلاكهم، ما لم يقصد المناصرة. (زهرة). الأولى الوجوب مع عدم قصد المناصرة، ويؤخذ من الأزهار من قوله: وتجب إعانة الظالم.

(٥) وذلك لقوله ﷺ: ((أنا بريء من كل مسلم أقام في دار الشرك))، وهو محمول على إقامة سنة فصاعدا. (بستان بلفظه). قلت: قوله ﷺ: ((المسلم والكافر لا تتراءى نيرانهما)) يفيد غير ذلك، ولوجوب الهجرة، فليحقق دليل المذاكرين في هذه المسألة.

فيها ولو قلت. وقال مالك والليث: لا يخرج إلا بإذنهم[٢]. وكذا إذا خرج منهم وشرطوا عليه العودة إليهم لم يجز له الرجوع إليهم[٣]، وعلى أحد قولي الشافعي والأوزاعي: يجب عليه الوفاء بالشرط[٤].

فرع: وإذا أطلق الكفار الأسير المسلم وشرطوا عليه عوضاً يبعث به إليهم استحب له الوفاء به إذا كان لا يضر المسلمين، وقال الأوزاعي وأحد قولي الشافعي: يجب الوفاء به.

مسألة: إذا أسلم الحربي[٥] ثم ظهرنا على بلادهم فقال الشافعي: قد أحرز جميع أمواله المنقولة وغيرها، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يحرز شيئاً إلا ما خرج به. ومذهبنا أنه قد أحرز أولاده الصغار[٦]؛ لأنهم مسلمون بإسلامه مطلقاً، وأما أمواله فإن خرج إلينا ثم أسلم في دار الإسلام لم يحرز إلا ما خرج به وما أودعه قبل إسلامه[٧] مع غيره، سواء أودعه مع مسلم أو ذمي، وإن أسلم في دار الحرب أحرز أمواله المنقولة، لا ما أودعه قبل إسلامه[٨] مع حربي[١] فهو فيء،

---

(١) مفهوم العبارة في قوله: «أكثر من سنة» أنها تجوز السنة، والمفهوم من البستان والغيث أنها لا تجوز السنة، بل دونها، وهو المختار. (سماع سيدنا حسن بن أحمد الشبيبي رحمه الله).

(٢) لأجل الشرط. قلنا: شرط لا يجب الوفاء به. (بستان).

(٣) لأن مقامه في دار الحرب معصية. (بستان).

(٤) قال عليه السلام: ولا وجه لما قاله الأوزاعي. (بستان بلفظه).

(٥) أو دخل في الذمة. (شرح فتح) (قرد).

(٦) وأموالهم المنقولة. (قرد).

(٧) وفي شرح الأزهار: وأما أمواله التي في دار الحرب من منقول أو غيره فإنها لا تحصن بإسلامه في دار الإسلام، بل للمسلمين اغتنامها إذا ظفروا بتلك الدار ولو كانت وديعة عند مسلم. (منه بلفظه). وذلك لأن يده قد زالت عنها باختلاف الدار. (غيث).

(٨) وأما ما أودعه بعد الإسلام أو بعد دخوله في الذمة فلا يجوز اغتنامه؛ لأنه قد حصنه بإسلامه أو بدخوله في الذمة.

ذكره صنف في اللمع، ونظره الفقيه محمد قوي بن يحيى؛ لأن يد الوديع يد المودع، وأما غير المنقول فهو من جملة دار الحرب؛ لأنها لا تتبعض، وسواء هاجر إلينا أو بقي فيها بعد إسلامه. وقال في شرح الإبانة: إذا خرج منها لم يحرز إلا ما خرج به.

(١) وأما ما استودعه عند مسلم أو ذمي أحرزه صنف بإسلامه، وسواء بقي بعد الإسلام في دار الحرب أو خرج.

فصل في مصالحة الكفار

إذا كانت مؤبدة لم تجز إلا للإمام على عوض منهم كالجزية ومال الصلح، وإن كانت مؤقتة فإن كانت عامة لهم أو لقطر أو لمصر منهم فهذا إلى الإمام أيضاً[١]، فمع ضعف المسلمين يجوز ولو بعوض منا لهم إذا دعت الضرورة إليه، وحد المدة قال الإمام يحيى: إلى عشر سنين لا أكثر، وقال الفقيه علي: على رأي الإمام. ومع قوة المسلمين يجوز إلى قدر أربعة أشهر لا أكثر إذا رأى الإمام في ذلك صلاحاً، وأما على سبيل الدوام بغير عوض منهم فلا يجوز إجماعاً[٢]، قال المنصور بالله: ومن استحله كفر. وإن كان ذلك على وجه الأمان لمعين فهو عام للإمام وغيره، وسواء كان مع وقوف المستأمن في بلده أو مع خروجه إلينا، لكن له شروط خمسة:

الأول: أن يكون مدة معلومة، وأكثرها سنة[٣] لا فوقها، وقال الإمام يحيى: أربعة أشهر.

والثاني: أن يكون لشخص معين أو لجماعة معينين، لا لأهل قطر منهم أو مصر فذلك إلى الإمام، وكذا إذا قال: «من دخل إلينا منهم تاجراً أو نحوه[٤] فهو آمن» فلا يكون ذلك إلا من الإمام.

الثالث: أن لا يكون الأمان بعد نهي الإمام عنه.

الرابع: أن لا يكون لمن فيه مضرة بالمسلمين كالجاسوس[٥].

---

(١) قوله: «فهذا إلى الإمام أيضاً» وذلك لما قدمناه. والقطر نحو السند أو الهند أو الروم أو غيرهم من الأقاليم، ولأنا لو جوزنا ذلك لبعض الرعية لبطل أمر الجهاد. (بستان بلفظه).

(٢) وذلك لما فيه من إسقاط الجهاد. (بستان).

(٣) وفي الأزهار: دون سنة. (قرر).

(٤) صانع صنعة مخصوصة.

(٥) والمرجف.

الخامس: أن يكون الأمان من مسلم[١] بالغ عاقل ليس مع الكفار أسيراً أو تاجراً، أو أسلم منهم قبل يهاجر إلينا، فأمان الذمي والمعتوه والصبي ومن هو معهم غير صحيح، لكن لا يجوز قتل المستأمن، بل يجب رده؛ لأنه مغرور، بخلاف من دخل منهم إلينا جاهلاً فليس بمغرور، فيجوز قتله، ذكره في الشرح.

فرع: وكذا إذا دخل الحربي إلينا وقال لمسلم: أنا فهمت منك الأمان، وقال المسلم: ما قصدت الأمان- فإنه يرد ولا يجوز قتله[٢]، ذكره في الانتصار. وقال الشافعي: يصح أمان الأسير والتاجر والذي أسلم منهم.

فرع: ويصح أمان المرأة[٣]، خلاف الوافي، وكذا أمان العبد، خلاف أبي حنيفة، وكذا أمان المريض ونحوه[٤].

فرع: ومن أمن كافراً بعد نهي الإمام فبعد علمه بنهي الإمام[٥] لا حكم لأمانه، وقبل علمه به يرد مأمنه ولا يقتل، ذكره في الشرح، فلو قتله قاتل هل تلزمه ديته على عاقلته؟ فيه نظر[٦].

---

(١) مظهر لإسلامه، لا لو أظهر أنه كافر لم يصح أمانه، فيجوز قتل ذلك المؤمن في دار الحرب، كقصة كعب بن الأشرف. (غاية).

(٢) قال في البحر: مع الاحتمال[١].

(٣) لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: ((المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم))، وروي أن أم هانئ بنت أبي طالب أجارت يوم فتح مكة رجلين من أحمائها دخلا دارها، وأن علياً عليه السلام أراد قتلهما، فجاءت إلى النبي ﷺ تشكو عليه علياً عليه السلام، فقال ﷺ: ((قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت))، فدل ذلك على أنه يجوز أمان المرأة والمملوك؛ لأن المملوك يدخل في أدنى المسلمين. (شفاء).

(٤) الأعمى والأعرج والمقعد.

(٥) ومع علم المؤمن أيضاً. (شامي). وأما لو علم أحدهما دون الآخر فلا يقتل، بل يرد مأمنه. (بحر معنى).

(٦) لا يبعد لزوم ذلك. والمختار أنه يأثم ولا دية عليه [فيه (نخ)]. (قرر).

---

[١] لفظ البحر: فإن أنكر المسلم قصده الأمان وادعى الكافر أنه فهمه -مع الاحتمال- رد مأمنه للشبهة.

مسألة: والأمان هو قوله: أمنتك، أو أنت آمن، أو مؤمن، أو في أماني، أو جاري، أو رفيقي، أو لا خوف عليك، أو لا ضير، أو لا شر، أو لا بأس، أو تعال إلينا، أو يشير إليه بيده، أو نحو ذلك مما جرت به العادة، نحو قف[١]، أو لا تخف، أو يعطيه خاتمه أو نحوه، وكذا السلام عليه، ذكره القاسم، نقل ذلك من التقرير. قال في البحر: ولا بد أن يقبله المؤمن بقول أو فعل يدل على قبوله، فإن رده أو سكت عنه لم يصح الأمان[٢].

مسألة: إذا افتتح المسلمون بلداً من بلاد الكفار ثم قال الإمام[٣]: «قد كنت أمنتهم» قبل قوله[٤]، ووجب تركهم وأموالهم، بخلاف ما إذا ادعى ذلك رجل مسلم أو جماعة من المسلمين أنهم كانوا قد أمنوا جماعة معينين من أهل ذلك البلد فلا يقبل قولهم إلا ببينة[٥]، فإذا بينوا قبلت بينتهم ولو حضروا الوقعة وسكتوا[٦]، ذكره في الشرح واللمع عن السيدين، خلاف ظاهر إطلاق الهادي.

مسألة: من أمن كافراً أو جماعة معينين في بلد كان أماناً لهم ولأولادهم الصغار[٧] وأموالهم، لا أولادهم الكبار فلا يدخلون في الأمان، ذكر ذلك في الشرح.

---

(١) إذا جرى عرف بأنها أمان، وإلا فلا. (تهامي) (قرر).

(٢) إلا أن يجهل وجوب القبول رد مأمنه. (قرر).

(٣) أو نائبه. (أثمار) (قرر).

(٤) وعليه الأزهار بقوله: إلا الإمام فالقول له.

(٥) فإذا بينوا وجب رد ما أخذه الغانمون، وغرامة ما تلف، ودية من قتل. (بستان بلفظه) (قرر).

(*) بعد الفتح أو بعد نهي الإمام، لا قبل ذلك فالقول قوله. (شرح أزهار وحواشيه) (قرر).

(٦) كمن حضر عند رجل يبيع داراً وسكت ثم ادعاها من بعد وبين أنها له فإنها تقبل بنيته. وظاهر إطلاق الهادي عليه السلام أنهم إذا حضروا وسكتوا ثم ادعوا الأمان من بعد أنها لا تسمع دعواهم ولا بينتهم. (بستان بلفظه).

(٧) ونسائهم. (حثيث).

مسألة: وإذا تزوج الحربي المستأمن[١] بذمية من أهل ملته لم يدخل معها في الذمة[٢]. وأما الحربية المستأمنة إذا تزوجت ذمياً فقال أبو حنيفة والقاضي زيد: إنها تدخل معه في الذمة[٣]، وقال الشافعي: لا تدخل.

مسألة: ولا يمكن المستأمن من شراء سلاح[٤] ولا كراع إلا أن يأخذه بأفضل منه[٥]، أو ما دخل به فلا يمنع الرجوع به[٦].

مسألة: وإذا مات المستأمن عن مال في يده سلم لورثته[٧] وقسم بينهم على شريعتنا[٨]، ذكره المؤيد بالله والفقيه محمد بن سليمان [٩]، وقال الفقيه يحيى

---

(١) وأما غير المستأمن فلا مناكحة له بحال. (عن خط حثيث).

(٢) وذلك لأن الحكم له لا لها. (بستان بلفظه).

(٣) قال القاضي زيد: وذلك كما قال أصحابنا: إنها تكون مقيمة بإقامة زوجها. (بستان بلفظه).

(*) ولو قيل: إنها بعد انقضاء مدة أمانها تبقى آمنة عند زوجها بأمانه لا لكونها من أهل الذمة المؤبدة كما في المسألة الأولى في قول المحشي: ونسائهم- لم يكن بعيداً، وتكون الفائدة لو فارقها خيرت بين الإسلام والخروج من دارنا. (شامي).

(٤) وهل ينعقد البيع أم لا؟ قال في التقرير: عن أبي طالب أنه ينعقد، وقال الفقيه يحيى البحيح: يكون الخلاف فيه كبيع العبد المسلم من الكافر[١]. (شرح أزهار بلفظه من شرح غالباً في البيع في قوله: ولو إلى مستعمله في معصية غالباً .. إلخ).

(٥) من جنسه.اهـ وقيل: من آلة الحرب لا من غيرها.

(٦) لأن الأمان وقع عليه. (بستان).

(٧) المؤمنين عند موته. (سماع سيدنا حسن بن أحمد ﷺ).

(*) ولفظ البحر: مسألة: إذا مات الحربي في دار الإسلام وترك مالاً كان لورثته في دار الحرب؛ لأجل الأمان. (بلفظه). وعن سيدنا محمد بن صلاح الفلكي أنه لا يرد.

(٨) ويرد إلى دار الحرب على ظاهر البيان.

(٩) قوي إذا كان على طريق الحكم، لا على طريق الفتيا.

---

[١] يصح ويؤمر ببيعه.

البحيح: بل على توريثهم[١]. ولا يقبل قول من ادعى أنه وارث له إلا بشهادة مسلمين عدلين[٢] أو بتواتر يوجب العلم[٣]، لا بكتاب ملكهم إذا جاء به، وقيل: إنه يعمل به إذا بين أنه كتابه.

مسألة: إذا شرى المستأمن مملوكاً من دارنا فإن كان مسلماً أجبر على بيعه، لا إن كان كافراً إلا إذا هو كبير يقاتل مثله أجبر على بيعه[٤]، ذكره في التقرير.

مسألة: من قتل المستأمن جاهلاً لأمانه فإن كان هو الإمام سلم ديته من بيت المال، وإن كان غيره فالدية على عاقلته[٥].

---

(١) لأن أمانهم على ما جرت به عادتهم. (بستان بلفظه).

(٢) قوله: «مسلمين عدلين» يعني: شهادة كاملة ويحكم بها حاكمنا، لا بكتاب ملكهم أو حاكمهم؛ لأن حكمهم لا ينفذ في دار الإسلام؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾. (بستان بلفظه).

(٣) قال سيدنا عبدالرحمن الحيمي في حاشية تسمى بلوغ المرام: وقد يقع في الأخبار الآحادية ما يفيد العلم النظري بالقرائن على المختار. (قرر).

(*) ولو منهم، أو خبر غير متواتر لكنه يفيد العلم لقرينة تنضاف إليه، فأما شهادة منهم تفيد الظن فلا يعول عليها. (شرح بحر) (قرر).

(٤) ولفظ شرح الأزهار عن أبي طالب في شرح قوله: «ويبيعون رقاً إلخ»: ويلزم المستأمن بيع ما شراه من عبيد في دار الإسلام ولو كانوا كافرين. (بلفظه). ومفهوم الأزهار خلافه. (قرر)[١].

(*) يعني: فهو مثل السلاح والكراع الذي يضر المسلمين. (بستان بلفظه).

(٥) وقال في البرهان: إن الدية على القاتل وإن جهل الصلح كما تقدم، وإن جُهِل القاتل فمن بيت المال. وكذا كلام اللمع والحفيظ أن الدية عليه إن عرف، وإلا فمن بيت المال. (قرر).

(*) إن كان خطأ.

---

[١] التقرير من هامش شرح الأزهار.

مسألة: إذا وجد كافر في دار الإسلام فادعى أنه دخل بأمان فعليه البينة بعدلين(١)، وإلا كان فيئاً وما معه لجماعة المسلمين عند أبي حنيفة ومالك والشافعي ومحمد بن عبدالله، وقال الإمام يحيى ومحمد: لمن أخذه(٢)، ويجب فيه الخمس، ذكره في البحر. والأقرب أن الخلاف في العبارة لا في المعنى، فمن سبق إلى أخذه ملكه. فإن ادعى أنه رسول لملكهم لم يقبل قوله إلا أن يوجد معه كتابه ويعرف ختمه فهو آمن؛ لأن النبي ﷺ أمن الرسول(٣). قال في البحر: وكذا من دخل ليسمع(٤) كلام الله فهو آمن(٥).

مسألة: إذا رجع المستأمن إلى دارهم وقد أودع وديعة أو أقرض قرضاً في دارنا ثم ظهرنا عليهم وأسرناه فللشافعي فيه قولان: أحدهما: يكون لورثته،

---

(١) المراد شهادة كاملة كما في قوله في الأزهار: ويكفي شاهد أو رعيان على أصل .. إلخ. (سماع سيدنا حسن رحمه الله).

(٢) لأنه مال مأخوذ على جهة القهر والغلبة فيكون لمن أخذه كما لو وجده في دار الحرب. (بستان).

(٣) لما روي أن مسيلمة الكذاب لعنه الله تعالى كتب إلى النبي ﷺ: من مسيلمة رسول الله إلى محمد رسول الله أما بعد: فإن الله قد أشركني في أمرك لكن قريشاً قوم يجهلون. وأرسل بالكتاب رسولين، قال في الشفاء: يقال لأحدهما: عبدالله بن نواحة، والآخر: ابن أثال، فقال لهما رسول الله ﷺ: ((ما تقولان؟)) فقالا: نشهد أن مسيلمة رسول الله، فقال ﷺ: ((لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتكما))، فجرت السنة بأن الرسل لا تقتل. (بستان بلفظه). قال في النهاية: وأرسل معاوية رسولاً من غسان إلى ملك الروم وجعل له ثلاث ديات على أن ينادي بالأذان إذا دخل مجلسه، ففعل الغساني ذلك وعند الملك بطارقته، فهموا بقتله فنهاهم وقال: إنما أراد معاوية أن أقتل هذا غدراً وهو رسول فيفعل ذلك بكل مستأمن منا ورسول، فلم يقتله ورجع إلى معاوية. (حاشية لمؤلفه باللفظ).

(٤) في (ج، د): ليستمع.

(٥) وقيل: لابد من الأمان؛ لظاهر الآية.

والثاني: يكون فيئاً للمسلمين(١). وقال أبو حنيفة: الوديعة تكون لورثته، والقرض يسقط؛ لأنه دين في الذمة، قال أصحابه: فإن قتلناه قبل أن نغلب على دارهم أو مات كان ذلك لورثته، حكى ذلك في الشرح، ولم يذكر مذهبنا فيه، ولعل قول الشافعي: إنه يكون فيئاً أولى(٢).

مسألة: وإذا دل المستأمن على عورة أو مضرة للمسلمين لم يكن نقضاً للأمان(٣)، ذكره الشافعي والطحاوي، وقال الأوزاعي: يكون ذلك نقضاً له فيقتل، روى ذلك في الشرح.

مسألة: ويجب على الإمام أن يعلم كل من دخل إلينا من الكفار بأمان أو في صلح أنه إن أقام في دارنا أكثر من سنة منع من الخروج منها(٤) وضربت عليه الجزية، ثم إذا وجده باقياً فيها بعد السنة فكأنه رضي بذلك والتزمه؛ فيمنع من الخروج وتضرب عليه الجزية(٥). وإن لم يكن شرط عليه ذلك ثم وجده بعد السنة خير بين أن يخرجه من دار الإسلام وبين أن يضرب له سنة أخرى ويشرط

---

(١) ولفظ البحر: فإن رجع بنفسه إلى دارهم ليستقر لا بإذن الإمام انتقض أمانه، لا أمان أولاده وماله[١] في دار الإسلام، ومتى بلغوا عرض عليهم الإسلام أو الجزية، فإن امتنعوا ردوا مأمنهم. (بلفظه). ولم يحكم بإسلامهم هنا؛ لأن دخولهم دار الإسلام بأمان كما في رهائن الكفار. (شرح بحر).

(٢) في القرض والوديعة. (قرره).

(٣) ولكنه يعزر. (شرح أزهار) (قرره).

(٤) وذلك لأنه كأنه قد رضي بالوقوف فيها، وتضرب الجزية عليه؛ لأن الجزية واجبة في السنة، فيجوز للإمام أن يقره فيها دون السنة بغير عوض على جهة الصفح منه. (بستان بلفظه).

(٥) ولم يعتبر العلم والجهل كما اعتبره في الأزهار في قوله: فإن تعداها جاهلاً[٢] خير الإمام.

---

[١] يقال: هلّا كان رجوعه كالنكث. وقيل: هذا حيث أمن المال، لا لو دخل تبعاً لأمانه. (حاشية بحر).

[٢] فإن تعداها عالماً أنه لا أمان له بعد المدة خير الإمام بين قتله واسترقاقه؛ لأنه يعود عليه الحكم الأصلي. (شرح أثمار). وهذا فيما يجوز استرقاقه.

عليه ذلك إذا رجا منه الإسلام[(١)].

مسألة: إذا شرى الحربي عبداً مسلماً فإنه يملكه ما دام في يده، وأما المستأمن إذا شرى عبداً مسلماً ثم خرج به إلى دار الحرب فقال أبو طالب وأبو يوسف ومحمد: يبقى على ملكه أيضاً[(٢)]، وقال محمد بن عبدالله وأبو حنيفة والوافي: إنه يعتق عليه؛ لأنه صار في يد نفسه. قال الفقيه يحيى البحيبح: والأول هو الأصح. وهذا كله على القول بأنه يصح شراء الكافر للعبد المسلم.

مسألة: إذا عقد الإمام الصلح مع الكفار أو البغاة فعليه الوفاء به، والكف عن نفوسهم وأموالهم[(٣)] وضرهم وخيانتهم ما لم يبدؤوه بالخيانة، نحو مكاتبة أهل الحرب وإيواء الجاسوس وأخذ مال مسلم[(٤)] فهو خيانة ونقض للعهد منهم، ذكره

---

(١) لا فرق. (قرد).

