

كتاب الديات

قال : وفي شبه العمدة مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بناه أول الجنائيات . قال : وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ الآية . ﴿ فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ﴾ بهذا النص ولا يجزئ فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص ، والمقادير

م : (كتاب الديات)

ش : أي هذا كتاب في بيان أحكام الديات ، وهي جمع دية ، وأصلها ودية ، لأنها من وديت القتل أديه دية إذا أعطيت ديته . وحذفت الواو تبعاً ليدي لأن أصله يودي ، فحذفت الواو منه لوقوعها بين الكسرة والياء ، كما في يعدي ونحوه . ولما حذفت الواو من ودية عوضت عنها الهاء كما في عدة ونحوها . وإذا أمرت منه قلت : وديا ، دوا .

وأما الدية اسم لضمان تجب بمقابلة الأدمي أو طرف منه ، سمي بها لأنها يودي عادة لأنه قدر ما يجري فيه العفو العظيم حرمة الأدمي . ولم يسم قيمته لأن قيمة اسم لما يقام مقام الفاتئ . وفي قيامه مقام الفاتئ قصوراً لعدم الماثلة بينهما وضمان المال سمي قيمة ، ولا يسمى دية ، لأن معنى القيام فيه أكمل لوجود الماثلة المطلقة .

وأما وجه المناسبة في ذكر الديات بعد الجنائيات : فطالما أن الدية إحدى موجبي الجنائية لدفع الشر وعين الصيانة ، لكن القصاص أشد صيانة فقدم .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وفي شبه العمدة مغلظة على العاقلة وكفارة على العاقل وقد بناه أول الجنائيات) ش : وهي الكلام فيه مستوفياً .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وكفارته) ش : أي كفارة شبه العمدة م : (عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ الآية) ش : وشرط الإيمان في كفارة القتل دون سائر الكفارات ؛ لأنه منصوص عليه بالآية المذكورة ، وإن كان ورد في الخطأ ، ولكن لما كان شبه فيه معنى الخطأ ثبت فيه حكم الخطأ م : (﴿ فإن لم يجد ﴾) ش : أي فإن لم يقدر على إعتاق الرقبة المؤمنة م : (﴿ فصيام شهرين متتابعين ﴾) ش : أي فعله صوم شهرين على التتابع .

م : (بهذا النص) ش : أي النص المذكور م : (ولا يجزئ فيه) ش : أي في شبه العمدة م : (الإطعام ؛ لأنه لم يرد به نص) ش : قال الشافعي في قول وأحمد في رواية : فإن لم يقدر على الصيام يجب إطعام ستين مسكيناً عند عدمهما ، م : (والمقادير) ش : أي المقدرات الشرعية م :

تعرف بالتوقيف ، ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء ، أو لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم لأنه مسلم به ، والظاهر سلامة أطرافه ولا يجزئ ما في البطن لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته . قال : وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-

(تعرف بالتوقيف) ش: على ورود النص بخلاف كفارة اليمين وكفارة الظهار وكفارة الصوم ، فإن النص ورد فيها بالإطعام ، ولأن استدلاله من الآية بوجهين آخرين : أحدهما : هو قوله :

م: (ولأنه) ش: أي ولأن النص م: (جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) ش: بيانه أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ، إذ لو لم يكن كذلك للقياس ، فلا يعلم أنه هو نحو الجزاء ، وبقي منه شيء ومثله محل . ألا ترى أنه لو قال إن رمت الدار فأنت طالق ، وفي نية أن يقول : وزينب طالق وعبد حر ولكن لم يقله يجعله قوله : فأنت طالق جزاء كاملاً من غير أن يقدر فيه وزينب طالق أيضاً ، وعبدي حر أيضاً .

الوجه الثاني: هو قوله : م: (أو لكونه) ش: أي لكون الصيام م: (كل المذكور) ش: لا غير م: (على ما عرف) ش: يعني في أصول الفقه .

م: (ويجزئه) ش: أي يجزي الذي عليه عتق رقبة إعتاق م: (رضيع أحد أبويه مسلم) ش: قيد به لأنه لو كانا كافرين لم يجزه م: (لأنه) ش: أي لأن الرضيع م: (مسلم به) ش: أي بأحد أبويه ؛ لأن شرط هذا الإعتاق الإسلام وسلامة الأطراف ، والأول : يحصل بإسلام أحد الأبوين ، والثاني بالظاهر ، وأشار إليه بقوله : م: (والظاهر سلامة أطرافه) ش: أي أطراف الصغير ، لأن الأصل هو السلامة .

وتأويل المسألة أنه أعتق ، ثم عاش حتى ظهرت سلامة أعضائه وأطرافه حتى أنه لو مات قبل أن يظهر ذلك لم تتأد به الكفارة . كذا قال فخر الإسلام في «شرح الجامع الصغير» .

م: (ولا يجزئ) ش: أي لا يجزئ إعتاق م: (ما في البطن ؛ لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته) ش: ظاهر .

م: (قال) ش: المصنف : م: (وهو الكفارة) ش: أي تحرير رقبة مؤمنة هو الكفارة م: (في الخطأ لما تلوناه) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ .

م: (وديته) ش: أي ودية شبه العمد م: (عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-) ش: كذا في نسخة شيخ العلاء «أبي يوسف» مذكور مع أبي حنيفة . وفي «الهداية» : فقال الأترازي :

مائة من الإبل أربعاً : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة . وقال محمد والشافعي -رحمهما الله- : «ثلاثاً ، ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « ألا إن قتيل خطأ العمدة قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة

وغيره لم يذكر أبو يوسف سهو القلم عن صاحب «الهداية» أو عن الكاتب . وقال الكاكي :
الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من «المباسيط» و«الجوامع»
و«الأسرار» و«الإيضاح» ، فإن المذكور فيها عن أبي حنيفة وأبي يوسف . وثبت في بعض
النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقاً لعامة الروايات .

م : (مائة من الإبل أربعاً) ش : أي من حيث الأرباع ، وبين ذلك بقوله : م : (خمس وعشرون بنت مخاض) ش : بنت منصوب ؛ لأنه مميز أحد عشر إلى تسعة وتسعين يجيء منصوباً . وبنت مخاض هي التي طعنت في السنة الثانية . سميت بها ؛ لأن أمها صارت ذات مخاض بأخرى .

م : (وخمس وعشرون بنت لبون) ش : وهي التي طعنت في السنة الثالثة ، سميت بها لأن أمها تلد أخرى ، ولبون : ذات لبن .

م : (وخمس وعشرون حقة) ش : وهي التي طعنت في السنة الرابعة ، وحق لها أن تتركب وتحمل .

م : (وخمس وعشرون جذعة) ش : وهي التي طعنت في السنة الخامسة ، سميت به لمعنى في أسنانها يعرفه أرباب الإبل ، وهي أكبر سن يؤخذ في الزكاة .

م : (وقال محمد والشافعي -رحمهما الله- : ثلاثاً ، ثلاثون جذعة ، وثلاثون حقة ، وأربعون ثنية) ش : وهي التي طعنت في السادسة ، والذكر ثني . م : (كلها) ش : أي كل الثنايا م : (خلفات) ش : جمع خلفه وهي الحامل من النوق . م : (في بطونها أولادها) ش : صفة كاملة ، قاله الأكمل .

وقال الكاكي : الخلفة الحامل من النوق وجمعها مخاض من غير لفظها ، وقد يقال خلفات . فعلى هذا التفسير يكون قوله : «في بطونها أولادها» صفة مقدره ، كما في قوله ﷺ «ما ألقته الفرائض فلأول رجل ذكر» ، ويقول محمد -رحمه الله- قال أحمد في رواية ، ويقول أبي حنيفة قال مالك وأحمد في رواية ، وهو قول الزهري وربيعة وسليمان بن يسار م : (لقوله عليه الصلاة والسلام) ش : أي لقول النبي ﷺ م : (ألا إن قتيل خطأ العمدة قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة

من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها» وعن عمر - رضي الله عنه - ثلاثون حقة وثلاثون جذعة . ولأن دية شبه العمد أغلظ ، وذلك فيما قلنا ، ولهما قوله عليه الصلاة والسلام : « في نفس المؤمن مائة من الإبل وما رويها غير ثابت لاختلاف الصحابة - رضي الله عنهم - في صفة التغليظ ، وابن مسعود - رضي الله عنه - قال بالتغليظ أربعاً كما ذكرنا ،

من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها ، وعن عمر - رضي الله عنه - ثلاثون حقة وثلاثون جذعة) ش: هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه^(١) ، وقد تقدم في الجنايات .

م: (ولأن دية شبه العمد أغلظ ، وذلك فيما قلنا) ش: يعني أغلظ من حرمة الخطأ المحض ، فإن الإبل يجب فيه أحماساً ، وذلك أي كونه أغلظ من دية الخطأ المحض ؛ لأننا نقول: أثلاثاً ، وأنتم تقولون: أربعاً .

م: (ولهما) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف: م: (قوله عليه الصلاة والسلام) ش: أي قول النبي ﷺ م: (في نفس المؤمن مائة من الإبل) ش: تقدم في الزكاة في كتاب عمرو بن حزم قال: «وإن في نفس المؤمن مائة من الإبل في الزكاة» ، ورواه ابن حبان في «صحيحه» . ووجه الاستدلال به: أن الثابت عنه ﷺ هذا وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ م: (وما رويها) ش: أي محمد والشافعي م: (غير ثابت) ش: احتج المصنف على عدم ثبوت هذا الحديث بقوله: م: (لاختلاف الصحابة - رضي الله عنهم - في صفة التغليظ) ش: فإن عمر وزيداً والمغيرة بن شعبة وأبا موسى الأشعري قالوا مثل ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف م: (وابن مسعود - رضي الله عنه -) ش: أي وعبد الله بن مسعود م: (قال بالتغليظ أربعاً كما ذكرنا) ش: يعني أربعاً . وأخرج حديثه أبو داود عن علقمة والأسود قال: قال عبد الله: في شبه العمد خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض . وسكت عنه أبو داود ثم المنذري بعده .

وروي مرفوعاً أخرجه الأربعة عن حجاج بن أرطاة عن زيد بن جبير عن خشف بن مالك الضبابي عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: « في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض ذكر»^(٢) .

قال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه . وقد روي عن عبد الله موقوفاً .

(١) صحيح: رواه أبو داود [٤٥٤٧] ، والنسائي [٤٤٦٠] ، وابن ماجه [٢٦٢٧] عن خالد الحذاء عن القاسم ابن ربيعة عن عقبة بن أوس عن عبد الله بن عمرو . . . مرفوعاً .

(٢) ضعيف: ضعفه الألباني - حفظه الله - ، أبو داود [١٩٨٤/٤٥٤٥] ، الترمذي [١٤١٧/٢٣٠] رقم الضعيف ، ، النسائي [٤٨٠٢/٣٣٢] ابن ماجه [٥٧٦/٢٦٣١] .

وهو كالمرفوع فيعارض به . قال : ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة لأن التوقيف فيه ،

وقال الدارقطني : هذا حديث ضعيف غير ثابت عند أهل المعرفة بالحديث من وجوه :

الأول : أنه مخالف لما رواه أبو عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه بالسند الصحيح أنه قال : دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنات لبون وعشرون بنو لبون . ولم يذكر فيه : بني مخاض .

الثاني : أن خشف بن مالك مجهول ، لم يروه عنه إلا زيد بن جبير بن جريد الحسبي .

وأهل العلم بالحديث لا يحتجون بما ينفرد بروايته رجل غير معروف .

والثالث : أنه روي عن أحمد أن خبر خشف بن مالك لا يعلم أحد رواه زيد بن جبير إلا الحجاج بن أرطاة ، وهو رجل مشهور بالتدليس . وقال ابن الجوزي في «التحقيق» : أبو عبيدة لم يسمع من أبيه ، فكيف جاز للدارقطني أن يسقط ذكر هذا . وخشف وثقه النسائي وابن حبان وزيد بن جبير وثقه ابن معين وغيره ، وأخرج له في «الصحيحين» .

م: (وهو) ش: أي الذي قال ابن مسعود م: (كالمرفوع) ش: لأن الرأي لا مدخل له في المقادير م: (فيعارض) ش: ما رواه م: (به) ش: أي بقول ابن مسعود ، فإذا تعارضاً كان الأخذ بالمتيقن أولى .

ثم على قول محمد والشافعي : لو اختلف في حملها يرجع إلى أهل الخبرة كما يرجع في حمل المرأة إلى قول القوائل . ولو اختلف الولي والجاني بعد أخذ قول أهل الخبرة فقال الولي : لم يكن حوامل ، وقال الجاني : ولدت عندك ، فالقول للجاني ، وإن أخذنا بغير قولهم فالقول للولي .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة) ش: يعني لا يزداد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم وألف دينار .

وقال الثوري والحسن بن صالح : فيغلظ في النوعين الآخرين أي الدراهم والدنانير ؛ بأن ينظر إلى قيمة أسنان الإبل في دية الخطأ فما زاد على أسنان دية الخطأ زاد على عشرة آلاف درهم إن كان الرجل من أهل الورق ، وإن كان من أهل الذهب .

ونحن قلنا بما ذكر في الكتاب وهو : أن التغليظ في الإبل ثبت توقيفاً ولا يثبت في غيره قياساً . م: (لأن التوقيف فيه) ش: أي لأن الشرع ورد فيه ، وعليه الإجماع والمقدرات لا تعرف إلا سماعاً ، فلم تغلظ بغيره حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ قضاؤه .

فإن قضى بالدية في غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا . قال : وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة ، والكفارة على القاتل لما بينا من قبل . قال : والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماساً عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ، وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود -رضي الله عنه- وإنما أخذنا نحن والشافعي به لروايته : «أن النبي ﷺ قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً» على نحو ما قال ،

م: (فإن قضى بالدية في غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا) ش: إشارة إلى قوله: «لأن التوقيف منه» .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وقتلت الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) ش: وبه قال الشافعي وأحمد في الظاهر ، وهو قول الثوري وإسحاق والنخعي والحكم وحماد والشعبي . وقال ابن سيرين وابن شبرمة وأبو ثور وقتادة والزهري والحارث [. . .] وأحمد في رواية : على القاتل .

وهكذا يجب أن يكون قول مالك ، لأن شبه العمد عنده من باب العمد م: (لما بينا من قبل) ش: يعني في أول كتاب الجنائيات .

م: (قال) ش: أي قال القدوري م: (والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماساً) ش: قيل : هو منصوب بإضمام «كان» ، وقال الأكملي : يجوز أن يكون حالاً من الضمير الذي في قوله : «في الخطأ» . قلت : يحمل أن يكون تمييزاً على ما لا يخفى .

م: (عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة . وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه) .

ش: أجمعت الصحابة على المائة ولكنهم اختلفوا في سنها : خمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابن لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض .

وقال عثمان وزيد بن ثابت -رضي الله عنهما- : في دية الخطأ ثلاثون جذعة وثلاثون بنات لبون وعشرون بنو لبون وعشرون بنات مخاض ذكر . ذكر ذلك كله أبو يوسف في كتاب «الخراج» .

م: (وإنما أخذنا نحن والشافعي به) ش: أي يقول ابن مسعود م: (لروايته) ش: أي لرواية ابن مسعود م: («أن النبي ﷺ قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً» على نحو ما قال) ش: قد ذكرنا هذا عن الأربعة أصحاب «السنن» عن قريب . ولفظ النسائي وابن ماجه بلفظ المصنف على نحو ما قال ابن مسعود .

ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ ؛ لأن الخاطئ معذور . غير أن عند الشافعي -رحمه الله- يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ، والحجة عليه ما رويناها . قال : ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم . وقال الشافعي -رحمه الله- : من الورق اثنا عشر ألفاً لما روى ابن عباس -رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قضى بذلك .

م : (ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ ؛ لأن الخاطئ معذور) ش : فيعذر في فعله . ولهذا لا تجب الدية الخطأ إلا على العاقلة .

م : (غير أن عند الشافعي -رحمه الله-) ش : استثناء من قوله أخذنا نحن والشافعي به . م : يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ، والحجة عليه) ش : أي على الشافعي . م : (ما رويناها) ش : من قول ابن مسعود -رضي الله عنه - وقضاه رسول الله ﷺ .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ومن العين) ش : أي دية الخطأ من الذهب م : (ألف دينار ومن الورق) ش : أي الفضة م : (عشرة آلاف درهم ، وقال الشافعي -رحمه الله- : من الورق اثنا عشر ألفاً) ش : وبه قال مالك وأحمد وإسحاق م : (لما روى ابن عباس -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قضى بذلك) ش : أي باثني عشر ألفاً . خرج هذا أصحاب «السنن» الأربعة عن محمد بن مسلم عن عروة بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس -رضي الله عنهما- : أن رجلاً من بني عدي قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً^(١) .

وقال أبو داود : رواه ابن عيينة عن عكرمة ، ولم يذكر ابن عباس .

وقال الترمذي : لا نعلم أحداً يذكر في هذا الإسناد ابن عباس -رضي الله عنهما - غير محمد بن مسلم ، أخبرنا سعيد بن عبد الرحمن عن سفيان عن عمر عن عكرمة عن النبي ﷺ نحوه .

ورواه النسائي أخبرنا محمد بن ميمون المكي عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عكرمة سمعناه مرة يقول عن ابن عباس : « أن النبي ﷺ قضى باثني عشر ألفاً في الدية » . قال : محمد بن ميمون ليس بقوي ، وكذا رواه الدارقطني في «سننه» قال أبو حاتم : كان محمد بن ميمون أبو عبد المكي الخياط أميناً نبيلاً . وذكره ابن حبان في «الثقات» ، قال : وربما وهم . وقال النسائي : صالح . ومحمد بن مسلم هذا الطائفي أخرج له البخاري في المتابعة ومسلم في الاستشهاد ، وضعفه أحمد . وقال النسائي : الصواب أنه مرسل ، وقال ابن حبان : المرسل

(١) ضعيف : وضعفه الألباني - حفظه الله - ، أبو داود [٤٥٤٥ / ٩٨٤] النسائي [٤٨٠٣ / ٣٣٣] ، الترمذي [١٤٢٠ / ٢٣١] ، ابن ماجه [٥٧٥ / ٢٦٢٩] .

ولنا ما روى عن عمر -رضي الله عنه- : « أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتييل بعشرة آلاف درهم»، وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة ، وقد كانت كذلك .

أصح .

م: (ولنا ما روى عن عمر -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتييل بعشرة آلاف درهم) ش: هذا الحديث غريب . وروى محمد بن الحسن في كتاب «الآثار» وقال : أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم عن عامر الشعبي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قال : على أهل الورق من الدية عشرة آلاف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار . وجه الاستدلال به : أن عمر -رضي الله عنه- قضى بذلك بمحض من الصحابة -رضي الله عنه- من غير تكبير ، فحل بمحل الإجماع .

م: (وتأويل ما روى) ش: أي الشافعي م: (أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة) ش: أي وزن ستة مثاقيل . فإن في ابتداء عهد رسول الله ﷺ كان وزن الدراهم وزن ستة ، ثم صار وزن سبعة . م: (وقد كانت) ش: أي الدراهم . م: (كذلك) ش: أي وزن ستة إلى عهد عمر -رضي الله عنه ، ثم صار وزن سبعة كما ذكرنا . وقال تاج الشريعة : وتأويل ما روى : أنه أوجب اثني عشر محمول على أنه أوجب من دراهم كانت توزن ستة واثني عشر بوزن ستة تبلغ عشرة آلاف بوزن سبعة . والدليل على صحة ما ذكرنا من التأويل : ما روي عن عثمان -رضي الله عنه- : «أنه أوجب في دية القتييل اثني عشر ألفاً» . وكانت الدراهم يومئذ وزن خمسة أو ستة .

فإن قيل : اثنا عشر بوزن الستة يكون أكثر من عشرة آلاف فكيف يفيد هذا التأويل الجواب : أن شيخ الإسلام قال في «مبسوطه» : يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئاً إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريباً .

فإن قيل : احتج الشافعي ومن معه بما روى يزيد الرقاشي أنه ﷺ قال : «لئن أحبس مع قوم يذكرون الله بعد صلاة العصر إلى أن تغيب الشمس أحب إلي من أن أعتق ثمانية من ولد إسماعيل عليه السلام دية كل واحد منهم اثنا عشر ألفاً»^(١) .

(١) أوردته الهيثمي في «المجمع» (١٠٥/٥) ، عن أنس وفيه «لأن أقعد مع قوم يذكرون الله من بعد صلاة الفجر إلى أن تطلع الشمس أحب إلي من أعتق أربعة من ولد إسماعيل دية كل رجل منهم اثنا عشر ألفاً» وذكر نفس الفضل بعد صلاة العصر في نفس الحديث ، ثم قال : رواه أبو داود باختصار . رواه أبو يعلى وفيه محتسب أبو عائذ وثقه ابن حبان وضعفه غيره ، قال ابن عدي : يروى عن ثابت أحاديث ليست محفوظة . ولينه الحافظ في «اللسان» (٢٤/٥) .

قال : ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة - رحمه الله- ، وقالوا : منها ومن البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألف شاة ، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لأن عمر - رضي الله عنه - هكذا جعل على أهل كل مال منها ، وله : أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية ، وهذه الأشياء مجهولة المالية ، ولهذا لا يقدر بها ضمان ،

وعن الحسن - رضي الله عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : «من قرأ بخمسائة إلى الغاية أصبح وله قطار في الآخرة ، والقطار دية أحدكم اثنا عشر ألف درهم» .

وأجيب بأن حديث الرقاشي ضعيف عند الثقات ، وحديث الحسن مرسل ، والعجب من الشافعي أنه لا يعمل بالمرسل ثم يحتج به .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة) ش: وهي الإبل ، والذهب والفضة م: (عند أبي حنيفة- رحمه الله-) ش: وبه قال أحمد والشافعي في القديم ، وقال الكاكي : اختلف العلماء في الأصل في الدية ، فقال الشافعي ، وأحمد في رواية محمد بن المنذر : الإبل فقط فتجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت .

م: (وقالوا) ش: أي أبو يوسف ومحمد م: (منها) ش: أي من هذه الثلاثة . م: (ومن البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألف شاة ، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) ش: وبه قال أحمد في رواية وقال الكرخي في «مختصره» : والحلة ثوبان إزار ورداء والإزار المثزر ، وقيل في زماننا قميص وسراويل .

وقال الإمام الأسيبجي قيمة كل حلة خمسون درهماً وقيمة كل بقرة خمسون درهماً وقيمة كل شاة خمسة دراهم م: (لأن عمر - رضي الله عنه- هكذا جعل على أهل كل مال منها) ش: أي من المذكورة .

وروى أبو يوسف في كتاب «الخراج» وقال : حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي - رضي الله عنه- عن عبيدة السلماني قال : وضع عمر بن الخطاب - رضي الله عنه- : على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق عشرة آلاف وعلى أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائة بقرة وعلى أهل الشاة ألف شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة م: (أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية ، وهذه الأشياء مجهولة المالية) ش: وأوضح ذلك بقوله : م: (ولهذا لا يقدر بها ضمان) ش: أي ضمان العدوان . وفائدة هذا الخلاف في اختيار القاتل ، فعند أبي حنيفة فله الخيار من أنواع الثلاثة ،

وفي الصلح فإن عنده يجوز الصلح على أكثر من مائتي بقرة في رواية ، وفي رواية لا يجوز

والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها في غيرها ، وذكر في المعامل : أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز ، وهذا آية التقدير بذلك ، ثم قيل : هو قول الكل فيرتفع الخلاف ، وقيل : هو قولهما خاصة قال : «ودية المرأة على النصف من دية الرجل» ، وقد ورد هذا اللفظ

، كقولهما : كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل وألف دينار .

م : (والتقدير بالإبل) ش: جواب عما يقال : فالإبل كذلك . وتقدير الجواب أن التقدير بالإبل ليس كذلك لأنه م : (عرف بالآثار المشهورة) ش: كما ذكرت فيما مضى . م : (وعدمناها في غيرها) ش: أي عدمها بالآثار المشهورة في غير الإبل .

م : (وذكر في المعامل) ش: أي ذكر محمد في كتاب «معامل المسوط» ، ورد هذا شبهة على ما روى عن أبي حنيفة -رحمه الله- من قوله : ولا تثبت الدية إلا من هذه الأمور الثلاثة ، ووجه وروده أن محمداً ذكر في المعامل م : (أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز ، وهذا آية التقدير بذلك) ش: أي وهذا الصلح علامة التقدير بذلك . وأجاب بوجهين أحدهما هو قوله م : (ثم قيل : هو قول الكل فيرتفع الخلاف) ش: أي قوله لا يجوز الصلح على الزيادة قول الكل لأنه ذكر في «المعامل» أن الولي لو صالح على أكثر من مائة فالفضل باطل بالإجماع .