(٢) وذلك لأنه لا يصير العبد في يد نفسه، ولا ينقطع عنه الملك الحاصل بالشراء كما لو سباه. وحجة الآخرين: أن دار الحرب دار إباحة فيملك نفسه بالدخول فيها ويصير حراً، وهذا على القول بأنه يصح شراء الكافر للعبد المسلم ولا يجبر على بيعه قبل خروجه به، وإلا فالواجب إجباره على بيعه لما قدمنا. (بستان بلفظه).

(*) وهذا هو المختار، وظاهر الأزهار أنه يعتق بإدخالهم إياه قهراً. والمذهب خلاف الأزهار، إلا أن تثبت يده على نفسه، كأن يدخل معهم باختياره. (قرد).

(٣) لفظ البحر: مسألة: وعلينا الذب عنهم وعن أموالهم في دارنا، فإن انفردوا فوجهان، الأصح يجب إن شرطوا[١]، وإلا فلا، والكف عن دمائهم وأموالهم ولو خمراً أو خنزيراً ما لم يشتهروا بها فنريقها. (بلفظه).

(٤) لا يكون نقضاً إلا أن يكون على جهة القهر والغلبة كما في شرح الأزهار في شرح قوله: وينتقض عهدهم بالنكث .. إلخ. (قرد).

---

[١] وهذا لم يذكره الإمام يحيى في هذا الموضع من الانتصار، ومقتضى ما تقدم في الثالثة أنه يجب حفظهم مع الإطلاق سواء كانوا في بلاد الإسلام أو منفردين عنها، ومع الشرط التفصيل المتقدم، فيحقق ما ذكره هنا. (من هامش البحر).

في البحر، قال فيه: وليس له أن يبدأهم بنقض الصلح ولو خاف منهم الخيانة ما لم تظهر منهم أمارة الخيانة أو من بعضهم ولم يباينهم الباقون قولاً وفعلاً كما مر(١). ولا يطالبون في حال الصلح(٢) بما معهم من أموال مغصوبة للمسلمين، ولا بما عليهم من المظالم(٣)، فإذا مضى وقت الصلح أخبرهم بانقضائه ونزل بساحتهم، قال في الشرح: لأن قتالهم قبل إعلامهم بانقضائه يكون غدراً لهم وتغريراً، وقال الفقيه علي(٤): إن تعريفهم به مستحب غير واجب.

مسألة: إذا وقع الصلح مع ضعف المسلمين على شرط رد من خرج منهم إلينا مسلماً فإن كان الخارج من النساء لم يجز ذلك بحال(٥)، وإن كان من الرجال

---

(١) في الفرع الآخر قبيل مسألة: من فر من الزحف .. إلخ.

(٢) المذهب أنهم يطالبون حيث لم يملكوه.

(٣) هذا في البغاة.

(٤) وله أن يتمسك بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ﴾ الآية [التوبة٥]؛ إذ الحكم واحد.

(٥) قوله: «لم يجز ذلك بحال» وذلك لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾ [الممتحنة١٠] ولما روي أنه ﷺ لما عقد الصلح يوم الحديبية بينه وبين سهيل بن عمرو ثم جاءته بعد ذلك أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط مسلمة، فجاء أخواها يطلبانها الرجوع فامتنع ﷺ من ردها وقال: ((إن الله منع من الصلح على النساء))، قال عليه السلام: ولأنه لا يؤمن عليها أن تفتن عن دينها لضعف عقلها، أو تنكح مشركاً وهو لا يحل لها. وإن كان من الرجال جاز على سبيل التخلية؛ لرده ﷺ أبا جندل وأبا بصير عقيب صلح الحديبية، كما روي أنه انعقد الصلح على ذلك فجاء أبو جندل بن سهيل بن عمرو مسلماً والنبي ﷺ وسهيل في حال الكتابة لعقد الصلح، فلما رأى سهيل أبا جندل قام إليه فضرب وجهه وقال: يا محمد، قد تم الصلح بيني وبينك، فقال: ((صدقت))، فجعل سهيل يجره ليرده إلى قريش وأبو جندل يصرح بأعلى صوته ويقول: يا معشر المسلمين، أرد إلى المشركين يفتنوني في ديني؟ فقال ﷺ: ((يا أبا جندل، اصبر فإن الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجاً ومخرجاً، إنا قد عقدنا بيننا وبين القوم صلحاً، وأعطيناهم على ذلك وأعطونا عهد الله، =

جاز على سبيل التخلية بينهم وبينه[١]، لا أنا نرده.

فرع: وإذا خرجت المرأة إلينا مسلمة في حال الصلح ثم لحقها زوجها يطلبها لم يمكن منها[٢]، ولا يلزمها رد مهرها عليه، وقال الشافعي: ترد عليه ما سلمه

وإنا لا نغدرهم))، فلما قدم ﷺ المدينة أتاه أبو بصير مسلماً، فأرسلوا عقيبه رسولين من مكة، فقال: ﷺ: ((يا أبا بصير، إنا قد أعطينا القوم ما قد علمت ولا يصلح لنا في ديننا الغدر، وإن الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجاً ومخرجاً، فانطلق إلى قومك))، فقال: يا رسول الله، أتردني إلى المشركين يفتنوني في ديني؟ قال: ((إن الله سيجعل لك فرجاً ومخرجاً))، فانطلق معهما إلى بعض الطريق ثم استل سيف أحدهما وقتله، ورجع الآخر إلى النبي ﷺ، فقال ﷺ له: ويحك ما بالك؟ فقال: قتل صاحبكم صاحبي، ثم وصل أبو بصير متوشحاً للسيف، فقال: يا رسول الله، وفت ذمتك، وأدى الله عنك، أسلمتني بيد القوم وقد امتنعت بديني أن أفتن فيه، فقال ﷺ: ((ويل أمه مسعر حرب لو كان معه رجال))، فخرج أبو بصير حتى نزل على ساحل البحر على طريق قريش التي إلى الشام، وبلغ المسلمين الذين بمكة قولُه ﷺ لأبي بصير: «لو كان معه رجال» فاجتمع إليه منهم قريب سبعين رجلاً فقطعوا طريق قريش حتى كتبت قريش إلى النبي ﷺ تسأله بالله وبالرحم إلا آواهم، فآواهم ﷺ وقدموا عليه المدينة، وقد كانت دخلت خزاعة في صلح النبي ﷺ، فأغار عليهم قريش وقتلوا منهم رجلاً، فانتقض العهد بذلك، فجاءت خزاعة إلى النبي ﷺ يذكرون له ما كان من عدو قريش وقتلهم لهم في صلحه ﷺ، فأمر الناس بالتجهز إلى مكة، فتجهزوا، ثم سار ﷺ وكان الفتح، والقصة مشهورة. قال الشعبي: ولم يكن في الإسلام أعظم فتحاً من صلح الحديبية؛ إذ بسببه دخل الناس في دين الله أفواجا. (بستان بلفظه).

(١) إن كان له عشيرة، لا من لا عشيرة له. (هداية) (قرر).

(٢) وذلك لحصول الفرقة بينهما. ولا يلزمها رد مهرها؛ لأن البضع ليس بمال ولا قيمة لخروجه. وحجة الشافعي قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُمْ مَا أَنْفَقُوا﴾ [الممتحنة١٠] يعني: الأزواج. قال عليه السلام: الخطاب متوجه إلى الرسول ﷺ، وإنما لزمه الإيتاء من مال المصالح لأنه محمول على أنه شرطه في عقد الصلح. (بستان بلفظه).

لها من المهر، ذكر ذلك في الشرح.

مسألة: إذا وقع الصلح على رهائن[١] مضبوطة من الكفار أو على رهون[٢] مقبوضة ثم غدروا أو خانوا فإنها تصير الرهون فيئاً للمسلمين، والرهائن يجوز استرقاقها[٣] أو حبسها أو قتلها إذا كانت بالغة عاقلة، لا إن كانت من الصبيان فلا يجوز قتلها[٤] ولو شرطه آباؤهم لنا. وإن كان ذلك من البغاة جاز حبس الرهائن، وأما الرهون فيجوز أخذها على وجه التضمين لهم عما عليهم من أموال الله تعالى، فإن لم يعلم أن عليهم شيئاً منها فقال المنصور بالله: يجوز أخذها على وجه العقوبة لهم[٥]، وقال الفقيه علي: يجوز إتلافها[٦] عقوبة لهم، لا أخذها.

مسألة: إذا أراد بعض الكفار بيع ولده أو غيره منهم من مسلم في حال الصلح لم يجز لنا شراؤه منه، إلا إذا كانت عادتهم جارية بذلك جاز[٧].

فرع: وكذا إذا أغار عليهم طائفة أخرى كافرة فسبوا منهم وغنموا من أموالهم أو سرقوا منها لم يحل لنا أن نشتريه منهم[٨]، وإن ظهرنا عليهم وأخذنا ما معهم من سبي للمصالحين لنا وأموالهم لزمنا رد الكل إلى أهله المصالحين لنا،

---

(١) يعني من أولادهم. (بستان بلفظه).

(٢) هي الأموال. (بستان).

(٣) القياس أن يعود عليها حكم الأصل؛ ليدخل العربي غير الكتابي فلا يجوز استرقاقهم، ولا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف. (قرد).

(٤) وذلك لأنهم لا جرم لهم فلا يؤخذن بجرم آبائهم، بل يجوز استرقاقهم؛ لأنهم أخذوا على جهة الوثاقة والأمانة، وقد بطلت بخدعهم ومكرهم، فنزلوا منزلة الأموال في جواز الملك لهم والاسترقاق. (بستان بلفظه).

(٥) وعليه الأزهار بقوله: وأن يعاقب بأخذ المال أو إفساده.

(٦) وسيأتي هذا في المسألة السادسة من فصل الباغي.

(٧) وذلك لأن الصلح يقع على ما جرت به العادة. (بستان بلفظه).

(٨) وذلك لأنه خيانة لهم، وذلك لا يجوز. (بستان بلفظه).

ولا يجوز لنا رده على الذين أخذوه منهم(١). وإن قتلنا منهم(٢) أحداً وجبت ديته(٣)، ذكر ذلك محمد بن عبدالله. وقال الفقيهان يحيى البحيح وعلي: إنه يجوز شراؤه وأخذه من الذين سبوهم؛ لأنهم المحدثون عليهم، وقد ملكوه، لكن يستحب رده إلى أهله(٤) ولا يجب على مذهبنا.

مسألة: إذا أسلم الحربي أو دخل في الذمة وفي يده أم ولد أو مدبر لمسلم(٥) قد سباهما فعلى أحد قولي المؤيد بالله والشافعي: إنهم لا يملكون علينا فيردان لمولاهما، وعلى قولنا وأبي حنيفة: إنهم يملكون ما أخذوه علينا مما نملكه يلزم مولاهما أن يفديهما بقيمتهما إن كان موسراً، وإن كان معسراً فهي دين عليه(٦)، فيعينه الإمام من بيت المال(٧) إن كان، وإن لم بقيت القيمة عليه في ذمته ويردان عليه؛ لأنهما قد خرجا من ملك الذي أسلم؛ إذ لا يصح أن يملك مسلم أم ولد

---

(١) وذلك لأن فيه معاونة على المعاهدين لنا، ولأنه قد زال ملكهم عنه بقهر المسلمين لهم عليه فلا يرد إليهم، بل إلى أهله. (بستان بلفظه).

(٢) أي: من المصالحين لنا.

(٣) وعليه الأزهار بقوله: ويدي من قتل فيه.

(٤) قد تقدمت المسألة قبل الفصل بأربع مسائل في الفرع، ولفظه: فرع: فإن بغت هذه الطائفة . إلخ.

(٥) أو لذمي. (من بيان حثيث) (قرر). ومثله في حاشية السحولي.

(*) وحكم الممثول به حكم أم الولد. (بستان). وكذا حكم الوقف حكم أم الولد، ذكره في الأثمار. وظاهر المذهب أنهم لا يملكون الوقف[١]؛ لأن الرقبة قد خرجت عن ملك الواقف وصارت لله، وهذا هو الفرق بينه وبين أم الولد. (سماع سيدنا حسن).

(٦) إلا أنه يباع إذا أعسر سيده.اهـ وظاهر البيان أنه كأم الولد سواء في أنه يبقى ديناً في ذمة السيد. (مفتي). وفي اللمعة: فإن أعسر مولاه ولا بيت مال بيع بالدين، وهو الأقيس.

(٧) حيث سيدهما مسلم. (من بيان حثيث).

---

[١] يستقيم في المنقول.

غيره ولا مدبره، وهذا على تخريج السيدين للهادي أنهم يملكون منهما مثل ما كان سيدهما مالكاً منهما، فيكون كسبهما وأرش الجناية عليهما قبل إسلامه له[١]، وعلى أحد قولي المؤيد بالله وقول أبي حنيفة[٢]: إنهم لا يملكون علينا إلا ما كان يصح منا بيعه وهبته فلا يملك الذي أخذهما منهما شيئاً، ويردان لمولاهما بغير شيء.

فرع: ولا تلزمهما السعاية هنا، بخلاف ما إذا أسلمت أم ولد الذمي؛ لأنها هناك قد عتقت لا هنا، وبخلاف ما إذا جنيا على الغير؛ لأنه ليس منهما هنا جناية، وبخلاف ما إذا استولد المرهونة أو أعتقها أو دبرها؛ لأن ذلك منه جناية هناك، وليس من سيدهما هنا جناية.

فرع: فإن كانت حاملاً من الثاني[٣] لم يجز للأول وطؤها[٤] حتى تضع وتطهر[٥].

فرع: وإن كانت قد ارتدت مع الثاني فالحكم واحد، لكنها تستتاب فإن تابت فكما مر، وإن امتنعت قتلت ولا شيء للثاني؛ لأنها قتلت بحق، فإن كانت حاملاً لم تقتل حتى تضع وترضع ولدها اللبأ، ثم إن أمكن الثاني يسترضع لولده

---

(١) وأما بعده قبل يفديهما سيدهما فكذا على الأصح. (من بيان حثيث) (قرر).

(٢) قوي حثيث.

(٣) إذا ادعاه، وإلا فهو لاحق بالأول فيجوز له الوطء.اهـ حيث يمكن لحوقه به، وإلا يمكن لحوقه به ولا ادعاه الذي أسلم فهو لاحق بأمه، ويكون حكمه حكمها يعتقون بعتقها كما تقدم.اهـ في العتق في قوله في الأزهار: وعن أولادهما الحادثين بعد مصيرهما كذلك. (قرر).

(٤) ولا الثاني مطلقاً، ولا تصير أم ولد للثاني. (شرح فتح).

(٥) وذلك كالموطوءة بالشبهة إذا عادت إلى زوجها أو سيدها، ولأن الحامل من زنى لا يجوز وطؤها حتى تضع، فهكذا الحال في الولد إذا كان نسبه لاحقاً بأبيه، ولقوله ﷺ: ((لعن الله الساقي بمائه زرع غيره)). (بستان بلفظه).

(*) قيل: ويكون الولد حر أصل ولا ضمان فيه، وقد تركب فراش على فراش.

منه أو من بيت المال إذا هو معسر قتلت، وإن لم يمكنه تركت إلى أن تفطم ولدها[١].

فرع: والظاهر من كلام الشرح واللمع أنه لا يلزم الأول استفداؤها إلا بعد إسلام الثاني[٢] أو دخوله في الذمة، وقال الفقيهان يحيى البحيبح وحسن: إنه يلزمه ذلك متى أمكنه ولو قبل إسلام الثاني ودخوله في الذمة؛ لأنه حق واجب عليه للأمة.

فرع: وإذا مات المولى الأول عتقا[٣] سواء كان قبل إسلام الثاني أو بعده، لكن إذا كان قبل إسلامه[٤] أو دخوله في الذمة فلا شيء له، وإن كان بعد أحدهما لم يسقط ما على الأول للثاني من القيمة، ولو مات الثاني فالقيمة لورثته، ولا يعتقان بموته.

فرع: فإن كان في يد هذا الذي أسلم أو دخل في الذمة مكاتب لمسلم سلم له

---

(١) ومثله في الحدود: وتترك للرضاع إلى الفصال أو آخر الحضانة، ومثله في البستان.

(*) وفي الأزهار: أو آخر الحضانة إن عدم مثلها. يعني في التربية. ومثله في البستان. أو خشي الضرر أو الهلاك جاز تأخيره. (دواري) (قرير)[١].

(٢) لأن قبل إسلام الثاني هو مالك لها، ولا يبعد أخذه من الأزهار؛ لأنه رتبة على حيث أسلم.

(٣) وكذا تنجيزه العتق، قال التهامي: إذا كان بعد إسلام الثاني، لا قبله، ولا يقال: فلم يعتقان بموت الأول وإن كان المستولي لم يسلم؟ قلنا: لأن السبب الحرية من جهته بسبب متقدم على السبي؛ فلذلك عتقا.

(*) وعليه الأزهار بقوله: ويعتقان بموت الاول.

(٤) أي: الثاني.

(*) في (ب): قبل إسلامه ودخوله. وفي (ج): قبل إسلام الثاني ودخوله. وفي (د): قبل إسلامه الثاني ودخوله.

---

[١] التذهيب في أول الحاشية والتقرير في آخرها في المطبوع فقط.

ما بقي عليه من مال الكتابة وعتق، ويكون ولاؤه للأول[(١)]، وإن عجز العبد نفسه بقي مملوكاً للثاني؛ لأنه يملك منه ما كان الأول يملكه[(٢)]، وفيه القولان المتقدمان.

مسألة: إذا أسلم الحربي وفي يده أرقاء مسلمون[(٣)] بقيوا مماليك له[(٤)]، سواء أسلموا تحت يده في دار الحرب أو كانوا مسلمين لمسلمين وسباهم.

فرع: وإن دخل الحربي في الذمة وفي يده أرقاء مسلمون فإن كانوا مماليك له لكن قد أسلموا أمر ببيعهم، وإن كان سباهم على المسلمين فمواليهم أولى بهم بقيمتهم إن أحبوا أخذهم[(٥)]، وإن لم أمر ببيعهم، فلو كانوا مكاتبين سلموا له ما بقي عليهم من مال الكتابة وعتقوا، وإن عجزوا أمر ببيعهم.

فرع: وكذا إذا اشترى مسلم أرقاء من حربي كان سباهم على مسلمين كان لمواليهم أن يأخذوهم بقيمتهم من المشتري[(٦)]؛ لأن لهم فيهم حقاً كحق الشفيع،

---

(١) وعليه الأزهار: «وولاؤهم للأول». وهو المسلم الذي استولد أو دبر أو كاتب؛ لأن حريتهم وقعت من جهته. (شرح أزهار بلفظه).

(٢) هذا على تخريج السيدين، وفيه ما مر من الخلاف في الكتاب. (بستان).

(٣) أو كفار، ذكر معناه الهاجري. (قرر).

(٤) وذلك لأن إسلامه عليهم لا يزيل ملكه عنهم ولو كانوا مسلمين؛ لأنه قد ملكهم بالقهر والغلبة. (بستان بلفظه).

(٥) وقيل: ليس لهم ذلك؛ لأن قد ملكهم الحربي قبل دخوله في الذمة، فلا يكون مولاهم أولى بهم. (ذماري). بل يؤمر ببيعهم. (سماع سيدنا حسن ﷺ) (قرر)[١].

(٦) المذهب خلافه. (قرر).

(*) هذا على كلام ابن مظفر، والأقرب أن قد ملكهم الحربي قبل دخوله في الذمة، فلا يكون مواليهم أولى بهم. (ذماري).

---

[١] التذهيب في أول الحاشية من (أ) والمطبوع، والتقرير الذي في آخرها من المطبوع.

ذكر ذلك في التقرير.

فرع: فإن كان في يد هذا الذي دخل في الذمة أمة مسلمة حامل منه[١] أمر باعتزالها، وتعتق بانقضاء عدتها، وهو وضع حملها[٢]، وتسعى له في قيمتها، ويكون ولاؤها له، وولدها مسلم بإسلامها.

مسألة: إذا أسر الكفار حراً مسلماً لم يملكوه[٣]، فلو اشتراه رجل مسلم جاز على وجه الاستفداء له، ولا يرجع عليه بما دفع، إلا إن كان ضمن له بما دفع رجع عليه، أو كان أمره يدفع عنه رجع عليه، وقال مالك: يرجع عليه مطلقاً، ذكر ذلك في الشرح.

---

(١) وادعاه. (قرره).

(٢) فلو كانت قد وضعت قبل دخوله في الذمة فحيضتان. (بستان بلفظه).

(*) وتستأنف عدة أخرى. وقيل: لا استئناف.

(٣) لأنهم لا يملكون إلا ما يصح منا تملكه. (بستان بلفظه).

فصل [في بيان ما يؤخذ أهل الذمة بالتزامه]

يؤخذ أهل الذمة بإظهار زي يتميزون به عن المسلمين[١] ويكون فيه ذلة وصغار، وكذلك نساؤهم إذا خرجت كان لها زي تتميز به، ذُكره في التقرير، قال أبو حنيفة: وكذا يؤخذون بتمييز دورهم عن دور المسلمين؛ لئلا يدعو لهم السائل.

فرع: والزي الذي يؤمرون به هو إما لباس ما لا يلبسه المسلمون وإلا وضع الزنار، وهو منطقة[٢] حمراء يشدها في وسطه فوق ثيابه، ولا يركبون الدواب كالمسلمين[٣]، بل يضع رجليه في أحد الجانبين، ومن طول شعره منهم جز وسط ناصيته.

مسألة: قال في البحر: ويمنعون من السلاح، وركوب الخيل والبغال[٤]، وإظهار قراءتهم[٥]، ولباس الديباج ورفيع القطن والكتان، وصدور المجالس، ومزاحمة المسلمين، ومساواة دورهم لدور المسلمين[٦]، وزخرفتها وتحسين أبوابهم، وخواتم الذهب والفضة والفصوص الغالية، وتكوير العمامة فوق

---

(١) قال عليه السلام: فاللون الأصفر لليهود، والأدكن للنصارى، والأسود للمجوس؛ لأن ذلك عادتهم. وقيل: أولى ما يليق باليهود الأغبر؛ ليتشبهوا بالقردة. وتوضع في أعناقهم خواتم الرصاص أو الصفر؛ ليعرفوا بذلك في الحمام. (بستان بلفظه).

(٢) بكسر الميم وسكون النون. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

(٣) حيث يكون عليها الأكف كما في الأزهار.