وقال الأكمل : وذكر الجواب على وجهين :

أحدهما تقدير الشبهة ورفع الخلاف . ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الديات . الوجه الثاني : هو قوله م : (وقيل : هو قولهما خاصة) ش: أي ما ذكر في كتاب «المعامل» قولهما .

أما عند أبي حنيفة فينبغي أن يجوز الصلح على أكثر من ذلك وإليه ذهب شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجاني في «شرح الكافي» .

وقال تاج الشريعة : فكان الخلاف ثابتاً . وقال الأكمل : والوجه الثاني برفع الشبهة يحمله رواية «المعامل» على أنه قولهما ، وحمل بعض مشايخنا على أن المسألة عنده روايتان .

م : (قال) ش: أي محمد في الأصل ، ولم يذكره في «الجامع» ولا ذكره القُدوري -رحمه الله- . م : (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) ش: وقال ابن عبد البر وابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن ديتها نصف دية الرجل .

وحكى غيرهما عن ابن عليه والأصم أنهما قالوا : هما سواء م : (وقد ورد هذا اللفظ) ش: أي

موقوفاً على علي -رضي الله عنه- ، ومرفوعاً إلى النبي ﷺ ، وقال الشافعي -رحمه الله- : ما دون الثلث لا يتنصف وإمامه فيه زيد بن ثابت -رضي الله عنه- ،

قوله دية المرأة على النصف من دية الرجل م : (موقوفاً على علي -رضي الله عنه- ، ومرفوعاً إلى النبي ﷺ) ش : أما الموقوف فأخرجه البيهقي عن إبراهيم النخعي عن علي بن أبي طالب -رضي الله تعالى عنه- قال : عقل المرأة على النصف من عقل الرجل في النفس وفيما دونها .

قلت : هذا منقطع لأن إبراهيم لم يحدث عن أحد من الصحابة مع أنه أدرك جماعة منهم (١) .

وأما المرفوع فأخرجه البيهقي أيضاً عن معاذ بن جبل -رضي الله تعالى عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : « دية المرأة على النصف من دية الرجل » (٢) .

م : (وقال الشافعي -رحمه الله- ما دون الثلث لا يتنصف) ش : يعني إذا كان جناية أرشها ما دون الثلث لا تنصف وفي غيره تنصف . وقال الكاكي -رحمه الله- : وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف وكذلك الثلث قاله في القديم وبه قال مالك وأحمد وهو قول الفقهاء السبعة وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهرري وقتادة والأعرج وربيعه ، وهكذا روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت .

وعندنا والشافعي -رحمه الله- في ظاهر مذهبه واختاره ابن المنذر وأبو ثور : على التنصيف فيما قل وكثر ، وبه قال الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن سيرين . وفي «النهاية» : والصواب أن يقال : الثلث وما دونه لا يتنصف عند الشافعي -رحمه الله- في القديم كما ذكرنا .

م : (وإمامه فيه) ش : أي إمام الشافعي في هذا م : (زيد بن ثابت -رضي الله عنه) .

ش : أخرجه البيهقي عن الشعبي عن زيد بن ثابت قال : جراحات الرجال والنساء سواء إلى الثلث ، فما زاد فعلى النصف . وهو منقطع .

وذكر الكاكي في «حجة الشافعي» ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « عقل المرأة عقل الرجل حتى تبلغ الثلث من ديتها » أخرجه النسائي .

(١) رواه البيهقي (٩٥/٨) .

(٢) رواه البيهقي (٩٥/٨) عن إبراهيم بن طهمان عن بكر بن خنيس عن عبادة بن نسي عن ابن غنم عن معاذ ، مرفوعاً . وفيه بكر بن خنيس وهو متهم في الحديث . وإبراهيم وإن كان ثقة فإنه يغرب أحياناً .

والحجة عليه ما رويناه لعمومه ، ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل ، وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس ، فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه . قال : ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي -رحمه الله- : ودية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسي ثمانمائة درهم . وقال مالك-رحمه الله- : دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام : «عقل الكافر نصف عقل المسلم» ،

قلت : هذا رواه النسائي وفي إسناده إسماعيل بن عياش عن ابن جريج (١) .

قال صاحب «التنقيح» : ابن جريج حجازي وإسماعيل بن عياش ضعيف في رواية الحجازيين .

م : (والحجة عليه) ش : أي على الشافعي م : (ما رويناه لعمومه) ش : أشار به إلى قوله : وقد روي بهذا اللفظ موقوفاً على علي -رضي الله تعالى عنه- ومرفوعاً م : (ولأن حالها أنقص من حال الرجل) ش : قال الله تعالى ﴿ وللرجال عليهن درجة ﴾ م : (ومنفعتها أقل) ش : لأنها لا تتمكن من التزوج ما دامت زوجت لرجل .

م : (وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس ، فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها) ش : أي بالنفس م : (وبالثلث وما فوقه) ش : أي اعتباراً بتنصيف الثلث وما فوقه لثلاث يلزم مخالفة الفرع للأصل .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ودية المسلم والذمي سواء) ش : وقال الكرخي في «مختصره» : والمسلم والذمي الكتابي وغير الكتابي والحربي المستأمن وكل من كانت نفسه محظورة فإن قدر دياتهم سواء . وفي الإناث في جميعهن على النصف مما يجب في المذكور .

م : (وقال الشافعي-رحمه الله- : ودية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسي ثمانمائة درهم) ش : وبه قال أحمد ، وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعكرمة وعمرو ابن دينار وإسحاق وأبي ثور ، وروي عن عمر وعثمان أيضاً .

م : (وقال مالك -رحمه الله- : دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم) ش : وبه قال عمر بن عبد العزيز وعمرو بن شعيب م : (لقوله عليه الصلاة والسلام) ش : أي لقول النبي ﷺ م : «عقل الكافر نصف عقل المسلم») ش : هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة من حديث عمرو

(١) رواه النسائي (٤٨٠٥) ، الدارقطني (٣/٣٢٧) ، وفيه إسماعيل بن عياش وهو ضعيف في الحجازيين وهو قد روى عن ابن جريج وهو مكفي .

والكل عنده اثنا عشر ألفاً . وللشافعي - رحمه الله - ما روي أن النبي ﷺ جعل دية النصراني واليهودي أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار » وكذلك قضى أبو بكر وعمر - رضي الله عنهما - ، وما رواه الشافعي - رحمه الله - لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث ،

ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « دية المعاهد نصف دية المسلم » ، هذا لفظ أبي داود ، ولفظ الترمذي : « دية عقل الكافر نصف عقل المسلم » ، وقال حديث حسن . ولفظ النسائي : « عقل أهل الذمة نصف عقل المسلمين » ، وهم اليهود والنصارى ^(١) .

م : (والكل عنده اثنا عشر ألفاً) ش : أي كل الدية عند مالك اثنا عشر ألف درهم . فلذلك قال : دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم .

م : (وللشافعي - رحمه الله - ما روي أن النبي ﷺ جعل دية النصراني واليهودي أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم) ش : هذا ذكره عبد الرزاق في «مصنفه» . أخبرنا ابن جريج أخبرني عمرو بن شعيب : أن رسول الله ﷺ فرض على كل مسلم قتل رجلاً من أهل الكتاب أربعة آلاف . لفظ [. . .] من أهل التخريج وقع هذا مفصلاً .

م : (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) ش : أي قول النبي ﷺ م : « دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار » ش :

هذا أخرجه أبو داود في «المراسيل» عن سعيد بن المسيب قال : قال رسول الله ﷺ « دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار » ووقفه الشافعي في «مسنده» على سعيد قال : : أخبرنا محمد بن الحسن الشيباني ، أخبرنا محمد بن زيد ، أخبرنا سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال : دية كل معاهد في عهده ألف دينار .

م : (وكذلك قضى أبو بكر وعمر - رضي الله عنهما -) ش : روى محمد بن الحسن في كتاب «الآثار» قال أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان - رضي الله عنهم - قالوا : دية المعاهد دية الحر المسلم . قال محمد : وبهذا قالوا .

م : (وما رواه الشافعي - رحمه الله - لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث) ش : وفيه نظر لأننا ذكرنا عن عبد الرزاق أخرجه ورواه الدارقطني في «سننه» وأراد : « أن رسول الله ﷺ جعل

(١) رواه أبو داود (٤٥٨٣) ، الترمذي (١٤٤٦) ، ابن ماجه (٢٦٤٤) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، مرفوعاً .

وما رويناه أشهر مما رواه مالك - رحمه الله - ، فإنه ظهر به عمل الصحابة - رضي الله عنهم -
والله أعلم .

عقل أهل الكتاب من اليهود والنصارى على النصف من عقل المسلمين»^(١) . م : (وما رويناه)
ش : وهو قوله : ﷺ « وكل ذي عهد في عهده ألف دينار » م : (أشهر مما رواه مالك) ش : وهو قوله :
عقل الكافر نصف عقل المسلم م : (فإنه) ش : أي فإن الذي رويناه م : (ظهر به عمل الصحابة - رضي
الله عنهم - والله أعلم) ش : وقد ذكرنا عن محمد عن أبي حنيفة عن الهيثم عن أبي الهيثم : أن
النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان قالوا : دية المعاهد دية الحر المسلم .

وروى عبد الرزاق في «مصنفه» عن مجاهد عن ابن مسعود قال : دية المعاهد مثل دية
المسلم . وقال ذلك علي - رضي الله عنه - أيضاً .

وروى عبد الرزاق أخبرنا أبو حنيفة عن الحكم بن عتبة عن علي - رضي الله عنه - قال : دية
كل ذمي مثل دية المسلم . قال أبو حنيفة هو قولني .

وروى عبد الرزاق أيضاً عن ابن جريج عن يعقوب بن عتبة وإسماعيل بن محمد
وصالح قالوا : عقل كل معاهد من أهل الكفر كعقل المسلمين ، جرت بذلك السنة في أهل
رسول الله ﷺ .

(١) رواه الدارقطني في «الحدود والديات» (ص ٣٤٩) ، من طريق ابن جريج أخبرني عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده عن النبي ﷺ .

فصل فيما دون النفس

قال : وفي النفس الدية وقد ذكرناه . قال : وفي المارن الدية ، وفي اللسان الدية ، وفي الذكر الدية . والأصل فيه ما روى سعيد ابن المسيب - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال : « في النفس الدية ، وفي اللسان الدية وفي المارن الدية » . وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم - رضي الله عنه - .

م : (فصل)

ش : أي هذا فصل في بيان الأحكام م : (وفيما دون النفس) ش : وأعقب ذكر النفس بذكر ما هو تبع لها وهو ما دون النفس .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وفي النفس الدية) ش : أي تجب الدية في النفس بسبب إتلافها كما يقال في النكاح حل وكلمة في يجيء النظر فيه فيما كان معناه الاحتواء ومعنى على في ما كان معناه الاستعلاء لقوله : في جذوع النخل . ومعنى السببية كقوله ﷺ في أربعين شاة ، وهو قليل نادر م : (وقد ذكرناه) ش : أي في أول الجنايات بقوله : والدية متغلظة على القاتل .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وفي المارن الدية) ش : وهو قصبة الأنف م : (وفي اللسان الدية ، وفي الذكر الدية) ش : أي وتجب كما ذكرنا .

والأصل أن ما في الإنسان من الأعضاء إن كان واحداً ففيه الدية كاملة ، وإن كان اثنين ففيهما الدية وفي إحداهما نصف الدية ، وإن كان أربعة ففيها الدية وفي أحدها ربع الدية ، وإن كان عشرة ففيها الدية وفي أحد الدية ، وما فوت جنس المنفعة ففيه الدية لأن بفواته يفوت الأدمي من وجه ذكره في «المبسوط» ، ولا نعلم فيه خلافاً .

وذكر الكرخي في «مختصره» الأعضاء التي يجب بكل عضو فيها دية هي ثلاثة أعضاء : اللسان والأنف والذكر . فإذا استوعب الأنف جذعاً أو قطع منه المارن وحده وهو ما لان من الأنف عن العظم ففيه الدية كاملة . وكذلك إذا استوعب اللسان أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله . وكذلك الذكر إذا استوعب أو لم يستوعب بالكلام أي أو قطع الحشفة وحدها ففيه الدية م : (والأصل فيه) ش : أي في هذا الباب م : (ما روى سعيد بن المسيب - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال : « في النفس الدية ، وفي اللسان الدية ، وفي المارن الدية ») ش : هذا غريب .

م : (وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم - رضي الله عنه -) ش : . هنا أخرجه النسائي في «سننه» وأبو داود في «مراسيله» عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي بكر ابن محمد بن حزم عن أبيه عن جده : أن رسول الله ﷺ كتب كتاباً إلى أهل اليمن فيه

والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس المنفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه ، وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي ، وأصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية كلها في اللسان والأنف ،

الفرائض والسنن والديات وبعث به مع عمرو بن حزم المكنى أبا الضحاك استعمله رسول الله ﷺ على نجران اليمن وهو يومئذ ابن سبع عشرة سنة وتوفي رسول الله ﷺ وهو على نجران ، وبقي إلى أن أدرك بيعة معاوية بن أبي سفيان لابنه يزيد . ومات بعد ذلك بالمدينة (١) .

م : (والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس المنفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال) ش : قيد بالكمال فيهما احترازاً عما ليس بكامل منهما حيث لا يجب كل الدية . فإن كان بفوت عضواً مقصوداً كقطع لسان أخرس فإنه لا تجب فيه الدية لأنه لم يفوت جنس منفعته ولا فوت جمالاً على الكمال . ذكره في «الذخيرة» .

وكذلك في آلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسنن السوداء لا يجب القصاص في العبد ولا في الدية في الخطأ وإنما فيه حكومة عدل .

فإن قيل : يشكل على قوله فوت جمالاً على الكمال كما لو سلخ جلد الوجه فإنه لا يجب كمال الدية وقد فوت جمالاً على الكمال ؟ .

قلنا : ذكر شيخ الإسلام في «شرحه» : لا رواية في هذا ولكن مذهبنا وجوب الدية

فإن قيل : يشكل بما لو قطع الأظفار حيث لا تجب الدية وقد فوت الجمال على الكمال .

قلت : لا رواية في هذا ، فقد اختلف المشايخ فيه .

م : (يجب كل الدية لإتلاف النفس من وجه ، وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي)

ش : والشرع ألحق الإتلاف من وجه بالإتلاف من كل وجه م : (وأصله قضاء رسول الله ﷺ) ش : أي حكمه عرفنا هذا لقضاء رسول الله ﷺ م : (بالدية كلها في اللسان والأنف) ش : فقسنا غيره عليه .

(١) رواه النسائي (٤٥١٣) عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي بكر بن محمد بن حزم عن أبيه عن جده مرفوعاً : وسليمان بن أرقم ضعيف . وأخرجه النسائي عن ابن وهب عن يونس عن معمر عن الزهري مرسلأ ، وهو الأصح ، وأخرجه الحاكم (٣٩٧/١) عن سليمان بن داود الخولاني عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ، فذكره . وقال : إسناده صحيح .

قلت : بل هو حسن ؛ فسليمان بن داود فيه كلام لا ينزل بحديثه عن رتبة الحسن . والحديث لا يصح موصولاً عن الزهري ، والله أعلم .

وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة . فنقول : في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود ، وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة لما ذكرنا ، ولو قطع المارن مع القصبة لا يزداد على دية واحدة لأنه عضو واحد ، وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق ، وكذا في قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وإن كانت الآلة قائمة ، ولو قدر على التكلم ببعض الحروف ، قيل : يقسم على عدد الحروف ، وقيل : على عدد حروف تتعلق باللسان ، فبقدر مالا يقدر يجب ،

م : (وعلى هذا) ش : أي على هذا الأصل م : (تنسحب فروع كثيرة) ش : بين منها بقوله م : (فنقول : في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود) ش : لأنه يعني مطلوب في الآدمي سواء قطع المارن دون القصبة أو قطع الأرنبة ، ولو قطعهما لا يزداد على دية واحدة لأنهما عضو واحد م : (وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة) ش : أي أو قطع الأرنبة م : (لما ذكرنا) ش : وهو قوله : وقد فوت الجمال على الكمال .

وقال الشافعي : في المارن الدية وفي القصبة حكومة عدل .

م : (ولو قطع المارن مع القصبة لا يزداد على دية واحدة لأنه عضو واحد) ش : وقد ذكرناه ، لو قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لأن الشم في غير الأنف ، فلا يدخل أحدهما في الآخر ، كالسمع مع الأذن م : (وكذا اللسان) ش : يعني فيه الدية بلا خلاف لأحد م : (لفوات منفعة مقصودة وهو النطق) ش : والتكلم ، والآدمي لا يفارق بهيميته إلا بالنطق . م : (وكذا في قطع بعضه) ش : يعني قيمة الدية . م : (إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة ، وإن كانت الآلة قائمة) ش : ، لأن الدية تجب بتفويت البعض فتجب الدية كاملة .

م : (ولو قدر على التكلم ببعض الحروف) ش : اختلف المشايخ فيه . م : (قيل : يقسم) ش : الدية م : (على عدد الحروف) ش : أي الحروف الثمانية والعشرين من حروف المعجم ، وهو قول الأئمة الثلاثة . م : (وقيل : على عدد حروف تتعلق باللسان) ش : وهي الألف والتاء والثاء والجيم والذال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون .

قيل كون الألف من ذلك فيه نظر لأنه من أقصى الحلق على ما عرف .

م : (فبقدر ما لا يقدر يجب) ش : أي فيقدر ما لا يمكنه إتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية . روي : أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمن علي - رضي الله عنه - فأمره أن يقرأ ألف ب ، ت ، ث ، فكلما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك ، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه .

وقيل: إن قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلاف ، وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام ، وكذا الذكر لأنه يفوت به منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والإيلاج الذي هو طريق الإغلاق عادة ، وكذا في الحشفة الدية كاملة ؛ لأن الحشفة أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له . قال : وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الإدراك إذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاذه . قال : وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه لأن كل واحد منها منفعة مقصودة، وقد روي: أن عمر -رضي الله عنه- قضى بأربع ديات في ضربة واحدة . ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر .

م: (وقيل: إن قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلاف ، وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام ، وكذا الذكر) ش: أي تجب فيه الدية بلا خلاف . م: (لأنه يفوت به منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمي به) ش: أي رمي البول بالذكر م: (ودفق الماء والإيلاج الذي هو طريق الإغلاق عادة) ش: قيد بالعادة أو قد يحصل الإغلاق بالسحق أيضاً ، إلا أنه خلاف العادة ، فإن البكر لو حملت بالسحق تعسر عليها الولادة فعلم أن بقطعه يفوت الإيلاد م: (وكذا في الحشفة) ش: أي وفي قطع الحشفة تجب م: (الدية كاملة لأن الحشفة أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له) ش: أي للحشفة والتذكير باعتبار المذكور . وفي «شرح الكافي»: وفي الأنثيين مع الذكر قالوا إذا قطع الكل بدفعة يجب ديتان ، ولو قطعتهما بدفعتين ، أي قطع الذكر أولاً ثم الأنثيين تجب ديتان أيضاً ، ولو قطع الأنثيين أولاً ثم الذكر تجب في الأنثيين الدية وفي الذكر حكومة عدل فصار كذكر الخصي والضعيف .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية) ش: يعني إذا ضرب رأسه فذهب عقله يجب فيه الدية م: (لفوات منفعة الإدراك إذ به) ش: أي بالعقل م: (ينتفع بنفسه في معاشه) ش: أي في دنياه ، م: (ومعاذه) ش: أي وفي آخرته إذ العقل من أعظم ما يختص به الأدمي ، يدرك الأشياء وبه يمتاز عن البهائم ، فكان فيه منفعة مقصودة .

م: (قال: وكذا) ش: أي وكذا تجب الدية م: (إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه لأن كل واحد منهما منفعة مقصودة ، وقد روي : أن عمر -رضي الله عنه- قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر) ش: روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو خالد عن عوف الأعرابي -رضي الله عنه- قال : سمعت شيخاً في زمن الجماجم فغنت فعنة فقيل ذاك أبو مهلب عم أبي قلابة قال رمى رجل رجلاً بحجر في رأسه في زمن عمر بن الخطاب -رضي الله

قال : وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية لأنه يفوت به منفعة الجمال . قال : وفي شعر الرأس الدية لما قلنا ، وقال مالك ، وهو قول الشافعي -رحمه الله- تجب فيهما حكومة عدل ؛ لأن ذلك زيادة في الأدمي ، ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد ،

عنه- فذهب سمعه وعقله ولسانه وذكره فلم يضرب النساء ، ففضى بها عمر -رضي الله تعالى عنه- بأربع ديات ، وهو حر ، انتهى .

واختلف في طريق التفسير في معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل : إذا صدقه الجاني . أو استحل على الثبات ونكل ثبت فواتها وقيل : يعتبر فيه الدلائل الموصلة إلى ذلك ، فإن لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والإنكار وطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادى فإن أجاب علم أنه يسمع .

وحكى الناطفي عن أبي حازم القاضي والقُدوري عن إسماعيل بن حماد أن رجلاً ضرب على رأس امرأته ، فزعمت أن سمعها ذهب ، فاشتغل إسماعيل بالقضاء ثم التفت إليها وهي غافلة فقال : استري عورتك ، فجعلت تلم ثيابها فعلم أنها سامعة .

وقال أبو يوسف في «المتقى» : لا نعرف ذهاب السمع والقول فيه للجاني ، وأما طريق معرفة ذهاب البصر قال محمد بن مقاتل الرازي يستقبل الشمس مفتوح العين فإن دمعت عينه علم أن البصر باق فإن لم تدمع علم أن البصر ذاهب ، وذكر الطحاوي -رحمه الله- أنه يلقي بين يديه حية ، فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره ، وقال محمد في الأصل : إن لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والقول للجاني مع يمينه على الثبات .

وفي «شرح الكافي» : يدخل أرش الأمة في الدية لأن هذا جناية واحدة في موضع واحد فإذا وجب في العقل الدية لم يجب فيها شيء وطريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة ، فإن اتقى من ذلك علم أنه لم يذهب شمه ، قاله في «شرح الطحاوي» .

م : (قال) ش : أي القُدوري م : (وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت) ش : أي عرضها يجب م : (الدية لأنه يفوت به منفعة الجمال . قال وفي شعر الرأس الدية) ش : سواء كان شعر رجل أو امرأة أو كبير أو صغير ، ويؤجل سنة فإن نبت لم تجب الدية ، وإن مات قبل مضي السنة لا شيء فيه ، وبه قال الثوري وأحمد . م : (لما قلنا) ش : وهو أنه يفوت به الجمال . م : (وقال مالك ، وهو قول الشافعي -رحمه الله- تجب فيهما) ش : أي في اللحية وشعر الرأس ، م : (حكومة عدل) ش : إذا حلقت ولم ينبت م : (لأن ذلك زيادة في الأدمي ، ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها) ش : أي يحلق بعض اللحية م : (في بعض البلاد) ش : لو كان جمالاً لم يحلقوا . وقد يكون عدم اللحية جمالاً في بعض الأحوال ، وأهل الجنة كلهم أمرد . فلو كان ذلك من جملة الجمال الأصلي

وصار كشعر الصدر والساق ، ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة . ولنا : أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقتها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصتين ، وكذا شعر الرأس جمال ، ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال . وأما لحية العبد: فعن أبي حنيفة -رحمه الله-: أنه يجب فيها كمال القيمة ، والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر .

لكان أهل الجنة أولى به .

م: (وصار) ش: أي حكم هذا م: (كشعر الصدر والساق) ش: إذا ليس فيه الجمال .

م: (ولهذا) ش: أي ولأجل كون شعر الرأس زيادة في الآدمي م: (يجب في شعر العبد نقصان القيمة) ش: يعني إذا حلق شعره يجب فيه ما ينقص من قيمته .