(٤) في الديباج وهامش الهداية: لا يمنعون من ركوب البغال.

(٥) في التوراة والإنجيل في كنائسهم، بل يكون سراً، وكذا رفع الصوت بالبكاء على موتاهم. (بستان).

(٦) وقيل: أما المساواة فجائرة على مفهوم الأزهار.

ثلاث طاقات، وإرسال الذوائب فيها[١]، وترجيل الشعر[٢]، وإظهار الزينة في أعيادهم، ويلجأون إلى مضيق الطريق، ولا يبدأون بالسلام، قيل: إلا لحاجة تدعو إليه على نحو ما تقدم[٣] من التفصيل فيه والخلاف[٤]، ولا يقام في وجوههم[٥]، وإذا أظهروا الخمر إلى شوارع المسلمين أريقت، ولا يظهرون شيئاً من شعارهم بين المسلمين، بل يخفونه في كنائسهم ومجالسهم. قال في التقرير: ومن سكر منهم أو شرب في بيت مسلم حد[٦]؛ لأنهم صولحوا على ما لا يسكر وعلى إخفائه في بيوتهم، قال فيه: ومن سب منهم نبياً فقد نقض عهده. قال الناصر: ومن جاهر منهم بما هو كفر فقد نقض عهده[٧]. قال في الشرح: ومن قتل منهم مسلماً لم يكن نقضاً للعهد، بل يقتل قصاصاً. قال في الكافي: ويمنعون من إرفاع دورهم فوق دور المسلمين[٨]، ومن ركوب الخيل، وقال في التفريعات: لا يمنعون منها. ويمنعون من إحداث البيع والكنائس، لا من عمارة ما خرب منها مما هو قديم إذا هو في خططهم، فأما في خططنا فيمنعون[٩]

---

(١) يحتمل ذوائب العمائم، ويحتمل ذوائب الشعر، وكلاهما يمنعون منهما. (بستان بلفظه).

(٢) بالجيم، أي: تسريحه.

(٣) أما الابتداء فلم يتقدم فيه شيء مع الحاجة.

(٤) في باب اللباس في قوله: فرع: وإنما يجوز السلام على المؤمنين .. إلخ.

(٥) ظاهر هذا جواز القيام في وجوه المؤمنين، وأما الظلمة والفساق فلعله ممنوع.

(٦) أما الشرب في بيت المسلم فيعزر مع عدم السكر. (قرر).

(٧) على كلام القيل. والمذهب خلافه. (سماع سيدنا حسن رحمه الله) (قرر).

(٨) فإن فعلوا لم تهدم، وفيه نظر، قال شيخنا: بل يؤمرون بهدمه.اهـ وقواه القاضي محمد بن صلاح الفلكي.اهـ وينظر لو اشتراه مرتفعاً، قيل: لا يهدم. (عامر). وقيل: بل يهدم الزائد. (مفتي).

(٩) ومثله في شرح الأزهار، وفي حاشية السحولي ما لفظه: وفي البحر أن ما قرروا عليه ولو في غير خططهم جاز لهم تجديده إذا خرب، وهو ظاهر إطلاق الأزهار من غير تقييد الشرح. (بلفظها).

من الكل، ويجوز إخراب المعتمر منها، إلا أن يرى الإمام صلاحاً في بقائها جاز، كما يمنعون من السكنى في غير خططهم إلا أن يرى الإمام أو المسلمون صلاحاً في بقائهم جاز، ولهم الرجوع عن ذلك متى شاءوا.

فرع: وخططهم أربع: إيلة وعمورية وفلسطين[(١)] ونجران. قال في البحر: ومن دخل منهم جزيرة العرب بغير إذن الإمام عزر، ويجوز الإذن لهم بدخولها بغير إقامة فيها فوق ثلاثة أيام إلا لعذر[(٢)]، ومن مات منهم فيها وأمكن نقله عنها قبل تغيره وجب؛ لأن النبي ﷺ أوصى قبيل موته بإخراجهم منها[(٣)]، ذكره في الشرح. قال في البحر: وبلاد العرب هي من عدن إلى ريف العراق طولاً، ومن جدة وساحل البحر إلى أطراف الشام عرضاً.

مسألة: وإذا تهود النصراني أو عكسه لم يعترض[(٤)] عندنا وأبي حنيفة؛ لأن الملتين سواء، وعلى أحد قولي الشافعي: إنه يكون نقضاً لعهده إلا أن يرجع إلى حاله الأول، رواه في البحر.

---

(١) قال في النهاية: وفلسطين- بكسر الفاء وفتح اللام-: كورة معروفة، وأم بلادها بيت المقدس. وكذا ذكره القتيبي. (من حواشي البستان).

(٢) عبارة البحر: وللإمام أن يأذن له بالدخول لمصلحة من دون إقامة أكثر من ثلاث؛ إذ لا يسمى لدونها مقيماً، إلا لعذر من مرض أو غيره.اهـ كأداء رسالة أو عقد ذمة أو هدنة أو ميرة أو متاع فيه مصلحة للمسلمين.

(٣) عن ابن عباس عنه ﷺ أنه قال: ((أخرجوا اليهود والنصارى من جزيرة العرب)). وعنه ﷺ: ((لا يجتمع في جزيرة العرب دينان)). قال في البرهان: والمراد بجزيرة العرب مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها وأرض الحجاز. (فتح وشرح بحر). ولو مات فيها ودفن فيها نبش وأخرجت عظامه بظهر الحرم المحرم. (تعليق).

(٤) وفي شفاء غلة الصادي في باب الردة: ولا يقر النصراني على التهود وعكسه، ولا يقبل منه إلا الإسلام أو السيف. وقرره القاضي سعيد والقاضي أحمد بن حابس. ولأن ذلك كالردة.

فصل: [في الباغي]

والباغي[(١)]: هو من أظهر من نفسه أنه محق[(٢)] والإمام مخطئ، وتعرض لما يقوم به الإمام، وانتصب لمحاربته[(٣)]، وكان له فئة ومنعة[(٤)]، وسواء علم أنه مخطئ في فعله[(٥)] أو ظن الإصابة، فهذا يسمى باغياً متأولاً. فأما من خالف على الإمام ولم يمتثل له ما يجب امتثاله فلا يسمى باغياً، بل عاصياً. قال المؤيد بالله

---

(١) اعلم أن البغي فسق، والفسق في اللغة هو الخروج، يقال: فسقت الرطبة، إذا خرجت من قشرها. وسميت الفأرة فويسقة لخروجها على جهة الإضرار، قال تعالى: ﴿فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ﴾ [الكهف٥٠] أي: خرج. وفي الشرع: ارتكاب كبيرة. والباغي في اللغة هو المتعدي، قال الشاعر:

وإلا فـــاعلموا أنـــا وأنـــتم بغـــاة مـــا بقينـــا في شـــقاق

(بستان بلفظه).

(٢) وسواء كان إظهاره لذلك عن اعتقاد أم لا؛ لأن معاوية ويزيد لعنهما الله كانا فيما تقضي به الأمارات الصحيحة يظهران أنهما محقان ويضمران أنهما مبطلان؛ ولهذا قال عمرو بن العاص في أبياته التي أولها:

معاويـــة الفضـــل لا تـــنس لي إلى قوله: لك الويـــل مـــن غـــدرة ثـــم لي

(بستان بلفظه).

(٣) كالقاسطين والناكثين والمارقين. أما معاوية لعنه الله ففاسق جارحة، وقد ادعى المطهر بن محمد بن سليمان إجماع العترة على كفره. (من خط حثيث).

(٤) قال عليه السلام: فأما هؤلاء الظلمة والسلاطين وأهل الجور والفسوق في زماننا هذا فهم ذئاب عليها الثياب، فهم غير بغاة، ولكنهم زادوا على البغاة بالجراءة على الله تعالى والإقدام على الكبائر وارتكاب كل محظور، كما أن الكفار زادوا على الفساق بارتكاب الكبائر الكفرية. ومثله عن المؤيد بالله كما في الكتاب. (بستان بلفظه).

(٥) أما مع العلم بأنه مخطئ في فعله فقال في الهداية: فاسق تصريح.

والمرتضى: وجهاد البغاة أفضل من جهاد الكفار[١]؛ لأن معصيتهم في دار الإسلام، فهي كالمعصية في المسجد. قال المؤيد بالله: فأما سائر الظلمة فهم كقطاع الطريق[٢] وقد زاد حكمهم على حكم البغاة، كما زاد حكم الكفار على حكم الفساق.

مسألة: ويجب على الإمام أن يدعو البغاة إلى الحق قبل قتالهم، ويبين لهم الحجة في تمسكهم بالباطل مشافهة أو مراسلة أو مكاتبة، فالدعوة الأولى واجبة، والتكرير من بعدها ونشر المصاحف والكتب والدعاء إلى ما فيها وصف العسكر ثلاثة أيام[٣] مستحب غير واجب، فإذا لم يرجعوا قاتلهم، ولا يبيتهم بالليل، ولا يرميهم بالمنجنيق، خلاف المنصور بالله والإمام علي [بن محمد]، ولا يحرقهم ولا يغرقهم، ولا يمنعهم ميرة ولا شراباً، هذا كله إذا كان فيهم من لا يحل قتله من النساء والصبيان والتجار وأبناء السبيل، فلا يجوز إلا أن تدعو الضرورة إليه، وهي خشية استئصالهم للمسلمين أو لأكثرهم فيجوز، وتجب دية من قتل ممن لا يحل قتله والكفارة كما تقدم. وروى في شرح الإبانة عن الناصر والمؤيد بالله وأبي طالب أنه يجوز منعهم من الميرة والشراب إذا كانوا يتقوون بهما

---

(١) لأن ديار الإسلام هي دار الرسول ﷺ، فإذا سار فيها الظلمة بغير سيرته كان نفيهم وإزعاجهم عنها أفضل من محاربة الكفرة في أوطانهم، قال عليه السلام: ويؤيد ما ذكرناه روايات، الأولى: عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قاتل من بغى عليه وقال: (ما وجدت بداً من قتالهم أو الكفر بما أنزل على محمد ﷺ). فدل ذلك على أنه فهمه من الرسول ﷺ. قال عليه السلام: واختاره الله لحرب أهل القبلة لأجل فضله وعظم بصيرته وأن أحداً لا يعرف أحكامهم سواه، ولهذا قال أبو حنيفة: لولا سيرة أمير المؤمنين عليه السلام ما كنا نعرف أحكام البغاة. (بستان بلفظه).

(٢) في (ج، د): الطرق.

(٣) قياساً على استتابة المرتد.

على المسلمين.

مسألة: وفي جواز حبس من لا يجوز قتله منهم كالنساء والأشياخ وجهان، رجح الإمام يحيى جوازه إيغاراً لصدور البغاة وكسراً لقلوبهم(١)، ورجح الإمام المهدي أحمد بن يحيى عدم جوازه إلا من باب التعزير لمن هو مكلف منهم(٢). وفي قتل من حضر معهم من الرجال ولم يقاتل وجهان(٣)، رجح الإمام يحيى عدم جوازه(٤).

مسألة: ومن وجد من المسلمين أباه أو رحمه(٥) من البغاة تجنب قتله على الخلاف الذي تقدم في الكافر(٦)، فإن بلي بقتله جاز، ويرثه كما إذا قتله قصاصاً

---

(١) قال عليه السلام: وإفلالاً لجموعهم ونقصاً لمقاديرهم. (بستان بلفظه).

(٢)كالمرأة البالغة والشيخ الكبير. (بستان بلفظه).

(٣) يعني: أحدهما: يجوز؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من سود علينا فقد أشرك في دمائنا))، ولما روي عن علي عليه السلام أنه نهى عن قتل محمد بن طلحة السجاد وقال: (إياكم وقتل صاحب البرنس)، فقتله رجل[١] فلم ينكر عليه عليه السلام، وأنشأ قاتله يقول:

وأشعث قوام بآيات ربه	قليل الأذى فيما ترى العين مسلم
هتكت له بالرمح جيب قميصه	فخر صريعاً لليدين وللفم[٢]
على غير شيء غير أن ليس تابعاً	عليا ومن لا يتبع الحق ينـدم
يناشدني حم والرمح شاجر	فهلا تلى حم قبل التقدم

الثاني: لا يجوز قتله، واختاره عليه السلام، قال: لأنه قد كف نفسه بترك القتال، ولأنا منعنا من الإجهاز على الجريح مع أنه مقاتل فكيف بمن لا يقاتل؟ فهو أولى وأحق. (بستان).

(٤) وقيل: يقتل؛ إذ لم ينكر علي عليه السلام قتل محمد بن طلحة.

(٥) في (أ): أباه أو زوجته أو رحمه.

(٦) يعني هل التجنب واجب أو مستحب فقط. (بستان).

---

[١] وهو الأشتر النخعي، ذكره في كشف المشكل.

[٢] قال القتيبي: أي: على اليدين والفم؛ لأنهم يجعلون اللام مكان على في كلام العرب، يقال: سقط لفيه، أي: على فيه.

عندنا وأبي حنيفة، وقال الشافعي: لا يرثه. وأما العكس -وهو إذا قتل الباغي أباه المسلم أو نحوه- فلا يرثه عندنا[١]، خلاف أبي حنيفة ومحمد، ذكره في الشرح.

مسألة: ولا يجب قتالهم إلا إذا غلب بالظن أن المسلمين يغلبونهم وإلا لم يجب، وهذا قبل المصافة للقتال، وأما حال القتال فالفرار منهم كالفرار من الكفار على ما تقدم.

مسألة: من عصى الإمام وخالف عليه فيما تجب طاعته فيه فهو عاص فاسق مجاهر، وليس من البغاة الذين فسقهم فسق تأويل.

مسألة: وللإمام إحراق دورهم[٢] وأشجارهم، ذكره الهادي وولده أحمد والمؤيد بالله، وفعله علي عليه السلام، وذلك على وجه العقوبة لهم. فأما أخذ أموالهم إلى بيت المال على وجه العقوبة من الإمام فأجازه في التقرير والمنصور بالله وأحد قولي المؤيد بالله، وهو مروي عن علي عليه السلام، ومنعه الإمام يحيى والغزالي والفقيهان يحيى البحيبح وعلي؛ لأنه يورث التهمة، وهذا في حق الإمام[٣]، وأما الحاكم فهل له أن يعاقب بإتلاف المال؟ قال المؤيد بالله: فيه نظر[٤]، قال الفقيه يحيى البحيبح: الأولى الجواز، قال الفقيه علي: والمراد به إذا كان الحاكم لا من جهة الإمام، فأما حاكم الإمام فيجوز له الإتلاف من غير تردد، وقيل: عكس

---

(١) حيث قتله عمداً. (قرن).

(٢) يعني: العصاة له والمخالفين لأمره. (بستان).

(٣) ومن ولاه. (قرن).

(٤) اعلم أن المؤيد بالله تردد في جواز ذلك من جهة الحاكم؛ لأن ولاية الإمام عامة وولاية الحاكم خاصة، فيحتمل الجواز كما يجوز التعزير من جهة الحاكم، ويحتمل المنع لقصور الولاية خاصة فيما يتعلق بالإتلاف للأموال؛ فلهذا كانت مختصة بالأئمة لاتساع الولاية في حقهم. (بستان).

هذا. قال الفقيه يوسف: والأول أظهر.

مسألة: ومن أحكام البغاة أنه يقتل مدبرهم ويتمم جريحهم إذا كان لهم فئة[١]، خلاف الشافعي، وإن لم يكن لهم فئة لم يجز ذلك، بل يطردون ويفرقون. ومنها: أنه يغنم منهم ما أجلبوا به من الأموال[٢] التي فيها تقوية لهم أو إرجاف على المسلمين ولو كانت لغيرهم ممن هو مكلف إذا استعاروه لذلك، لا إن استعاروه لغيره أو غصبوه فلا يغنم. وأما ما أجلب به الصبيان معهم فقال في اللمع: إنه يغنم. وفيه نظر؛ لأن الصبيان غير مكلفين[٣]، قال الفقيه علي: فيحمل كلامهم على أن المال لأوليائهم وسلموه إليهم للإرجاف على المسلمين. وكذا ما أجلب به التجار معهم على وجه الإعانة لهم أو الإرجاف على المسلمين فإنه يغنم. وعند الشافعي ومحمد بن عبدالله أنه لا يغنم شيء من أموال البغاة. وعند أبي حنيفة أنه يجوز أخذ ما معهم من السلاح والكراع لينتفع به المسلمون ما دامت الحرب قائمة، ثم يردونه على أربابه متى وضعت الحرب أوزارها. ويتفقون فيمن سار معهم من التجار وغيرهم غير مرجف ولا مجلب على المسلمين أنه لا يغنم، وكذلك سائر أموال البغاة التي لم يجلبوا بها ولا حصل بها إرهاب على المسلمين سواء كانت معهم[٤] أو في بيوتهم أنها لا تغنم، ذكره في الشرح. وقال المنصور بالله: يجوز أخذ سائر أموالهم على جهة العقوبة لهم[٥]. ولا يجوز سبي أحد منهم وفاقاً.

---

(١) وعليه الأزهار بقوله: إلا ذا فئة.

(٢) لما روي عن علي عليه السلام أنه قال يوم الجمل: (لكم العسكر وما حوى)، وفي كلام آخر: (لا تستحلوا ملكاً إلا ما أجلب به عليكم)، وفي كلام آخر: (لكم ما حوى عسكرهم، وما كان في بيوتهم فهو ميراث لذراريهم). (بستان).

(٣) إلا أن يؤخذ ذلك من باب التضمين للصبي أو لوارثه حيث ورثه منه. (من بيان حثيث) (قرين).

(٤) أما التي معهم ففيه نظر؛ لأنه يغنم ما أجلبوا به. (عامر).

(٥) كما يجوز أخذها تضميناً. (تكميل).

مسألة: وأما إذا بغت طائفة أو ظالم أو لص أو قاطع طريق على غيرهم ثم غلب المحق على المبطل من غير إمام ولا واليه[١]- فقال القاسم ومحمد بن عبدالله والمؤيد بالله والشافعي وأبو حنيفة: لا يجوز أخذ ما أجلبوا به، وقال أحمد بن عيسى والمنصور بالله وهو ظاهر كلام الهادي[٢]: إنه يجوز أخذ ما أجلبوا به، ويجب فيه الخمس قال الفقيه يوسف: وسواء أخذه المبغي عليهم أو غيرهم ممن حضرهم من المسلمين؛ لأن دفع الباغي واجب عام لهم ولغيرهم.

فرع: وأما قتلهم حال انهزامهم فيجوز إذا كان لهم فئة ويغلب بالظن أنهم يعودون إلى البغي، قال الفقيه علي: ولو كان عودهم بعد حين.

مسألة: ومن أحكام البغاة والظلمة وأئمة الجور أنه متى ظفر بهم الإمام فإنه يأخذ كل ما في أيديهم من أملاكهم المنقولة وغيرها -إلا أمهات أولادهم[٣]- وكذلك ما في يد أعوانهم وأجنادهم، وذلك كله على وجه التضمين لهم الكل عما استهلكوه وتصرفوا فيه من أموال الله كالجزية والخراج ومال الصلح والزكوات[٤] ونحوها[٥] إذا علم[٦] أن عليهم من ذلك ما يستغرق أملاكهم، نحو أن يكون قد طالت مدتهم في الظلم والتصرف.

---

(١) في (ب، ج، د): ولا ولاية.

(٢) حيث قال في الأحكام: من شاق الحق أو عانده وجب قتاله وحل دمه، ومن حل لنا بالمحاربة دمه فهو فيء للمسلمين عسكره. (بستان بلفظه). قلت: فيلزم في المرتد. (مفتي).

(٣) لأن الضرورة لا تبيح بيعها، وأما المدبر فإن وفت أملاكهم بما عليهم ترك مدبراً، وإلا جاز بيعه عنهم؛ لأنه يجوز بيعه للضرورة.

(٤) حيث كانوا أخذوها. (من خط حثيث). وفي حاشية: هذه كلها حيث قبضوها ممن هي عليه. (من بيان حثيث).

(٥) قوله: «ونحوها» يعني من المظالم وجميع المصادرات. (شرح بحر).

(٦) ويكفي الظن في قدره.

فرع: فلو لم تف أملاكهم بما عليهم فقال القاسم ومحمد بن عبدالله: يسقط عنهم الزائد بعد أخذ أموالهم كلها، وقال أبو طالب: لا يسقط، بل يبقى في ذممهم متى أمكنهم التخلص منه وجب.

فرع: فإن كانت الأموال التي قبضوها باقية أخذها الإمام وصرفها في مستحقها. ولعل المراد به إذا كانوا أخذوها برضا أربابها، وإن كان بغير رضاهم أخذها أيضاً بنية التضمين لأربابها عما عليهم منها، إلا في الجزية؛ لأنها تسقط بالفوت، فترد لأهلها(١) إن عرفوا، وإن لم يعرفوا صارت كالمظالم التي لا يعرف أربابها(٢).

فرع: وإن لم يعلم الإمام أن عليهم شيئاً من ذلك لم يأخذ عليهم شيئاً، وإن علم(٣) أن عليهم ما يستغرق بعض أملاكهم أخذ منها بقدر ما عليهم وترك لهم الباقي.

فرع: وما قتله البغاة من النفوس المعروفة أو أتلفوه من أموال المعروفين فإنهم يؤخذون به الكل عندنا، وهو أقدم من حقوق الله تعالى(٤). وعند الفريقين أنهم لا يؤخذون بشيء منه كالكفار، ذكره(٥) في الكافي.

---

(١) وفي هذا دلالة على أن البغاة ليس لهم قبض الجزية. والمختار عدم الرد وقد صح القبض، وقد تقدم مثل هذا في آخر كتاب الخمس في المسألة الرابعة من آخر الكتاب كلام الباقر، وهو المختار.

(٢) لأنها لا تتعين لما أخذت بغير رضاهم، فهو تضمين حقيقة، لا ما كان متعيناً كالجزء العاشر ونحوه فليس من التضمين في شيء؛ للأخذ لعين الواجب. (عن الشامي).

(٣) أو ظن. (قرد).

(٤) بل يقسط. (تهامي). لأنهما سواء. (قرد).

(٥) في (ب): رواه.

مسألة: من كان مؤذياً للمسلمين من الشرط[(١)] والمفسدين فقال أبو بكر الجصاص وأبو علي: يجوز للمسلمين قتله، وقال المؤيد بالله: لا يجوز قتله، فإن قتل وجبت فيه الدية لا القود. وروى في الكافي عن العترة والفقهاء أنه لا يجوز قتله إلا دفعاً عن المنكر[(٢)]، فإن قتله قاتل لزمه القود.

مسألة: من كان عليه دين أو عنده وديعة لبعض الظلمة فإن طلبه الإمام تسليمه إليه وجب مطلقاً[(٣)]، وإن لم يطلبه فإن كان ذلك من المظالم التي لا يعرف أربابها فهو مخير بين تسليمها إلى الإمام أو الحاكم أو وضعها في مستحقها[(٤)] أو ردها إلى الظالم إذا كان يعرف أنه يخرجها إلى مستحقها[(٥)]، وإن لم يعرف ذلك لم يجز ردها إليه، وعلى أحد قولي المؤيد بالله والناصر والمنصور بالله أنه يسلمها إلى الإمام إن كان ثم إمام، وإن لم وضعها في مستحقها. وإن كان ذلك من خالص

---

(١) أراد بالشرط هاهنا الذين يحملون الكلام إلى الدولة وينمون عن المسلمين.

(٢) إن لم يندفع إلا به. (قرر).

(*) أو لخشية الكر. (قرر).

(*) في المطبوع: إلا دفعاً للمنكر.

(٣) سواء كان من المظالم أو من مال الظالم، فيأخذه الإمام عما عليه من الحقوق الواجبة[١]. (بستان بلفظه).

(٤) المختار ليس له ولاية.

(٥) ولعله لا يبرأ من ضمان قيمتها وإن أخرجها الظالم؛ إذ قد لزمه ضمانها بقبضه لها، والضمان يتعدد بتعدد المتصرف وإن صرفت العين، وكما تقدم في الغصب.

---

[١] التي أمرها إلى الإمام؛ لتخرج المظالم فإن ولايتها إلى من هي عليه، فإن تقاعدوا عن الإخراج أجبرهم الإمام عليه أو أخذها وصرفها. (إملاء سيدنا حسن بن أحمد الشبيبي رحمه الله). ولفظ حاشية السحولي في الغصب: فإن أحس الإمام بتراخيه عن الإخراج كان له إلزامه بذلك أو أخذها وصرفها أو عوضها، وتلزمه النية حينئذٍ. (بلفظها).

أموال الظالم فهو مخير بين رده إليه وبين تسليمه إلى الإمام(١)، وليس له وضعه في الفقراء ونحوهم على وجه التضمين للظالم إلا إذا كان له ولاية فله تضمينه، ذكره المؤيد بالله والقاضي جعفر(٢)، وقال أبو مضر: بل يجوز له ذلك من غير ولاية إذا كان الظالم لا يخرج ما عليه من المظالم. وهكذا الخلاف فيمن أراد الأخذ من أموال الظلمة تضميناً لهم عما عليهم من المظالم وأموال الله التي لا يخرجونها. وإن كان ذلك مظلمة لمعين وجب تسليمه لمالكه بكل حال. وكذا إذا كان المغصوب في يد الظالم باقياً وأمكن أخذه منه ورده لمالكه فإنه يجب، فإن لم يعرف مالكه جاز أخذه(٣) ووضعه في مستحقه إذا كان الظالم لا يخرجه، ذكره في اللمع عن ابن الخليل(٤).

مسألة: وما فعله الظلمة في أموالهم من بيع أو هبة أو صرف في واجب أو في قربة أو في مباح فهو صحيح ولا يعترض ولا يسترد ولو قصر باقي مالهم عما عليهم، وما أخرجوه من أموالهم في محظور كأثمان الخمور وأجرة المغنيين وعلى الحرب المحظور ونحو ذلك: فإن كان باقياً بعينه في يد الآخذ له استرده الإمام

---

(١) ولفظ حاشية: ينظر ما وجه التسليم إلى الإمام أو الحاكم مع عدم الطلب؟ لعله مع غيبة المالك مسافة الحكم فأحدهما ينوب منابه، وإلا لم يبرأ بالتسليم إليهما إلا أن يقبلاه مريدان تضمينه. (إملاء شامي) (قرر).

(٢) والأزهار خلافه حيث قال: لكن للإمام فقط تضمينهم.

(٣) وقرر ذلك القاضي عامر والسحولي في حاشيته ومشايخ ذمار.

(*) ينظر في جواز الأخذ فإنه لا يجوز ذلك، بل يكرههم الإمام على الإخراج. أو يأخذ ذلك ويصرفه في مصرفه، وأما غير الإمام فليس له ذلك؛ لأن ولاية المظلمة إلى الظالم والإمام مع تقاعده عن إخراجها فقط كما مر في الغصب. (قرر).

(٤) وعليه الأزهار بقوله: وللمسلم أخذ ما ظفر به من مال الله معهم ... إلخ. وعليه ما لفظه: وهذا على قول أبي مضر: إنه يجوز لآحاد الناس. وأما على المختار فهذا لا يستقيم. (قرر).

ووضعه في بيت المال عما على الظلمة من أموال الله، وإن كان قد استهلكه من هو في يده فقال في الشرح واللمع عن السيدين وفي التقرير عن القاضي زيد: إنه لا يضمنه المستهلك له(١)، وظاهره مثل قول المنصور بالله وابن الخليل: إن الإباحة لا تبطل ببطلان عوضها(٢)، وهو في يده إباحة من مالكه، وقال الفقيهان محمد بن يحيى ويحيى البحيبح: إنه يتأول على(٣) أن مرادهم لا يضمنه لمالكه، وأما لبيت المال فيضمنه؛ لأن إباحته تبطل ببطلان عوضها، ومثله في التقرير.

مسألة: وما أخرجه الظلمة من أموال الجبايات والمظالم التي لا تعرف أربابها إلى مستحقها فقد أجزأ ولا يسترد على قولنا: إن ولاية صرفه إليهم. وما أخرجوه من ذلك في منافعهم أو في محظور فإنه يسترد إن كان باقياً(٤)، وإلا فضمانه ممن صار إليه إن كان غنياً(٥)، وإن كان فقيراً فكذا أيضاً على ما ذكره القاضي جعفر: إن إخراج عين المظلمة يفتقر إلى النية، وعلى قول ابن الخليل وأبي مضر: إنها لا تحتاج إلى نية فإذا صارت إلى مستحقها ملكها ولم تسترد منه.

---

(١) وعليه الأزهار بقوله: أو محظور وقد تلف.

(٢) والمختار أن الإعطاء للمحظور إن كان شرطاً رده القابض مع البقاء وضمنه مع التلف، وإن كان مضمراً فهو مظلمة في يد القابض، فيجب عليه إخراجه مع البقاء إلى مصرفه، ويضمنه بمثله أو بقيمته مع تلفه، فإن علم ذو الولاية[١] منه التمرد عن ذلك كان له أخذه منه. (حاشية سحولي لفظاً).

(٣) قوي، واختاره المؤلف والتهامي.

(٤) يقال: كيف وجب الرد وهو لا يبرأ بالرد إلى الغاصب الأول، مع أن الولاية والصرف قد صارت إلى الغاصب الآخر فتأمل؟ (حسن سيلان). يستقيم في عين المظلمة إذا كانت باقية بعينها وكانت من غير النقدين؛ لأنه لا يتعين إلا مهما بقي في اليد على المختار، إلا أنه إذا صار إليه في مقابلة محظور وجب عليه التصدق.

(*) أو يصرفه من هو في يده إلى مصرفه.

(٥) لا مصلحة فيه.

---

[١] لعله على قول القاضي جعفر، والأزهار خلافه حيث قال: لكن للإمام فقط تضمينهم.

فصل [فيما يغنم من أهل الحرب]

يُغنم من أهل الحرب أموالهم ونساؤهم وصغارهم وكبارهم وكبار العجم، لا كبار العرب[١] إلا من له كتاب كبني تغلب، ذكره المؤيد بالله.

فرع: وهل يجوز بيع السبي الباقين على الكفر من الكفار؟ قال الشافعي: يجوز، ولعله أولى[٢]. وقال أبو حنيفة: لا يجوز. وهل يجوز نبش قبور أهل الحرب لأخذ ما فيها من المال؟ قال الشافعي: يجوز، وقال الأوزاعي: لا يجوز، وقال مالك: يكره، نقل ذلك من الشرح. ولعل الجواز أولى؛ إذ لا حرمة لقبورهم.

مسألة: إذا تزوج مسلم حربية[٣] جهلاً في دار الحرب وحملت منه ثم سبيناها لم نملك حملها، ذكره الشافعي والقاضي زيد[٤]، وقال أبو حنيفة: بل

---

(١) وذلك لأن مشركي العرب عظم جرمهم بتكذيب النبي ﷺ فيما جاء به وجحودهم وعنادهم؛ فلأجل هذا عظم الله عقوبتهم بأنه ليس لهم إلا الإسلام [الذي كرهوه] أو السيف ليطهر الأرض منهم، إلا من له كتاب كبني تغلب- وهم فرقة من النصارى، وكتابهم الإنجيل- فيجوز تغنمهم. (بستان بلفظه).

(٢) إذا لم يكن فيه تقوية لهم. (تهامي).

(*) حيث لا مضرة على المسلمين.

(*) قد تقدم في البيان أنه لا يجوز بيع العبد الكافر المكلف من الكفار، فكلام الشافعي مذهب في النساء والصبيان. (من خط سيدنا محمد الريمي).

(٣) أي: كتابية؛ لأنه لم يجز أحد نكاح الحربية غير الكتابية.

(٤) وذلك لأنه مسلم بإسلام أبيه. وعند أبي حنيفة نملكه تبعاً لها. وأما إذا كانت قد ولدت فهي في ء دونه عند الجميع. (بستان بلفظه).

(*) قال في اللمع: وقال الشافعي: الولد حر؛ لأنه مسلم بإسلام أبيه. وهذا أولى على أصلنا وإن كان المسلم لا يجوز أن يتزوج بالكافرة عندنا. قال في الزهور: يعني وإنما فعل ذلك على طريق الجهل.

نملكه معها، ذكر ذلك في الشرح.

مسألة: من قتل قتيلاً في حرب العدو فسلبه[١] من جملة الغنيمة يرد إليها. وكذلك من نهب كافراً في الحرب فهو من جملة الغنيمة، فإن كان الإمام قد ذكر أن السلب للقاتل كان له وحده وفيه الخمس، وسواء ذكر ذلك عموماً أو في رجل مخصوص أن من قتله فسلبه له[٢]، وعلى أحد قولي الشافعي: لا يصح هذا الشرط، وقال مالك: يكره، وعلى أحد قولي الشافعي: إن القاتل يستحق سلب من قتله ولو لم يشرطه الإمام، ولا خمس عليه فيه، لكنه مشروط بقتله مقبلاً لا مدبراً، ومبارزة لا رمياً، وفي حال الحرب لا بعده، وكون المقتول جلداً لا جريحاً ونحوه[٣].

فرع[٤]: وإذا قال الإمام من قتل منكم قتيلاً فسلبه له لم يدخل الإمام في ذلك، فإذا قتل قتيلاً لم يستحق سلبه، فإن قال: «من قتل قتيلاً فله سلبه» ولم يقل: «منكم» جاء فيه الخلاف هل يدخل المخاطب في خطاب نفسه أم لا؟ فعلى أحد قولي المؤيد بالله والهدوية وأبي حنيفة: إنه يدخل، وعلى أحد قولي المؤيد بالله والقاسم ومحمد: لا يدخل[٥].

فرع: وإذا قال الإمام: «من قتل قتيلاً فله سلبه» ثم اشترك اثنان في قتل قتيل كان سلبه لهما معاً، وقال في شرح الإبانة: لا يستحقانه، بل يكون من جملة الغنيمة. فإن قال لرجل: «إذا قتلت قتيلاً[٦]» أو «إذا قتلت فلاناً فسلبه لك» ثم اشترك هو وغيره

---

(١) قال في الشمس: السلب- بفتح اللام- كل ما سلب، والجمع أسلاب. (من حواشي البستان من خط المصنف رحمه الله).

(٢) ولعل هذا يكون تخصيصاً من الإمام لمن قتل، كما ينفل من شاء، لا أنه أجرة له.

(٣) أعمى أو زمناً.

(٤) مسألة نخ.

(٥) وبنى عليه في الأزهار في الوقف في قوله: والفقراء لمن عداه.

(٦) لأن «إذا» لا عموم فيها، بخلاف «من» فهي للعموم.

في قتله لم يستحق منه شيئاً[١]، ذكره في الأحكام.

فرع: فإن قال: «من قتل قتيلاً فله سلبه» ثم استأجر رجل غيره على قتل قتيل كان سلبه للأجير القاتل لا للمستأجر، إلا إن كان قال[٢] له: «احتل في قتل فلان ولك سلبه» كان سلبه له لا للأجير. قلنا: والإجارة على ذلك باطلة؛ لأنها على فعل واجب، قال الإمام يحيى وبعض أصحاب الشافعي: إلا أن يكون الأجير عبداً أو ذمياً صحت[٣]؛ لأنه لا يجب عليهما، لكن قد قال في الأحكام: إن من استأجر غيره على الغزو كان للأجير أجرته، وما أصابه من الغنيمة يكون لمن استأجره. ولعله حيث يكون الجهاد فرض كفاية[٤]، ويكون هذا مثل أحد قولي أبي طالب[٥]، وهو يأتي على قول القاسم والناصر والشافعي كما ذكروه في تعليم القرآن، والله أعلم.

فرع: والسلب الذي يستحقه القاتل مع شرطه له هو ما ظهر على القتيل من لحاف وسلاح ودرع والفرس وما يتعلق بها من آلاتها، لا ما معه مما يخفى كدراهم وجواهر ونحوها فترد إلى الغنيمة[٦].

مسألة: إذا قال الإمام لرجل: اقتل فلاناً أو احتل في قتله ولك كذا، ثم فعل ذلك لزم الإمام تسليم ما شرط له من الغنيمة إن حصلت، وإلا فمن مال المصالح إن كان، وإلا فمن الزكاة من سهم السبيل، ذكره في اللمع والشرح

---

(١) وذلك لعدم حصول الشرط، وهو أن يقتله وحده. (بستان).

(٢) أي: الإمام.

(٣) أما العبد فمستقيم إذا كان لا يحتاج إليه، وأما الذمي فينظر فيه؛ لأنهم مخاطبون بالشرعيات. (قرد).

(*) المذهب خلاف هذا من كلام الإمام يحيى إلى آخر الفرع. ولأن أخذ الأجرة على فروض الكفاية لا يصح.

(٤) الحمل لا يناسب أصل الهادي عليه السلام.

(٥) إنه يجوز أخذ الأجرة على فرض الكفاية.

(٦) إلا أن يجري عرف بكونها سلباً، أو يقول: لك ما ظهر وخفي. (نجري) (قرد).

والكافي، قال في الكافي: ولا يكون ذلك إجارة، بل معونة وحثا على القتال، وقال في الشرح: لأن الإمام إذا رأى صلاحاً للمسلمين في قتل رجل ولم يمكن إلا ببذل مال وجب بذله. قال الفقيه يوسف: وهذا الترتيب بين المصارف مستحب غير واجب.

مسألة: من دخل دار الحرب[(١)] بغير إذن الإمام فما أخذه منها خفية فهو له، ولا خمس فيه، وقال الناصر والشافعي: يجب فيه الخمس. فإن كان دخوله بإذن الإمام لزم الخمس فيما أخذه[(٢)].

مسألة: ويغنم كل ما وجد في دار الحرب مما يجوز لنا تملكه ولو كان صنماً[(٣)] أو نحوه من آلات الملاهي، لكنه يكسر، فإذا كان له قيمة بعد كسره رد إلى الغنيمة. وكذلك الركاز[(٤)] وكلب الصيد والبازي والصقر والفهد والهر والمصحف والصحيفة إذا كان فيها توراة أو إنجيل أو زبور، فتغنم وتباع من أهل الذمة[(٥)]، وإن كان فيها ما فيه طعن على الأنبياء فإنه يغسل إن أمكن غسله مع بقائها، وإن لم أحرقت، فإن لم يعرف الذي فيها غسل بالماء، فإن لم يزل فبالخل، ثم يرد الرق إلى الغنيمة. وهذا يدل على أن ذبائحهم وما يتعلق بها من الجلود والشحوم واللحم تطهر بالاستيلاء[(٦)] على دارهم كما ذكره المنصور

---

(١) على وجه التلصص.

(٢) المختار لا خمس مطلقاً لا بإذن الإمام ولا غيره. (شرح أثمار). وقد تقدم ذلك على قوله: مسألة: ويجوز دخول دار الحرب، قبل فصل «في مصالحة الكفار» بخمس عشرة مسألة.

(٣) الصنم: ما كان مصوراً من حجر أو صفر أو نحو ذلك. والوثن: ما كان غير مصور. (نزهة).

(٤) يعني: إذا وجد منبوذاً، فأما إذا كان دفيناً فهو لواجده كما لو وجد في دار الإسلام. (من بيان حثيث وتهامي) (قرر).

(٥) قد صرح في البيان بأن تعلمها محظور، فكيف تباع التوراة مع تحقق التحريف فيها؟ فحينئذٍ لا يجوز بيعها ولا نسخها. (مفتي).

(٦) حيث تكاملت شروط التذكية في الإسلام[١] قطعاً أو اجتهاداً.اهـ وهذا خاص في دار الحرب؛ لأنه يشترط في الذابح الإسلام.

---

[١] فإن التبس فالأصل الصحة. (قرر).

بالله[١]، وكذا في كل ما تنجس[٢] برطوبتهم، ويجوز أكله، ذكره في التذكرة. وما كان لا يحل لنا تملكه كجلد الميتة وعظم العاج[٣] فلا يغنم، بل يحرق لئلا ينتفعوا به. وما وجد في دار الحرب من المعادن فهو لواجده، وفيه الخمس.

مسألة: ويجب الخمس في جميع ما غنم في دار الحرب، إلا فيما يؤكل أو يعلف[٤] إذا أكله أو علفه البهائم[٥] في دار الحرب من له سهم أو رضخ في الغنيمة. وفي الحيوانات المأكولة إذا أكلت هناك وجهان، رجح الإمام يحيى دخولها في ذلك[٦]، فإن خرج من دار الحرب شيء من ذلك رد في الغنيمة، قال

(١) وعليه الأزهار.

(٢) في (ج، د): وكذا كل ما تنجس.

(٣) يعني: عظم الفيل، وقيل: إن العاج عظم حيوان في البحر، وهذا على المذهب أن الحياة تحل العظم، واختاره في باب النجاسات من الانتصار؛ لقوله تعالى: ﴿قَالَ مَنْ يُحْيِي الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ ٧٨﴾ [يس]. وعلى القول بأن الحياة لا تحله يجوز الانتفاع به، واختاره في هذا الموضع من الانتصار، قال فيه: يجوز استعماله في نصُب الشفار والحقاق للطيب والدهانات، كما يجوز استعمال القرون في القسي؛ إذ هو بمنزلة القرن في أن الحياة لا تحله. (بستان).

(*) قال في البحر: وأما العاج -وهو عظم الفيل- فطاهر مباح؛ إذ لا تحله الحياة كالقرن.اهـ وهذا هو الصحيح الذي لا يشك فيه من شاهد الفيل ورأى سنيه اللذين يسميان العاج، فإنهما فيه كالقرنين في غيره سواء، حتى إنهما مجوفان من أسفلهما، وفي باطنهما عظمان تحلهما الحياة كالعظمين اللذين يوجدان في باطن القرنين، وهما يسميان سنين وليسا بسنين حقيقة، إنما هما فيه كالقرنين في غيره، وأسنان الفيل وأنيابه غيرهما. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

(٤) قوله: «إلا فيما يؤكل أو يعلف» وذلك لأن الحاجة تدعو إلى إباحة ذلك للغانمين، ولأنهم يشق عليهم حمل ما يقتاتونه إلى دار الحرب، ولما روي عن ابن عمر أن جيشاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم غنموا طعاماً فلم يؤخذ منهم الخمس فيما أكلوا، وروى بعضهم قال: أصبنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بخيبر طعاماً، فكان كل واحد منا يأخذ قدر حاجته. والحاجة إلى العلف للبهائم كالحاجة إلى المأكولات لبني آدم؛ فلهذا أجاز أيضاً. (بستان بلفظه).

(٥) وكذا المشموم الذي يسرع إليه الفساد، والمشروب كالعسل. (بحر معنى) (قرد). والمأدوم. (قرد).

(٦) قال عليه السلام: فأما جلودها فلا يجوز لهم الانتفاع بها؛ لأنها ليست من الأقوات، بل ترد في =

الفقيه محمد بن سليمان: وليس لهم أن يتزودوا منه إلى دار الإسلام.

فرع: وإن باعوا شيئاً من ذلك في دار الحرب رد ثمنه إلى الغنيمة ولم ينقض بيعه، ذكره في الشرح واللمع، وقال الفقيه يحيى البحيبح: المراد به إذا أجاز الإمام بيعه(١)، وإلا نقض بيعه ورد بعينه إلى الغنيمة.

مسألة: وإذا أعتق بعض الغانمين عبداً قبل القسمة لم يصح، وكذا إذا كان رحماً لأحدهم فلا يعتق، إلا إذا خرج في قسمته عتق عليه ولا شيء له، فإن خرج بالقسمة له ولغيره عتق وضمن(٢) لشريكه قيمة نصيبه إن هو موسر، وإلا سعى فيها العبد، ذكره في الشرح.

مسألة: إذا أغار المشركون على المسلمين وأخذوا شيئاً من أموالهم ثم لحقهم المسلمون فأخذوه منهم قبل أن يدخلوه دار الحرب- فهو باق على ملك أربابه يرد لهم ولو كان قد قسمه المشركون؛ لأنهم لا يملكون علينا إلا ما حازوه إلى دار الحرب؛ لأنها دار إباحة يملكون فيها ما قهروه(٣) سواء كان على مسلم أو

الغنيمة أو قيمتها مع التلف. (بستان بلفظه).

(١) قال في الزهور: ويكون هذا خاصاً في بيع الشيء قبل قبضه.اهـ وهذا فيه نظر. وجه النظر[١] أنهم قد ذكروا في البيوع أن الإمام لا يبيع إلا بعد القبض.