م: (ولنا : أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقتها تفويته على الكمال فتجب الدية) ش: وروي : أن لله تعالى ملائكة يسبحون سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب ، والدليل على أن اللحية جمال أن الرجل إذا بلغ حد الكهولة والشيوخوخة ولم يثبت له لحية يسمج في الأعين ، وإنما لا يسمج في حالة الطراوة والصغر ، وأما في حالة الضمور والكبر فلا شك أنه يعد شيئاً . والرأس إذا حلق ولم يثبت يظهر فيه القرع بعد زمن عليه ، فإن القرع عيب في الناس ولهذا يتكلف الأقرع في ستر رأسه كما يتكلف بستر سائر عيوبه .

م: (كما في الأذنين الشاخصتين) ش: أي المرتفعتين من شخص بالفتح : ارتفع ، فإن فيه تفويت منفعة الجمال مع بقاء السمع ، وتجب الدية كاملة .

م: (وكذا شعر الرأس جمال ، ألا ترى أن من عدمه) ش: أي من عدم شعر الرأس م: (خلقة) ش: أي من حيث الخلقة م: (يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال) ش: أي وقد ذكرناه الآن م: (وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة -رحمه الله-: أنه يجب فيها كمال القيمة) .

وهي رواية الحسن -رحمه الله- عن أبي حنيفة -رحمه الله- اعتباراً بالدية في الحر لفوات الجمال .

م: (والتخريج على الظاهر) ش: أي ظاهر الرواية م: (أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال) ش: فيجب نقصان القيمة م: (بخلاف الحر) ش: فإن المقصود فيه الجمال ولو حلق بعض اللحية ولم يثبت قيل يجب فيه حكومة عدل .

وفي «شرح الكافي» : والصحيح أنه يجب فيه كل الدية لأن هذا في الشين فوق ملا لحية له

قال : وفي الشارب حكومة عدل هو الأصح لأنه تابع للحية فصار كبعض أطرافها . وقال : لحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لأن وجوده يشينه ولا يزينه وإن كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعاً لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل ، لأن فيه بعض الجمال وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال ، وهذا كله إذا فسد المنبت ، فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء ؛ لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل ، وإن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه لا يجب شيء في الحر لأنه

أصلاً .

وكان أبو جعفر الهندواني يقول في اللحية : إنما يجب بها كمال الدية إذا كانت لحيته كاملة يتجمل بها ، وأما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها وإن كانت غير متوفرة ، ولا يقع بها جمال كامل وليست مما يشين ففيها حكومة عدل ، ولو حلق فنبت أبيض إن كان في أوانه لا يجب شيء ، وإن كان في غير أوانه اختلف مشايخنا فيه . والصحيح أنه يجب فيه حكومة عدل .

وقال في «شرح الطحاوي» : ولو حلق رأسه فنبت أبيض والرجل شاب . قال أبو حنيفة - رحمه الله - في الحر لا يجب شيء وفي العبد يجب النقصان ، وقال : يجب حكومة العدل في الحر والعبد ، وفي «الواقعات» رجل حلق لحية رجل ، فإن كانت لحية متصلة أو خفيفة أو رقيقة أو كثيفة ففيه الدية إن لم تنبت ، وإن كان كوسجاً فعليه فيها حكومة عدل بعدما ينتظر سنه فلم تنبت ، فإن كان عمداً ففي ماله لأن العاقلة لا تعقل العمد ، وإن كان خطأ فعلى عاقلته كما في قتل الخطأ والعمد .

م : (قال) ش : أي المصنف م : (وفي الشارب حكومة عدل) ش : ناقله الناطقي - رحمه الله - في الأجناس م : (هو الأصح) ش : احتزر به عن قول بعض المشايخ أنه يجب فيه كمال الدية لأنه عضو على حدة . قال المصنف : م : (لأنه) ش : أي لأن الشارب م : (تابع للحية فصار كبعض أطرافها) ش : أي كبعض أطراف اللحية فإذا حلق بعض أطراف اللحية يجب حكومة عدل فكذا هذا .

م : (قال) : ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لأن وجوده يشينه ولا يزينه ، وإن كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعاً لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لأن فيه بعض الجمال ، وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله إذا فسد المنبت فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب) ش : أي الحالق م : (على ارتكابه ما لا يحل وإن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يجب شيء في الحر لأنه

يزيده جمالاً ، وفي العبد تجب حكومة عدل ، لأنه ينقص قيمته ، وعندهما تجب حكومة عدل لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزينه ، ويستوي العمد والخطأ ، على هذا الجمهور . وفي الحاجبين الدية ، وفي إحداهما نصف الدية وعند مالك والشافعي -رحمهما الله - تجب حكومة عدل ، وقد مر الكلام فيه في اللحية . قال : وفي العينين الدية ، وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية ، وفي الشفتين الدية ، وفي الأذنين الدية ، وفي الأثنين الدية ، كما روي في حديث سعيد بن المسيب -رضي الله عنه- عن النبي عليه الصلاة والسلام قال : وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه الصلاة والسلام لعمر بن حزم : «وفي العينين الدية، وفي إحداهما نصف الدية» .

يزيده جمالاً ، وفي العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته ، وعندهما تجب حكومة عدل (ش : في الحر أيضاً م : (لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزينه ، ويستوي العمد والخطأ) ش : يعني في شعر الرأس واللحية ، وكذا في شعر الحاجب .

م : (على هذا الجمهور) ش : احتزره عن رواية «النوادر» ، وقاله الأترابي ، وقال الكاكي : وقال بعض الناس وهم أصحاب الظاهر : يجب في شعر الحاجب واللحية في العمد القصاص .

قيل : صورة حلق شعر الرأس واللحية خطأ هي : أن يظنه مباح الدم فحلق ثم ظهر أنه غير مباح .

م : (وفي الحاجبين الدية ، وفي إحداهما : نصف الدية) ش : يعني إذا حلق الحاجبين أو تبعاً فلم ينبأ تجب الدية لأنه أزال الجمال على الكمال . م : (وعند مالك والشافعي -رحمهما الله- : تجب حكومة عدل) ش : لأنهما لا يوجبانه في الشعر ولا يجب القصاص بالاتفاق م : (وقد مر الكلام فيه وفي اللحية) ش : أي عند قوله : وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وفي العينين الدية ، وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية ، وفي الشفتين الدية ، وفي الأذنين الدية ، وفي الأثنين الدية ، كما روي في حديث سعيد بن المسيب -رضي الله عنه- عن النبي عليه الصلاة والسلام) ش : هذا غريب .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه الصلاة والسلام لعمر بن حزم : «وفي العينين الدية ، وفي إحداهما نصف الدية») ش : تقدير هذا في الفصل المذكور ، وفيما كتب لعمر بن حزم : وفي العين الواحدة نصف الدية ، وفي اليد الواحدة نصف الدية ، وفي الرجل الواحدة نصف الدية .

ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية ، وفي تفويت إحدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية . قال : وفي ثديي المرأة لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي إحدهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن وفي إحدهما نصفها لما بيناه . قال : وفي أشفار العينين الدية، وفي إحدها ربع الدية . قال -رضي الله عنه - : يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً كما ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل

م: (ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال ، فيجب كل الدية، وفي تفويت إحدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية) .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة ، وفي إحدهما نصف دية المرأة لما بينا) ش: أشار به إلى قوله : لأن تفويت الاثنين من هذه الأشياء إلى قوله : فيجب نصف الدية .

م: (بخلاف ثديي الرجل) ش: بضم الشاء المثناة وكسر الدال وتشديد الياء جمع ثدي م: (حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال ، وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - ، وأحمد - رحمه الله - ، وقال الثوري ومالك : إن ذهب اللبن وجبت الدية وإلا تجب حكومة عدل .

م: (وفي إحدهما) ش: أي في إحدى الحلمتين م: (نصفها) ش: أي نصف الدية م: (لما بيناه) ش: أي عند قوله : لأن في تفويت الاثنين إلى آخره .

وقال الكرخي : وإن قطع الحلمة من ثدي المرأة وحدها أو قطع الثدي وفيه الحلمة فيه نصف الدية للحلمة والثدي ، وسواء كان ذلك بضربة أو ضربتين إذا كان ذلك قبل البرء من الأول . وفي «الجمهرة» : حلمتا الثدي النابتان في طرفه ، وهما أول الحياة .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وفي أشفار العينين) ش: الأشفار جمع الشفر بالضم وهو منبت الأهداب ، وهو جمع هذب ، وهو الشعر الذي على الأجناف م: (الدية) ش: أي تجب الدية ، م: (وفي إحدهما) ش: أي في أحد الأشفار م: (ربع الدية) ش: هذا عند أكثر أهل العلم .

م: (قال -رضي الله عنه -) ش: أي المصنف م: (يحتمل أن مراده) ش: أي مراد القدوري من الأشفار م: (الأهداب مجازاً) ش: أي من حيث المجاز م: (كما ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل) ش: حيث جعل الأشفار اسماً للشعر الذي ينبت على حروف العين ، وقد خطأه أهل

للمجاورة كالرواية للقربة وهي حقيقة في البعير ، وهذا لأنه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة ، وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين إذ هو يندفع بالهدب ، وإذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية ، وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ، ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ، ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبه . قال : وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه الصلاة والسلام : «في كل أصبع عشر من الإبل»

اللغة في هذا كما لو استعار منابت الشعور والشعور تسمى أهداباً .

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - دفعاً لتخطئتهم محمداً بقول : يحتمل أن يكون بطريق المجاز م : (للمجاورة) ش : من طريق إطلاق اسم المحل على الحال ، والمجاز تتابع في كلام العرب لا ينكره إلا من لا معرفة له من العلوم .

وذكر المصنف - رحمه الله - نظيراً لهذا المجاز بقوله : م : (كالرواية للقربة وهي حقيقة في البعير) ش : أي الرواية حقيقة في البعير لأن البعير الذي يحمل عليه الماء الرواية وكثر ذلك حتى سمو القربة رواية مجازاً للمجاورة كما سمي المطر سماء .

م : (وهذا) ش : أي هذا الذي ذكرنا من وجوب الدية في أشفار العينين وفي أحدهما ربع الدية م : (لأنه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة ، وهي منفعة دفع الأذى والقذى) ش : وهو الذي يقع في العين . م : (عن العين إذ هو يندفع بالهدب ، وإذا كان الواجب في الكل) ش : أي في كل الأشفار م : (كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية ، وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها) ش : أي ثلاثة أرباع الدية .

م : (ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر) ش : هذا عطف على قوله : يحتمل مراده الأهداب مجازاً أي ويحتمل أن يكون مراد القدوري من الأشفار الحقيقة وهو منبت الشعر م : (والحكم فيه هكذا) ش : والحاصل كلام القدوري يحتمل الحقيقة والمجاز جميعاً ، والحكم في الكل واحد .

قال المصنف - رحمه الله - : م : (ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبه) ش : أي قصبه الأنف ، وفي «التحفة» : إذا قطع الأجنان التي لا أشفار لها تجب حكومة العدل .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه الصلاة والسلام :) ش : أي قول النبي ﷺ م : («في كل أصبع عشر من الإبل») ش : هذا روي عن جماعة من الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - ، منهم أبو موسى الأشعري -

ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة ، وهي عشر فتتقسم الدية عليها . قال :
والأصابع كلها سواء لإطلاق الحديث ، ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين
مع الشمال ، وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم
فيهما عشر أصابع فتتقسم الدية عليها أعشاراً .

رضي الله تعالى عنه - ، أخرجه أبو داود والنسائي - رحمهما الله - عن النبي ﷺ قال :
«الأصابع سواء في كل أصبع عشر من الإبل»^(١) ، ومنهم ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما -
أخرجه عنه الترمذي قال : قال رسول الله ﷺ : « دية أصابع اليدين والرجلين سواء عشرة من الإبل
في كل أصبع » وقال : حديث حسن صحيح غريب^(٢) .

ومنهم عبد الله بن عمرو بن العاص أخرجه ابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده أن النبي ﷺ قال : « الأصابع كلها سواء في كل أصبع واحد عشر من الإبل » م : (ولأن في
قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة ، وهي عشر فتتقسم الدية عليها) ش : أعشاراً أي على
الأصابع عشرًا في كل أصبع عشر من الإبل^(٣) .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (والأصابع كلها سواء) ش : أي أصابع اليدين وأصابع
الرجلين كلها سواء م : (لإطلاق الحديث) ش : المذكور ، وهو مذهب علي ، وعبد الله بن
عباس - رضي الله عنهما - . ولا نعلم فيه خلافاً إلا رواية عن عمر - رضي الله عنه - أنه قضى
في الإبهام بثلاثة عشر إبهاماً ، وفي التي تليها اثني عشرة ، وفي الوسطى بعشرة وفي التي تليها
تسع وفي الخنصر ست . وروي عنه كقول العامة - رحمهم الله .

م : (ولأنها) ش : أي ولأن الأصابع م : (سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه) ش : أي في
البعض م : (كاليمين مع الشمال) ش : يعني هما سواء في إيجاب الحكم حيث تجب الدية فيهما
على السواء ، وإن كانت منفعة اليمين أكثر م : (وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة
المشي فتجب الدية كاملة ثم فيهما) ش : أي في الرجلين م : (عشر أصابع فتتقسم الدية عليها أعشاراً)

(١) ضعيف : أخرجه أبو داود (٤٥٥٦) ، النسائي (٤٥٠٣) عن سعيد بن أبي عروبة عن غالب التمار عن حميد
ابن هلال عن مسروق بن أوس عن أبي موسى مرفوعاً ، وأخرجه أبو داود (٤٥٥٧) عن شعبة عن غالب
التمار عن مسروق به ليس بينهما حميد بن هلال .

قلت : فلعل غالب كان يرويه تارة عن مسروق وتارة عن حميد بن هلال على الوجهين ، والله أعلم . ومسروق
ابن أوس مجهول وقال فيه الحافظ في «التقريب» مقبول .

(٢) أخرجه الترمذي (١٤٢٣) عن يزيد النحوي عن عكرمة عن ابن عباس .

(٣) حسن : رواه ابن ماجه (٢٦٥٣) عن مظرف الوراق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

قال : وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ، ففي أحدها ثلث دية الأصبع ، وما فيها مفصلات ففي أحدهما نصف دية الأصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع . قال : وفي كل سن خمس من الإبل لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - : « وفي كل سن خمس من الإبل » والأسنان والأضراس كلها سواء لإطلاق ما روينا ، ولما روي في بعض الروايات : والأسنان كلها سواء

ش: أي عشر في كل أصبع .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل، ففي أحدها ثلث دية الأصابع ، وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع ، وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع) ش: هذا ليس فيه خلاف إلا ما حكى عن مالك أنه قال : للإبهام أيضاً ثلاثة أحدها بباطنه ، وليس بصحيح لأن الاعتبار يقتضي وجوب العشر في الظاهر لا ما بطن منها ، وأصابع اليدين والرجلين سواء بلا خلاف .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وفي كل سن خمس من الإبل لقوله عليه الصلاة والسلام :) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (في حديث أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - : « وفي كل سن خمس من الإبل ») ش: وأخرج ابن ماجه من حديث عكرمة عن ابن عباس : أن رسول الله ﷺ قضى في السن خمساً من الإبل^(١) .

م: (والأسنان والأضراس كلها سواء لإطلاق ما روينا) ش: أشار به إلى حديث عمرو بن حزم - رضي الله عنه - قال فيه : « وفي السن خمس من الإبل » . م: (ولما روي في بعض الروايات: والأسنان كلها سواء) ش: هذا رواه البزار في مسنده من حديث عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال : « الثنية والضرس سواء والأسنان كلها سواء ، وهذه سواء »^(٢) . وقال الأترابي : قال القدوري : والأسنان والأضراس كلها سواء ، وكان من حق الكلام أن يقال : والأسنان كلها سواء بلا ذكر الأضراس ، ويقال : والأنياب والأضراس سواء ، لأن الضرس دخل تحت السن لأن السن يشمل العطف ويوهم المغايرة بين السن والضرس . انتهى .

(١) ضعيف : رواه ابن أبو داود (٤٥٦٠) ، ابن ماجه (٢٦٥٠) ، عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس ، مرفوعاً .

وهو ضعيف لعننة قتادة وهو مدلس . وهذا الحكم قد تقدم في حديث أبي بكر بن محمد بن حزم .

(٢) صحيح : أورد الزيلعي إسناد البزار قال : حدثنا عبدة بن عبد الله القسمللي ثنا عبد الصمد بن عبد الوارث ثنا شعبة ، عن قتادة ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ، مرفوعاً وإسناده صحيح ولا يخشى من عننة قتادة لأن الراوي عنه هو شعبة .

ولأن كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدي والأصابع ، وهذا إذا كان خطأ فإن كان عمداً ففيه القصاص ، وقد مر في الجنايات . قال : ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت ، والعين إذا ذهب ضوءها لأن المتعلق تفويت

وقال الأكمل : قوله : والأسنان والأضراس كلها سواء ، قالوا : فيه نظر ، والصواب : وكان من حق الكلام أن يقال : والأسنان كلها سواء ، ويقال : والأنياب والأضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثانياً وهي الأسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل ، ومثلها رباعيات ، وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ، ومثلها أضراس تلي الأنياب ، واثنيتي عشرة سنّاً تسمى الطواحين من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدهن اثنان أخريان ، وهي آخر الأسنان ، وتسمى النواجذ ، وهي في أقصى الأسنان وهي جمع ناجذ ، وتسمى سن الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل ، فلا يصح أن يقال : الأسنان والأضراس سواء لعوده إلى معنى الأسنان وبعضها سواء . انتهى .

قلت : يمكن منع النظر من حيث المغايرة بين الأضراس والأسنان حاصلة من جهة التسمية ، لأن غير الضرس من الأسنان ، فمن هذه الحيثية لا تتوهم المغايرة . وفي «الخلاصة» : لو ضرب سن رجل حتى تحولت وسقطت إن كان خطأ تجب خمسمائة على العاقلة ، وإن كان عمداً يقتص وفي التساوي الصغير إذا قلع سن البالغ لا يستأنى لأن النبات بعد البلوغ نادر ، ولو قطع سن الصبي يستأنى حوالاً لأن النبات ليس بنادر . ومع هذا لو قلع سن البالغ ثم نبت لا شيء عليه ، وفي «الخلاصة» : إشارة إلى أنه يؤجل في البالغ . وفي نسخة الإمام السرخسي -رحمه الله- : يستأنى حوالاً في الكبير الذي لا يرجى نباته في الكسر والقطع ، وهكذا في «شرح الشافعي» ، وهكذا في «المنتقى» قال : وبالأول يقضي أنه لا يؤجل ولو قطع جميع أسنانه يجب ستة عشر ألفاً ، لأن أسنانه تكون ثمانية وعشرين .

حكى عن امرأة قالت لزوجها : يا كوسج ، فقال : إن كنت كوسجاً فأنت طالق . سئل أبو حنيفة - رحمه الله - عن ذلك فقال : تعد أسنانه إن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج م : (ولأن كلها) ش : أي كل الأسنان م : (في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدي والأصابع) ش : أي كما لا يعتبر التفاوت في الأيدي والأصابع لأن كلها سواء في جنس المنفعة .

م : (وهذا) ش : أي الذي ذكره كله م : (إذا كان خطأ فإن كان عمداً ففيه القصاص ، وقد مر في الجنايات) .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوءها لأن التعلق) ش : أي الموضع الذي يتعلق به وجوب كل الدية م : (تفويت

جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة . وكذا لو أحده لأنه فوت جمالاً على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر .

جنس المنفعة لا فوات الصورة (ش: لأن الصورة قائمة .

فإن قيل : ذكر في « المبسوط » أن في اليد الشلاء وفقء العين العوراء حكومة عدل ، وذكر هنا أن في إذهاب منفعة اليدين مع بقاء الصورة كمال الدية فعلم أن الصورة والمعنى كل واحد متعين يوجب شيئاً يحق له . فينبغي أن يحب بقطع اليدين الصحيحتين الدية مع الحكومة ، فالدية لإزالة المنفعة والحكومة لإزالة الصورة قلنا نعم ، كذلك ، إلا أنه أدخل الأقل في الأكثر كما لو شج فذهب العقل دخل أرش الموضحة في الدية .

م: (ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة) ش: وهو النسل م: (وكذا) ش: أي تجب الدية م: (لو أحده) ش: أي ضرب ظهره فحدث من ذلك م: (لأنه فوت جمالاً على الكمال وهو استواء القامة ، ولو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر) ش: ولو بقي أثر الضربة بعد زوال الحدبة ، ويلزم حكومة عدل لأنه زال به النفع الذي تجب به كل الدية .

فصل في الشجاج

قال : الشجاج عشرة : الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم

م : (فصل في الشجاج)

ش : أي هذا فصل في بيان أحكام الشجاج وهو جمع شجة ، ولما كان الشجاج نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسأله ذكرها في فصل .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (الشجاج عشرة) ش : أي عشرة أنواع وجه انحصارها في العشرة يظهر بحسب على تعاقب آثارها الأولى م : (الحارصة) ش : بالخاء والصاد المهملتين ومنه قولهم : حرص القصار الثوب ، إذا خرفه في الدق م : (وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه) ش : من الخدش بالخاء والشين المعجمتين وهو قطع الجلد م : (ولا تخرج) ش : أي الحارصة لا يخرج م : (الدم ، والدامعة) ش : أي الثانية من الشجاج هي التي تسمى بالدامعة م : (وهي التي تظهر الدم ولا تسيله) ش : بضم التاء من الإسالة فهي لا تسيل الدم ولكن يظهر م : (كالدمع في العين) ش : يظهر ولا يسيل .

م : (والدامية) ش : وهو بالتحريك .

وقال سيبويه : دمي بالتسكين ، وقال المبرد : بالتحريك . وقال الجوهري :

يقال : دمي الشيء يدمي دمي ودمياً فهو دم مثل فرق يفرق فرقاً فهو فرق . قلت : لم يقل «فهو دام» فدل على أن الفاعل منه لا يجيء إلا على وزن الصفة المشبهة وعلى ما ذكره الفقهاء يكون دام وأصله دامي فاعل إعلال ماض .

وللتأنيث يقال : دامية م : (وهي التي تسيل الدم) ش : بضم التاء من الإسالة م : (والباضعة) ش : أي الشجة الرابعة هي التي تسمى بالباضعة م : (وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه) ش : من البضع وهو الشق والقطع ، وفي «المغرب» : الباضعة هي التي جرحت الجلد وشقت اللحم . م : (والمتلاحمة) ش : أي الشجة الخامسة التي تسمى بالمتلاحمة م : (وهي التي تأخذ في اللحم) ش : وفي «المغرب» : المتلاحمة من الشجاج التي تشق اللحم دون العظم ثم يتلاحم بعد شقها أي تتلاحم وتتلاصق .

وقال الأزهري : الوجه أن يقال : اللاحمة ، أي القاطعة اللحم ، وإنما سميت بذلك على التأول إليه ، أي على التفاؤل ، وعن محمد - رحمه الله - هي قبل الباضعة ، وهي التي يتلاحم

والسمحاق وهي التي تصل إلى السمحاق ، وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه ، والهاشمة وهي التي تهشم العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر ، أي تحوله ، والآمة وهي التي تصل إلى أم الرأس ، وهو الذي فيه الدماغ . قال : ففي الموضحة القصاص ، إن كانت عمداً لما روي : « أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص في الموضحة » ،

فيها الأحمر الدم ويسود . ولا يبضع اللحم . م : (والسمحاق) ش : أي الشجة السادسة هي التي تسمى بالسمحاق م : (وهي التي تصل إلى السمحاق ، وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس) .

ش : وفي « المغرب » : السمحاق ، جلدة رقيقة فوق عظم الرأس إذا انتهت إليه الشجة يسمى سمحاق ومنه قيل للعظم الرقيق سماحيق م : (والموضحة) ش : أي الشجة السابعة تسمى بالموضحة م : (وهي التي توضح العظم أي تبينه) ش : وفي « المغرب » : يقال أوضحت الشجة في رأسه وأوضح فلان في رأس فلان إذا شج هذه الشجة ، وإما قول أبي يوسف - رحمه الله - : « أنه شجه فأوضحه » فلم أجده إلا في رسالته م : (والهاشمة) ش : أي الشجة الثامنة هي التي تسمى بالهاشمة م : (وهي التي تهشم العظم) ش : من الهشم ، وهو كسر الشيء الرخو من باب ضرب . م : (والمنقلة) ش : أي الشجة التاسعة ، هي التي تسمى بالمنقلة م : (وهي التي تنقل العظم بعد الكسر ، أي تحوله) ش : من وضع إلى موضع آخر .