(٢) الأولى أنه لا ضمان عليه؛ لأنه دخل في ملكه بغير اختياره كما ذكره الدواري في تعليقه، فيسعى العبد للشريك. (قرد). وعن المفتي أنه باختياره، وهو أخذه لنصيبه. وعن الذماري: إذا صار إليه باختياره، لا بتعيين الحاكم فلا يضمن، بل يسعى العبد.

(٣) هذا غير صحيح على المذهب؛ لأنها دار إباحة في ذات بينهم فقط على المختار، وإنما ملكوا هنا بأخذه من دار الإسلام وإدخالهم له دارهم قهراً كما هو ظاهر الأزهار. (شامي). والمقرر ما في البيان، وقد تقدم مثله عن حاشية السحولي في هامش البيان على قوله: مسألة: ودار الحرب .... إلخ. (قرد).

---

[١] والأولى أنه فاسد على ظاهر المذهب، فيكون حجة للفقيه حسن في قوله: إنها تلحق العقد الفاسد، أو يقول: إنه أجاز لمصلحة رآها. (شامي).

على كافر، لا ما قهروه في دار الإسلام فلا يملكونه، سواء قهروه على مسلم أو قهر بعضهم على بعض حيث دخلوا بغير أمان، بخلاف ما قهرناه عليهم فإنا نملكه هل في دارهم أو في دارنا.

مسألة: وما أخذه علينا الظلمة والبغاة والمفسدون لم يملكوه وفاقاً، وأما ما أخذه المرتدون والملاحدة- وهم الباطنية والمطرفية- فقال أبو مضر: لا يملكون علينا وفاقاً، ومثله في الشرح عن علي بن العباس حكاه عن العترة، فمفهومه أن لهم حكماً مخصوصاً، وقال الفقيهان يحيى البحيبح ومحمد بن يحيى: إنهم كغيرهم[١] من الكفار؛ فإذا كانوا في دار حرب ملكوا ما أخذوه علينا بالحيازة إليها[٢]، ويحمل كلامهم على أن المراد به إذا كانوا في دار الإسلام.

مسألة: وإذا جمعت الغنائم فللإمام أن يأخذ منها الصفي[٣]، وهو شيء واحد يأخذه له أي شيء أحبه: هل سيف أو درع أو فرس أو امرأة أو عبد أو أرض أو غير ذلك إذا كانت الغنيمة أكثر من شيء واحد حتى يبقى الباقي للغانمين، وهذا إذا حضر الوقعة، فإن لم يحضرها نحو أن يبعث بسرية ويؤمر عليها أميراً فقال أبو طالب: يكون الصفي للأمير، وقال في التذكرة والحفيظ والفقيه محمد بن سليمان: بل للإمام[٤]. وعند الفقهاء أن الصفي كان خاصاً

---

(١) وعليه الأزهار بقوله: إلا ذوي شوكة.

(٢) إذا كان لهم شوكة.

(٣) اعلم أن الصفي كان مشروعاً للنبي ﷺ؛ لما روي أنه لما فتح خيبر أتي إليه بصفية بنت حيي بن أخطب فألقى عليها رداءه، فعرف المسلمون أنه اصطفاها لنفسه، وروى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه أخذ سيفه ذا الفقار يوم بدر، واصطفى ريحانة من بني قريظة، وكانت عنده ومات وهي ملك له. وهو بعد الرسول ﷺ للإمام؛ لما روى أبو بكر عنه ﷺ أنه قال: ((إذا أطعم الله نبيه شيئاً كان من بعده لمن يقوم مقامه))، وفي حديث آخر: ((إذا أطعم الله نبيه طعمة فهي للخليفة بعده)). (بستان بلفظه).

(٤) واختاره في الأثمار، وضعفه في الأزهار بقيل.

للنبي ﷺ فلا يسحقه الإمام. وقال المنصور بالله: لا يأخذ الإمام الصفي إلا إذا كانت الغنيمة قدر مائتي درهم فما فوق.

ثم ينفل الإمام من رأى تنفيله بقليل أو كثير(١) ولو كان كافراً أو ممن له سهم، وقال أبو حنيفة: يجوز التنفيل قبل إخراج الغنيمة إلى دار الإسلام لا بعده.

ثم يقسم الباقي أخماساً(٢)، هكذا ذكر أهل المذهب، فظاهره أن الصفي لا خمس فيه(٣)، وكذا التنفيل، وقال في الحفيظ: يجب الخمس في الصفي، وقال في معالم السنن: إن النبي ﷺ كان يخمس تارة بعد التنفيل وتارة قبله، فيكون الإمام مخيراً في ذلك، فيخرج خمس الغنيمة لأهل الخمس الذين تقدم ذكرهم ولو من الأراضي والدور ففيها الخمس عندنا والشافعي، خلاف أبي حنيفة، ذكره في البحر، ثم يقسم أربعة أخماسها بين الذكور البالغين الأحرار المسلمين ولو فساقاً الذين حضروا الوقعة فحاربوا أو أعانوا أو كانوا ردءاً للمحاربين وقوة لهم ولو من التجار والمرضى، لا لذمي ومعتوه ومغلوب على عقله، وأما الإمام فقال أبو طالب: لا يدخل معهم في القسمة، وحكى علي بن العباس عن العترة أنه يقسم له من جملتهم(٤)، فعلى هذا يكون له الصفي وسهم مع الغانمين وسهم الرسول ﷺ من الخمس ومن سهم القرابة في الخمس أيضاً. وقال زيد بن علي وأبو حنيفة: يقسم لمن حضر بعد الوقعة وقبل القسمة إذا كانت الوقعة في دار الحرب، لا في دار الإسلام. وقال مالك: يقسم للصبيان إذا أطاقوا

---

(١) ويكون إلى نصف السدس. والمختار أنه ما رآه الإمام ولو استغرق جميع ذلك. (قرد).

(٢) ظاهر هذا الكلام أن الصفي والنفل لا خمس فيه وأن التنفيل يكون مقدماً. (زهور). والمذهب أنه يلزم كل يخمس ما صار إليه حيث نفل قبل الخميس.

(٣) وهو نص الهادي عليه السلام وصريح الهداية.

(٤) واختاره في البحر وشرح الأثمار؛ إذ أخذ ﷺ سهماً.

(*) إذا حضر الوقعة. (قرد).

القتال. وقال الأوزاعي: يقسم للنساء.

مسألة: ويُقسم عندنا لمن أسر[١] أو مات[٢] بعد الوقعة[٣] لا قبلها، وقال أبو حنيفة: لا يقسم لمن مات أو أسر قبل القسمة. ويقسم عندنا لمن أسلم من الكفار أو المرتدين قبل الوقعة إذا حضرها[٤].

فرع: ويُقسم للعسكر مما غنمته الطليعة بقوتهم، وكذا للعسكر الذين في دار الحرب مما غنمته السرية بقوتهم، لا ما أخذته بغير قوتهم. وكذا إذا انقسم العسكر طائفتين فما أصابته إحداهما قسم بينهم الكل.

مسألة: من فر في الحرب بعد الوقعة[٥] وقبل القسمة فإن كان إلى فئة أو متحرفاً لقتال قُسم له[٦]، وإن لم يكن كذلك لم يقسم له؛ لأنه ضر أكثر مما نفع، ذكره في الشرح. قال الإمام يحيى: وكذا من يرجف على المسلمين ويخذلهم فلا يقسم له[٧].

مسألة: وإذا بعث الإمام جاسوساً ثم أصاب العسكر غنيمة فهل يقسم للجاسوس منها؟ فيه وجهان، رجح الإمام يحيى أنه يقسم له؛ لأنه في

---

(١) ومات، وإلا حفظ حقه. ومثله عن الهداية.

(٢) أو ارتد ولحق بدار الحرب فلورثته، وإلا بقي موقوفاً. (قرد).

(٣) والإحراز. (أزهار) (قرد).

(٤) وبنى عليه في التذكرة.

(٥) والإحراز. (قرد).

(٦) قال عليه السلام: والقول قوله في أنه فر على جهة التحرف والتحيز؛ لأنه أعرف بأحوال نفسه. (بستان بلفظه).

(٧) قوي. (عامر). والأزهار خلافه، وهو المختار.

(*) ظاهر المذهب أنه يستحق سهمه، لكن النظر إلى الإمام فيه إذا رأى عقوبته في عدم إعطائه فله ذلك.اهـ والبيان قوي. (تهامي وعامر).

مصلحتهم. ولا يقسم لمن أسر قبل الوقعة، ولا لسرية ثانية بعثها الإمام بعد سرية قبلها فيما غنمته الأولى بغير قوة من الثانية.

مسألة: وما أودعه الحربي أو أعاره مسلماً فهل يحل للمسلم أخذه؟ قال الهادي لا يحل(١)، وقال الناصر: يحل.

مسألة: ويجوز قسمة الغنيمة في دار الحرب(٢)، قال الأمير الحسين: بل يستحب(٣) إذا كان مع عدم الخوف من عود الكفار عليهم. وقال محمد بن عبدالله وأبو حنيفة: يكره قسمتها فيها(٤)، قال أبو بكر الرازي: إلا أن لا يمكن حملها إلى دار الإسلام وجب على الإمام قسمتها؛ ليتوصل كل إلى حقه(٥).

مسألة: ومن وجد من المسلمين شيئاً في الغنيمة كان أخذه عليه العدو أو بعيراً ند إليهم فهو أولى به(٦) إذا بين عليه قبل القسمة، وإن كان بعد القسمة فكذا فيما أخذه البغاة، وأما ما أخذه الكفار فكذا على أحد قولي المؤيد بالله والشافعي: إنهم لا يملكون علينا، وعلى مذهبنا له أخذه بقيمته لمن خرج في قسمه(٧). وإن كان عبداً لمسلم هرب إليهم فقبضوه أو ثم باعوه من حربي أو مسلم فعلى قول أبي حنيفة ومحمد بن عبدالله: إنه باق لصاحبه، وعند أبي يوسف

---

(١) قوي؛ لأنه أمانة، وردها واجب. (تهامي).

(٢) وذلك لما روي عنه ﷺ أنه قسم غنائم أوطاس بأوطاس، وهو واد في حنين، وقسم ﷺ غنائم بني المصطلق على مياههم، وقسم غنائم بدر بشعب من شعاب الصفراء قريباً من بدر. (بستان).

(٣) اقتداء بفعل الرسول ﷺ، ولما فيه من التشفي. (بستان)

(٤) لئلا يعود عليهم العدو، فلو قسمت فيها صحت ولم تُعَد. (بستان).

(٥) ما لم تحصل مفسدة بتفرقهم بعدها. (قرر).

(٦) منقول أو غيره. (قرر).

(٧) وعليه الأزهار، وقد تقدم قبل مصالحة الكفار مثل هذا.

ومحمد وصححه أبو طالب والفقيه يحيى البحيح أنهم قد ملكوه[١] فيكون كالبعير.

فرع[٢]: وما كان لا يصح منا تملكه لم يملكه الكفار علينا كالوقف وأموال المساجد[٣] ونحوها.

مسألة: إذا تعذر حمل الغنيمة أو بعضها أحرق المتاع وكسر السلاح ودفن، وقتل رجال السبي لا نساؤهم وصبيانهم[٤]، ويذبح الحيوان ويحرق سواء كان مأكولاً أو غير مأكول[٥]، وقال الشافعي: لا يذبح غير المأكول. قلنا: ولا يجوز عقر الحيوان؛ لأنه مثلة، ذكره في اللمع، قال الفقيه يوسف: إلا إذا لم يمكن ذبحه جاز عقره، كما في البعير إذا ند وتعذر ذبحه جاز طعنه ورميه فكذا هنا، وأشار إليه في التقرير. قال في الشرح: ولا خلاف في جواز عقر الفرس أو نحوه الذي عليه العدو في حال الحرب. قال الفقيه يوسف: وأما ذبح ما لا يؤكل لحمه عند مكابدته[٦] للموت وكثرة ألمه، أو عند انكساره كسراً لا ينجبر، أو أصابته عاهة منكرة فهل يجوز ذبحه تعجيلاً لموته ويكون ذلك كالضرورة؟ فيه نظر. وقال الإمام المهدي

---

(١) وفي الأزهار خلافه.

(٢) قرر هذا الفرع للمذهب سيدنا إبراهيم حثيث، وعن التهامي: إذا كانت منقولة، وإلا ملكوه؛ لئلا تتبعض الدار. (قرر).

(٣) الموقوفة لا المملوكة. (سماع سيدنا حسن).

(٤) ونحوهم كما في شرح الأزهار. (قرر).

(٥) قال عليه السلام: وإنما يحرق بعد الذبح ما يستبيحون أكله، فأما ما لا يأكلونه ولا ينتفعون بشيء من ميتته فلا وجه لإحراقه. (شرح أزهار) (قرر).

(٦) قال في الضياء: بياء مثناة من تحت ثم دال مهملة، ذكره في النهاية. وقيل: بالباء الموحدة مصحح عليه. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

أحمد بن يحيى: بل يجوز[١].

مسألة: إذا غنم المسلمون أموال الكفار ثم غلب عليهم البغاة فأخذوها قبل قسمتها أو بعدها، ثم ظهر عليهم المسلمون وغنموها- عادت كما كانت، فتقسم بين أهلها[٢]؛ لأنها باقية على ملكهم.

مسألة: ويجوز رد قتلى الكفار إليهم بغير عوض، لا بعوض فلا يحل؛ لأنه على ميتة[٣]، ولو كان مالهم حلالاً فذلك توصل إلى المباح بالمحظور، ذكره في الشرح.

مسألة: ويكره حمل رؤوس القتلى[٤] إلى الأئمة ونحوهم، ولا يحرم؛ لأنه حمل رأس أبي جهل إلى النبي ﷺ ولم ينكره، وقد حملت إلى أحمد بن يحيى

---

(١) قال في البرهان: وقد فعله الإمام المهدي عليه السلام في فرس له انكسر فأمر بذبحه. (بستان). ولا يجوز في الآدميين إجماعاً.

(*) وفي جواباته للنجري أنه لا يجوز، وهو أولى، وقد صرح باحتمالين في الغيث صحح أنه لا يجوز كالأطفال. إذا لم يعلم اختيارها لذلك الألم على ما هي فيه، كما ذكره القاضي عبدالله النجري في شرح مقدمة البحر (مفتي). في الأم: أن ذلك يجوز إذا علم أن ألم الذبح دون ذلك الألم، وحكى فيها أن الإمام المهدي تردد ولم يذكره في شرحه.

(٢) إن لم تكن قد قسمت، أو كانت قد قسمت والتبس ما لكل واحد، وإلا عاد لكل حقه. (مصابيح). (قرر).

(٣) يعني: والميتة لا يجوز بيعها ولا أخذ العوض عليها، وقد روي أن رجلاً من المشركين في غزوة الخندق قتل في الخندق فطلبه المشركون بعشرة آلاف درهم فامتنع النبي ﷺ من أخذها، ورده إليهم. (بستان بلفظه).

(٤) كراهة ضد الاستحباب؛ لأن عبدالله بن مسعود قطع رأس أبي جهل وأتى به إلى الرسول ﷺ ولم ينكر عليه حمله. (شفاء باختصار). وقد تزول الكراهية بتقدير مصلحة من إرهاب أو نحوه، وقد روي أنه حمل إلى الناصر بن الهادي عليه السلام من قتلى نغاش نحو مائة رأس، وإلى المنصور بالله وغيره من الأئمة، وكذلك أمر الهادي عليه السلام بحمل رؤوس من البون إلى صعدة وإلى نجران. (بستان بلفظه).

وإلى المنصور بالله ولم ينكراه.

مسألة: وكيفية قسمة الغنيمة أن يجعل لكل راجل سهم ولكل فارس سهمان[١]، وقال زيد بن علي والقاسم والناصر ومالك والشافعي: للفارس ثلاثة أسهم.

فرع: فلو كان مع الفارس أكثر من فرس لم يقسم له إلا لفرس واحد[٢]. وقال زيد بن علي والقاسم والناصر: بل لفرسين. قلنا: وسواء كان الفارس مالكاً لفرسه[٣] أو مستعيراً له[٤].

مسألة: ولا فرق في الخيل بين العراب منها والبراذين[٥] والمقرف والهجين، فالعراب: خيل العرب[٦]، والبراذين: خيل العجم، والمقرف: الذي أمه عربية وأبوه عجمي، والهجين: عكسه. وعلى أحد قولي الشافعي أنه يقسم للعراب سهمان، وللمقرف والهجين سهم سهم، ولا شيء للبرذون، رواه عنه في الشرح.

---

(١) وذلك لما روي عنه ﷺ أنه أسهم يوم بدر للفارس سهمان وللراجل سهم. وحجة زيد بن علي والقاسم أن الرسول ﷺ جعل للفارس ثلاثة أسهم: سهم له وسهمان لفرسه. (بستان معنى).

(٢) إلا أن يكون عليها فرسان مماليك قسم للخيل لا للفرسان. (تهامي). وقيل: لا شيء، وقرره الشامي.

(٣) فلو كان الفرس بين اثنين كان السهم بينهما. (روضة نواوي). فإن قاتل عليها أحدهما؟ قيل: يكون لمن قاتل عليها، ويكون هذا كما قيل في آلة الغصب. (قرن).

(٤) أو مستأجراً، لا غصباً. (عن بيان حثيث). وقيل: ولو غصباً. (تعليق الفقيه علي).

(٥) وذلك لقوله ﷺ: ((الخيل متنوعة كالرجال)) فكما أن الرجال لا فضل بين الطويل والقصير والشجاع وغير الشجاع فهكذا حال الخيل. (بستان بلفظه).

(٦) قوله: «فالعراب خيل العرب» يعني الذي أبواه عربيان، ويسمى العتيق، وهي خيل نجد وبوادي تهامة والجوف ومأرب واليمامة ولحج؛ لعدم دخول البراذين فيها فلم تتناسل منها. والبراذين خيل العجم، يعني أن أبويه غير عربيين. (بستان بلفظه).

مسألة: والفارس يستحق سهمه ولو قاتل راجلاً أو لم يقاتل بل حضر بفرسه، ذكره في الشرح، أو كانت الوقعة في موضع لا تنفع فيه الخيل(١)، ذكره في البحر، قال فيه: ومن أسقط حقه من الغنيمة قبل قسمتها سقط(٢)، وإن وهبه لغيره لم يصح؛ لأنه لم يستقر ملكه له.

فرع: ومن دخل دار الحرب مع العسكر فارساً ثم هلك فرسه قبل الوقعة استحق سهم الراجل(٣)، وقال أبو حنيفة: بل سهم الفارس، ورجحه الفقيه حسن. وكذا إذا باع فرسه، لكن لأبي حنيفة فيه روايتان. ولا يقسم شيء للجمال والبغال والحمير(٤).

---

(١) قال عليه السلام: لأنهم ربما نزلوا عن ظهور خيلهم[١] في الوعر فيقاتلهم الفارس، وكمن حضر بها وإن قاتل راجلاً. (بستان).

(٢) وذلك لأنه غير مستقر، لا هبته حيث أراد بها التمليك؛ لأن حقه مجهول وغير مستقر، وإن أراد بها الإسقاط سقط؛ لأن الإسقاط يصح بلفظ الهبة، وإن باع نصيبه فيها لم يصح؛ لأنه نصيبه غير معلوم ولا مستقر. (بستان).

(٣) وذلك أن الفارس إنما يستحق السهم لأجل فرسه كما يستحق سهمه لأجل نفسه، فكما أنه لو مات الرجل قبل إحراز الغنيمة لم يضرب له سهم فهكذا إذا نفق فرسه؛ لأنه قد زال السبب في استحقاق سهم الفارس بالنفاق. (بستان بلفظه).

(٤) وذلك لأنه لا إرهاب فيها، ولأنها لا تعتاد الكر والفر كالخيل. (بستان بلفظه).

(*) خلاف داود في الكل.

---

[١] لم يثبت ما تحت هذا الضرب في نسخة المصنف.

فصل [في بيان ما تصير به الدار دار كفر أو دار إسلام وفي وجوب الهجرة من دار الكفر والفسق]

تصير الدار دار كفر بظهور خصلة فيها من خصال الكفر[١] سواء كان تصريحاً أو تأويلاً إذا كان ذلك من غير ذمة ولا جوار، ولو ظهر فيها الإسلام، ولو لم تتاخم دار الحرب. وتصير الدار دار إسلام إذا ظهر فيها الشهادتان والصلاة[٢] بحيث لا تمكن الإقامة فيها إلا بإظهارهما أو بذمة وجوار ممن يظهرهما[٣]، ولم يظهر فيها خصلة من خصال الكفر بغير ذمة وجوار.

فرع: وما ظهر فيها الإسلام والكفر بغير ذمة وجوار فهي دار كفر[٤]، وقيل[٥]: دار وقف لا دار إسلام ولا دار كفر. وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: إن ما ظهر فيها الشهادتان والصلاة بغير ذمة وجوار فهي دار إسلام ولو ظهرت فيها خصلة الكفر، ودار الكفر ما ظهرت فيها أحكام الكفر بغير ذمة وجوار وكانت متاخمة لدار الكفر أيضاً ولم يبق فيها مسلم ولا ذمي[٦] إلا بذمة وجوار. وقال المنصور بالله والبلخي[٧]: إن العبرة بالغلبة ونفاذ الأمر في الدار، لا بالكثرة.

---

(١) يعني من تكذيب نبي أو إنكار كتاب أو إلحاد أو نحو ذلك، فهذا كفر تصريح، والتأويل هو ما يلزم القائل به الكفر، كالجبر والتشبيه ونحو ذلك، كالقطع بدخول فساق هذه الأمة الجنة وإن ماتوا على الفسق والتمرد، فهذا كفر تأويل. (بستان).

(٢) يعني: الخمس، والمراد الإقرار بها لا فعلها. (*قرر*).

(٣) يعني :الذمة والجوار ممن يظهر الشهادتين.

(٤) وإذا صارت بذلك دار كفر فهي دار حرب. (من خط حثيث).

(٥) أبو هاشم وأبو علي.

(٦) قوله: «ولا ذمي» هكذا في اللمع والتذكرة، فحذا هنا حذوهما، وإلا فقد قال في الكواكب: لا حاجة إلى هذه اللفظة. (بستان بلفظه).