م : (والآمة) ش : بالمد وتشديد الميم ، وهي الشجة العاشرة م : (وهي التي تصل إلى أم الرأس ، وهو الذي فيه الدماغ) ش : وفي « المغرب » : وإنما قيل للشجة : آمة ، ومأمومة ، على معنى ذات أم كعيشة راضية ، وجمعهما : أوام ومأمومات .

وقال القدوري في « شرحه » : ثم الدامغة وهي التي تجرح الجلد وتصل إلى الدماغ . فهذه إحدى عشرة شجة . ولم يذكر فيها محل الحارصة ولا الدامية ، لأن الحارصة لم يبق لها أثر في الغالب .

والشجة التي لا أثر لها في الغالب لا حكم لها . ولم يذكر الدامغة ، لأن الإنسان لا يعيش معها ، فلا معنى لإثبات حكم الشجاج فيها . وما سوى ذلك فالحكم فيه مختلف على ما يجيء ، إن شاء الله تعالى .

م : (قال) ش : أي القدوري رحمه الله : م : (ففي الموضحة القصاص إن كانت عمداً لما روي أنه عليه الصلاة والسلام) ش : أي أن النبي ﷺ م : (قضى بالقصاص في الموضحة) ش : هذا حديث غريب .

ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان، فيتحقق القصاص . قال : ولا قصاص في بقية الشجاج لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حد ينتهي السكين إليه ، ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه . وهذه رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله- . وقال محمد في «الأصل» -رحمه الله- وهو ظاهر الرواية- : يجب القصاص فيما قبل الموضحة ؛ لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه ، إذ ليس فيه كسر العظم ، ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ، ثم تتخذ حديدة بقدر

وأخرج البيهقي ، عن عطاء قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تطلق قبل ملك ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات » . وهو مرسل^(١) .

وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» عن الحسن وعمر بن عبد العزيز -رضي الله عنهما- عنهم أن النبي ﷺ لم يقض فيما دون الموضحة بشيء ، م : (ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان ، فيتحقق القصاص) ش : لأن عند المساواة تتحقق المماثلة ، فيتحقق القصاص لأن عند المساواة تتحقق المماثلة ، فيتحقق الاستيفاء .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ولا قصاص في بقية الشجاج لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها) ش : أي في بقية الشجاج م : (لأنه لا حد ينتهي السكين إليه) ش : فلا يوجد المساواة م : (ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه) ش : أي في العظم .

م : (وهذه) ش : أي المذكور . م : (رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله-) ش : رواها الحسن عنه وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله .

م : (وقال محمد - رحمه الله - في الأصل) ش : أي «المبسوط» م : (وهو ظاهر الرواية : يجب القصاص فيما قبل الموضحة) ش : أي دون الموضحة في الأثر كالسمحاق ونحوه .

وفي «الكافي» : هذا هو الصحيح ، لظاهر قوله تعالى : « والجروح قصاص » . ويمكن اعتبار المساواة كما ذكره في المتن ، وهو قول مالك م : (لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه ، إذ ليس فيه كسر العظم ، ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار) .

ش : يقال : سبرت الجرح أسبره إذا نظرت ما غوره ، والمسبار ، بكسر الميم ما يسبر به الجرح ، والتسبار مثله . وكل أمر رزوته فقد سبرته واستبرته . كذا في «الصحاح» قوله : رزوته بالراء ثم بالزاي قاله الجوهري رزوته أروزه روازة أي خبرته وخبرته م : (ثم تتخذ حديدة بقدر

(١) رواه البيهقي (٨٣/٨) وهو مرسل .

ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص . قال : وفيما دون الموضحة حكومة عدل ؛ لأنه ليس فيها أرش مقدر ، ولا يمكن إهداره ، فوجب اعتباره بحكم العدل ، وهو مأثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز -رحمهم الله- . قال : وفي الموضحة ، إن كانت خطأ نصف عشر الدية ، وفي الهاشمة عشر الدية ، وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية ، وفي الأمة ثلث الدية ، وفي الجائفة ثلث الدية ، فإن نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم -رضي الله عنه- أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : « وفي الموضحة خمس من الإبل ، وفي الهاشمة عشر ، وفي المنقلة خمسة عشرة ، وفي الأمة ، ويروى المأمومة : ثلث الدية» . وقال عليه الصلاة والسلام : « في الجائفة ثلث الدية » . وعن أبي بكر -رضي الله عنه- : « أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية » ،

ذلك ، فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص) .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) ش : أي فيما دون الموضحة من حيث الأثر ، وقيل : الموضحة من حيث الذكر ، وهي من الخارصة إلى السمحاق . م : (لأنه ليس فيها أرش مقدر ، ولا يمكن إهداره ، فوجب اعتباره بحكم العدل ، وهو مأثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز -رحمهم الله-) .

ش : أما [أثر] إبراهيم النخعي ، فرواه عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا سفيان الثوري ، عن حماد عن إبراهيم ، قال : فيما دون الموضحة حكومة . ورواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان به ، وأما أثر عمر بن عبد العزيز فغريب م : (قال) ش : أي القدوري -رحمه الله- م : (وفي الموضحة ، إن كانت خطأ ، نصف عشر الدية . وفي الهاشمة عشر الدية . وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية . وفي الأمة ثلث الدية . وفي الجائفة ثلث الدية ، فإن نفذت فهما جائفتان ، ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم -رضي الله عنه- أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : « وفي الموضحة : خمس من الإبل ، وفي الهاشمة عشر ، وفي المنقلة خمسة عشر ، وفي الأمة ، ويروى المأمومة ، ثلث الدية ») ش : وقد تقدم هذا في كتاب عمرو بن حزم .

م : (وقال عليه الصلاة والسلام) ش : أي قال النبي ﷺ م : (« في الجائفة ثلث الدية ») ش : هذا أيضاً تقدم في حديث عمرو بن حزم . وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» : حدثنا عبد الرحيم بن سليمان ، عن محمد بن إسحاق عن مكحول عن أشعث عن الزهري : أن النبي ﷺ قضى في الجائفة بثلث الدية .

م : (وعن أبي بكر -رضي الله عنه- أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية)

ولأنها إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين إحداهما من جانب البطن ، والأخرى من جانب الظهر ، وفي كل جائفة ثلث الدية ، فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية . وعن محمد - رحمه الله - أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة ، وقال : هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود ، وما ذكرناه بدءاً مروياً عن أبي يوسف - رحمه الله ، وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم

ش : رواه عبد الرزاق في «مصنفه» : أخبرنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم قال : سمعت ابن المسيب قال : قضى أبو بكر - رضي الله تعالى عنه - في الجائفة تكون نافذة بثلثي الدية . وقال : إنهما جائفتان .

قال سفيان : ولا تكون الجائفة إلا في الجوف .

م : (ولأنها) ش : أي ولأن الجائفة م : (إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين إحداهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر ، وفي كل جائفة ثلث الدية ، فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية) ش : وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، وقال ابن عبد البر : لا أعلمهم يختلفون في ذلك .

وحكي عن بعض أصحاب الشافعي وعن أبي حنيفة في رواية أنه جائفة واحدة . م : (وعن محمد - رحمه الله - أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة) ش : أي في الذكر م : (وقال) ش : أي محمد م : (هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود) ش : وقال تاج الشريعة : وليس معناه أنها قبل الباضعة من حيث إن تحته دونه ، بل من حيث إن المتلاحمة عند محمد ما يظهر اللحم ولا تقطعه من قولهم : التحم السنان إذا اتصل أحدهما بالآخر ، والباضعة بعدها . وفي ظاهر الرواية : المتلاحمة ما يعمل في قطع أكثر اللحم وهي بقدر الباضعة وهي تقطع بعض اللحم .

م : (وما ذكرناه بدءاً) ش : أي أولاً ، قال الجوهري : البدء والبدء أيضاً الأول ، ومنه قولهم : أفعله بادي على وزن فاعل ، وبادي بديء على وزن فعيل ، أي أول شيء . م : (مروياً عن أبي يوسف - رحمه الله) ش : وهو ظاهر الرواية .

م : (وهذا) ش : أي هذا المذكور من رواية أبي يوسف ومحمد م : (اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم) ش : أي الذي روي عن محمد أن المتلاحمة قبل الباضعة ، والذي روي عن أبي يوسف الباضعة قبل المتلاحمة ، اختلاف في الاسم لا في المعنى والحكم ؛ لأن محمداً - رحمه الله - لا يمنع أن تكون الشجة التي ذهب فيه اللحم أرشها ، وكذلك أبو يوسف - رحمه الله - لا يمنع أن تكون الشجة التي قبل الباضعة أقل منها أرشاً ، وإنما الخلاف في الاسم .

قال محمد : المتلاحمة مأخوذة من الاجتماع ، يقال : التحم الحيان إذا اجتمع ، وقال أبو يوسف : إنها مأخوذة من الذهاب في اللحم ، كذا ذكره القدروي - رحمه الله - في «شرح» .

وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة، وهي التي تصل إلى الدماغ، وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلاً في الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة، ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة، وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح، حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر، وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف، وهو إنما ورد فيما يختص بهما؛ ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة، والشين يختص بما يظهر منها في الغالب، وهو العضوان هذان لا سواهما، وأما اللحيان فقد قيل: ليسا من الوجه وهو قول مالك - رحمه الله -

م: (وبعد هذا) ش: أي بعد ذكر الأمة التي هي عاشرة الشجاج م: (شجة أخرى تسمى الدامغة) ش: بالغين المعجمة م: (وهي التي تصل إلى الدماغ، وإنما لم يذكرها) ش: يعني محمد - رحمه الله - في الأصل م: (لأنها تقع قتلاً في الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة) ش: وقد مر بيان هذا عن قريب م: (ثم هذه الشجاج) ش: لما ذكر قبل هذا حكم الشجاج شرع بذكر مواضع الشجاج م: (تختص بالوجه والرأس لغة) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم، وعلى ما ذكر في «الإيضاح» مختص بالوجتين والرأس أيضاً .

وقال أبو الليث: ثبت حكم هذه الشجاج في كل البدن م: (وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة) ش: أي حكم الشجاج يثبت في الوجه والرأس على ما هو حقيقة اللغة م: (في الصحيح) ش: احترازاً عن قول أبي الليث، ثم أوضح ذلك بقوله م: (حتى لو تحققت).

ش: وقال تاج الشريعة: حتى لو تحققت الموضحة والهاشمة والمنقلة م: (في غيرهما) ش: أي في غير الرأس والوجه م: (نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر، وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف) ش: يعني لأن التقدير من أمرين والأمور لا تكون إلا بالتوقيف على الشرع م: (وهو) ش: أي التوقيف م: (إنما ورد فيما يختص بهما) ش: أي بالوجه والرأس م: (ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة، والشين يختص بما يظهر منها) ش: أي من الأعضاء م: (في الغالب، وهو العضوان هذان) ش: أي الوجه والرأس م: (لا سواهما) ش: أي لأن ما سواهما يغطي في العادة فلا يلحقه الشين كما يلحق في الوجه والرأس م: (وأما اللحيان) ش: بفتح اللام ثنية اللحى، وهو الذي عليه اللحية م: (فقد قيل: ليسا من الوجه وهو قول مالك - رحمه الله -).

ش: وقال صاحب «الذخيرة»: «والذقن من الوجه بلا خلاف، والعظم الذي تحت الذقن،

حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر ، وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة ، ولا مواجهة للنظر فيهما إلا أن عندنا : هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً ، وقالوا : الجائفة تختص بالجوف - جوف الرأس أو جوف البطن - وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي - رحمه الله - أن يقوم مملوكاً بدون هذا الأثر ويقوم به الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين ، فإن كان نصف عشر القيمة يجب

وهو اللحيان من الوجه عنده ، حتى لو وجدت الشجاج الثلاث الموضحة والهاشمة والمنقلة في اللحين كان لها أرش مقدر عندنا خلافاً للمالك - رحمه الله - وهو معنى قوله : م : (حتى لو وجد فيهما) ش : أي في اللحين م : (ما فيه أرش مقدر) ش : وهو الشجاج الثلاثة المذكورة م : (لا يجب المقدر ، وهذا) ش : أي عدم الأرش المقدر فيهما م : (لأن الوجه مشتق من المواجهة ، ولا مواجهة للنظر فيهما) ش : أي في اللحين .

م : (إلا أن عندنا : هما من الوجه لاتصالهما به) ش : أي لاتصال اللحين بالوجه م : (من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً) ش : أي في اللحم يعني المواجهة أيضاً ، فيكون من الوجه حقيقة ، قيل عليه [. . .] أن يكون غسلهما فرضاً في الطهارة ، وأجيب بأنه ترك هذه الحقيقة بالإجماع والإجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة .

م : (وقالوا) ش : أي المشايخ : م : (الجائفة تختص بالجوف ، جوف الرأس أو جوف البطن) .

ش : وفي «الأجناس» : الجائفة وإن نفذت من رواية ففيها ثلث الدية إن كان عمداً ففي ماله ، وإن كان خطأ فعلى عاقلته . والجائفة تكون ما بين اللبة والعانة ولا يكون فوق الذقن ، ولا يكون تحت العانة بين الفخذين والرجلين .

وقال الكرخي في «مختصره» : ولا تكون الجائفة في الرقبة ولا في الحلق ، ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر والظهر والبطن والجين ، وكل ما وصل إلى الفم ففيه حكومة عدل وليس بجائفة ، ولا يكون في اليدين ولا في الرجلين ، ثم في الشجاج كلها إذا برأت ولم يبق لها أثر بعد البرء لا يجب شيء في العمد والخطأ ، إلا رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه قال : يجب مقدار أجر الطبيب . كذا في «شرح الطحاوي» .

وأما إذا بقي لها أثر بعد البرء في الخطأ في الموضحة وما فوقها أروش مقدرة وقبلها حكومة عدل . أما في العمد فلا يجب القصاص إلا في الموضحة وفيما قبلها حكومة عدل ، وفيما فوقها الأروش ، م : (وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي - رحمه الله - أن يقوم مملوكاً بدون هذا الأثر ويقوم به الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين ، فإن كان نصف عشر القيمة

نصف عشر الدية ، وإن كان ربع عشر فربع عشره ، وقال الكرخي - رحمه الله - : ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة ، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه والله أعلم .

يجب نصف عشر الدية ، وإن كان ربع العشر فربع عشره) .

م: (وقال الكرخي - رحمه الله - : ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه والله أعلم) ش: بيان قوله : كم مقدار هذه الشجة أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة ، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة يجب ثلث أرش الموضحة وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة ، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة .

قال شيخ الإسلام : هذا هو الأصح ، وفي «فتاوى قاضي خان» : وعلى قول الطحاوي الفتوى ، وبه أخذ الحلواني ، وبه قالت الأئمة الثلاثة وأهل العلم ، وقال ابن المنذر : وهو قول كل من يحفظ عنه .

فصل

قال : وفي أصابع اليد نصف الدية لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ، ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر ، فإن قطعها مع الكف ففيه أيضاً نصف الدية لقوله عليه الصلاة والسلام : «وفي اليدين الدية وفي إحداهما نصف الدية» ، ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها ، وإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدية ، وفي الزيادة حكومة عدل ، وهو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - ، وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية ، واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزداد على تقدير الشرع .

م : (فصل)

ش : أي هذا فصل في بيان مسائل الجراح التي فيما دون النفس فيما دون الرأس م : (قال : وفي أصابع اليد نصف الدية) ش : هذا قول القدروري في « مختصره » لما روينا ، وفي بعض النسخ : على ما روينا في فصل الشجاج في حديث عمرو بن حزم : « في كل أصبع عشر من الإبل » فإذا وجب م : (لأن في كل أصبع عشر الدية) ش : من الإبل ، وهو عشر الدية م : (على ما روينا) ش : يكون في أصابع اليد الواحدة إذا قطعت خطأ نصف الدية لأن فيها خمس أصابع م : (فكان في الخمس) ش : أي في خمس الأصابع م : (نصف الدية ، ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب) ش : أي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة م : (على ما مر) ش : أي في فصل مما دون النفس م : (فإن قطعها) ش : أي الأصابع م : (مع الكف ففيه أيضاً نصف الدية لقوله عليه الصلاة والسلام) ش : أي لقول النبي ﷺ : م : (وفي اليدين الدية) ش : تقدم من ذلك [ما] فيه الكفاية م : (وفي إحداهما) ش : أي في إحدى اليدين م : (نصف الدية) ش : هو أيضاً لفظ الحديث م : (ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها) ش : أي بالأصابع م : (وإن قطعها) ش : أي اليد م : (مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدية ، وفي الزيادة حكومة عدل ، وهو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله) .

وبه قال الشافعي - ظاهر مذهبه - والقاضي الحنبلي ، م : (وعنه) ش : أي وعن أبي يوسف : م : (أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية ، واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزداد على تقدير الشرع) ش : وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى - رحمهم الله - وأصحاب الشافعي وهو قول النخعي وقتادة وعطاء ، لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية ، واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب

ولهما : أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع ، فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين ، ولأن لا وجه إلى أن يكون تبعاً للأصابع لأن بينهما عضواً كاملاً ولا إلى أن يكون تبعاً للكف لأنه تابع ، ولا تبع للتابع . قال : وإن قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية وإن كان أصبعان فالخمس ولا شيء في الكف ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقالوا : ينظر إلى أرش الكف والأصبع فيكون عليه الأكثر ، ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد ، ولا إلى إهدار أحدهما ؛ لأن كل واحد منهما

فلا يزداد على تقدير الشرع .

م : (ولهما) ش : أي ولأبي حنيفة ومحمد : م : (أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع ، فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين) ش : بيان هذا : أن اليد آلة باطشة بمعنى أرش اليد يجب باعتبار إزالة البطش .

والأصل في البطش الأصابع ، والكف تبع لها ، وأما الساعد فلا يتبعها لأنه غير متصل بها فلم يجعل تبعاً لها في التضمين .

م : (ولأنه) ش : أي ولأن الذراع م : (لا وجه إلى أن يكون تبعاً للأصابع لأن بينهما) ش : أي بين الذراع والأصابع م : (عضواً كاملاً) ش : وهو الكف م : (ولا إلى أن يكون) ش : أي لا وجه إلى أن يكون م : (تبعاً للكف لأنه) ش : أي لأن الكف م : (تابع ، ولا تبع للتابع) ش : بيانه : أن الذراع لا يجوز أن يتبع الأصابع لأنه يفصل بينهما عضو فلا يكون تبعاً ، ولا يجوز أن يستتبع الكف لأنه تبع في نفسه فلا يثبت له تبع .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (وإن قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه) ش : أي في الأصبع الواحدة م : (عشر الدية) .

ش : وفي بعض النسخ : ففيها ، فالأصبع يذكر ويؤنث م : (وإن كان أصبعان فالخمس) ش : أي الواجب خمس الدية م : (ولا شيء في الكف وهذا) ش : أي وهذا الحكم م : (عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالوا : ينظر إلى أرش الكف والأصبع) ش : أي حكومة العدل في الكف والأصبع م : (فيكون عليه الأكثر ، ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين) ش : أي أرش الكف وأرش الأصبع يعني الجمع بين هذين الأرشين جمع اتفاق م : (لأن الكل شيء واحد) ش : لأن ضمان الأصابع ضمان الكف والأصابع ، فهذا شيء واحد ، م : (ولا إلى إهدار أحدهما) ش : أي ولا وجه أيضاً إلى إهدار أحدهما م : (لأن كل واحد منهما) ش : من الكف والأصابع م :

أصل من وجه فرجحننا بالكثرة ، وله : أن الأصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعاً لأن البطش يقوم بها . وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشراً من الإبل ، والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ، ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ، ولا شيء في الكف بالإجماع لأن الأصابع أصول في التقوم وللأكثر حكم الكل فاستتبع الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها .

(أصل من وجه) ش: أما الأصابع فظاهر وأما الكف فأصل من حيث إن قيام الأصابع به م: (فرجحننا بالكثرة) ش: كما قلنا فيمن شح رأس شخص وتناثر بعض شعره حيث يدخل هناك الأقل في الأكثر .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة م: (أن الأصابع أصل والكف تابع حقيقة) ش: أي من حيث الحقيقة م: (وشرعاً) ش: أي من حيث الشرع وبين وجه الحقيقة بقوله م: (لأن البطش يقوم بها) ش: أي بالأصابع .

ويبين وجه الشرع بقوله م: (وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشراً من الإبل ، والترجيح من حيث الذات والحكم) ش: أي من حيث الحقيقة والشرع م: (أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) ش: كما أن التقدير الشرعي ثابت بالنص ، وما لم يثبت فيه تقدير يكون تقديره بالرأي ، والرأي لا يعارض النص ، وأما قولهما : « إن بالكثرة أولى نقلنا » إنما يصار إلى الترجيح عند المساواة في القوة ولا مساواة بين النص والرأي .

وأما مسألة الشعر فلا يكون تبعاً للآخر وفيما نحن فيه الكف تبع ، كذا ذكره قاضي خان ، فلما كان الاعتبار عند أبي حنيفة للنص وتقدير الشرع ، لا يتفاوت بين أن يكون الباقي أصبغاً أو أكثر ، ولهذا قال أبو حنيفة : إذا لم يبق من الأصبع إلا مفصل واحد ففي ظاهر الرواية عنده أرش ذلك المفصل أو يجعل الكف تبعاً له لأن أرش المفصل مقدر شرعاً ، وما بقي شيء من الأصل ، وإن قل لا حكم للتبع كما إذا بقي واحد من أصحاب الخطر في المحل لا يعتبر المكان .

وروى الحسن عن أبي حنيفة : إذا كان الباقي دون أصبع يعتبر فيه الأقل والأكثر كقولهما فيدخل الأقل في الأكثر والأول أصح .

م: (ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ، ولا شيء في الكف بالإجماع لأن الأصابع أصول في التقوم وللأكثر حكم الكل فاستتبع الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها) ش: ثم قطعت مع الكف .

قال : وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل تشريفاً للآدمي لأنه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة . وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل . وقال الشافعي - رحمه الله-: تجب فيه دية كاملة لأن الغالب فيه الصحة فأشبهه قطع المارن والأذن . ولنا : أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة فإذا لم تعلم صحتها لا يجب

ويقال : هذا الشيء بأسره أي بجميعة ، كما يقال يومئذ .

م: (قال: وفي الأصبع الزائدة) ش: أي وفي قطع الأصبع الزائدة م: (حكومة عدل) ش: وبه قال الشافعي ، وأحمد ، والثوري ، ولا يعلم لهم مخالف ، وعن زيد بن ثابت - رضي الله تعالى عنه - قال : فيها ثلث دية الأصبع ،

وفي « الذخيرة » : فيها الحكومة سواء كان في العمد أو في الخطأ ، وسواء كان للقاطع أصبع زائد أم لا .

م: (تشريفاً للآدمي) ش: أي لأجل تشريفه لأنه مكرم م: (لأنه) ش: أي لأن الأصبع الزائدة م: (جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة) ش: أي ولا جمال فيه قيل عليه أنه منقوص بما إذا كان من ذقن رجل شعراته منفردة وأزالها رجل ، ولم ينبت مثلها فإنه لم يجب فيه حكومة عدل ، وإن كان الشعر جزءاً من الآدمي بدليل أنه لا يحل الانتفاع به ، وأجيب بأن إزالة جزء الآدمي إنما يوجب حكومة عدل إذا بقي من أثره ما يشينه كما في قطع الأصبع الزائدة ، وإزالة الشعرات تزينه ولا تشينه ، فلا يوجبها ، كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه .

م: (وكذلك السن الشاغية) ش: بالشين والغين المعجمة ، أي الزائدة ، يقال : شغيت أسنانه إذا اختلف بينها وتراكبت ، وقيل : الشغي أن تقع الأسنان العليا على السفلى ، ورجل أشغى وامرأة شغياء ومنه سميت العقاب شغياء لأن مقدم مسيرها مطبق على الآخر جزءاً منها بكسر الميم لسباع الطير بمنزلة المستعار لغيرها م: (لما قلنا) ش: إشارة إلى قوله : «لأنه جزء من يده» ، يعني كما الأصبع الزائدة جزء من المجني عليه ، كذلك السن الشاغية جزء فلا تجب الحكومة ، فكذا هنا .