(٧) وهو قريب من كلام الهدوية؛ إذ المخالف لصاحب الأمر ليس وقوفه إلا بذمة وجوار منه. (مصابيح).

فرع: وفائدة معرفة الدار أن من وجد فيها مجهولاً حاله حكم له بحكمها في الرطوبة والموارثة والذبيحة والمناكحة.

فرع: وهل يجوز لعن من وجد في دار الكفر ملتبساً حاله؟ قال الحاكم: يجوز[(١)]، وقال البلخي: لا يجوز إلا مشروطاً بكفره.

مسألة: وما ظهرت فيها المعاصي فهي دار فسق عند الهدوية[(٢)]، وخالف فيها[(٣)] المؤيد بالله وأبو هاشم؛ لأنه لا يحكم لمن وجد فيها مجهولاً بالفسق. قلنا: لا نواليه[(٤)]. وقال أبو علي: هي ثابتة إذا كان الفسق تأويلاً، لا إن كان تصريحاً.

فرع: وتجب الهجرة عن دار الكفر ولا تحل الإقامة فيها مع التمكن من الخروج إلى غيرها بنفسه وعياله إن أمكن، أو بنفسه إذا أمن على عياله الضياع. قلنا: إلا أن يكون في وقوفه مصلحة للمسلمين[(٥)] ولم يؤخذ بفعل محظور ولا بترك واجب. قال المنصور بالله: ومن ترك الهجرة مع وجوبها عليه فسق. وقالت المعتزلة والإمام يحيى: إذا كان حال المسلم فيها ظاهراً ولم يؤخذ بفعل محظور ولا

---

(١) لأنه أوقف نفسه موقف التهمة.

(٢) ومثله أيضاً عن جعفر بن مبشر. وفائدتها الحكم على مجهول العين بكونه فاسقاً فلا يكون حاكماً ولا شاهداً، ولا تجوز الصلاة عليه؛ لأن هذه أحكام المسلمين، وليس مسلماً، وإثباتها إنما هو بالقياس على دار الكفر، والجامع بينهما هو أنها دار تظهر فيها المعاصي من الكبائر ويخالف فيها أمر الله تعالى وأمر الشريعة، فيجب أن يثبت لها حكم تلك المعصية، دليله الكفر. قال عليه السلام: ولا مانع مما قاله ابن مبشر من إثباتها بالقياس؛ إذ هو أحد طرق الشرع. (بستان)

(٣) في (ب): ومنعها.

(٤) ونعاديه. فإن قلت: قد ذكر الإمام في شرح مقدمة الأزهار أنها لا تجوز المعاداة إلا لمن قطع بفسقه، وهذا يجب ترك موالاته مع عدم القطع بذلك؟

(٥) في الأساس وشرحه: ولا بد من إذن الإمام وعدم معارضة مفسدة من ابتداع أو تلبيس بعدم وجوب الهجرة أو أي مفسدة.

ترك واجب ولا طلبه الإمام يخرج منها لم يجب عليه الخروج.

مسألة: والهجرة عن دار الفسق تجب(١) إذا طلبها الإمام أو أخذ فيها بفعل محظور أو ترك واجب غير الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإن لم يكن شيء من ذلك فإن أظهر هجرهم في مجالسهم ومؤاكلتهم وغيرها بحيث تزول التهمة عنه بالرضا بالفسق فهو كالهجرة(٢)، وإن لم وجبت الهجرة [عنهم](٣) عند القاسم والهادي والناصر والمنصور بالله؛ لتزول عنه تهمة الرضا بالفسق، ولئلا يلتبس بالفسقة، فيخرج بنفسه وعياله إن أمكن، وإلا فبنفسه إذا أمن ضياع عياله(٤)، وذلك بشرطين: أن يجد موضعاً أقل فسقاً يهاجر إليه، وأن لا يكون في وقوفه مصلحة دينية كهداية ضال أو إرشاد غاو. قال في التقرير: وإذا لم يهاجر مع وجوبها عليه فسق(٥). وقال المؤيد بالله وأكثر الفقهاء وأكثر المعتزلة: لا تجب عليه الهجرة. وقد قال ﷺ: ((من فر بدينه من أرض إلى أرض وإن كان شبراً من الأرض استوجبت له الجنة(٦))).

---

(١) لقوله ﷺ: ((لا يحل لعين ترى الله يعصى فتطرف حتى تغير أو تنتقل)). والانتقال هو الهجرة. وقالت المعتزلة: هو من ذلك المكان الذي ترى فيه المعصية إلى مكان لا ترى فيه. (شرح).

(٢) والذي في الأزهار خلافه. (قرر).

(*) وظاهر المذهب وجوب الهجرة مطلقاً. (قرر).

(٣) ما بين المعقوفين من (ب).

(٤) في (ج، د): إن أمن على عياله الضياع.

(٥) وفيه نظر؛ لأن المسألة ظنية، والتفسيق بالظنيات مما لا يليق القول به. (نجري).

(٦) تمام الحديث: ((وكان رفيق أبيه إبراهيم ونبيه محمد ﷺ)). قال في الكواكب: فيدخل في هذا من يقوم من مجلس إلى مجلس آخر لما عرض في الأول من محظور، سواء كان فعلاً أو قولاً[١]. (بستان).

---

[١] في البستان: سواء كان فعلاً أو تركاً، وفي الكواكب: فعلاً أو قولاً.

فصل [في بيان أحكام المرتدين]

قد تقدم بيان أسباب الردة[(١)] والكفر، فما وقع منها قبل الإسلام فهو كفر أصلي، وما وقع منها بعد الإسلام فهو ردة إذا كان من بالغ عاقل مختار، فأما الصغير المميز فقال المؤيد بالله وأبو طالب والشافعي: لا يصح إسلامه ولا ردته[(٢)]؛ إذ لو صحت ردته لقتل، ولو صح إسلامه لزمته التكاليف الشرعية، وقال أبو حنيفة: إنهما يصحان منه؛ لأنه يلزمه اعتقاد التوحيد متى أمكنه، وقال

---

(١) في النوع السادس في آخر الحدود.

(*) واعلم أن الردة معناها في لسان حملة الشريعة: قطع الإسلام عن مكلف. واحترزنا بقولنا: «قطع الإسلام» عن الكفر الأصلي، وبالتكليف عن المجنون والصبي والسكران. (بستان). وقد تقدم في آخر الحدود أن السكران إذا ارتد حكم عليه بالردة سواء ميز أم لا. (سيدنا علي بن أحمد). ولفظ حاشية: وفي السكران الخلاف، والمختار أنه يجري عليه.

(٢) **فائدة**: ذكر في شرح الإبانة ثلاثة أقوال في ردة الصبي وإسلامه:

الأول: عن الناصر والقاسمية ومالك وأحد قولي الشافعي: لا يصحان، وهو المذهب.

والثاني: عن زيد بن علي وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ومحمد: يصحان، لكن لا يقتل على الردة حتى يبلغ ويمتنع من الإسلام.

والثالث: لأبي يوسف: يصح إسلامه لا ردته، ورواه في شرح القاضي زيد عن أبي العباس؛ لأن علياً عليه السلام أسلم وهو صغير، قال عليه السلام:

سبقتكم إلى الإسلام طرًّا ... غلاماً ما بلغت أوان حلمي

قال أبو طالب عليه السلام: والصحيح أن إسلامه عليه السلام كان في حال البلوغ، وأما قوله عليه السلام: «ما بلغت أوان حلمي» فيحتمل أن يكون المراد أني بلغت قبل أوان الحلم، على معنى أن احتلامه كان قبل المعتاد في الأغلب؛ لأن الأغلب أن الإنسان إنما يحتلم إذا كان ابن خمس عشرة سنة، فبين أن احتلامه قد تقدم، ويدل عليه قوله: ما بلغت أوان حلمي، ولم يقل: ما بلغت حلمي، فكأنه قال: بلغت قبل أوانه ... إلخ. (صعيتري. تعليق الفقيه سليمان بن يحيى الصعيتري على التذكرة).

أبو العباس: يصح إسلامه لا ردته. ومن ارتد إلى التشبيه أو الجبر[١] صار مرتداً.

مسألة: وإذا قتل المرتد مسلماً خطأ فديته في ماله[٢] لا على عاقلته[٣]، وكذا إذا جنى أو أتلف مالاً في دار الإسلام قبل لحوقه بدار الحرب، وإن فعل ذلك في دار الحرب بعد لحوقه بها ثم رجع إلى الإسلام فقال في الكافي: لا شيء عليه، وقال في الوافي: بل يضمن القتل ونحوه، ويرد المال إن بقي، لا ضمانه.

مسألة: وإذا لحق المرتد بدار الحرب فهو كموته؛ فتقضى ديونه من ماله، ويورث، وتعتق أم ولده ومدبره، لكن المدبر من ثلث ماله، فإن رجع إلى الإسلام رد له من ماله ما كان باقياً بعينه مع ورثته لم يستهلكوه حساً ولا حكماً[٤] ولا خرج عن ملكهم، ولو قد اقتسموه.

مسألة: والمرتدون لا يحل سبيهم ولا أخذ أموالهم، إلا أن تصير لهم شوكة في بلدهم جاز أخذ أموالهم[٥] وسبي أولاد أولادهم الصغار مطلقاً، والكبار إذا كانوا من العجم أو من أهل الكتاب[٦]، وأما أولادهم فمن حصل العلوق به

---

(١) بعد اعتقاد العدل. وفي حاشية: بعد أن كان عدلياً.

(٢) في (ج): من ماله. وفي (د): على ماله.

(٣) لأنه قد قطع عن نفسه الإسلام بالردة.

(*) وذلك لأنه لا ملة له فلا يعقل عنه أحد. (بستان).

(*) إلا أن يسلم قبل أن تؤخذ منه فعلى العاقلة؛ لأن العبرة بحال الحكم. (بحر). وقيل: لا تلزم العاقلة؛ لأن العبرة بحال الجناية.

(٤) الحكمي: زوال الاسم ومعظم المنافع كالطحن ونحوه كما تقدم في الغصب. (صعيتري). وفي الهاجري: كما تقدم في البيع، فلا ترد فوائده. وعلى قولنا: إنه كالغصب ترد فوائده. (شامي).

(٥) لأن دارهم حينئذ تصير دار حرب. (شرح أزهار).

(٦) فأما إذا كانوا من العرب الذين لا كتاب لهم غير القرآن فلا يجوز سبيهم كما في كفار الأصل. وفي الغيث: ولو القرآن. ولفظ حاشية السحولي: ظاهر المذهب أن هذا في =

قبل الردة لم يحل سبيه؛ لأنه في صغره مسلم، وبعد كبره مرتد، ومن علقت به أمه بعد ردة أبويه فعلى أحد احتمالي أبي طالب وأحد قولي الشافعي: لا يحل سبيه أيضاً، وعلى أحد احتمالي أبي طالب وأحد قولي الشافعي ومحمد بن عبدالله: يحل سبيه. وأما هم فلا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف رجالهم ونساؤهم، وقال أبو حنيفة: يجوز سبي المرتدة.

فرع: وما سبي من أولاد المرتدين لم يقر على كفره بعد بلوغه مطلقاً(١)، بل يسلم وإلا قتل، وكذلك ما سبي من مشركي العرب الذين لا تقبل منهم الجزية(٢)، بخلاف من سبي من مشركي العجم فيجوز إبقاؤه على كفره كما تبقى عليه الجزية، ذكر ذلك في الشرح.

فرع: وتسقط استتابة المرتدين إذا تحزبوا في بلد(٣)، وإن لحقوا بدار الحرب ثم ظفرنا بهم فإنهم يستتابون(٤)، فإن تابوا وإلا قتلوا، ذكره في اللمع.

المرتدين[١] خاص ولو من العرب، وقد قال في البيان: إذا كان الفاطمي كافراً أصلياً وملك وأعتق صلح إماماً.

(١) يعني سواء كان ذكراً أم أنثى. (بستان).

(*) وقيل: بل يقر، وهو ظاهر الأزهار، ومثله في الزهور.

(*) الأولى أن يقال: إن كان في دارنا دون أبويه فقد صار مسلماً، وإن كان معه أحد أبويه كافراً بقي كافراً بعد بلوغه إن كان من العرب الذين لهم كتاب، وإن كان من العرب الذين لا كتاب لهم فالظاهر أنه يجبر على الإسلام ويبقى في الرق وإلا قتل.

(٢) وقال في الزهور: بل يسترق ولو بعد التكليف. لأنه عبد مملوك لا يجوز قتله. (حثيث) (قرر).

(٣) يعني: وصارت لهم شوكة. (بستان).

(٤) يعني: حيث لا شوكة لهم، كالمرتد الواحد أو الجماعة إذا لم تصر لهم شوكة؛ لأنه يمكن جهلهم بالإسلام، ومع الشوكة لا تجب، بل يجوز قتلهم كالكافر الأصلي. (بستان) (قرر).

---

[١] أنها تسترق أولادهم.

مسألة: وإذا لحق المرتد بدار الحرب كان ماله لورثته المسلمين ولو كسبه بعد ردته وقبل لحوقه، وقال الشافعي: إنه يوقف حتى يموت أو يقتل ثم يصير للمصالح، وقال أبو حنيفة: ما كسبه بعد ردته فهو للمصالح(١).

فرع: وما حمله المرتد معه حال لحوقه بدار الحرب من ماله يكون فيئاً للمسلمين متى ظفروا به، ذكره في الكافي(٢)، وإن رجع من دار الحرب وأخذ شيئاً من ماله وحمله إلى دار الحرب ثم ظفرنا به فهو لورثته(٣)؛ لأنه لم يملكه، ذكره في اللمع والشرح والتقرير والكافي والتذكرة، وظاهره مثل قول أبي مضر: إن المرتدين لا يملكون ما أخذوه علينا، وقال الفقيهان محمد بن يحيى ويحيى البحيبح: إنهم يملكون علينا كغيرهم من الكفار(٤).

مسألة: وإذا أعتق(٥) العبد ثم لحق بدار الحرب ثم ظفرنا به فإن لم يكن قد أسلم جاز استرقاقه، وإن كان قد أسلم هل قبل عتقه أو بعده ثم ارتد لم يجز

---

(١) قال عليه السلام: وهذا التخصيص لا دلالة عليه، وآية المواريث لم تفصل، فوجب التعويل عليها. (بستان).

(٢) فيه نظر، وظاهر عموم كلام التذكرة واللمع وغيرهما أنه لورثته، ويؤخذ أيضاً من قولهم: وتصرفاته قبل اللحوق موقوفة إن أسلم صحت وإن لم بطلت وكان لورثته إلا العتق والاستيلاد والإقرار. (من بيان حثيث).

(٣) يستقيم على القول بأن الكفار لا يملكون علينا[١]، والمختار أنه فيء على ما قرره القاضي عامر، وهو المختار.

(٤) قالا: ولكن يحمل كلام أهل المذهب هذا على أنه قبل إدخاله لما أخذ إلى دار الحرب. قال الفقيه يوسف: ولو حمل على أن مرادهم إذا وجده ورثته قبل قسمة الغنيمة كان أجلى، ذكره في البرهان، قال فيه: لكن الظاهر من كلاماتهم خلاف التأويلين معاً. (بستان).

(*) قوي حيث كانوا ذوي شوكة. (قرن).

(٥) في (ب): عتق.

---

[١] ما لم يدخل دارهم قهراً.

استرقاقه، بل يستتاب فإن لم يتب قتل، ولعله إذا كان قد أسلم أحد أبويه في حال صغره فهو كإسلامه[١]، والله أعلم.

مسألة: وتصرف المرتد في ماله إن كان بعد لحوقه لم يصح منه شيء، إلا الاستيلاد لأمته التي كانت له قبل ردته[٢]؛ لأن ذلك شبهة له، ذكره في الشرح، وكذا دعوته لولد أمته المجهول نسبه فتصح ويثبت نسبه منه، وتكون أمه أم ولد له فيعتق؛ لأنه يحتاط في أمر النسب بما يثبته. وإن كان تصرفه قبل لحوقه فالعتق يصح لقوته[٣]، قال في البحر: وكذا إقراره على نفسه سواء أقر بدين أو عين[٤]، وما كان يقتضي القربة كالوقف والنذر فلا يصح، وأما غير ذلك كالبيع والهبة ونحوهما فيكون موقوفاً[٥]؛ إن رجع إلى الإسلام صح ونفذ، وإن لم بطل.

مسألة: وإذا ارتد من لزمه حد أو نحوه[٦] ثم أسلم سقط عنه ذلك إلا حد القذف كما تقدم، وإن كان عليه نذر مشروط أو يمين معقودة فإنه يبطل بالردة سواء أسلم أم لم يسلم، وسواء ارتد قبل الحنث[٧] أو بعده فيما كان لله

---

(١) مثاله: عبد صغير أعتق ثم أسلم أحد أبويه ثم ارتد بعد تكليفه. (زهور).

(٢) فأما أمته التي اشتراها بعد لحوقه بدار الحرب فينظر، إن قلنا: إن المراد بمنع تصرفه إنما هو في تركته التي لحق وهي في ملكه كما هو الظاهر صحت تصرفاته في دار الحرب كأهل الحرب وصح الاستيلاد، وإن قلنا: لا يصح تصرفه مطلقاً كما هو ظاهر إطلاق الأزهار وغيره لم يصح استيلاده فيحقق، وظاهر الكتاب في قوله: كالبيع والهبة ونحوهما يفهم أن المراد في تركته التي كانت في يده.

(٣) وذلك لأنه لا يلحقه الفسخ ولو كان قربة، فهو يصح من الكافر؛ لأنه قوي النفوذ. (بستان).

(٤) قال في البحر: وفيه نظر، والقياس أنه يكون موقوفاً كعقوده. والله أعلم.

(٥) وعليه الأزهار.

(٦) تعزير.

(٧) مطلقاً. (تهامي).

تعالى[١]. وقال ابن الخليل[٢]: إن ارتد قبل الحنث بطل، وإن ارتد بعده لم يسقط عنه ما لزمه من النذر والكفارة. وفيه نظر حيث النذر لله أو للفقراء.

(١) يعني: من النذر فإنه يسقط. (بستان) (قرره).

(٢) وحجة ابن الخليل أنه قد استقر إذا ارتد بعد الحنث فلا يسقط ما لزمه. قلنا: هو حق لله تعالى فيسقط مطلقاً. (بستان بلفظه).

فصل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

هما من شعار الإسلام وأركان الدين، ووجوبهما معلوم شرعاً وفاقاً، وعقلاً عند أبي علي. وهما أفضل من الجهاد في سبيل الله، وقد قال في الكشاف: إن ترك النهي عن المنكر أشد من فعل المنكر(١). وذلك عام في كل منكر وفي كل واجب، لكن لهما شروط خمسة فلا يجبان إلا بعد كمالها:

الأول: أن يعلم الآمر أن ما يأمر به معروف حسن ويعلم الناهي أن ما ينهى عنه منكر قبيح، فإن لم يعلم ذلك بل حصل له الظن به لم يجب عليه، لكن هل يحسن منه؟ قال الفقيه يحيى البحيبح: نعم، وقيل: لا، وقواه الفقيه يوسف(٢). قال المنصور بالله: وإذا التبس الحال وجب السؤال عنه(٣). قال الفقيه محمد بن يحيى: ولا يعترض هذا بمن كلم امرأة كلاماً مخصوصاً بحيث يستنكر في سوق أو شارع ولا يعلم ما هي له فإنه يستحق النكير عليه مع أنه يجوز أنها محرم له، لكنه قد أدخل نفسه في محل التهمة فاستحق الإنكار عليه لأجل ذلك. ولا بمن فعل ما هو مختلف في تحريمه ومذهبه التحريم فإنه ينكر عليه مع أن تحريمه ظني ليس بمعلوم، لكن لما عرف أن مذهبه تحريمه صار كالمجمع عليه في حقه.

فرع: وإذا غلب بالظن حصول منكر مجمع عليه جاز إنكاره(٤)، نحو أن يظن حصوله في بيت فيدخل لينكر، أو يظن أن الذي في الجرة خمر فيصبه، فإن بان خلا

---

(١) قال المؤلف: لأن النهي يجب مطلقاً، وفعل المنكر قد يكون مختلفاً فيه ومغلظاً ومخففاً. (شرح فتح).

(٢) واختاره الإمام المهدي عليه السلام في الغيث.

(*) وذلك لأن الإقدام على ما لا يؤمن قبحه قبيح. (بستان).

(٣) وفي شرح الأزهار ما لفظه: قال مولانا عليه السلام: والأقرب أنه يعتبر مذهب أهل الجهة: فإن كانوا حنفية مثلاً لم يلزمه إنكار شرب المثلث، ولا السؤال عن حال فاعله، وإن كانوا شافعية سأل الفاعل عن مذهبه حينئذٍ، ونحو ذلك كثير. (بلفظه).

(٤) بل يجب. (زهور وعامر) (قرر).

ضمنه، ذكره المؤيد بالله والمنصور بالله[١]. وقال أبو علي: لا يجوز[٢]. قال في البحر: فأما التجسس لطلب المنكر فلا يجوز؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات١٣][٣].

مسألة: ولا يجوز كسر جرة الخمر إلا لمن له ولاية على وجه العقوبة لصاحبها، وقد تقدم[٤] ذكر أهل الولاية في ذلك. وإذا لم يمكن صب الخمر إلا بكسر الجرة جاز[٥] بشرط ضمانها ولم يجب[٦]، وقال الناصر والمتكلمون: لا يجب ضمانها. وهذا بخلاف فاعل المنكر إذا لم يمكن دفعه إلا بقتله فإنه يجوز[٧]

---

(١) وعليه الأزهار بقوله: ويضمن.

(٢) قال الفقيه علي: وهو قول الهدوية. قال في البرهان: ولم يوجد للهدوية، فينظر أين ذكروه؟ (بستان).

(٣) قال عليه السلام: فلا ينبغي أن يتطلع على دور الجيران ليسمع صوت المزامير، ولا ليشم رائحة الخمر، ولا غير ذلك من أنواع التجسس. (بستان). قال في هامش التكميل ما لفظه: أما إذا كان التجسس على وجه تندفع به المفاسد فلا بأس، مثاله أن يتجسس الإمام في وقت الخفية أو يرسل جواسيس، وكان أهل الفساد إذا عرفوا منه ذلك تركوا الفساد خوفاً من أن يفطن بهم، ففي هذا غاية في الرعاية لدفع المفاسد وجلب المصالح التي لمح إليها الشارع كما لا يخفى.