م: (وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله - في «مختصره» ، وقال المصنف - رحمه الله - : م: (وقال الشافعي - رحمه الله - تجب فيه دية كاملة) ش: وبه قال أحمد ، وهو قول الثوري م: (لأن الغالب فيه الصحة فأشبهه قطع المارن والأذن) ش: من الصبي م: (ولنا : أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة ، فإذا لم تعلم صحتها لا يجب

الأرش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للإلزام بخلاف المارن والأذن الشاخصة ؛ لأن المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال ، وكذا لو استهل الصبي لأنه ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام ، وفي الذكر بالحركة ، وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكمه البالغ في العمد والخطأ . قال : ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية

الأرش الكامل بالشك (ش : لأن السلامة بالدليل وبالظاهر تثبت السلامة . م :) والظاهر لا يصلح حجة للإلزام (ش : إنما قيد بالإلزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام ، حتى إنه لو أعتق صغيراً لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقيناً يخرج عن عهدة الكفارة لأن الغالب هو السلامة .

وقد تقدم من قبل في قوله : « ويجزيه رضيع » ، وفي ذكر الخصى والعين حكومة عدل عنده . وبه قال أحمد في رواية ، قال الشافعي : فيها دية كاملة ، وبه قال مالك وأحمد في رواية في ذكر الخصى مثل قولنا ، وهو قول الثوري ، وقتادة ، وإسحاق م : (بخلاف المارن والأذن الشاخصة لأن المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال) ش : ومعنى الشاخصة المرتفعة عن شخص بالفتح شخوصاً ، وقال في « الجمهرة » : شَخَصَ مِنْ مَكَانٍ إِلَى مَكَانٍ إِذَا سَارَ فِي ارْتِفَاعٍ .

م : (وكذا لو استهل الصبي) ش : يعني يكون في لسان الصبي حكومة عدل ما لم يتكلم ، وإن استهل م : (لأنه) ش : أي لأن استهلال الصبي م : (ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت) ش : بكاء م : (ومعرفة الصحة فيه بالكلام) ش : أي في الصوت .

م : (وفي الذكر بالحركة) ش : أي ومعرفة الصحة في الذكر بالحركة عند البول .

م : (وفي العين) ش : أي ومعرفة الصحة وفي العين م : (بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك) ش : أي بعد ما ذكر من الأشياء المذكورة م : (حكمه) ش : أي حكم الصبي م : (حكم البالغ في العمد والخطأ) ش : لأنه حينئذ يتبين أنه أتلف منفعة العضو كاملة فيترتب للصبي على الجاني مثل ما يترتب للبالغ في حالة العمد وحالة الخطأ .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية) ش : وبه قال الشافعي في القديم وقال في الجديد : لا يدخل ، وبه قال مالك ، وأحمد ، والحسن ، وزفر في رواية .

قال القدوري : فإن قيل : من أين يعرف ذهاب السمع والشم والبصر ؟ قيل له : يعرف

لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء ، فصار كما إذا أوضحه فمات ، وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط ، والدية تجب بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده . وقال زفر : لا يدخل لأن كل واحد منها جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنائيات ، وجوابه ما ذكرناه . قال : وإن ذهب سمعه وبصره ، أو كلامه فعليه أرشد الموضحة مع الدية . قالوا : هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - ، وعن أبي يوسف -رحمه الله- : أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر .

ذلك باعتراف الجاني وتصديقه للمجني عليه أو بنكوله عن اليمين وغير ذلك من الوجوه ، م : (لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء) ش : لأنه يكون كالميت والملحق بالبهايم م : (فصار كما إذا أوضحه فمات ، وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط) ش : أي لو نبت الشعر في موضع الشجة يسقط الأرش .

م : (والدية تجب بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد) ش : أي تعلق أرشد الموضحة والدية جميعاً بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل م : (فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده) ش : فيجب أرشد اليد لا أرشد الأصبع ، والأصل فيه وما أشبه أن الجزء يدخل في الكل .

م : (وقال زفر : لا يدخل) ش : أرشد الموضحة في الدية م : (لأن كل واحد منها جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنائيات ، وجوابه ما ذكرناه) ش : قيل : يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء ، وقيل قوله : وقد تعلقا بسبب واحد ، وهو أشمل من الأول .

م : (قال : وإن ذهب سمعه وبصره أو كلامه فعليه أرشد الموضحة مع الدية ، قالوا) ش : أي المشايخ م : (هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله -) .

ش : قال في «النهاية» : ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهواً لكونه مخالفاً لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي أن يذكر محمد - رحمه الله - مكان أبي يوسف م : (وعن أبي يوسف -رحمه الله- أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر) ش : روى هذه الرواية عن أبي يوسف الحسن بن زياد .

فإن قيل : من أين يعلم ذهاب البصر والسمع والكلام؟

قيل له : يعرف ذلك باعتراف الجاني وتصديقه للمجني عليه أو بنكوله عن اليمين وغير

وجه الأول أن كلاً منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبهه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء على ما بينا ، ووجه الثاني : أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به . قال : وفي «الجامع الصغير» : ومن شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة-رحمه الله- . قالوا : وينبغي أن تجب الدية فيهما . وقالوا : في الموضحة القصاص . قالوا : وينبغي أن تجب الدية في العينين . قال : وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشل ما بقي من الأصبع أو اليد كلها

ذلك من الوجوه في معرفة ذلك .

م : (وجه الأول) ش : هو : أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام م : (أن كلاً منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبهه الأعضاء المختلفة) ش : فلا يدخل بعضه في بعض م : (بخلاف العقل) ش : يعني أن العقل ليس كذلك . م : (لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء) ش : فصار كالروح ولزوال الروح في الشجة دخل أرشها في دية الروح فكذا إذا ذهب العقل م : (على ما بينا) ش : أراد به قوله : لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء .

م : (وجه الثاني) ش : يعني قوله : وعن أبي يوسف م : (أن السمع والكلام مبطن) ش : يعني كل واحد منهما باطن م : (فيعتبر بالعقل) ش : فيدخل أرش الموضحة في دية م : (والبصر ظاهر فلا يلحق به) ش : أي بالعقل فلا يدخل أرش الموضحة فيه كاليد والرجل . وقال الأكمل - رحمه الله - في قوله : والكلام مبطن ، قيل : يريد به الكلام النفسي بحيث لا يفهم منها المعاني ولا يقدر على نظم المتكلم ، وإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسير جداً وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات نفي جعله مبطناً وظاهراً .

م : (قال : وفي «الجامع الصغير» : من شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة-رحمه الله-) ش : قال أبو الليث : ولكن يجب عليه أرش الموضحة ودية العينين م : (قالوا) ش : أي المشايخ م : (وينبغي أن تجب الدية فيهما) ش : أي في الموضحة والعينين يعني أنه يجب أرش الموضحة ودية العينين . م : (وقالوا) ش : أي أبو يوسف ومحمد م : (في الموضحة القصاص ، قالوا) ش : أي المشايخ في شروحه م : (وينبغي أن تجب الدية في العينين) ش : أي على قولهما ، وإنما كرر لفظ «قالوا» لأن الأول في قول أبي حنيفة والثاني في قولهما .

م : (قال) ش : أي قال محمد في «الجامع الصغير» : م : (وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشل ما بقي من الأصبع أو اليد كلها) ش : أي أو شلت اليد كلها ، والشلل فساد في اليد

لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل ، وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافاً ، وينبغي أن تجب الدية في السن كله ولو قال : اقطع المفصل واترك ما يبس أو اكسر القدر المكسور أو اترك الباقي لم يكن له ذلك لأن الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود فصار كما لو شجحه منقلة فقال أشجحه موضحة وأترك الزيادة لهما في الخلافية أن الفعل في محلين . فيكون جنايتين مبتدأتين ، فالشبهة في إحداهما لا تتعدى إلى الأخرى .

من باب علم م: (لا قصاص عليه في شيء من ذلك) ش: أي باتفاق أصحابنا .

وقال الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - : لا يسقط القود عن الأصبع لأنه عمد يمكن في الاعتبار المساواة فيه ، ولا يجب القصاص في الثاني في قول عن الشافعي ، وفي رواية عن أحمد م: (وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى ، وفيما بقي حكومة عدل) ش: وإنما قال : «ينبغي» لأن محمداً لم يذكر هذا في «الجامع» ، والمشايخ - رحمهم الله - في الشروح قالوا هذا م: (وكذلك) ش: أي الحكم وهو عدم القصاص م: (لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي) ش: من السن المكسورة م: (ولم يحك) ش: أي محمداً م: (خلافاً) ش: في المسألتين وأحمد في رواية والشافعي في قول إن لم يذهب نفعها وهو المختار عند أصحاب الشافعي م: (وينبغي أن تجب الدية في السن كله ولو قال) ش: أي المجنى عليه م: (اقطع المفصل واترك ما يبس) ش: من أرش اليد أو السن أو قال م: (أو اكسر القدر المكسور) ش: من السن م: (أو اترك الباقي لم يكن له ذلك ؛ لأن الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود فصار) ش: حكم هذا م: (كما لو شجحه) ش: أي كما إذا شج رجل رجلاً شجحة م: (منقلة فقال : أشجحه) ش: شجحة م: (موضحة وأترك الزيادة) ش: ليس له ذلك لأن الجناية الأولى كانت سارية وهي ليست في وسع المجنى عليه ، والمماثلة شرط وجوب القصاص فلم تنعقد تلك الجناية موجبة القصاص في الابتداء ، وإنما انعقدت موجبة للمال ، ولا يكون له على القصاص سبيل م: (لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (في الخلافية) ش: أي في المسألة الخلافية وهي : ما إذا شج موضحة فذهبت عيناه م: (أن الفعل) ش: وقع م: (في محلين) ش: مختلفين حقيقة .

م: (فيكون جنايتين مبتدأتين ، فالشبهة في إحداهما) ش: أي في إحدى الجنايتين م: (لا تتعدى إلى الأخرى) ش: أي إلى الجناية الأخرى ، والأصل في هذا أن الجناية إذا وقعت في مجلسين متباينين حقيقة فوجوب المال في أحدهما لا يمنع وجوب القود في الآخر وهو قول الأئمة الثلاثة أيضاً ، ومتى وقعت في محل واحد وأتلف شيئين ، أحدهما يوجب القود والآخر يوجب المال ، يجب بلا خلاف بين أصحابنا خلافاً للأئمة الثلاثة .

كمن رمى إلى الرجل عمداً فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول . وله : أن الجراحة الأولى سارية والجزء بالمثل ، وليس في وسعه الساري فيجب المال ، ولأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة ، وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر ، فأورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية ، بخلاف النفسين ، لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه . وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع لأنه ليس فعلاً مقصوداً .

م : (كمن رمى إلى الرجل عمداً فأصابه ونفذ) ش : أي رميه م : (منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول) ش : دون الثاني ، وتجب الدية في الثاني ، وكذا إذا قطع أصبعاً فاضطرب السكين فأصاب أصبعاً آخر خطأ منه فإنه يقتصر في الأولى بالإجماع دون الثانية .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م : (أن الجراحة الأولى سارية والجزء بالمثل ، وليس في وسعه الساري فيجب المال) ش : لأن الجراحة التي يعمل القصاص قد لا تكون سارية ، إذ ليس في وسعه ، فعلى ذلك لا يكون مثلاً للأولى ولا قصاص بدون المائلة م : (ولأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة) ش : أي الثابتة حالة الشج م : (وكذا المحل) ش : أي محل الجنائتين م : (متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر ، فأورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية) ش : والشبهة تعمل على الحقيقة فيما يندري بالشبهة أن لا يعمل في المال ، لأنه يثبت مع الشبهة فكيف يسقط بها فيجب ديتان .

م : (بخلاف النفسين) ش : هذا جواب عن قولهما كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه ونفذت إلى غيره فقتله ، ووجه ذلك هو قوله م : (لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه) ش : ولا تصور سراية الفعل من شخص إلى شخص ويتصور ذلك في شخص واحد .

م : (وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع) ش : هذا جواب عما قال : إذا قطع أصبع رجل عمداً فاضطرب السكين فوقع على أصبع آخر فقطعها يقتصر للأولى دون الثانية ، فما بال مسألتنا لم تكن كذلك ، ووجهه أن القطع الثاني إنما لم يورث الشبهة في القصاص ، لأنه فعل مقصود ، وأما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود ، وهو معنى قوله م : (لأنه ليس فعلاً مقصوداً) ش : في مسألتنا ، وفيما إذا وقع سكين على الأصبع قد صار فعلاً مقصوداً .

وقال الأكمل - رحمه الله - : الضمير في لأنه عائد إلى ذهاب العين بالسراية ، وبهذا التوجيه يندفع ما قال في «النهاية» أن في قوله لأنه ليس فعلاً مقصوداً نظر ، وإن الصواب ما ذكره في «الذخيرة» أنه مقصود ، ولكن ليس من أمره ، فإنه رجع الضمير إلى الفعل الثاني

قال : وإن قطع إصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى ، فلا قصاص في شيء من ذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا هما وزفر والحسن - رحمهم الله - : يقتص من الأولى ، وفي الثانية أرشها ، والوجه من الجانبين قد ذكرناه . وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الأولى ، وهو ما إذا شج موضحة فذهب بصره : أنه

فاختل الكلام ، وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكر من الدليل الأول بالنسبة إلى الأول ، والثاني إلى الثاني .

وقال الكاكي : قوله «وبخلاف السكين إذا اتصل بالأخرى» لأن القطع في الأصبع الأخرى ليس من أثر الفعل الأول ، بل الفعل وقع عليه مقصوداً ، فيتقرر بحكمه ، يعني أن القطع في الأصبع الأخرى لا يقصد من الأولى ، إذ الخطأ لا تصل من العمد ولا يمكن أن يجعل القطع الثاني تنمة الأول ، فلا يورث شبهة ، وكذا قال فخر الإسلام وصاحب «الإيضاح» .

وذكر في «النهاية» وبهذا يعلم أن فيما قاله في الكتاب ليس مقصوداً نظر ، وأن الصواب فيما ذكره فخر الإسلام وصاحب «الإيضاح» ، أجيب عن كلامه بما ذكره في الكتاب من حيث المعنى ، والتأويل ما قاله فيكون صحيحاً لما قلنا أن الضمير في «لأنه» يرجع إلى القطع في أصبع أخرى .

وقال الأترازي : قوله «بخلاف السكين إذا انسل إلى الأصبع الأخرى فقطعها» ، لأن قطع الأخرى حصل ابتداءً بالانسلال لا بالسراية ، فلم يكن ذلك شبهة بالأصبع الأولى لعدم اتحاد الفعل ، وهذا هو الفرق الصحيح ، وما قاله صاحب «الهداية» بقوله وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع ؛ لأنه ليس فعلاً مقصوداً : فيه نظر ، انتهى .

قلت : قد أجيب عن النظر فيما ذكرناه يعلم بالإمعان في التأمل .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإن قطع أصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى ، فلا قصاص في شيء من ذلك) ش: وعليه دية الأصبعين م: (عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا هما وزفر والحسن - رحمهم الله -) ش: يعني ابن زياد نقله عنه الأكمل وقالوا وزفر فكذلك قال ، ولو قال : «وقال فيها وزفر» كان صواباً ، وذلك أنه لا يجوز أن يعطف على الضمير المرفوع إلا إذا أكد إلا في صورة الشعر م: (يقتص من الأولى) ش: في الأصبع الأولى م: (وفي الثانية) ش: أي وفي الأصبع الثانية يجب م: (أرشها ، والوجه من الجانبين) ش: أي من جانب أبي حنيفة وجانب هؤلاء م: (قد ذكرناه) ش: يريد به قوله ومن شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه . . . إلى آخره .

م: (وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الأولى ، وهو ما إذا شج موضحة فذهب بصره : أنه

يجب القصاص فيهما ؛ لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص، بخلاف الخلافية الأخيرة ؛ لأن الشلل لا قصاص فيه ، فصار الأصل عند محمد - رحمه الله- على هذه الرواية : أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص ، كما لو آلت إلى النفس وقد وقع الأول ظلماً . ووجه المشهور : أن ذهاب البصر بطريق التسبيب ، ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب . بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة . قال : ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص إلا على رواية ابن سماعة - رحمه الله-، ولو أوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الرويتين هاتين .

يجب القصاص فيهما) ش: أي في الموضحة والبصر جميعاً م: (لأن الحاصل بالسراية مباشرة) ش: يعني بمنزلة المباشرة ثم نظر ذلك بقوله م: (كما في النفس) ش: يعني ألا ترى أنه لو قطع يد إنسان فسرى إلى نفسه يجب القصاص م: (والبصر يجري فيه القصاص) ش: ألا ترى أنه لو شجه موضحة وباشر سبب ذهاب البصر يجب القصاص فيهما كذلك هنا .

م: (بخلاف الخلافية الأخيرة) ش: وهي قوله فإن قطع أصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى م: (لأن الشلل لا قصاص فيه) ش: ويجب الأرش م: (فصار الأصل عند محمد - رحمه الله - على هذه الرواية) ش: أي رواية ابن سماعة م: (أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص ، كما لو آلت إلى النفس) ش: قال شيخنا العلاء - رحمه الله - : أي كما لو آلت الجراحة ووصلت إلى النفس ، فإن قطع أصبع رجل عمداً فسرى ومات يجب القصاص م: (وقد وقع الأول ظلماً) ش: أي محمد - رحمه الله - فيكون موجباً للقصاص .

م: (ووجه المشهور) ش: أي القول المشهور عن محمد م: (أن ذهاب البصر بطريق التسبيب، ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب) ش: عندنا وأكثر أهل العلم إلا في رواية عن مالك ، وعن الشافعي في قول م: (بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى) ش: أي لا تبقى الجناية الأولى معتبرة ، فإذا كان كذلك م: (فانقلبت الثانية مباشرة) ش: أي فانقلبت الجناية الثانية بطريق المباشرة ، فيجب القصاص .

م: (قال) ش: أي المصنف ، ذكر هذه المسألة والتي تليها أيضاً على سبيل التفرع م: (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص إلى على رواية ابن سماعة- رحمه الله- ، ولو أوضحه موضحتين) ش: أي ولو شجه شجتين موضحتين م: (فتآكلتا) ش: أي صارتا واحدة بالأكل م: (فهو على الرويتين هاتين) ش: أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد ، يعني لا قصاص على المشهور ، وفيها القصاص على رواية ابن سماعة .

قال : ولو قلع سن رجل فنبئت مكانها أخرى سقط الأرش في قول أبي حنيفة -رحمه الله- ،
وقالا : عليه الأرش كاملاً لأن الجناية قد تحققت ، والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى . وله : أن
الجناية انعدمت معني ، فصار كما إذا قلع سن صبي فنبئت لا يجب الأرش بالإجماع ؛ لأنه لم
يفت عليه منفعة ولا زينة . وعن أبي يوسف -رحمه الله- : أنه تجب حكومة عدل لمكان الألم
الحاصل .

وقال الكرخي - رحمه الله - في «مختصره» وقال محمد - رحمه الله - : إذا ضربه
بعضاً فأوضحه ثم عاد فضربه إلى جانبها ثم تأكلتا حتى صارتا واحدة منهما موضحتان يقتض
منه .

وفي «السير» وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - : فمن ضرب سن رجل
عمداً فكسر بعضها وحركت ما بقي فإنه يؤجل سنة ، فإن سقطت أو اسودت فلا قصاص فيه ،
وقال أبو يوسف : إن سقطت فيه القصاص .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (ولو قلع سن رجل فنبئت مكانها أخرى
سقط الأرش) ش: أي ها هنا لفظ القدوري ، ولم يذكر خلاف أصحابنا عنه ، وقال المصنف :
سقط الأرش م: (في قول أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: وإن كان أخذها ردها ، وبه قال أحمد
والشافعي - رحمهما الله - في قول .

م: (وقال عليه الأرش كاملاً) ش: ولا يردّها لو أخذها ، وبه قال مالك والشافعي -
رحمهما الله - في قول م: (لأن الجناية قد تحققت) ش: والعادة عدم العود م: (والحادث نعمة
مبتدأة من الله تعالى) ش: بخلاف سن الصبي ، فإنها معرضة للنبات ، ولهذا قيل يستأنى في
سن الصبي حولاً دون البالغ .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة : م: (أن الجناية انعدمت معني) ش: لأنه عاد مكانها مثل
الذي تلفت فلم يجب شيء م: (فصار كما إذا قلع سن صبي فنبئت لا يجب الأرش بالإجماع) ش:
فيد بالأرش لأنه روى في «مختصر الكرخي» عن أبي يوسف أنه يجب فيه حكومة العدل وفي
«الأجناس» عن «المجرد» قال أبو حنيفة : لو نزع سن رجل فنبئت نصف السن كان عليه نصف
قيمتها م: (لأنه لم يفت عليه) ش: أي على المزروع سنة م: (منفعة ولا زينة) .

م: (وعن أبي يوسف - رحمه الله -) ش: هذا متعلق بقوله : وقال عليه الأرش كاملاً ، أي
روي عن أبي يوسف : م: (أنه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل) ش: أي يقوم بالألم وبدون
الألم فيجب ما انتقص .

قال : ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الأرش بكماله لأن هذا مما لا يعتد به ، إذ العروق لا تعود ، وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه ، قال : ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الأول ، فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم لأنه تبين أنه استوفى بغير حق ، لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجنابة ، ولهذا يستأنى حولاً بالإجماع ، وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص ، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق ،

م : (قال) ش : أي المصنف : م : (ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الأرش بكماله) ش : وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - في رواية القاضي ، وقال أحمد في رواية : تجب الدية ، وعليه الحكومة لتقصانها م : (لأن هذا مما لا يعتد به ، إذ العروق لا تعود) ش : لأن هذا السن يكون في حكم الميت .

قال محمد : إن كانت أكثر من قدر الدرهم لم يجز الصلاة فيها ولم يكن عوضاً عن الفاتئ ، وقال أبو يوسف : إذا أعادها إلى موضعها يحوز الصلاة فيها ، وفي سن غيره لا يجوز ذلك م : (وكذا) ش : أي وكذا يجب الأرش بكماله م : (إذا قطع أذنه) ش : أي أذن غيره م : (فألصقها) ش : بأن خاطها م : (فالتحمت) ش : وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ، وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية : تجب الحكومة ولا تجب الدية م : (لأنها) ش : أي لأن الأذن م : (لا تعود إلى ما كانت عليه) ش : وهذا ظاهر .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الأول ، فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم) ش : أي المنزوع منه م : (لأنه تبين أنه استوفى بغير حق) ش : وبه قال الشافعي في قول أحمد - رحمه الله - في قول هو هبة مبتدأة ، فلا تجب عليه شيء ، فهو قياس قول مالك في « جامع » المحبوبي .

هذا إذا نبت السن المنزوعة كالأول ، فإن نبت معوجاً يجب حكومة العدل م : (لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجنابة ، ولهذا يستأنى حولاً) ش : أي يؤجل سنة لاستثناء الانتظار ، يقال استيناء نبتة ، أي انتظرتة ، ومنه يستأن الجراحات ، أي ينظر ما لها ، وأصله من أنى يأتي م : (بالإجماع) .

ش : قال الكاكي : قوله « بالإجماع » يخالفه رواية « التتمة » ، فإنه ذكر فيها أن سن البالغ إذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول ، هو الصحيح ؛ لأن نبات سن البالغ نادر فلا يقدر التأجيل إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الأرش لأنه لا يدري عاقبته .

م : (وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص ، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق ،

فاكتفينا بالحول ؛ لأنه تنبت فيه ظاهراً ، فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ، وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه ، والاستيفاء كان بغير حق ، إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال . قال : ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأني حولاً ليظهر أثر فعله فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا في السنة فيما سقط بضره فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيداً ، وهذا بخلاف ما إذا شجّه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب ؛ لأن الموضحة لا تورث المنقلة .

فاكتفينا بالحول) ش : لأنه مشتمل على الفصول الأربعة التي تشمل علي الطباع الأربعة الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة ، فلعل فصلاً منها وافق طبع المجني عليه فبتراً جراحته وتلتئم م : (لأنه تنبت فيه ظاهراً ، فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ، وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء كان لغير حق ، إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة) ش : لأن فعله في الظاهر حين استوفى القصاص كان حقاً فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص م : (فيجب المال) ش : حينئذ ، وقول الناظفي في «الأجناس» من «نوادر أبي يوسف» رواية ابن سماعة .

قال أبو يوسف : رجل قلع سن رجل فانتظر بها حولاً ، أي انتظر بسن الصغير وقضى عليه بأرشها ، وإلى هذه الرواية قال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره .

وقال الناظفي أيضاً : قال في «المجرد» : ولو قلع سن رجل ينبغي للقاضي أن يأخذ ضميماً من النازع للمنزوع سنة ، ويؤجل سنة منذ يوم نزع سنه ، فإذا مضت سنة ولم تنبت اقتص له ، وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ وسن الصغير ، بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعاً ، وإليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما .

م : (قال) ش : أي المصنف : ذكره على سبيل التفريع وهو مسائل الأصل إلى قوله ومن شج رجلاً فالتجمت : م : (ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأني) ش : أي ينتظر م : (حولاً ليظهر أثر فعله ، فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقط سنه فاختلفا) ش : أي الضارب والمضروب م : (في السنة فيما سقط بضره) ش : فقال الضارب سقطت بضره غيري ، وقال المجني عليه بضره م : (فالقول للمضروب) ش : وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد م : (ليكون التأجيل مفيداً) ش : يعني لو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء ، إذا التأجيل لظهور عاقبة الأمر .

م : (وهذا) ش : أي وهذا الذي ذكرناه م : (بخلاف ما إذا شجّه موضحة فجاء وقد صارت) ش : أي الموضحة م : (منقلة فاختلفا) ش : أي وقال المشجوج صارت منقلة من ضربك ، وأنكر الضارب م : (حيث يكون القول قول الضارب ؛ لأن الموضحة لا تورث المنقلة) ش : لأن الشجة

أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا ، وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب ؛ لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر ، فكان القول للمنكر ، ولو لم تسقط لا شيء على الضارب . وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه تجب حكومة الألم ، وسنين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى ، ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص ؛ لأنه لا يمكنه أن يضره ضرباً تسود منه ، وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا . وكذا لو احمر أو اخضر .

الموضحة بعدما وقعت موضحة لا يكون سبباً لنقطة العظم عادة ، بل يكون ذلك أثر بسبب حادث فلا يبقى الظاهر شاهداً للمضروب ، فلا يكون القول قوله .

م : (أما التحريك فيؤثر في السقوط) ش : أي أما تحريك السن فله تأثير في سقوطه فيكون القول قول المضروب ، وبهذا حصل الفرق بين المسألتين ، أشار إليه بقوله : م : (فافترقا) ش : أي الحكم المذكور في المسألة الأولى والحكم المذكور في المسألة الثانية ، وكان القياس أن يكون القول للضارب فيهما ، لأنه منكر ، ولكن في « الاستحسان » فرق بينهما في الوجه الذي ذكره المصنف .

م : (وإن اختلفا في ذلك) ش : أي وإن اختلف الضارب والمضروب في سقوط السن م : (بعد السنة) ش : فقال المضروب : سقطت بضربك ، وقال الضارب : بل سقطت بأمر حادث م : (فالقول للضارب ؛ لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر ، فكان القول للمنكر ، ولو لم تسقط) ش : يعني إذا تحركت السن ، ولو لم تسقط ولم يحصل فيها عيب كالاسوداد ونحوه م : (لا شيء على الضارب ، وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه تجب حكومة الألم) ش : وفي بعض النسخ : وعن أبي حنيفة - رحمه الله - مكان أبي يوسف ، والأول أصح ، لأنه ذكر في « الذخيرة » وغيرها قول أبي يوسف في هذا الموضع م : (وسنين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى) ش : والوجهان هما قوله : ولا شيء على الضارب ، وقوله : حكومة الألم والموعود فيما بعد هذا هو قوله : سقط الأرش عند أبي حنيفة . . . إلى آخره .

م : (ولو لم تسقط) ش : أي السن م : (ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص ؛ لأنه لا يمكنه أن يضره ضرباً تسود منه ، وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص عليه لما ذكرنا) ش : أراد به قوله لأنه لا يمكنه أن يضره ضرباً يسود منه .

م : (وكذا) ش : أي وكذا لا قصاص م : (لو احمر) ش : أي السن م : (أو اخضر) ش : بل يجب الأرش في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد في ماله ، وقالت الأئمة الثلاثة يجب الحكومة

ولو اصفر فيه روايتان قال : ومن شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش عند أبي حنيفة - رحمه الله - : لزوال الشين الموجب . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يجب عليه أرش الألم وهو حكومة عدل ؛ لأن الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه . وقال محمد - رحمه الله - : عليه أجره الطبيب وثمان الدواء ، لأنه إنما لزمه أجره الطبيب وثمان الدواء بفعله ، فصار كأنه أخذ ذلك من ماله ، إلا أن أبا حنيفة - رحمه الله - يقول : إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد أو بشبهة ولم يوجد في حق الجاني . فلا يغرم شيئاً . قال : ومن ضرب رجلاً مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه أرش الضرب ، معناه إذا بقي أثر الضرب

في الاصفرار وفي الاحمرار وفي الاخضرار كذلك عند الشافعي ومالك وأحمد ، وفي رواية عن أحمد يكون كالاسوداد ، م : (ولو اصفر فيه روايتان) ش : روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن فيه الحكومة .

وذكر هاشم عن محمد عن أبي حنيفة قال : لا يجب شيء ، وفي المملوك يجب الحكومة ، وقال محمد : ففيها إذا اصفرت حكومة حرراً كان المضروب أو عبداً ، وقال أبو يوسف أيضاً : فيها حكومة ، وقال أبو يوسف : إن كثرت الصفرة حتى يكون عيباً كعيب الخضرة والحمرة ففيها بمثلها تماماً ، وقال زفر : إذا اصفرت ففيها أرشها تماماً ، الكل ذكره الكرخي - رحمه الله - .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش عند أبي حنيفة - رحمه الله - لزوال الشين الموجب ، وقال أبو يوسف - رحمه الله - يجب عليه أرش الألم وهو حكومة عدل ؛ لأن الشين) ش : أي لأن الشين الموجب م : (إن زال فالألم الحاصل ما زال ، فيجب تقويمه) .

[.....]

م : (وقال محمد عليه أجره الطبيب لأنه إنما لزمه أجره الطبيب وثمان الدواء لأنه إنما لزمه أجره الطبيب وثمان الدواء بفعله ، فصار كأنه أخذ ذلك من ماله) ش : أي من مال المجني عليه ، لأنه ألجأ إلى هذا م : (إلا أن أبا حنيفة - رحمه الله - يقول : إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد) ش : أي مطلق الشبهة العقد كالإجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة م : (أو بشبهة) ش : أي بشبهة العقد المطلق كالإجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة م : (ولم يوجد في حق الجاني) ش : عقد ولا شبهة م : (فلا يغرم شيئاً) ش : كما لو لطمه وألهمه .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه أرش الضرب ، معناه إذا بقي أثر الضرب) ش : قال الأترازي : وقع بيانها مكرراً في

فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجعة الملتحمة . قال : ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط أرش اليد ؛ لأن الجناية من جنس واحد ، والموجب واحد وهو الدية ، وأنها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتل ابتداء . قال : ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ . وقال الشافعي - رحمه الله - : يقتص منه في الحال اعتباراً بالقصاص في النفس ، وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « يستأنى في الجراحات سنة » ؛

« الهداية » ، لأنه استوفى بيانها في فصل قبل الشهادة في القتل ، وأراد بالأرشد أرشد الضرب وهو حكومة العدل .

قال الصدر الشهيد : هذا إذا بقي أثر الضرب م : (فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجعة الملتحمة) ش : والذي مضى هناك أنه لا يلزمه شيء عند أبي حنيفة - رحمه الله - ويجب أرشد الالم عند أبي يوسف وأجرة الطبيب عند محمد ، وإنما قيد بقوله « جرحه » لأنه إذا لم يجرحه في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء) ش : أي قتله خطأ أيضاً ، لأنه إذا كان القتل عمداً يؤخذ بالأمرين جميعاً ، وقيد بما قبل البرء ، لأنه بعد البرء يؤخذ بالأمرين جميعاً م : (فعليه الدية وسقط أرشد اليد ؛ لأن الجناية من جنس واحد) ش : لأن الجنائيات المتفقة بمنزلة الجناية الواحدة ، لأن كل واحد منها خطأ م : (والموجب واحد وهو الدية ، وأنها) ش : أي وأن الدية م : (بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتل ابتداء) ش : فلو قتله ابتداء لم يكن الواجب إلا دية لا غير ، فكذا هذا ، ولا شبهة هنا إذا قطع يده خطأ ثم قتله عمداً ، لأنهما جنائتان مختلفتان ، واختلاف الجنائتين كاختلاف الجنائين .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتص) ش : من الجراح حتى يبرأ ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، م : (منه حتى يبرأ) ش : وقال ابن المنذر : كل من يحفظ العلم يرى الانتظار م : (وقال الشافعي - رحمه الله - يقتص منه في الحال اعتباراً بالقصاص في النفس) ش : أي قياساً عليه م : (وهذا) ش : أي وجوب القصاص في الحال م : (لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل) ش : أي بعد التحقق .

م : (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) ش : أي قول النبي ﷺ م : (« يستأنى في الجراحات سنة ») ش : هذا أخرجه الدارقطني في « سننه » يزيد عن ابن عياض عن أبي الزبير عن جابر - رضي الله عنه - قال ، قال رسول الله ﷺ « تقاس الجراحات ثم يستأنى بها سنة ، ثم يقضى فيها بقدر ما

ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها ؛ لأن حكمها في الحال غير معلوم ، فلعلها تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل ، وإنما يستقر الأمر بالبراء . قال : وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل ، وكل أرض وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تعقل العواقل عمداً » الحديث ،

أبته^(١) قال الدارقطني : يزيد بن عياض ضعيف متروك ، وأخرجه البيهقي عن ابن لهيعة عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً ، وأعله بابن لهيعة^(٢) ، وقال الأترابي : ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن جابر ، ثم ذكر الحديث الذي ذكره المصنف .

قلت : الخصم لا يرضى بهذا وهو يعلم بذلك ، لكنه كان لم يقف على من أخرجه .

م : (ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها) ش : أي لا يعتبر حالها م : (لأن حكمها في الحال غير معلوم ، فلعلها تسري إلى النفس ، فيظهر أنه قتل ، وإنما يستقر الأمر بالبراء) ش : أو بالسراية ، فإذا استوفينا القصاص في الحال استوفينا ما ليس يستقر فلا يجوز ذلك . وقوله : إن العلة تحققت فلا نسلم ذلك ، لأن الجراحة علة لوجوب القصاص فيما دون النفس بعد البرء أو علة لوجوب القصاص في النفس بعد السراية إلى النفس فلا ينعقد علة لأحد الأمرين قبل أن يظهر الحال أنه قيل لم يقطع ، فينبغي أن ينتظر ليعلم الواجب فيه .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل ، وكل أرض وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه الصلاة والسلام) ش : أي لقول النبي ﷺ م : (لا تعقل العواقل عمداً ، الحديث) ش : هذا الحديث غريب مرفوع . وأخرجه البيهقي عن الشعبي عن عمر - رضي الله تعالى عنه - قال : العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تفعله العاقلة . وأخرجه أبو عبيد القاسم بن سلام في آخر كتابه «غريب الحديث» كذلك من قول الشعبي^(٣) .

واختلفوا في تأويل العبد فقال محمد بن الحسن الشيباني : معناه أن يقتل العبد حرراً فليس على عاقلة مولاة شيء من جنائته ، وإنما هي في رقبته ، وقال ابن أبي ليلى : معناه أن يكون العبد مجني عليه فيقتله حر أو جرحه فليس على عاقلة الجاني وإنما عنه في ماله خاصة م : (الحديث) ش : أي الحديث بتمامه ، وأقر الحديث . . . إلى آخره ، وتمامه لا تفعل العواقل عمداً ولا عبداً

(١) رواه الدارقطني في الحدود (ص ٣٢٦) عن يزيد بن عياض عن أبي الزبير عن جابر .

(٢) البيهقي (٦٧/٨) .

(٣) أخرجه البيهقي (١٠٤/٨) عن الشعبي عن عمر ، موقوفاً . ثم قال : وهذا منقطع ، والمحموظ أنه من قول الشعبي ، ثم أخرجه عن الشعبي من قوله .

وهذا عمد غير أن الأول يجب في ثلاث سنين ؛ لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه العمد ، والثاني يجب حالاً ؛ لأنه مال وجب بالعقد فأشبهه الثمن في البيع . قال : وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين ، وقال الشافعي -رحمه الله- تجب حالة ؛ لأن الأصل : أن ما يجب بالإتلاف يجب حالاً ، والتأجيل للتخفيف في الخاطئ ، وهذا عامد فلا يستحقه ، ولأن المال وجب جبراً لحقه . وحقه في نفسه حال فلا يتجبر بالمؤجل . ولنا أنه مال واجب بالقتل ، فيكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد ، وهذا لأن القياس يأبى تقويم الأدمي بالمال لعدم التماثل ،

ولا صلحاً ولا اعترافاً م : (وهذا عمد) ش : أشار به إلى قوله : أو كل عمد سقط فيه القصاص . . . إلى آخره .

م : (غير أن الأول) ش : أراد به دية العمد الذي سقط القصاص فيه شبهة م : (يجب في ثلاث سنين ، لأنه مال وجب بالقتل ابتداء) ش : يعني لا يفعل يحدث بعد القتل كالصلح م : (فأشبهه شبه العمد ، والثاني) ش : أي الأرش الواجب بالصلح م : (يجب حالاً ؛ لأنه مال وجب بالعقد) ش : أي بالصلح فأشبهه الثمن في البيع .

فإن شرط فيه أجل كان مؤجلاً ، وإن لم يشترط كان حالاً م : (فأشبهه الثمن في البيع) ش : فإن شرط فيه أجل كان مؤجلاً وإن لم يشترط كان حالاً . والحاصل أن كل ذلك في مال العاقل في الوجهين ، غير أن في الأول مؤجل في ثلاث سنين وفي الثاني حال في مال العاقل أيضاً .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين ، وقال الشافعي -رحمه الله- تجب حالة) ش : وبه قال مالك وأحمد م : (لأن الأصل أن ما يجب بالإتلاف يجب حالاً ، والتأجيل للتخفيف في الخاطئ ، وهذا عامد فلا يستحقه) ش : أي فلا يستحق التخفيف م : (ولأن المال) ش : دليل آخر للشافعي ، أي ولأن المال فيما ذكر م : (وجب جبراً لحقه) ش : أي لحق المقتول الجبر إن لم يسمع ، بل المسموع الجبر .

قال الجوهري : الجبر أن يبين الرجل من نقر أو يصلح عظمها من كسر وقال جبرت العظم جبراً وجبر العظم بنفسه جبوراً ، أي يجبر م : (وحقه) ش : أي وحق المقتول م : (في نفسه حال فلا يتجبر بالمؤجل) ش : أي فلا يتجبر الحال بالمؤجل لعدم المماثلة .

م : (ولنا أنه) ش : أي أن المال الذي وجب بقتل الأب ابنه م : (مال واجب بالقتل) ش : أي بنفسه اختل ابتداء م : (فيكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد) ش : حيث يجب مؤجلاً م : (وهذا) ش : يشير به إلى بيان هذا بقوله م : (لأن القياس يأبى تقويم الأدمي بالمال لعدم التماثل) ش : أي

والتقوم ثبت بالشرع ، وقد ورد به مؤجلاً لا معجلاً ، فلا يعدل عنه لا سيما إلى زيادة ، ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرأ لا يجوز وصفاً . وكل جنابة اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا . ولأن الإقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة . قال : وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة ، وكذلك كل جنابة موجبا خمسمائة فصاعداً ، والمعنوه كالمجنون .

الأدومي والمال م : (والتقوم ثبت بالشرع ، وقد ورد به مؤجلاً لا معجلاً ، فلا يعدل عنه لا سيما إلى زيادة) ش: حيث سقط القصاص بشبهة الأبوة ، وليس في الإسلام دم هدر ، والمال إن وجب ابتداء وجب من حيث الوصف في المالية م : (ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرأ) ش: أي من حيث القدر م : (لا يجوز وصفاً) ش: أي من حيث الوصف .

بيانه : لم يجز العدول في التغليظ بزيادة القدر بأن يزداد على مائة بعير ، فكذلك لا يجوز العدول فيه بزيادة الوصف وهو صفة الحلول ، لأن وجوب المال بخلاف القياس ، فيقتصر على ما ورد الشرع به وهو التأجيل ، ثم اعلم أنه لا يجب القصاص على الأب لا يجب أيضاً على الأجداد والجدات في قتل الولد وجرحه ، ولكن تجب الدية عليهم في ماله في ثلاث سنين ، وفي الخطأ الدية على العاقلة وعلى القاتل الكفارة ، كذا ذكره الحاكم الشهيد في «الكافي» .

م : (وكل جنابة اعترف بها الجاني فهي في ماله) ش: أراد بقوله : « كل جنابة » ما يوجب الدية ، لأنه إذا اعترف العمدة يقتصر به إذا لم يكن ثمة ما يمنع القصاص م : (ولا يصدق على عاقلته) ش: لأنه يصدق على نفسه غيره معترف على عاقلته ، فإذا لم يصدق عليهم بقيت الدية في ذمته كما كانت ، وتكون مؤجلة يؤدي عنه انقضاء كل سنة ثلثها ، لأنه مال يؤجل بالحوال كالدين يؤجل والزكاة م : (لما روينا) ش: أشار به إلى قوله ﷺ : « لا يعقل العاقلة عمداً... » الحديث . وفيه : ولا اعترافاً .

م : (ولأن الإقرار لا يتعدى المقر) ش: لأنه حجة قاصرة م : (لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة) ش: لعدم ما يجاوزه عنه .

م : (قال) ش: أي القدوري م : (وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة ، وكذلك كل جنابة موجبا خمسمائة فصاعداً) ش: وهو منصوب على الحال والحال محذوف ، تقديره : ولو زاد خمسمائة حال كونه الزائد فصاعداً م : (والمعنوه كالمجنون) ش: أي حكمهما واحد . وفي «المغرب» : المعنوه الناقص العاقل ، وقيل : المدهوش من غير جنون ، وقرئ عتاهية وعتاهية وعتها .

وقال الشافعي -رحمه الله-: عمده عمد حتى تجب الدية في ماله حالة ؛ لأنه عمد حقيقة ، إذ العمد هو القصد ، غير أنه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص ، فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ، ولهذا تجب الكفارة به ويحرم من الميراث على أصله ؛ لأنهما يتعلقان بالقتل . ولنا ما روي عن علي -رضي الله عنه - : أنه جعل عقل المجنون على عاقلته ، وقال : عمده وخطؤه سواء ، ولأن الصبي مظنة الرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر أولى بهذا التخفيف ، ولا نسلم تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم ، والعلم بالعقل ، والمجنون عديم العقل ، والصبي قاصر العقل ، فأنى يتحقق منهما القصد ، وصار كالتائم . وحرمان الميراث

م : (وقال الشافعي -رحمه الله-: عمده) ش: أي عمد كل واحد من الصبي والمجنون والمعتموه م : (عمد حتى تجب الدية في ماله حالة ؛ لأنه عمد حقيقة ، إذ العمد هو القصد) ش: أي لأن العمد في اللغة القصد ، فمن تحقق منه الخطأ ويتحقق منه القصد وقصده معتبر شرعاً في الجملة ، ولهذا يؤدب ويعذر م : (غير أنه تخلف عنه أحد حكميه) ش: أي أحد حكمي القتل وهما القصاص ووجوب المال م : (وهو القصاص ، فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ، ولهذا) ش: أي ولأجل ذلك م : (تجب الكفارة به) ش: أي بالمال ، قيد به لأنه يجب الصوم بالإجماع ، ووجوب الكفارة على الصبي والمجنون على أصل الشافعي -رحمه الله- ، وكذلك م : (ويحرم من الميراث على أصله) ش: أي على أصل الشافعي -رحمه الله- م : (لأنهما) ش: أي لأن وجوب الكفارة بالمال والحرمان من الميراث م : (يتعلقان بالقتل) ش: ومذهب مالك وأحمد كمذهبنا ، وفي قول للشافعي أيضاً كقولنا .

م : (ولنا ما روي عن علي -رضي الله عنه- أنه جعل عقل المجنون على عاقلته ، وقال : عمده وخطؤه سواء) ش: هذا أخرجه البيهقي ، قال : روي أن مجنوناً سعى على رجل بسيف وضربه فبلغ ذلك إلى علي -رضي الله تعالى عنه- فجعل عقله على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء م : (ولأن الصبي مظنة الرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر) ش: أي والحال أن الصبي أقوى أعذرأ م : (أولى بهذا التخفيف ولا نسلم) ش:

جواب عن قول الشافعي -رحمه الله- : لأنه عمداً حقيقة ، أي يمنع م : (تحقق العمدية فإنها) ش: أي فالعمدية م : (تترتب على العلم ، والعلم بالعقل ، والمجنون عديم العقل ، والصبي قاصر العقل ، فأنى يتحقق منهما القصد) ش: أي من أين يتحقق من المجنون والصبي القصد م : (وصار كالتائم) ش: الذي يرفع عنه القلم ما دام نائماً .

م : (وحرمان الميراث) ش: جواب عن قوله : ويحرم الميراث ، بيانه : أن حرمان الميراث من

عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لأنهما مرفوعاً عنهما
القلم .

مورثهما م: (عقوبة) ش: أي للصبي والمجنون م: (وهما ليسا من أهل العقوبة) ش: فلا يحرم ان م:
(والكفارة) ش: جواب عن قوله والكفارة به ، بيانه : أن الكفارة م: (كاسمها ستارة) ش: لأنها
مشتقة من الكفر وهو الستر م: (ولا ذنب تستره) ش: أي ولا ذنب لهما حتى تسترهما الكفارة م:
(لأنهما مرفوعاً عنهما القلم) ش: لقوله ﷺ «رفع القلم عن ثلاث...» الحديث ^(١) .

(١) صحيح : تقدم تخريجه .

فصل في الجنين

قال : وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة وهي نصف عشر الدية . قال -رضي الله عنه- : معناه دية الرجل ، وهذا في الذكر ، وفي الأنثى عشر دية المرأة ، وكل منهما خمسمائة درهم ، والقياس : أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته ، والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ،

م : (فصل في الجنين)

ش : أي هذا فصل في أحكام الجنين هو على وزن فعيل بمعنى مفعول مجنون ، أي مستور من جنه إذا ستره من باب طلب ، والجنين اسم الولد في بطن الأم ما دام فيه ، والجمع أجنة ، فإذا ولد يسمى ولداً ثم رضيعاً ، إلى غير ذلك على ما عرف في موضعه ، ولما ذكر أحكام القتل المتعلقة بالأدمي من كل وجه شرع في بيانها في الأدمي من وجه دون وجه وهو الجنين .

وقال السرخسي : الجنين ما دام في بطن أمه ليست له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الأم ، ولكنه منفرد بالحياة بعد ليكون نفساً له ذمة ، فباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية ولا اعتبار للوجه الأول يكون أصلاً لوجوب الحق عليه ، فأما بعدما يولد فله ذمة صالحة ، ولهذا لو انقلب على مال إنسان فأتلفه كان ضامناً له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي عليه .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً : ففيه غرة وهي نصف عشر الدية) ش : إلى هنا لفظ القدوري .

م : (قال -رضي الله عنه- : معناه دية الرجل ، وهذا في الذكر) ش : أي في الجنين الذكر م : (وفي الأنثى عشر دية المرأة ، وكل منهما خمسمائة درهم) ش : لأن كل واحد من نصف عشر دية الرجل ومن عشر دية المرأة خمسمائة درهم أو بغرة بضم الغين المعجمة وتشديد الراء وهو خيار المال كالفرس والبعير النجيب والعبد والأمة الفارحة ، كذا في «المغرب» . وفي «مبسوط شيخ الإسلام» : سمي بدل الجنين غرة لأن الواجب عبد والعبد يسمى غرة . وقيل : لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية ، وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة ، وسمي وجه الإنسان غرة لأن أول شيء يظهر منه الوجه .