(٤) في الوقف.

(٥) ولعل وجه الجواز كونه كالمدافعة عن المنكر، فإن من لا يندفع يجوز قتله ولا يضمن؛ لأنه مكلف، بخلاف هنا فلا فعل للإناء فيضمن. وأما وجوب الدخول فلا يجب كما قالوا: إنه إذا كان يحتاج في السير لإنكار المنكر إلى نفقة ومؤنة لم يجب عليه، هذا ما أمكن، والله أعلم. (شامي) (قرر).

(٦) يعني: أنه لا يجب عليه الكسر مع لحوق الضمان، ذكره الفقيهان علي وحسن. (بستان).

(٧) ذلك لآحاد المسلمين، بخلاف الأمر بالمعروف فلا يجوز القتل لأجله إلا بأمر الإمام؛ لأن القتل على ذلك حد. (شرح أزهار بلفظه من السير).

(*) بل يجب.

ولا يجب ضمانه؛ لأنه مكلف. قال الفقيه يوسف: فلو كان لا يندفع عن المنكر إلا بإتلاف ماله جاز إتلافه بشرط ضمانه(١)، ولم يجب. قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: وإذا لم يمكن إزالة المنكر إلا ببذل مال لم يجب.

الثاني: أن يعلم أو يظن أن لأمره ونهيه(٢) تأثيراً، فإذا ظن ذلك وجب(٣)، وإن ظن أنه لا يؤثر لم يجب(٤)، لكن هل يحسن؟ قيل: لا؛ لأنه عبث، وقيل: بل يحسن كما فعله الأنبياء عليهم السلام في دعائهم لمن أخبرهم الله بأنه لا يؤمن. وإن لم يحصل له ظن بالتأثير ولا بعدمه فإنه يحسن وفاقاً، وهل يجب؟ قيل: نعم، وقيل: لا(٥). وهو أولى(٦).

الثالث: أن لا يكون الأمر بذلك المعروف سبباً في ترك معروف أعظم منه أو ترك معروف آخر معه، وأن لا يكون النهي عن ذلك المنكر سبباً في وقوع منكر أعظم منه أو في وقوع منكر آخر معه، فإذا كان يؤدي إلى ذلك فهو محظور

---

(١) والمختار أنه لا ضمان، وقد تقدم في الجنايات في مسألة: وما لم يندفع ..إلخ كلام الفقيه يوسف على المنصور بالله وتقويته. (من خط سيدنا محمد بن أحمد الريمي). في المسألة الرابعة عشرة من قوله: فصل في الجناية على المال ..إلخ.

(٢) في (أ): أو نهيه.

(٣) اعلم أن الظن هنا يقوم مقام العلم؛ لأن ذلك من باب العمليات، ولا شك أن الظن في باب جلب النفع ودفع الضرر قائم مقام العلم؛ ولهذا فإن من غلب على ظنه الربح في السفر حسن منه السفر كما لو علم ذلك، وهكذا من غلب في ظنه أن الحجامة مزيلة للضرر جاز فعلها، وللظن مدخل عظيم في جميع التصرفات. (بستان)

(٤) وأشار المنصور بالله القاسم بن محمد عليه السلام إلى أنه إن كان المأمور والمنهي عارفين لذلك حسن ولا يجب، وإن كانا جاهلين وجب؛ لأنه من إبلاغ الشرائع، وإبلاغها واجب.

(٥) لأن الأدلة مشروطة بعلم التأثير أو ظنه. (بستان). وهذا أظهر لكلام أهل المذهب.

(٦) في (ب): وهو الأولى.

لا يجوز[١]، وإن كان يؤدي إلى أدون من ذلك مع كونه يتم ما أمر به أو نهى عنه فقال قاضي القضاة: يجب الأمر أو النهي، وقال الفقيه يحيى البحيح: إن كان الأعظم المنهي عنه والأدون المخشي حصوله محلهما واحد -نحو أن يكون النهي عن قتل رجل يؤدي إلى سلامته وقطع يده- وجب، وإن كان محلهما مختلفاً[٢]- نحو أن يكون النهي عن قتل رجل يؤدي إلى سلامته وقطع يد غيره- لم يجز؛ لأنه لا يعلم أيهما أعظم موقعاً عند الله، قال الفقيه يوسف: وفيه نظر؛ لأنه يلزم منه أنه إذا كان النهي عن قتل رجل يؤدي إلى سلامته وإلى أخذ عشرة دراهم على غيره أنه لا يجوز، وفيه بعد[٣].

الرابع: أن لا يؤدي أمره أو نهيه إلى تلفه أو تلف عضو منه[٤] أو أخذ ماله

---

(١) مثاله: أن يعلم من حاله أنه إذا أمر بالاعتدال في الصلاة ترك الصلاة أو الصيام مع الصلاة، أو ينهى عن أذية جاره فيقتله، أو ينهى عن شرب المسكر فيزني، إلى غير ذلك، فمن علم من حاله ذلك لا يجوز أمره ولا نهيه بحال؛ لأن الأمر والنهي إنما يجبان ويحسنان إذا كانا خاليين عن وجوه الفساد، وعلى ما ذكرناه الفساد لازم لهما؛ فلهذا لم يجبا ولم يحسنا للمفسدة التي أوضحناها. (بستان).

(٢) قال الفقيه يوسف: وكان الفعل الآخر من جنس الأول كما صورنا، لا إن غلب في ظنه أنه إن نهاه عن قتل زيد أخذ مال عمرو فلا يسقط الوجوب؛ لأن حرمة النفس أبلغ من حرمة المال، وذلك يجوز لخشية التلف. (شرح أزهار). ما لم يجحف به أو يخشى عليه الضرر. (قرد).

(٣) وذلك لأن حرمة النفس أعظم. (بستان).

(٤) يعني فمتى كان كذلك سقط الوجوب؛ لأن كل الواجبات تسقط بذلك كالصلاة وغيرها، وإن لم يجحف به وجب؛ لقوله ﷺ: ((اجعل مالك دون عرضك، واجعل عرضك دون زوجك، واجعل زوجك دون دينك)). واعلم أن هذا الشرط مذكور في كتب أصحابنا، قال الفقيه محمد بن يحيى: وقد دخل في الثالث، لكن إعادته لفائدة، وهي أنه قد يحسن ممن في قتله إعزاز للدين عند الهدوية، وأما عند المؤيد بالله فمطلقاً. (بستان).

(*) قيل: هذا قيد للقبح، لا لسقوط الوجوب فيكفي خشية الإضرار كما تقدم في باب الإكراه. (حاشية سحولي في شرح قوله في الأزهار: فيقبح).

الذي يُحجف به، فمع ذلك لا يجب وفاقاً[١]، وهل يحسن؟ قال المؤيد بالله: يجوز مطلقاً، وقالت الهدوية: يجوز[٢] إذا كان يقتدى به وفي قتله إعزاز للدين[٣]، كما فعله الحسين بن علي عليه السلام وزيد بن علي[٤]، وإن لم يكن كذلك لم يجز. قال أبو طالب: وكذا إذا كان يؤدي إلى قذفه فلا يجوز. وإن كان يؤدي إلى ضرره أو الحط من قدره أو إتلاف شيء من ماله فهو جائز وفاقاً، وهل يجب؟ قيل: لا يجب[٥]، وهو ظاهر اللمع، وقال في البحر والمنصور بالله: يجب[٦].

---

(١) حاصل الكلام فيما يسقط به الواجب من الأمر والنهي أن الضمان للجرة ونحوها وبذل المال والغرامة في المؤنة وإن قل ذلك يسقط الواجب من الأمر والنهي، وخشية الأخذ من المال إن كان لا يجحف لم يسقط به الواجب، وإن كان مجحفاً سقط. ويقال: ما الفرق بين بذل قليل المال أنه يسقط به الواجب وأخذ دون المجحف لا يسقطه؟ لعله يمكن الفرق بأن يقال: البذل توصل بالمال، وهو لا يجب من الأصل، وأخذ دون المجحف الآخذ الغير، وهو لا يسقط الوجوب إلا المجحف. (سيدنا حسن) (قرر).

(٢) وعليه الأزهار في قوله: غالباً.

(٣) ومعنى إعزاز الدين أنهم لم يقصروا في إعزاز الدين ولا في القيام بأمر الله ولو أدى إلى هلاك نفوسهم سلام الله عليهم. (صعيتري).

(٤) قلت: وفي قول أصحابنا: إن الحسين وزيداً قطعا بالقتل منذ قيامهما نظر؛ إذ في السير ما يقتضي خلاف ذلك. (بحر بلفظه).

(٥) قال في التكميل: قلت: قياس المذهب أن أخذ المال إن كان منكراً- كأن يأخذه مكلف- ترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإن لم يكن كذلك ترك ذلك إذا ضر به أخذ المال، وإلا وجب، والله أعلم. (منه).

(٦) لفظ البحر: الرابع: أن لا يخشى على نفسه أو عضو منه أو مال مجحف؛ إذ كل الواجبات تسقط بذلك كالصلاة وغيرها، فإن لم يجحف وجب؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((اجعل مالك دون عرضك)).. الخبر.

(*) وقياس ما تقدم في باب الإكراه أنه يسقط لخشية الضرر، وفي المال يعتبر الإجحاف كما تقدم في التيمم. (سيدنا حسن).

فرع: وإذا كان الأمر والنهي يحتاجان إلى قتال وفتنة وقتل فقال الإمام يحيى: لا يجوزان إلا للإمام ومن يأمره، وقال الغزالي: يجوزان للإمام وغيره، وقال في تذكرة الشيخ الرصاص ووسيط الفقيه حميد الشهيد: يجوز ذلك[١] في النهي لا في الأمر، قال الشهيد: إلا في الأمر برد الوديعة[٢] والمغصوب إذا لم يمكن إلا بذلك.

الخامس: أن يعلم أو يظن أنه إذا لم يأمر بالمعروف لم يفعل وإذا لم ينه عن المنكر وقع، فيتعين عليه الوجوب، وإن كان غيره يقوم مقامه في ذلك فهو فرض كفاية عليهم. قال الإمام يحيى: وهذه الشروط إنما هي لغير الإمام، وأما له هو فلا تعتبر؛ لأن له الولاية الكبرى، وهو ظل الله في الأرض يأوي إليه كل مطرود.

مسألة: ويجب أن يبدأ الآمر والناهي بالكلام اللين، فإن لم يؤثر فبالكلام الخشن، فإن لم يؤثر في المنع فبالدفع، فإن لم يؤثر فبالضرب، فإن لم يندفع فبالجرح، فإن لم يندفع فبالقتل. وأما في فعل الواجب فعند المؤيد بالله لا يجوز القتل عليه[٣] مطلقاً[٤]، قال الفقيه محمد بن يحيى: إلا في رد الوديعة والمغصوب فيقتل[٥] عليهما؛ لأنهما كالمنكر. وعند القاسم والهادي أنه يقتل على ترك الصلاة أو الطهارة أو الصوم بعد الاستتابة ثلاثة أيام، لكن ذلك إلى الإمام كالحد، لا إلى غيره.

---

(١) بل يجب.

(٢) وهو قوي في رد المغصوب لا الوديعة. والله أعلم. وفي حاشية السحولي ما لفظه: وهذا ما لم يكن الذي عند خصمه عين حقه، فإن كان عين حقه كالغصب والوديعة جاز له أخذ ذلك من غير حكم ولا تراض، ولو لم يمكنه ذلك إلا بقتله جاز له، وهذا قول الهادي عليه السلام. (بلفظها من باب القرض شرح قوله: وليس لمن تعذر عليه). وما ذكره مسلم، لكنه غير ما في الفرع فتأمل. (سيدنا حسن الشبيبي رحمه الله).

(٣) ولا الضرر. (قرر).

(٤) من غير فرق بين واجب وواجب، بل يزجر ويضرب ويحبس حتى يفعله. (بستان).

(٥) والمذهب خلافه في الوديعة لا في المغصوب.

فرع: فلو كان الناهي عن المنكر بينه وبين فاعله حائل يمنعه الوصول إليه في تلك الحال بحيث لم يمكنه منعه إلا برميه الذي يقتل في العادة ولو كان قريباً منه أمكنه منعه بدون ذلك، فقال الفقيه يوسف[١]: إنه يجوز له رميه ولو قتله؛ لأنه لم[٢] يمكنه المنع عن المنكر إلا بذلك.

مسألة: من فعل ما هو مختلف في تحريمه كشرب المثلث ونحوه[٣]: فإن كان مذهبه تحريمه وهو عالم به وجب النكير عليه ولو كان الذي ينكر عليه يستجيزه، وإن كان مذهبه جوازه أو كان جاهلاً لتحريمه لم يجز الإنكار عليه إلا للإمام فله منعه منه[٤]، ذكره المؤيد بالله، قال أبو جعفر: وهو إجماع، قال الفقيه محمد بن يحيى: لأن للإمام أن يمنع من المباح إذا كان فيه صلاح.

مسألة: وإذا كان فاعل المنكر غير مكلف كالصبي والمجنون فإن كان المنكر فيه إضرار بآدمي وجب دفعه عنه ولو بقتله، قال الفقيه يحيى البحيح: وكذا البهيمة إذا لم تندفع عن ضرر الغير إلا بقتلها[٥]. وإن كان المنكر الذي يفعله

---

(١) ومثله في الديباج للقاضي عبدالله بن حسن الدواري.

(٢) في (ب): لا.

(٣) وذلك كالغناء في غير أوقات الصلاة، وكشف الركبة، وغير ذلك من المختلف فيه في الطهارات والطلاقات والأنكحة والبيوعات. (بستان بلفظه).

(٤) قلت: وفيه نظر. (بحر). لعل وجه النظر أن الإمام كغيره في أنه لا ينكر؛ لأن دليل إصابة كل مجتهد لم يفصل بين الإمام وغيره. وهذا حيث كان إنكار الإمام إنما هو لمجرد مخالفة مذهبه، وأما حيث كان إنكار الإمام لمصلحة -كلو خشي سراية فعل المنكر إلى من ليس مذهبه جوازه أو سراية التهمة إلى الإمام في الترخيص ونحو ذلك- فلا يبعد الاتفاق على وجوب الإنكار فضلاً عن الجواز، والله أعلم. (هامش بحر).

(٥) جاز ولا ضمان. (كواكب) (قرر). لكن ما الفرق بينها وبين جرة الخمر؟ إلا أن يقال: البهيمة لها فعل بخلاف الجرة استقام.

حقاً لله كالزنا(١) وشرب الخمر ونحوه من المحظورات وجب منعه بما أمكن من غير ضرب(٢) ولا جرح، إلا لمن له ولاية فيجوز الضرب المستحسن في التأديب من غير جرح. وكذلك في لباس الصبيان للحرير والذهب والفضة فيجب منعهم منه، خلاف الشافعي ومحمد، وقواه الفقيه يحيى البحيبح، وكذلك السكران فهو غير مكلف(٣) ولو كان يحد إذا زنى، ذكره في اللمع والزيادات.

مسألة: والتعزير والتأديب على فعل القبائح يجوز لمن له ولاية من إمام، وحيث لا إمام يجوز لمن يصلح لذلك بحيث لو كان ثم إمام لأمره به، فيفعله بالصلاحية عند الهدوية، وعند المؤيد بالله لا يجوز إلا بنصب خمسة.

مسألة: ويجوز(٤) دخول الدار ولو كانت مغصوبة(٥) لإزالة ما فيها من المنكر، ولو كان الطريق إلى حصوله فيها غالب الظن(٦)، وقال أبو علي: لا يجوز

---

(١) الزنا يجوز فيه لغير الولي الإضرار؛ لأن الزنا إضرار.اهـ ينظر، إلا المفعول بها فتدفعه ولو بالقتل. (قرر).

(٢) وذلك لأنه حق لله تعالى على الخصوص، وهم غير مكلفين؛ فلهذا لا إنكار عليهم بالضرب. (بستان).

(٣) والمختار خلاف هذا، وأن[١] حكمه حكم المكلف إلا في العقود.اهـ وأنه ينكر عليه؛ إذ هو مكلف. (شامي).

(٤) بل يجب. (غيث وزهور).

(٥) ولا أجرة. (بحر). وعن الدواري: تلزم الأجرة إذا كان لمثل وقوفه أجرة، وهي أجرة المثل.اهـ فعلى هذا يجوز الدخول ولا يجب.

(٦) قوله: «غالب الظن» هذا ذكره في شرح الإبانة عن أصحابنا. وقول الفريقين كما ترى، وعندنا بل يدخل لإزالته، قال الناصر: إذا سمعت الطمطمة فاهجم، يعني صوت الغناء فادخل. (بستان).

(*) وعليه الأزهار.

---

[١] في (ج، د): ولأن.

إلا مع العلم به[١]. وعند الفريقين أنه لا ينكر إلا ما ظهر، لا ما توارى في دار أو نحوها فلا يهجم عليه.

مسألة: من وجد خمراً في دن أو نحوه وجب إراقتها إن أمكن، وإلا طرح فيها ما يفسدها من سرجين[٢] أو عذرة؛ لأنه يفسدها ويمنع من شربها، لا الطين؛ إذ لا يفسدها ولا يمنع شربها.

مسألة: ويجب إزالة اللحن من المصحف[٣] ولو كره مالكه؛ لأن بقاءه منكر، وكذا من كتب الهداية إذا كان فيها ما يغير المعنى[٤]، فلو كان إصلاحه له ينقص من قيمة المصحف أو الكتاب نظر فيه: فإن كان لا يمكنه ولا يمكن غيره إلا بذلك جاز بشرط ضمان النقصان، ولم يجب، كما في كسر جرة الخمر حيث لم يمكن إراقتها إلا به، وإن كان ذلك يمكن غيره ممن هو أصنع منه[٥] بغير نقصان لم يجز له، بل يجب إعلام مالكه به وأمره بإصلاحه[٦].

مسألة: ولا ينكر على المرأة في إظهار كلامها[٧] إلا إذا كان يخشى منه الفتنة.

مسألة: وما وجد من دفاتر التشبيه والزندقة فإنه يسود ثم يرد لمالكه[٨] إذا

---

(١) وقواه المفتي.

(٢) وهو الروث.

(٣) مطلقاً، سواء كان يغير المعنى أم لا؛ لأن بقاءه منكر إذا كان خارجاً عن السبعة المقاري. (مفتي).

(*) وينكر على من لحن في الصلاة المفروضة.اهـ وكذا ينكر على من لحن في تلاوة القرآن حتى أخرجه إلى حال يكفر معتقده من عطف أو استثناء أو نحو ذلك. (فتح وشرحه).

(٤) فيه نظر إذا كان لا يقتضي تحليلاً ولا تحريماً ولا وجوباً ولا ندباً، بخلاف المصحف فإن زيادة الحرف ونقصانه منكر. (مفتي).

(٥) وهو موجود في موضع الإنكار. (قرر).

(٦) فإن كان مالكه يتساهل في إصلاحه حفظه حتى يصلحه الأحذق. (ذماري).

(٧) وذلك لأن فاطمة عليها السلام كلمت الرجال، وعائشة كانت تفتي وتروي الحديث. (ديباج).

(٨) قوله: «ثم يرد لمالكه» يعني بخلاف أهل الحرب؛ لأن هؤلاء لا شوكة لهم، فلو كان لهم شوكة كانوا سواء فلا يرد لهم. (بستان لفظًا).

كان في دار الإسلام، وإن لم يمكن إزالة ما فيه إلا بتحريقه جاز[١] بشرط ضمان قيمة الورقة مكتوبة من غير نفع في كتابتها.

مسألة: من سمع من غيره طعناً في شخص ظاهره الستر وجب عليه إنكاره إن غلب بظنه كذبه[٢] فيما قال فيه، وإن ظن صدقه لم يجب إذا كان مجاهراً به[٣] وهو محظور، وإن التبس عليه حاله فقال ابن الخليل: لا يجب[٤]، وقيل: بل يجب؛ لأن الأصل تحريم الغيبة، والحمل على السلامة يجب.

فرع: فإن كان المتكلم بذلك ممن هو مستثنى له لم ينكر عليه[٥]، وهو: الجارح عند الحاكم، والمشير على غيره، والناصح لغيره، والمحذر لغيره،

---

(١) ولا يجب؛ لأنه لا يجب الدخول فيما عاقبته التضمين. وإن كان من أهل الولاية وجب عليه؛ لأن إليه العقوبات.

(٢) هكذا ذكره المؤيد بالله على أصله أنه يجب إنكار المنكر إذا غلب في ظنه أنه منكر، وكذا لا يبعد أن يجب وإن لم يغلب الظن؛ لأن أحوال المسلمين ينبغي أن تحمل على السلامة. وفي الزيادات: لا يجب الإنكار إذا احتمل الوجهين، قال بعض المتأخرين: وأما على قول الهدوية فلا يجب إلا إذا علم كذبه على أصلهم؛ لأنه لا يجوز الإنكار إلا إذا علم كونه منكراً. قال القاضي عبدالله الدواري: الأولى أن الإنكار هنا واجب اتفاقاً؛ لأن الأصل تحريم الغيبة، والأصل سلامة الأحوال لمن ظاهره الدين والسداد، فالمنكر هنا كالمعلوم. (ديباج).

(*) قال الفقيه علي: وهذا على قول المؤيد بالله: إنه يعمل بالظن، وأما على قول الهدوية فلا يجب الإنكار إلا إذا علم كذبه. قال الفقيه يوسف: وهذا الذي ذكره الفقيه علي خفي، والظاهر خلافه. (بستان).

(٣) الكلام فيمن ظاهره الستر.

(*) يعني طريقه المجاهرة، بخلاف إذا أخبر أنه مجاهر فلا يجوز.

(٤) قيل: وهو قول الهدوية. (من بيان حثيث).

(٥) وإن كره المقول فيه؛ لأن لهؤلاء حقاً في المقال. (ديباج).

والمشتكي ممن ظلمه[١] بقول أو فعل، والمستفتي لغيره، والمستعين بغيره على إزالة منكر، والمعرف لغيره، نحو قوله: فلان بن فلان الأعور أو القصير أو الأسود أو نحو ذلك[٢].

مسألة: والغيبة المحظورة: هي إفهامك المخاطب[٣] في غيبة أخيك المسلم بما هو فيه مما يكرهه تريد به نقصه وهو لا ينقصه عند الله. فقلنا: «إفهامك» ليدخل فيه الكلام والكتابة والإشارة والغمز والتعريض إلى ذلك، كقولك عند اغتياب الغير: الله يصلحنا، أو نعوذ بالله من ذلك، أو الحمد لله الذي سلمنا من ذلك، أو نحو ذلك، أو لا حول ولا قوة إلا بالله، أو إنا لله وإنا إليه راجعون، فيكون ذلك غيبة أيضاً، وأما إساءة الظن بالقلب فليست غيبة وإن كانت لا تجوز[٤]. وقلنا: «في غيبة أخيك» لأن ما كان في وجهه فهو أذية[٥]، وهذا إذا كان المذموم معيناً أو جماعة معينين، وسواء كان حياً أو ميتاً، ذكره الفقيه يوسف، فأما إذا أبهمه ولم يعينه فليس غيبة[٦]. وقلنا: «المسلم» احترازاً من الفاسق

---

(١) على من يدفع عنه الظلم. (من بيان حثيث). وقيل: لا فرق، وهو ظاهر الأزهار.

(٢) ولا يمكن التعريف إلا به، وإلا حرم. (قرر).

(٣) في (ب): هي إفهامك الغير المخاطب.

(٤) وسماه النووي الغيبة بالقلب. (زهور).

(*) وظن السوء هو أن تظن بأحد من المسلمين فعل قبيح أو إخلالاً بواجب من دون إقرار منه ولا أمارة يوجب الشرع العمل بها، كالشهادة العادلة الكاملة وما يجري مجراها، ودليل تحريمه قوله تعالى: ﴿اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾ [الحجرات:١٢]، وهذه مجملة بينها سبحانه في قوله: ﴿لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور:١٣]، وقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة:٢٨٢]، وعن بعض الحكماء: إياك وظن السوء فإنه لن يدع بينك وبين صديقك صلحاً. (من تكملة الأحكام).

(٥) ويجب إنكاره.

(٦) ولو أراد معيناً بقلبه، وهل يجوز أم لا؟ قيل: لا يجوز، ومثله في بيان حثيث.

المجاهر بالمعاصي فيجوز ذكره بما جاهر به، لا بما تستر فيه[(١)]، ذكره في الانتصار والسفينة ووسيط الفقيه حميد[(٢)]. وقلنا: «بما هو فيه» فأما بما ليس فيه فهو أبلغ في الحظر؛ لأنه جمع فيه الغيبة والكذب. وقلنا: «مما يكرهه» حتى يعم ما كان في خَلْقه أو خُلُقه أو دينه أو دنياه أو غير ذلك. وقلنا: «تريد به نقصه» أي: ذمه[(٣)] احترازاً ممن تقدم استثناؤه. وقلنا: «وهو لا ينقصه عند الله» احترازاً من الفاسق المجاهر[(٤)] إذا ذكر بما جاهر به[(٥)] سواء كان يوجب الفسق أم لا، لكن هذا إذا علمت حصول ذلك منه على سبيل المجاهرة، فإن لم تعلمه بل أخبرك به مخبر فإن كان غير ثقة فلا حكم لخبره، وإن كان ثقة يظن صدقه لم يجز لك أن تعتقد صدقه ولا صحة ما قاله، ولا أن تلعن المذكور بالمحظور ولا تبرأ منه، ولكن تنصحه وتقول له: سمعت فيك كذا وكذا فاتق الله تعالى، ذكره قاضي القضاة، ولا تذكر

(١) وظاهر الأزهار والغيث أنه يجوز ذكر الفاسق بما فيه وإن تستر؛ لأنه يستحقه، وهذا كلام الكتاب على القيل في الأزهار.

(٢) واختار الإمام فيما لم يقطع بفسقه جواز غيبته إذا جاهر به، لكن ذكر أنه يجوز بما فيه، وليس غيبة له. (كواكب)[١].

(*) **فائدة** تناسب هذا المقام: سئل بعضهم عن أعدل الناس وأجور الناس وأكيس الناس و أحمق الناس وأسعد الناس وأشقى الناس فقال: أعدل الناس من أنصف من نفسه، وأجور الناس من ظلم غيره، وأكيس الناس من أخذ أهبة الأمر قبل نزوله، وأحمق الناس من باع آخرته بدنياه، وأسعد الناس من ختم عاقبته بخير، وأشقى الناس من اجتمع عليه فقر الدنيا وعذاب الآخرة. قلت: وهذه الفائدة جديرة بأن تكتب بماء الذهب. (ترجمان).

(٣) لا تعريفه.

(٤) لا فرق في الفاسق بين المجاهر والمتستر في جواز ذكره. (قرر).

(٥) وعليه الأزهار في قوله: غالباً.

---

[١] لم أجد هذا في الكواكب.

المتكلم بعيبه[١]؛ لئلا تكون نماماً، وهكذا فيمن شهد عليه شهود بما يوجب الحد، فإن علمت منه فعل المحظور وهو متستر جاز لك لعنه[٢] والتبري منه، ولا يجوز لك ذكره بالفعل[٣]، إلا أن يكون مما فيه تلبيس على غيره كالصلاة خلفه ونحوها[٤] جاز ذكره به[٥] ليزول التلبيس، ذكر ذلك في تعليق الخلاصة[٦].

مسألة: والواجب على من اغتاب غيره أن يتوب وأن يعتذر إليه[٧] إن كان قد علم بذلك[٨]، وإن لم يعلم به فلا يجوز؛ لئلا يجرح صدره، وقال أصحاب الشافعي، بل يجب[٩]. قلنا: ويكون الاعتذار إليه على وجه التواضع وإظهار الندم منه، وكذا يلزمه الاعتذار إلى كل من علم بالغيبة[١٠]، فيظهر أنه نادم منها وتائب؛ ليدفع عن المذموم ضرر ما قاله فيه عند الناس، ولا يجب أن يقول: أنا كاذب فيما قلته فيه، فإن كان قد مات المذموم أو غيره من السامعين بالغيبة سقط الاعتذار إليه ووجب إلى من بقي. وهكذا فيمن آذى غيره أو شتمه فيجب ذلك كله، وكذا في كل معصية قد عرفها منه غيره فإنه يجب إظهار التوبة منها إلى من

---

(١) في (أ): بعينه. وفي (د): بغيبته.

(٢) إن كان يوجب الفسق.

(٣) لعله يريد لئلا يقف نفسه موقف التهمة بكونه مغتاباً.

(٤) الشهادة والقضاء والخطبة.

(٥) بل يجب. (قرر).

(٦) قال الوالد رحمه الله: هذا التعليق لحي الفقيه أسعد بن منصور. (بستان بلفظه).

(٧) ويقبل العذر، فإن لم يقبل أثم وصحت توبة المسيء. (شرح أثمار) (قرر).

(٨) أو ظن.

(٩) قال في البرهان: لكن اختلفوا هل يبين ما اغتابه به أو يصح مع جهالته. (بستان).

(١٠) يعني: أول درجة، لا ما تسلسل فلا يجب إعلام الآخرين. (ذماري). ومثله في النجري، وأفهمته عبارة شرح الأزهار في قوله: من حضره.

عرفها[١]؛ ليدفع عن نفسه التهمة بالبقاء عليها.

مسألة: ويجب إنكار التماثيل الكاملة بصورة حيوان إذا كانت مستقلة بنفسها فيجب تغييرها[٢]، وكذا ما كان منها منسوجاً على الستور أو الثياب التي تلبس، وإن كان على ما لا يلبس من الثياب أو على ما يفترش من البسط فإثمه على فاعله[٣] ولا يجب تغييره، ذكره المؤيد بالله والمنصور بالله، وأما ما يكون منها رقما بالصباغ أو نحوه على الثياب أو على الأطباق وآنية الصفر ونحوها أو في الجدرات فهو مكروه[٤] ولا يجب إنكاره ولا تغييره. قال الفقيه حسن: والتطريز على الثياب كالرقم فيها، وقيل: إنه كالنسج.

مسألة: وإذا استعان ظالم بالمسلمين[٥] على أمر بمعروف أو إزالة منكر جاز لهم إعانته[٦] بشرط أن يكون لا يتعدى رأيهم في ذلك، وأن لا يكون فيه تقوية له على ظلمه، وكذا إذا استعان المسلمون بظالم على إقامة معروف أو إزالة منكر.

مسألة: وإذا طلب الظالم[٧] من المسلمين إعانته على دفع ظالم آخر جاز لهم

---

(١) ما لم يظهر من حاله الصلاح فإنه يكفي. (قرن).

(٢) مطلقاً، سواء كانت في موضع الإهانة أم في غيره، وسواء كان مستعملاً أم غير مستعمل. (قرن).

(٣) لورود النهي عن ذلك.

(*) ينظر ما وجه الإثم حيث اتخذ لما يجوز، وهو التجمل ونحوه؟ (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام). لعل الوجه ورود النهي عن التصوير عموماً، فاقتضى التأثيم، وجاز الافتراش لأمره صلى الله عليه وآله وسلم لعائشة أن تتخذ ما فيه ذلك وسائد.

(٤) وكذا يكره لبسه. (قرن).

(٥) وظاهر الأزهار عدم الفرق بين أن يكون هو الطالب للإعانة أو هم الطالبون.

(٦) بل تجب كما في الأزهار. (تهامي). حيث كانت الإعانة بالنفس، لا بالمال فلا تجب، كما لا يجب بذل المال في النهي عن المنكر. (قرن).

(٧) لا يشترط الطلب، بل تجب الإعانة وإن لم يطلب.

إعانته[١] عليه إذا قصدوا إزالة المنكر، بل يجب ذلك، لا إن قصدوا معاونته ونصرته[٢]، فإن كان ذلك يؤدي إلى زيادته في ظلمه وقوته لم يجز مطلقاً، ذكره المؤيد بالله، وقال الفقيه يحيى البحيح: إذا كانت زيادته في ظلمه أقل من ظلم الأول الذي يزيلونه جاز. وقوله هذا يخالف ما تقدم له حيث قال: إذا اختلف محل المنكرين لم يجز الإنكار[٣].

مسألة: من كان له جار مؤذٍ له وأراد رفعه إلى سلطان ظالم ليدفع عنه أذيته وضرره وهو يعرف أن السلطان يفعل به خلاف ما يجب شرعاً- لم يجز له رفعه إليه، ذكره المؤيد بالله، وقال الفقيه يحيى البحيح[٤]: بل يجوز؛ لأن فاعل القبيح غيره، وهو لم يأمره به[٥]، وإنما أمره بإزالة الضرر عن نفسه.

مسألة: ويجوز للمسلمين حبس الدعار[٦] والمفسدين وتقييدهم، وأن يطلبوا ذلك من سلطان ظالم ليفعله بهم[٧]، ذكره المؤيد بالله.

---

(١) إذا كان أقل ظلماً كما في الأزهار.

(٢) وسواء كان أقل ظلماً من الآخر أو مثله أو أكثر. (كواكب).

(٣) يمكن أن يحمل كلامه حيث اختلف جنس المنكرين، إلا أنه يخالف إطلاق الأزهار في قوله: ولم يؤد إلى قوة ظلمه، لكنه محمول على ما تقدم له، وهو حيث كان المنكر الآخر مثل الأول أو أنكر، لا دونه.

(٤) وذهب عليه السيد مهدي بن حسين الكبسي. والقوي إذا لم يندفع إلا بذلك جاز، وإلا فلا. (تهامي).

(٥) قلت: تسبيبه في الظلم كأمره به. (شرح بهران).

(٦) وهم الذين يختلسون أموال الناس، ويتلصصون فيأخذونها[١] عدواناً. (شرح أزهار من آخر الحدود).

(٧) قوي؛ لأنه من باب الدفع عن المنكر.

---

[١] خفية من غير حرز. (بيان من حد المحارب).

مسألة: ويجوز إطعام الفاسق، وأكل طعامه، وإدخاله البيت، ومخالطته، وإعانته، وإعارته ما طلب، إذا كان قصد الفاعل بذلك الصلاح: إما توبة يرجوها منه، أو إقلاعه عن منكر، أو استجلاب نفع منه له(١) أو لمسلم غيره، أو لدفع ضرره، أو ليعينه على دفع ظلم، قال الفقيه محمد بن يحيى: وكذا إذا قصد به دفعاً للذم عن نفسه، أو محبة منه لمكارم الأخلاق وحسن المعاشرة والمجاورة والإحسان إلى هذا أو غيره من الناس؛ لأن ذلك من طرائق المؤمنين، ذكره المنصور بالله، قال: وكذا إذا فعل الإحسان إليه مجازاة لـه على إحسان سبق منه إليه، كما أن الرسول ﷺ كفن عبدالله بن أُبيٍّ كبير المنافقين في قميصه مجازاة له على قميصه الذي كساه عمه العباس يوم أسر ببدر.

فرع: وإن قصد بذلك الرياء والسمعة وحسن الذكر من الناس فهو محظور ولو في إطعام الفضلاء والفقراء، وإن قصد به تعظيم الفاسق أو مسرته وموادته أو مؤانسته والتقرب إليه فمحظور(٢) أيضاً؛ لقوله ﷺ: ((من مشى إلى ظالم وهو يعلم أنه ظالم فقد برئ من الإسلام))، والمراد به إذا مشى إليه لتعظيمه

---

(١) يقال: ولا تعظيم فيها، وإلا لم يجز للمصلحة الخاصة. (قرر)[١].

(*) وفي شرح الأزهار: أو معونة تقع منه لمؤمن. قال في هامشه: قال عليه السلام: لا لنفسه؛ لأنه يشترط أن تكون المصلحة عامة.اهـ والظاهر أنه لا فرق بين العامة والخاصة.

(٢) قوله: «فمحظور» وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلْيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً﴾ [التوبة١٢٣]، وقال تعالى: ﴿وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ﴾ [المنافقون٣]، وفي تعظيم الفاسق إشراكه في العزة. ولا يجوز الدعاء لهم بالمغفرة ونحو ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِلنَّبِيِّ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا أَنْ يَسْتَغْفِرُوا لِلْمُشْرِكِينَ...﴾ الآية [التوبة١١٣]. (بستان).

(*) قال القاضي عبدالله الدواري: والذي يقضي به كلام المتأخرين أنه يجوز، وهو الأصح.

---

[١] التقرير من (ب، د).

بنحو زيارة أو سلام أو تهنئة، لا إن كان لحاجة[١]، ذكره في البحر.

مسألة: بغض الفاسق والتبري من موادته، وموالاة المؤمن وموادته- واجبان إجماعاً قطعياً، قال في البحر: فمن أنكر ذلك فسق، وفي كفره تردد[٢]. وتكون معاداة الفاسق لكونه عدواً لله تعالى وموالاة المؤمن لكونه ولياً لله تعالى، لا لغير ذلك. ومحل المعاداة والموالاة القلب ويعبر عنهما اللسان والفعل، فالمعاداة هي إرادة المضرة بالغير وإزالة النفع عنه متى أمكنه ذلك، لا الوحشة التي تكون بين كثير من الفضلاء[٣] من غير إرادة مضرة فذلك ليس بعداوة، بل هو غل يجب دفعه ما أمكن، ذكره في البحر.

مسألة: والمحظور من موادة الفاسق هو أن تحبه لأجل فسقه أو أن ترضى له بفعل المعصية؛ لأن الرضا بالفسق فسق والرضا بالكفر كفر، أو أن تحب له كل ما تحب وتكره له كل ما تكره، أو أن تحب له ما تحب لنفسك وتكره له ما تكره لنفسك عموماً، قال المنصور بالله: أو يحالفه ويناصره[٤]، فيكون ذلك كفراً إن كان كافرا، أو فسقاً إن كان فاسقاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ

---

(١) عارضة يعلم أنه إنما مشى لأجلها فيجوز، كما مشى النبي ﷺ إلى بيت أبي جهل لعنه الله ليأمره بإيفاء غريمه. (تكملة بحر بلفظه).

(٢) قوله: «وفي كفره تردد» قال فيه: يحتمل التكفير؛ لرده قوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المجادلة٢٢] فأنكر إيمان المواد لهم، وقوله: ﴿وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ﴾ [المائدة٥١] أي: حكمه حكمهم. (بستان بلفظه).

(٣) قال المهدي عليه السلام: وذلك كما كان بين علي صلوات الله عليه وبعض الصحابة، وبين الحسنين عليهما السلام وصنوهما محمد بن الحنفية، وبين الحسن البصري وابن سيرين، وبين الحسن البصري وواصل، وغير ذلك كثير؛ إذ لا يريد كل منهم بصاحبه ضرراً، بل يدافع عنه ما أمكنه، فلا عداوة، وإنما ذلك نوع غل تجب مدافعته. (بستان بلفظه).

(٤) قيل: ويكفي أحدهما، إما المحالفة أو المناصرة.

﴿مِنْهُمْ﴾ [المائدة٥١] قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: والمراد به إذا حالفه على كل عدو له فيدخل فيه المؤمنون، لا إن حالفه على عدو له مخصوص[١] دون غيره فلا يكون ذلك موالاة له.

فرع: وإن[٢] كانت محبتك[٣] للفاسق لأجل خصال شريفة فيه نحو أدب أو كرم أو عقل أو نفع للمسلمين أو للفقراء أو لرحامته أو قرابته منك أو لشهوة كمحبة الزوجة أو الأمة الفاسقة[٤]، أو كانت المحبة من الله تعالى لم يمكن دفعها- فذلك كله جائز، وكذا إذا أطعمته من غير قصد لموادته وإيناسه، بل مجرد[٥] الطعم؛ لأن الله تعالى مدح من أطعم الأسارى[٦] وهم من الكفار، وأمير المؤمنين عليه السلام أمر بإطعام ابن ملجم بعد ضربته له، وقد أجاز الهادي عليه السلام الوصية للذمي[٧].

مسألة: ويجوز تعظيم الكافر والفاسق إذا كان لمصلحة[٨]، كما فعله

---

(١) لا لأجل إيمانه، فإن كان لأجل إيمانه فهو كفر. (قرر)[١].

(٢) في (د): فإن.

(٣) في (ب): محبته.

(٤) بغير الفجور في الزوجة. (قرر).

(٥) في (ج): لمجرد.

(٦) يعني: بقوله جل جلاله: ﴿وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾ [الإنسان] وذلك لأن في إطعامهم قربة، وفي إطعام الفاسق الجائع قربة وثواب. (بستان).

(٧) المعين.

(٨) قال يحيى عليه السلام في المجموع: لا بأس بالمداراة للظالمين باللسان والهبة والعطية، ورفع المجلس، والإقبال بالوجه عليهم؛ لأن الله تعالى قد فعل في أمرهم وهم أعداؤه ما فعل من جعله لهم جزأً من الصدقات للتأليف، وكان النبي صلى الله عليه وآله وسلم يكاتب كبراء المشركين بأحسن المكاتبة إذا كاتبوه، ويفرش لهم ثوبه إذا أتوه؛ نظراً منه للإسلام من غير موالاة ولا محبة. انتهى. وقد حققت ذلك في التوضيح تحقيقاً شافياً. (شرح فتح).

(*) دينية. (حثيث) (قرر).

---

[١] التقرير من هامش (أ) والمطبوع وهامش شرح الأزهار.

الرسول ﷺ لعدي بن حاتم طي حين جاء إليه فوضع له المخدة يفترشها، وقال ﷺ: ((إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه))، فعل ذلك له طمعاً في إسلامه. وكذا إذا فرحت بفرحه أو غمك غمه في قضية مخصوصة لأمر آخر غير موادته، كما كان من المسلمين من الضيق يوم غلبت فارس الروم[(١)]، ثم بشر الله المسلمين بأن الروم تغلب فارساً بعد بضع سنين وفرح المسلمون بذلك، وقد قال المؤيد بالله في الزيادات: إذا ظهر ظالم على ظالم آخر وانتصر عليه جاز للمسلمين أن يفرحوا بضعف المظلوم وخذلانه، ولا يرضون بالظلم الذي وقع عليه.

(١) وذلك لأن فارس مجوس لا كتاب لهم، والروم أهل كتاب، وفرح المشركون وشمتوا وقالوا: قد ظهر إخواننا على إخوانكم؛ لأنكم الجميع أهل كتاب، وسنظهر عليكم، فأنزل الله تعالى السورة، فحصل غلبهم لفارس بعد بضع سنين ففرح المسلمون. (بستان).

الفهرس

كتاب الكفالة ٥
فصل [في الكفالة بالمال] ١٦
باب الحوالة ٢٩
باب التفليس ٣٦
باب الحجر() ٥١
باب الصلح ٦٤
باب الإبراء ٨١
باب الإكراه ٩٥
باب السبق() ١٠١
كتاب القضاء ١١٤
فصل في رزق القاضي ١٥٦
كتاب الحدود ١٦٠
[حد الزنا] ١٦٠
فصل في كمية الحد وصفته ١٧٢
[حد القاذف] ١٩٠
[حد شارب الخمر] ٢٠٩
[حد السارق] ٢١٤
[حد المحارب] ٢٣٩
[حد المرتد ومن في حكمه] ٢٤٥
[التعزير] ٢٥٤
كتاب الجنايات والقصاص ٢٥٨
فصل [في قسمة قتل الخطأ] ٣٠٢

فصل في الجناية على المال ٣٤٣
كتاب الديات ٣٦٥
باب القسامة ٤٠١
كتاب الوصايا ٤٢١
فصل [فيمن يصح الإيصاء إليه ومن لا يصح] ٤٥٥
كتاب السير ٥٠٣
فصل في مصالحة الكفار ٥٣٢
فصل [في بيان ما يؤخذ أهل الذمة بالتزامه] ٥٤٨
فصل: [في الباغي] ٥٥١
فصل [فيما يغنم من أهل الحرب] ٥٦١
فصل [في بيان ما تصير به الدار دار كفر أو دار إسلام وفي وجوب الهجرة من دار الكفر والفسق] ٥٧٥
فصل [في بيان أحكام المرتدين] ٥٧٨
فصل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ٥٨٤
الفهرس ٦٠٣