م : (والقياس أن لا يجب شيء) ش : أي في الجنين م : (لأنه لم يتيقن بحياته) ش : لأنه يحتمل أنه مات في بطن أمه بفعله ، ويحتمل أنه كان ميتاً قبل ذلك فلا يجب الضمان بالشك ، ولهذا لا يجب شيء في أجنة البهائم ، ألا ترى أنه من ضرب شاة فزلقت جنيناً ميتاً كان عليه نقصانها ولا شيء عليه في الجنين م : (والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) ش : هذا جواب عما يقال :

وجه الاستحسان : ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: « في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة » ويروى « أو خمسمائة » فتركنا القياس بالأثر ، وهو حجة على من قدرهما بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا إذا كانت

الظاهر أنه حي أو معد للحياة ، فأجاب بقوله : والظاهر لا يصلح أن يكون حجة لاستحقاق شيء كما في جنين البهيمة كما ذكره ، يعني لا يصلح حجة للإلزام على الغير ، وإنما قيد به لأن الظاهر يعتبر إذا لم يكن فيه إلزام الغير كما في رضيع أحد أبويه مسلم أعتقه عن كفارة القتل ، فأجاب : لأن الظاهر به سلامة الأعضاء من ذلك في أول كتاب الديات ، وبالقياس قال زفر ، ذكره في « الذخيرة » .

م : (وجه الاستحسان ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : « في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة ») ش : هذا غريب م : (ويروى أو خمسمائة) ش : هذا رواه الطبراني في «معجمه» من حديث أبي المليح عن أبيه مطولاً وفيه : غرة عبد أو أمة أو خمسمائة ^(١) . والحديث في «الصحيحين» عن أبي بكر -رضي الله عنه - : أن النبي ﷺ قضى في جنين امرأة من بني الحيان بغرة عبد أو أمة وليس فيه ذكر الخمسمائة . وروى محمد بن الحسن في «موطئه» عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن رسول الله ﷺ : قضى في الجنين يقتل في بطن أمه بغرة عبد أو وليدة ، فقال الذي قضى عليه : كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا استهل ومثل ذلك بطل ؟! فقال رسول الله ﷺ : « إنما هذا من إخوان الكهان » ^(٢) ، قوله : غرة عبد أو أمة بالرفع ، لأنه صفة الغرة وتغيرها ، ويروى بالإضافة ، والأول أحسن م : (فتركنا القياس بالأثر) ش : أي بالحديث من النبي ﷺ وبالأثر من غيره .

وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» حدثنا إسماعيل بن عياش عن زيد بن أسلم : أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قوّم الغرة خمسمائة دينار . وأخرج أبو داود في «سننه» عن إبراهيم النخعي -رضي الله تعالى عنه- قال : الغرة خمسمائة ، يعني درهماً .

م : (وهو) ش : أي الحديث المذكور م : (حجة على من قدرهما) ش : عشر الدية لا اختلاف فيه بيننا وبينهم في ذلك بحسب الاختلاف في الدية ، فعندهم أن الدية اثنا عشر ألفاً ، فالغرة م : (بستمائة نحو مالك والشافعي) ش : عندنا عشرة آلاف بغرة خمسمائة .

م : (وهي) ش : أي الغرة م : (على العاقلة) ش : أي على عاقلة الضارب م : (عندنا إذا كانت

(١) أورد الزيلعي إسناد الطبراني قال : حدثنا علي بن عبد العزيز ثنا عثمان بن سعيد المري ، ثنا المنهال بن خليفة عن سلمة بن تمام عن أبي المليح الهذلي عن أبيه ، مرفوعاً ، وفيه المنهال بن خليفة العجلي وهو ضعيف .

(٢) رواه مالك في «الموطأ» «باب دية الجنين» (ص ٢٣١) ، (٦٧٤) ، من رواية محمد بن الحسن .

خمسمائة درهم . وقال مالك تجب في ماله لأنه بدل الجزء . ولنا : «أنه عليه الصلاة والسلام :
قضى بالغرة على العاقلة » ، ولأنه بدل النفس ، ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية ، حيث
قال : « دوه » ، وقالوا : أندي من لا صاح ولا استهل » . الحديث

خمسمائة درهم) ش: يحترز به عن جنين الأمة إذا كان لا يبلغ خمسمائة ، ولكن هذا لا يصلح
لأنها تجب في جنين الأمة في مال الضارب ، ذكره في «الإيضاح» و«الذخيرة» وغيرهما .

وقال الأترابي : وقوله إذا كان خمسمائة كأنه سهو القلم ، وينبغي أن يكون إذ بسكون
الذال بلا ألف بعدها ، يعني أنها إنما تجب على العاقلة ، لأنها مقدرة بخمسمائة ، والعاقلة تعقل
بخمسمائة ولا تعقل ما دونها ، ثم قال : ويكلف بعضهم في توجيه ذلك ، قال : إنه احتراز
عن جنين الأمة إذا لم يبلغ خمسمائة فذاك ليس بشيء ، لأن ما يجب في جنين الأمة فهو في
مال الضارب حالاً ولا تتحملة العاقلة ، وبه صرح الكرخي في «مختصره» وقال الكرخي
أيضاً : ولا كفارة على الضارب والغرة ورثة الجنين ولا يرث الضارب منها شيئاً إن كان من
ورثة الجنين ، ونقل الأكملي كلام الاثنين في « شرحه » م : (وقال مالك تجب) ش : أي الغرة م : (في
ماله لأنه بدل الجزء) ش : أي الجزء الأدمي ، فصار كقطع أصبع من أصابعه .

م : (ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على العاقلة) ش : أي النبي ﷺ حكم بوجوب
الغرة على عاقلة الضارب ، رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» من حديث الشعبي عن جابر-رضي
الله عنه- أن النبي ﷺ جعل الجنين غرة على عاقلة القاتل^(١) ، م : (ولأنه بدل النفس) ش : أي ،
ولأن الغرة بدل النفس ، وذكر الضمير باعتبار المذكور م : (ولهذا) ش : أي ولكونه بدل النفس م :
(سماه عليه الصلاة والسلام ، دية حيث قال : «دوه») ش : أي أدوا ديته ، وهو أمر للجماعة ، وأصله
ارديوه ، لأنه من راده يديه إذا أدى ديته ، وأصل يديه يوديه ، فحذفت الواو لوقوعها بين الياء
والكسرة كما حذف في يعد ، أصله يواعد حذفت منه الواو ، ولذلك حذفت من الأمر تبعاً
لفعله ، فلما حذفت استغنت عن الهمزة ، فحذفت منها فصار دون على وزن غرة .

م : (وقالوا : أندي) ش : أي قال الذي أمره النبي ﷺ بالدية أندي م : (من لا صاح ولا استهل...
الحديث) ش : أي أقر الحديث بتمامه ، وتمامه ما رواه الطبراني في «معجمه» : حدثنا محمد بن
عبد الله الحضرمي حدثنا محمد بن أبي عبد الله بن ليلى حدثني ابن أبي ليلى عن الحكم عن

(١) أورد الزيلعي إسناد ابن أبي شيبة قال : حدثنا يونس بن محمد ثنا عبد الواحد بن زياد ، عن مجالد عن
الشعبي عن جابر ، مرفوعاً . وكذلك رواه الدارقطني في «الحدود والجنابات» (ص ٣٧١) .

قلت : وفيه مجالد بن سعيد وهو ضعيف .

إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة . وقال الشافعي -رحمه الله- : في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ، ولهذا يكون موروثاً بين ورثته . ولنا ما روي عن محمد بن الحسن - رحمه الله- أنه قال : بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة والسلام جعل على العاقلة في سنة . ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس

مجاهد عن حمل بن مالك بن النابغة الهذلي : أنه كانت عنده امرأة فتزوج عليها أخرى فتفايرتا ، فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط فطرح ولداً ميتاً ، فقال لهم رسول الله ﷺ : «دوه» ، فجاء وليها فقال : أندي من لا شرب ولا أكل ولا استهل ، فمثل ذلك بطل ، فقال : « رجز الأعراب ؛ نعم دوه ، فيه غرة عبد أو أمة أو وليدة»^(١) ، انتهى . وحمل بفتح الحاء المهملة ويفتح الميم واللام اسم إحدى المرأتين : مليكة ، والأخرى : أم غطيف ، وقال أبو موسى المدني الحافظ في كتاب «الأمالي» في باب الغين المعجمة : أم غطيف الهذلية هي التي ضربتها أم مليكة فأسقطت .

م : (إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة) ش : قال الأترابي : هذا يتعلق بقوله : «وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة» ، وكأنه يقول إذا كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لا تعقل العاقلة كما في جنين الأمة ، وقال الأكمل : قوله : «إلا أن العواقل» جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة ، وأنتم قيدتم بقولكم : «إذا كان خمسمائة درهم» ، وقد علمتم ما يرد عليه من النظر ، انتهى .

قلت : أراد به ما نقلناه عن الكاكي وعن الأترابي : أنها م : (وتجب في سنة) ش : أي تجب الغرة على العاقلة في سنته .

م : (وقال الشافعي -رحمه الله- : في ثلاث سنين) ش : أي تجب في ثلاث سنين . فإن قلت : ذكر في «وجيزهم» : أن غرة الجنين تجب في سنته كمنهنا . وأجيب بأنه يحتمل أن يكون عن الشافعي -رحمه الله- روايتان فليتأمل م : (لأنه) ش : أي لأن الغرة م : (بدل النفس) ش : أي نفس الجنين ، وما وجب في قتل النفس مؤجل إلى ثلاث سنين م : (ولهذا) ش : أي ولكونها بدل النفس م : (يكون موروثاً بين ورثته) ش : أي ورثة الجنين سوى الضارب .

م : (ولنا ما روي عن محمد بن الحسن -رحمه الله- أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة والسلام جعل على العاقلة في سنة) ش : هذا غريب م : (ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس

(١) إسناده الطبراني هكذا : حدثنا محمد بن عبد الله الحضرمي حدثنا محمد بن عبد الله أبي ليلى حدثنا ابن أبي ليلى عن الحكم عن مجاهد عن حمل بن مالك بن النابغة الهذلي ، وفيه محمد بن أبي ليلى وهو ضعيف .

على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم ، فعملنا بالشبه الأول في حق التورث ،
وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة ؛ لأنه بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف
العشر يجب في سنة ، بخلاف أجزاء الدية ؛ لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث
ستين . ويستوي فيه الذكر والأنثى لإطلاق ما روينا ، ولأن في الحيين إنما ظهر التفاوت لتفاوت
معاني الآدمية ، ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة ،

على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم) ش: حاصل الكلام : أن الجنين له شبهان
بالنفس وبالعضو من حيث إنه حي بحياة ونفسه نفس على حدة ، ومن حيث إنه متصل بالأم
فهو كعضو من أعضائها م : (فعملنا بالشبه الأول في حق التورث ، وبالثاني) ش: أي وعملنا بالشبه
الثاني م : (في حق التأجيل إلى سنة ؛ لأنه بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر
يجب في سنة) ش: أي تجب الغرة في سنة واحدة ، وقوله : بدون الواو العاطفة في أوله هو
الصحيح من النسخ ، وفي بعضها أو أكثر وكلاهما غير صحيح ، لأن المراد أن يكون الأقل من
ثلث الدية أكثر من نصف العشر ، وإنما يكون إذا كان أكثر صفة لأقل أو بدلاً منه .

وقال الأكمل : وهل العطف بالواو يقيد ذلك أيضاً ؟ ، ولكن لم يبين وجهه . وقال
الأترازي : ولنا التقييد بالأكثر فيه نظر ، لأنه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كانت
قدر نصف عشر الدية تجب في سنة ، وكان ينبغي أن يقول : إذا كان بدل العضو نصف عشر
الدية ، أي ثلثها تجب في سنة .

م : (بخلاف أجزاء الدية ؛ لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين) ش: صورته :
أن يشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطأ ، فإنه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية
في ثلاث سنين م : (ويستوي فيه) ش: أي في وجوب قدر الغرة م : (الذكر والأنثى) ش: ولا يفضل
الذكر على الأنثى في إيجاب الغرة م : (لإطلاق ما روينا) ش: وهو قوله ﷺ «في الجنين غرة عبد أو
أمة» ، وبه قال الشافعي وأحمد وعامة أهل العلم .

م : (ولأن في الحيين) ش: هذا دليل معقول على التساوي بين الذكر والأنثى في الغرة ،
وقوله : «الحيين» بالحاء المهملة تنثية حي وإرادتهما للذكور المنفصلين الحيين أو أحدهما ذكر
والأخرى أنثى م : (إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية) ش: بأن كان دية الذكر ألف دينار ،
ودية الأنثى خمسمائة دينار م : (ولا تفاوت في الجنين) ش: تنثية جنين بالجيم ومالكية التصرفات
والشهادة وغيرها في الذكر ولا وجود هذا في الجنين حتى يتصور فيه معنى التفضيل ، فينبغي
وصف الآدمية فحسب ، فإذا كان كذلك م : (فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة) ش: لأنهما سواء
في وصف الآدمية فقط به .

فإن ألفت حياً ثم مات ففيه دية كاملة ؛ لأنه أتلف حياً بالضرب السابق وإن ألقته ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها وقد صح : « أنه عليه الصلاة والسلام قضى في هذا بالدية والغرة ». وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه دية في الأم وديه في الجنين ؛ لأنه قاتل شخصين . وإن ماتت ثم ألفت ميتاً فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين . وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين ؛ لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتاً وهي

قال أي القدوري : م : (فإن ألفت حياً ثم مات ففيه دية كاملة لأنه) ش : أي لأن الضارب م : (أتلف حياً بالضرب السابق) ش : ولا خلاف لأهل العلم فيه ، قاله ابن المنذر ، ولكنهم اختلفوا في هذه المسألة في ثلاث فصول ، أحدها أنه أثبتت جنابة بكل أمانة تدل عليها من الاستهلال والإرضاع أو النفس أو العطاس أو غيره ، وهو قولنا وقول الشافعي واحد .

وقال مالك وأحمد في رواية والزهري وقتادة وإسحاق : ولا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال وهو الصياح وهو قول ابن عباس والحسن بن علي وجابر وعمر في رواية عنه للشافعي .

وقال أحمد والمزني : لو كان سقوطه لسته أشهر فصاعداً تجب الدية الثالثة ، قال أحمد إنما تجب دية إذا علم موته بسبب الضربة لسقوطه في الحال وبقائه سالماً إلى أن يموت أو بقاء أمه متألماً إلى أن تسقطه .

م : (وإن ألقته ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها) ش : هذا أيضاً من القدوري م : (وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام قضى في هذا بالدية والغرة) ش : لم يذكر أحد من الشراح هذا الحديث ، حتى قال المخرج : نظرت في الكتب الستة فلم أجد بهذا المعنى ، والذي فيها : عن أبي هريرة -رضي الله عنه- : « أن النبي ﷺ قضى في جنين امرأة من بن لحيان بغرة عبد أو أمة ، ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت ، فقضى رسول الله ﷺ أن ميراثها لها ولزوجها ، وأن العقل على عصمتها » .

م : (وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين) ش : ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري م : (لأنه قاتل شخصين) ش : وذلك لأنه لما انفصل عنها حياً اعتبر حكمه بنفسه بدلالة أنه يجب فيه أرش كامل فصار قاتلاً للثنتين ، م : (وإن ماتت ثم ألفت ميتاً فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين) ش : هذا لفظ القدوري ، وبه قال مالك .

م : (وقال الشافعي -رحمه الله- : تجب الغرة في الجنين) ش : وبه قال أحمد -رحمه الله- ، م : (لأن الظاهر موته) ش : أي موت الجنين م : (بالضرب فصار كما إذا ألقته) ش : حال كونه م : (ميتاً وهي

حياة . ولنا أن موت الأم أحد سببي موته ؛ لأنه يختنق بموتها ، إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك . قال : وما يجب في الجنين موروث عنه لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب ، حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل . قال : وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى . وقال الشافعي - رحمه الله - : فيه عشر قيمة الأم ؛ لأنه جزء من وجهه ، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل .

حياة) ش: أي والحال أن الأم بالحياة .

م: (ولنا أن موت الأم أحد سببي موته) ش: أي موت الجنين ، والسبب الآخر الضرب م: (لأنه يختنق بموتها ، إذ تنفسه بتنفسها) ش: فيتمكن الاشتباه م: (فلا يجب الضمان بالشك) ش: في سبب هلاكه حين الانفصال ، وقال تاج الشريعة :

فإن قلت : عموم قوله ﷺ : « غرة عبد أو أمة » يتناول المتنازع فيه . قلت : لا بد من اضمماره كأنه قال في إتلاف الجنين والشك وقع في ذلك م: (قال) ش: أي القدوري م: (وما يجب في الجنين موروث عنه) ش: يعني غرة الجنين بين ورثته . وقال الليث : غرة الجنين لأم الجنين م: (لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب ، حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها) ش: أي ولا يرث الأب من الغرة م: (لأنه قاتل بغير حق مباشرة) ش: أي من حيث المباشرة لا من حيث التسبب م: (ولا ميراث للقاتل) ش: بالنص .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى) ش: بيانه : أنه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه . وهيئته : لو كان حياً ينظر كم قيمته بهذا المكان ، فإذا ظهر فيعد هذا إذا كان ذكراً أو جب نصف عشر قيمته . وإن كان أنثى وجب عشر قيمته ، ولو لم يعلم ذكورة الجنين ولا أنوثته يؤخذ بالمتيقن كالتخشي المشكل كمن قتل عمداً خطأ والمقتول خشي مشكل فإنه يجب المتيقن ، كذا ها هنا .

ولو ضاع الجنين ولا يمكننا تقويمه باعتبار لونه وهيئته لو كان حياً ووقع التنازع في قيمته كان القول للضارب ، لأنه منكر للزيادة كما لو قتل عبداً خطأ ووقع في قيمته التنازع وعجز القاضي عن تقويمه باعتبار حاله وهيئته لو كان حياً كان القول للقاتل مع اليمين ، كذا هنا ، الكل من «الذخيرة» .

م: (وقال الشافعي - رحمه الله - : فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجهه ، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل) ش: لأنه جنين مات بالجناية في بطن الأم فلم يختلف ضمانه بالذكر

ولنا أنه بدل نفسه ؛ لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين ، فكان بدل نفسه فيقدر بها . وقال أبو يوسف -رحمه الله- : يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم ، وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره إن شاء الله تعالى فصح الاعتبار على أصله . قال : فإن ضربت

والأنثوة كجنين الحرة لإطلاق النصوص ، وبه قال مالك وأحمد وابن المنذر ، وهو قول الحسن والنخعي والزهري وقتادة وإسحاق . وعن بعض أصحاب الشافعي : يعتبر قيمته يوم أسقطت .

م : (ولنا أنه بدل نفسه) ش : أي أن الغرة بدل نفس الجنين ، ويذكر الضمير على معنى وجوب الغرة م : (لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان) ش : حتى لو قطع سناً ثم نبت مكانه أخرى لم يجب شيء م : (ولا معتبر به) ش : أي يظهر النقصان في الأم م : (في ضمان الجنين ، فكان) ش : أي ضمان الجنين م : (بدل نفسه فيقدر بها) ش : أي بقيمة نفس الجنين ولا بقيمة الأم ، لأن وجوبه باعتبار معنى النفسية الخيرية .

م : (وقال أبو يوسف -رحمه الله- : يجب ضمان النقصان) ش : أي ضمان نقصان الأم م : (لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم) ش : أي قياساً على جنين البهائم ، فإن النقصان يجب فيها بلا خلاف لأحد ، هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ، قال في «المبسوط» : ثم وجوب البدن في وجوب الأمة قول أبي حنيفة ومحمد ، وهو ظاهر من قول أبي يوسف . وعن أبي يوسف في رواية أنه لا يجب القصاص في الأم إن تمكن فيها نقص ، وإن لم يتمكن لا يجب شيء كما في البهيمة .

م : (وهذا) ش : أي هذا الخلاف م : (لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده) ش : أي عند أبي يوسف -رحمه الله- ، وعندهما ضمان الجنائيات م : (على ما نذكره إن شاء الله تعالى) ش : أشار به إلى ما ذكره في باب : جنائيات المملوك في أول الفصل الذي بعده في مسألة قتل العبد خطر بقوله لها إن الضمان بدل المالية .

وقال الكاكي : وهذا بناء على اختلافهم في ضمان الجناية على المماليك ، فعند أبي يوسف هو بمنزلة ضمان المال حتى يجب بالغاً ما بلغ ، وعندهما بدل النفس . ولهذا لا يزداد على مقدار المالية ، كذا في المبسوط م : (فصح الاعتبار على أصله) ش : أي صح اعتبار البهائم على أصل أبي يوسف .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» م : (فإن ضربت) ش : أي فإن ضرب بطن أمة .

فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ، ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق ، وقد كان في حالة الرق ، فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حياً ، لأنه بالضرب صار قاتلاً إياه وهو حي ، فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف . وقيل : هذا عندهما ، وعند محمد -رحمه الله- : تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب ، لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد إن شاء الله تعالى . قال : ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي -رحمه الله- : تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً . ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعدها ،

وفي بعض النسخ : فإن ضربت بصيغة المجهول ، أي الأمة . وكذا في نسخة شيخنا العلاء -رحمه الله- م : (فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ، ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق ، وقد كان في حالة الرق ، فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حياً ، لأنه بالضرب صار قاتلاً إياه وهو حي ، فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف) ش : يعني أوجبنا القيمة دون الدية اعتباراً بحالة الضرب ، وأوجبنا قيمته حياً لا مشكوكاً في حياته اعتباراً بحالة التلف ، ولا يقال : إن هذا اعتبار بحالة الضرب فحسب ، لأن الواجب في تلك الحال قيمته حياً أيضاً ، لأن نقول جاز أن يكون حياً فلا يجب قيمته حياً هناك ، بل تجب الغرة .

م : (وقيل : هذا عندهما) ش : يعني قول محمد في «الجامع الصغير» : ضمنه قيمته حياً عند أبي حنيفة وأبي يوسف م : (وعند محمد -رحمه الله- : تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب) ش : أي تجب تفاوت ما بينهما ، حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمه مضروباً ثمانمائة تجب على الضارب مائتا درهم م : (لأن الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد إن شاء الله تعالى) ش : أي في باب جنابة المملوك في مسألة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك . م : (قال) ش : أي القدوري م : (ولا كفارة في الجنين) ش : قال الكرخي في «مختصره» : ولا كفارة على الضارب وإن سقط كامل الخلق ميتاً لا كفارة فيه ، إلا إن شاء ذلك ، فإن فعل ذلك فهو فصل وليس ذلك عليه عندنا بواجب وليتقرب إلى الله تعالى بما استطاع من خير وليستغفر الله تعالى مما صنع .

م : (وعند الشافعي -رحمه الله- : تجب) ش : الكفارة ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم م : (لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً . ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة) ش : أي الكاملة ، والشرع قدر بإيجابها فيها م : (فلا تتعدها) ش : أي فلا يتعدى وجوبها النفوس المطلقة ، ولأن الجنين جزء من وجه ، بدليل أنه يعتق بعثق الأم يتغذى

ولهذا لم يجب كل البذل ، قالوا: إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظوراً ، فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع . والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام لإطلاق ما روينا . ولأنه ولد حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك . فكذا في حق هذا الحكم . ولأن بهذا القدر يتميز عن العلقة والدم ، فكان نفساً ، والله أعلم .

بغذائها ، ويتنفس بنفسها ، ولا يكمل أرشه كسائر الأعضاء ، حيث لا يجب فيه دية كاملة ، أشار إليه بقوله : م : (ولهذا لم يجب كل البذل قالوا) ش : أي المشايخ م : (إلا أن يشاء ذلك) ش : أي الضارب إذا شاء إعطاء الكفارة م : (لأنه) ش : أي لأن الضارب م : (ارتكب محظوراً ، فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع) ش : وقد ذكرنا هذا عن الكرخي عن قريب .

م : (والجنين الذي قد استبان بعض خلقه) ش : قيد به لأنه لو لم يستن شيء من خلقه لا يكون بمنزلة الولد وهو إن كان علقة فلا حكم لها في حق هذه الأحكام ولا يعلم فيه خلاف .

أما لو ألفت مضغة ولم بين فيه شيء من خلقه فشهدت ثقة من القوايل أنه مبتدأ خلق آدمي ، ولو بقي التصور فلا غرة فيه ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الأصح وأحمد في رواية لأنه كالعلقة ، والنطفة ، وعندنا فيه حكومة ، وقال الشافعي رحمه الله في قول وأحمد في رواية : فيه الغرة ، وبه قال مالك م : (بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام) ش : نحو انقضاء العمد ، وكون المرأة نفساً ، وكون الأمة أم ولد إذا ادعاه المولى وانقطع الرجعة وعدم جواز الوطء في نفاسها م : (لإطلاق ما روينا) ش : وهو : أن النبي ﷺ قضى في الغرة في الجنين ولم يفصل حيث قال : وفي الجنين غرة .

م : (ولأنه) ش : أي ولأن الجنين م : (ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك) ش : مما ذكرنا الآن م : (فكذا في حق هذا الحكم) ش : أي في وجوب العدة .

م : (ولأن بهذا القدر) ش : أي باستبانة بعض خلقه م : (يتميز عن العلقة والدم ، فكان نفساً والله أعلم) ش : لأنه ليس بعد العلقة إلا أن يكون نفساً . وفي «الفتاوى الصغرى» : المرأة إذا ضربت بطن نفسها متعمدة أو شربت دواء يسقط ولدها فسقط يضمن عاقلتها الغرة ، ونقله عن «الزيادات» وفي «الوقائع» : على عاقلتها الدية في ثلاث سنين ، أما إن كانت لها عاقلة وإن لم تكن فذاك من مالها ولا ترث منها شيئاً وعليها الكفارة . ولو ألفت جنيناً ميتاً تجب الغرة على العاقلة في سنة واحدة . ولو كان الشرب لإصلاح البدن فلا شيء عليها فلا ترث منه شيئاً .

وفي «الذخيرة»: شربت أو حملت حملاً ثقيلاً أو وضعت في قبلها شيئاً حتى ألفت جنيناً فعلى عاقلتها الغرة خمسمائة في سنة ، أو قبلت متعمدة بغير إذن الزوج ، وإن قبلت بإذنه فلا ضمان ، وعند الأئمة الثلاثة ، وأكثر أهل العلم تجب الغرة على عاقلتها بالإذن وبغير الإذن ، ويجب الكفارة أيضاً كما في غيره . وفي «الذخيرة»: اشترى جارية فحبلت منه ثم ضربت بطن نفسها أو شربت دواء أو عاجلت قبلها متعمدة فسقط الجنين ميتاً ثم استحقت وقضى المستحق بالجارية وعقرها على المشتري . ويقال للمستحق لقد قتلت ولدها وإنه ولد هذا المشتري لأنه ولد المغرور جرياً بالقيمة فالجنين مضمون بالغرة فادفع أمتك أو ردها الغرة الجنين الحر ، ولا يعلم فيه خلاف .

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال : ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرصناً أو بنى دكاناً فلرجل من عرض الناس أن ينزعه ؛ لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه ، فكان له حق النقض

م : (باب ما يحدثه الرجل في الطريق)

ش : أي هذا باب في بيان حكم ما يحدثه الرجل في طريق الناس من أنواع الأشياء التي ذكرها المصنف .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» م : (ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً) ش : وهو المستراح وهو بيت الماء م : (أو ميزاباً) ش : ذكره الجوهري في مادة وزب ، وقال الميزاب : الشعب فارسي معرب ، وقد عرب بالهمز وربما لم يهمز ، والجمع المأزيب إذا همزت ، وميازيب إذا لم تهمز . وذكر أيضاً في باب أذب وقال : الميزاب ، وربما لم يهمز . وقال في مادة رزب بالراء ثم الزاي : المرزاب لغة في الميزاب ، وليست بالفصيحة . وقال : الشعب بالفتح واحد مئاعب الحياض ، والمثعب بالميم مسيل الماء في الوادي ، وجمعه ثعبان .

م : (أو جرصناً) ش : بضم الجيم وسكون الراء وضم الصاد وبالنون الخفيفة . وفي «المغرب» الجرصن دخيل ، أي ليس بعربي أصلي وهو الجذع يخرجه الإنسان من الحائط إلى الطريق ليبنى عليه ، وفسره الفقيه أبو الليث - رحمه الله - بالبرج الذي يكون في الحائط . وقال فخر الإسلام اختلف فيه فقال بعضهم : هو البرج . وقال بعضهم : هو مجرى ماء مركب في الحائط فكيف ما كان فهو بعد حق المسلمين ، وهو فارسي معرب ، إذ ليس في العربية كلام على هذا التركيب ، أعني الجيم والراء والصاد ، بل مهمل في كلامهم .

م : (أو بنى دكاناً) ش : قال الجوهري : الدكان واحد الدكاكين وهي الحوانيت فارسي معرب م : (فلرجل من عرض الناس) ش : العرض بالضم الجانب وفلان من عرض العشيرة أي من شقها لا من صميمها . وقيل : المراد من العرض هنا أبعد الناس منزلة ، أي أضعفهم وأرذلهم م : (أن ينزعه ؛ لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه ، فكان له) ش : أي لعرض الناس م : (حق النقض) ش : سواء كان فيه ضرراً أو لا ، إذا وضع بغير إذن الإمام ، لأن اليد فيما يكون للعمامة للإمام ، وله ولاية المنع قبل الوضع أيضاً .

وقال أبو يوسف : لكل أحد المنع قبل الوضع . وقال محمد : ليس له أن يمنع ابتداءً ولا أن يخاصم بالدفع بعد الوضع إذا لم يكن فيه ضرر ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد والنخعي والأوزاعي وإسحاق - رحمه الله - وفيما يضر لا يجوز بلا خلاف أذن الإمام أو لم يأذن .

كما في الملك المشترك ، فإن لكل واحد حق النقص لو أحدث غيرهم فيه شيئاً ، فكذا في الحق المشترك . قال : ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين ؛ لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به ، إذ المانع متعنت . فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » .

واختلف فيما لا يضر ، قيل : إن كان شارعاً يمر فيه الجيوش والأحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه . وقال الأكثرون : لا يقدر بذلك ، بل يكون لا يضر بالعمارات والمحال . وفي «المبسوط» : لا يقضي عليه بالهدم بخصوصة العبيد والصبيان والمهجورين وينقص لمخاصمته الذمي فإن له حقاً في الطريق ، فإن بنى مشعباً للعمامة لا يضر المسلمين لا ينقص ، كذا روي عن محمد . وكذا لو قعد بالبيع والشراء لا يضر بالمسلمين لا يمنع ، وإن كان يضر يمنع . وأما الضمان فالذي أخرجه ضامن لما تلف به ، لكن المتلف إن كان آدمياً فالضمان على عاقلته .

م : (كما في الملك المشترك ، فإن لكل واحد حق النقص لو أحدث غيرهم فيه شيئاً ، فكذا في الحق المشترك) ش : لكل واحد منعه م : (قال : ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين ، لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق) ش : أي بالمرور م : (ما في معناه به) ش : أي فيلحق ما في معنى المرور ، قال الأترابي : يعني يجوز له الانتفاع بالجرصن ونحوه ما لم يضر بغيره كالمرور م : (إذ المانع متعنت) ش : أي المانع من الانتفاع بما لا ضرر فيه لأحد متعنت وهو الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه أو لغيره .

م : (فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام) ش : أي لقول النبي ﷺ م : «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(١) ش : . هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة -رضي الله تعالى عنهم- منهم جابر -رضي الله تعالى عنه- ، وروى حديثه الطبراني قال : قال رسول الله ﷺ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، ومنهم عبادة بن الصامت روى حديثه ابن ماجه عن عبادة : «أن رسول الله ﷺ قضى أن لا ضرر ولا ضرار» . ومنهم ابن عباس روى حديثه ابن ماجه أيضاً . ومنهم أبو سعيد الخدري روى حديثه الحاكم في «المستدرک» ولفظه : « لا ضرر ولا ضرار ، من ضره الله ، ومن شق شق الله عليه » .

ومنهم أبو هريرة روى حديثه الدارقطني في «سننه» ولفظه : « لا ضرر ولا ضرورة » .
ومنهم عائشة -رضي الله تعالى عنها- ، وروى حديثها الدارقطني نحو لفظ المصنف .

(١) حديث صحيح بمجموع طرقه .

قال : وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفاً ولا ميزاباً إلا بإذنهم لأنها مملوكة لهم ، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال ، فلا يجوز التصرف بأمرهم أو لم يضر إلا بإذنهم ، وفي الطريق النافذ له التصرف ، إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل ، فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً كيلاً يتعطل عليه طريق الانتفاع ، ولا كذلك غير النافذ ، لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكماً . قال : وإذا أشرع في الطريق روشناً أو ميزاباً أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته ؛ لأنه مسبب لتلقه متعدد بشغله هواء الطريق ، وهذا من أسباب

وقال ابن الأثير الضر ضد النفع ضره يضره أو أضر به يضره إضراراً . معنى قوله لا ضرر ، أي لا يضر الرجل أخاه فينقص من حقه شيئاً ، والضرار فعال من الضرر أي يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه . وقيل : الضرر ما تضر به صاحبك ، وتتفع به أنت ، والضرار أن تضره من غير أن تتفع .

وقيل هما بمعنى واحد ، والتكرار للتأكيد . وقيل الضرر يكون من واحد ، والضرار بمعنى المضارة وهو يكون من اثنين م : (قال : وليس لأحد من أهل الدرب) ش : وهو الباب الواسع ، والمراد هنا السكة الواسعة م : (الذي ليس بنافذ) ش : قال فخر الإسلام : والمراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعله الملك .

وقد تنفذ وهي المملوكة وقد يسيل منفذها ، وهي للعامه ، لكن ذلك دليل على الملك غالباً ، فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يقوم الدليل على خلافه م : (أن يشرع كنيفاً ولا ميزاباً إلا بإذنهم ؛ لأنها مملوكة لهم ، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال) ش : يعني سواء كانوا متلازمين أو لم يكونوا م : (فلا يجوز التصرف بأمرهم أو لم يضر إلا بإذنهم ، وفي الطريق النافذ له التصرف ، إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل ، فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً كيلاً يتعطل عليه طريق الانتفاع ، ولا كذلك غير النافذ ؛ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكماً) ش : أي من حيث الحقيقة والحكم ، وهو ظاهر .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وإذا أشرع) ش : يقال أشرع باباً في الطريق ، أي فتحه ، وأشرع رمحه أي رفعه م : (في الطريق روشناً) ش : هو المر على العلو ، وقيل هو مثل الرف ، وقيل : الروشن هو أن يضع الخشبة على جداري السطحين ليتمكن من المرور . وقال الجوهري : الروشن الكرة ، ذكره في باب روشن فيدل على أن الواو زائدة م : (أو ميزاباً أو نحوه) ش : مثل إن وضع جزءاً أو صخرة شاخصة أو وضع جناحاً م : (فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته ؛ لأنه مسبب لتلقه متعدد بشغله هواء الطريق ، وهذا) ش : أي التسبب بطريق التعدي م : (من أسباب

الضمان وهو الأصل . وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة ، وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما ، لأنه يصير كالدافع إياه عليه . وإن سقط الميزاب نظر ، فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان عليه ؛ لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه . وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه لكونه متعدياً فيه ، ولا ضرورة ؛ لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ، ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة . ولو أصابه الطرفان جميعاً وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف ، كما إذا جرحه سبع وإنسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتباراً للأحوال .

الضمان (ش : ولا خلاف لأحد فيه م : (وهو الأصل) ش : أي التعدي أصل في باب الضمان . م : (وكذلك) ش : أي وكذا تجب الدية على العاقلة م : (إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب) ش : وهي الكنيف والميزاب والجرحن والدكان المبني على الطريق (وكذا) أي وكذا تجب الدية على العاقلة م : (إذا تعثر بنقضه) ش : بضم النون ، وسكون القاف ، وهو اسم البناء المنقوض ، وكذا في «ديوان الأدب» ، وروي عن بعضهم بكسر النون م : (إنسان أو عطبت به دابة) ش : ففي عطوب الدابة يجب ضمانها في ماله م : (وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما) ش : أي في الرجلين ، يعني ضمان الرجلين ، يعني ضمان الرجلين على المحدث في الطريق م : (لأنه يصير كالدافع إياه عليه) ش : وإذا نحى رجل شيئاً من ذلك عن موضعه فعطب به آخر فالضمان على الذي نحاه وقد خرج الأول من الضمان .

فإن قيل : إذا احتسب حيث أخطأ الأذى عن الطريق . أجيب : بلى ولكنه أخطأ الحسنه حيث شغل موضعاً آخر من الطريق .

م : (وإن سقط الميزاب) ش : أي ميزاب رجل سقط على رجل فقتله م : (نظر ، فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان عليه ؛ لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه ، وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه لكونه متعدياً فيه ، ولا ضرورة ؛ لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ، ولا كفارة عليه) ش : أي على محدث الميزاب ، ويضره في الطريق إذا مات به إنسان م : (ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة) ش : وتندفع الضرورة من غير شغل طريق المسلمين ، والكفارة وحرمان الميراث مسببان بالقتل حقيقة ولم يوجد .

م : (ولو أصابه الطرفان جميعاً) ش : أي الطرفان الداخل في الحائط والخارج عنه م : (وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف) ش : أي سقط النصف م : (كما إذا جرحه سبع وإنسان) ش : يجب النصف ويهدر النصف م : (ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتباراً للأحوال) ش :

ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله ، أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ إليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع؛ لأن فعله وهو الوضع لم يفسخ بزوال ملكه وهو الموجب . ولو وضع في الطريق جمرأ فأحرق شيئاً يضمنه ؛ لأنه متعد فيه . ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئاً لم يضمنه لنسخ الريح فعله ، وقيل : إذا كان اليوم ريحاً ؛ يضمنه لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليها فجعل كمباشرته . ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوق فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم ؛ لأن التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً إلى رب الدار ، وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلاً حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده ، فلم يتسلم فعلهم إليه فاقصر

يعني يضمن في حال بالنظر إلى الخارج عن الحائط ولا يضمن في حال بالنظر إلى الداخل فيضمن نصف الضمان .

م: (ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله ، أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ إليه منها) ش: أي برئ البائع بتسليمه للمشتري مما يحدث من الخشبة م: (فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع ؛ لأن فعله) ش: أي فعل الواضع م: (وهو الوضع لم يفسخ بزوال ملكه وهو الموجب) ش: أي الموجب الضمان هو الوضع .

م: (ولو وضع في الطريق جمرأ فأحرق شيئاً يضمنه ؛ لأنه متعد فيه ، ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئاً فلم يضمنه لنسخ الريح فعله ، وقيل إذا كان اليوم ريحاً يضمنه) ش: يعني إذا كانت الريح متحركة حين وضع الجمر على الطريق ثم حركت الريح الجمر يضمنه م: (لأنه فعله مع علمه بعاقبته) ش: وهي الحريق بواسطة الريح م: (وقد أفضى إليها) ش: أي إلى العاقبة م: (فجعل كمباشرته) ش: أي كمباشرة ذلك بنفسه ، وهو اختيار الإمام السرخسي ، وكان شمس الأئمة الحلواني لا يقول بالضمان إذا حركته الريح عن مكانه من غير تفصيل وهو قياس قول الأئمة الثلاثة .

م: (ولو استأجر رب الدار الفعلة) ش: وهو جمع فاعل كالقتلة جمع قاتل م: (لإخراج الجناح أو الظلة فوق فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) ش: أي على الفعلة لا على المستأجر الذي هو رب الدار م: (لأن التلف بفعلهم ، وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً إلى رب الدار ، وهذا) ش: أي وجوب الضمان على الفعلة م: (لأنه انقلب فعلهم) ش: أي فعل الفعلة م: (قتلاً) ش: حقيقة لظهور أثر فعلهم وهو التلف بالسقوط عليه م: (حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده) ش: أي في عقد المستأجر م: (فلم يتسلم فعلهم إليه فاقصر) ش: أي

عليهم . وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحساناً ؛ لأنه صح الاستجار حتى استحقوا الأجر وقع فعلهم عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه ، فكأنه فعل بنفسه ، فلهذا يضمنه . وكذا إذا صب الماء في الطريق فغطب به إنسان أو دابة ، وكذا إذا رش الماء أو توضع ؛ لأنه متعدد فيه بإلحاق الضرر بالمارة . بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه ؛ لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة . قالوا : هذا إذا رش ماءً كثيراً بحيث يزلق به عادة ، أما إذا رش ماءً قليلاً كما هو المعتاد ، والظاهر أنه لا يزلق به عادة لا يضمن . ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لأنه صاحب علة ، وقيل : هذا إذا رش بعض الطريق لأنه يجد موضعاً للمرور لا أثر للماء فيه ، فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء ، وإن رش جميع الطريق يضمن ؛ لأنه مضطر في المرور ،

الضمان م : (عليهم) ش : أي على الفعلة .

م : (وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحساناً ؛ لأنه صح الاستجار حتى استحقوا) ش : أي الفعلة م : (الأجر وقع فعلهم عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه ، فكأنه فعل بنفسه ، فلهذا يضمنه) ش : أي رب الدار استحساناً للأثر الذي جاء في مثله عن شريح : أنه قضى بالضمان على رب الدار .

م : (وكذا) ش : يضمن الفاعل م : (إذا صب الماء في الطريق فغطب به إنسان أو دابة ، وكذا إذا رش الماء أو توضع ؛ لأنه متعدد فيه بإلحاق الضرر بالمارة ، بخلاف ما إذا فعل ذلك) ش : أي صب الماء أو رشه أو وضعه م : (في سكة غير نافذة) ش : فإنه لا يضمن م : (وهو من أهلها) ش : أي والحال أنه من أهل السكة م : (أو قعد أو وضع متاعه ؛ لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة) ش : فإن لكل واحد من الشركاء أن يفعل ذلك .

م : (قالوا) ش : أي المشايخ م : (هذا) ش : أي وجوب الضمان م : (إذا رش ماءً كثيراً بحيث يزلق به عادة ، أما إذا رش ماءً قليلاً كما هو المعتاد ، والظاهر أنه لا يزلق به عادة لا يضمن) ش : لأنه إذا زلق يكون ذلك من خوفه م : (ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لأنه) ش : أي لأن الذي تعمد المرور م : (صاحب علة) ش : لأن السقوط من فعله وهو متعمد ، كالذي رش الماء ، وإضافة الحكم إلى العلة المحضة أولاً فلا يوجد به صاحب الشرط .

م : (وقيل : هذا) ش : أي عدم وجوب الضمان على الراش م : (إذا رش بعض الطريق لأنه يجد موضعاً للمرور لا أثر للماء فيه ، فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء ، وإن رش جميع الطريق يضمن ؛ لأنه) ش : أي لأن الماء م : (مضطر في المرور) ش :

وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه . ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه . فضمن ما عطب على الأمر استحساناً ، وإذا استأجر أجيراً ليبنى له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الأمر استحساناً ، ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الأجير لفساد الأمر قال : ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته ، وإن تلفت به بهيمة فضمامها في ماله ؛ لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه ، غير

وفي «الوقعات» وإذا رأى سائق الدابة أن الماء قد رش في الطريق فساق وكذلك فعطب به فلا ضمان على الذي رش ، وإن لم يره بأن كان ذلك في الليل فالراش ضامن .

م : (وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق) ش : أي مثل حكم رش الماء في بعض الطريق وحكم رشه في كل الطريق م : (في أخذها) ش : أي في أخذ الخشبة م : (جميعه) ش : أي جميع الطريق م : (أو بعضه) ش : أي في أخذها بعض الطريق ، فإن كانت موضوعة في جميع الطريق ففيه الضمان ، وإن كانت في بعض الطريق فلا ضمان فيه ، لأن المار يجد موضعاً للمرور .

م : (ولو رش فناء حانوت) ش : الفناء بكسر الفاء أعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الخنطة ، وهو سعة أمام الدار م : (بإذن صاحبه ، فضمن ما عطب على الأمر استحساناً) ش : لأن أمره قد صح لما له من زيادة انتقال الفعل إليه . وفي «الفتاوى الصغرى» : ولو أمر الأجير فرش فناء وكان الأمر ضمن الأمر دون الراش ، والحارص يضمن كيفما كان إذا رش الماء ، وفي «الخلاصة» : لو أمره بالوضع في الطريق فتوضاً في الطريق فالضمان على المتوضئ .

م : (وإذا استأجر أجيراً ليبنى له في فناء حانوته فتعقل به) ش : أي تشبك وتعقل ويكن بالبناء م : (إنسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الأمر استحساناً ، ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق) ش : وفي «الجامع المحبوبي» : والذي ذكره في الكتاب فيما إذا لم يعلم الأجير أن الفناء للغير ، أما إذا علم فالضمان على الأجير ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، وقال شيخ الإسلام : إن كان الطريق معروفاً للعامة م : (فالضمان على الأجير لفساد الأمر) ش : لأنه لاحق للأمر في وسط الطريق نفسه أمره ، فلذلك لم ينقل فعل الأجير إليه ، فكان الأجير هو المتعدي في البناء فوجب عليه ضمان .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته ، وإن تلفت به بهيمة فضمامها في ماله ؛ لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه ، غير

أن العاقلة تتحمل النفس دون المال ، فكان ضمان البهيمة في ماله ، وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرنا ، بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن ؛ لأنه ليس بمتعد ، فإنه ما أحدث شيئاً فيه إنما قصد ورفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بها إنسان كان ضامناً لتعديده بشغله . ولو وضع حجراً فتحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه ؛ لأن حكم فعله قد انفسخ لفرأغ ما يشغله ، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر . وفي «الجامع الصغير» في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق ، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن ، لأنه غير متعد ، حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة ، وإن كان بغير أمره فهو متعد إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأي الإمام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة ،

أن العاقلة تتحمل النفس دون المال ، فكان ضمان البهيمة في ماله (ش: وقال الحاكم في «الكافي» : الحر والعبد سواء فالضمان على عاقلة الحافر ، ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث .

م: (وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة) ش: يعني في وجوب الضمان م: (لما ذكرنا) ش: أي لأنه متعد فيه م: (بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن ؛ لأنه ليس بمتعد ، فإنه ما أحدث شيئاً فيه إنما قصد رفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بها إنسان) ش: أي تعلق به م: (كان ضامناً لتعديده بشغله) ش: لأنه شغل طريق المسلمين .

م: (ولو وضع حجراً فتحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه ؛ لأن حكم فعله قد انفسخ لفرأغ ما يشغله ، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر) .

م: (وفي «الجامع الصغير»: في البالوعة) ش: وهو ما يحفر في وسط الدار ليجمع ماء الوضوء وماء المطر ، وفي «الصحيح» : البالوعة نقب في وسط الدار م: (يحفرها الرجل في الطريق ، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه) ش: أي على حفر البالوعة م: (لم يضمن ؛ لأنه غير متعد ، حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة ، وإن كان بغير أمره فهو متعد إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأي الإمام) ش: وهو الاستعداد بالرأى ، وهو افتعال من الفوت وهو السبق م: (أو هو) ش: أي حفر البالوعة م: (مباح مقيد بشرط السلامة) ش: قال في «شرح الأقطع» : وقالوا : لو تعدى في الطريق يستريح أو لمرض أو ضعف فعثر به إنسان يضمن ، لأن المشي في الطريق مباح بشرط السلامة ، كما أن الله تعالى أباح الرمي إلى الصيد ، لو رمى صيداً أو أصاب إنساناً أو شاة ضمن ، واعتبر فيه السلامة ، فكذلك هاهنا .

وكذلك الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره ؛ لأن المعنى لا يختلف . وكذا إن حفره في ملكه لا يضمن لأنه غير متعد . وكذا إذا حفره في فناء داره، لأن له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه ، وقيل :هذا إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه؛ لأنه غير متعد . أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه ؛ لأنه مسبب متعد ، وهذا صحيح . ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة -رحمه الله- ؛لأنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر ، والضمنان إنما يجب إذا مات من الوقوع . وقال أبو يوسف -رحمه الله- :
 إن مات جوعاً فكذلك

م : (وكذلك الجواب على هذا التفصيل) ش : وهو أنه لو فعله بأمر من له الولاية في الأمر لا يضمن وبغير أمره ضمن ، ويحل للإمام أن يأمر بذلك إذا لم يضر بالعامة إذا كان الطريق واسعاً ، وإن كان الطريق ضيقاً لا يحل له ذلك م : (في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه) ش : أي من أول الباب إلى هاهنا من شرع الجناح وإحداث الكنيف أو الميزاب والجرصن أو حفر البئر في طريق المسلمين م : (وغيره) ش : كبناء الظلة وغرس الأشجار ورمي الثلج والجلوس للبيع م : (لأن المعنى لا يختلف) ش : أي فصار هالك م : (وكذا إن حفره في ملكه لا يضمن ؛ لأنه غير متعد ، وكذا إذا حفره في فناء داره ؛ لأن له ذلك لمصلحة داره ، والفناء في تصرفه ، وقيل : هذا) ش : أي عدم الضمان م : (إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه ؛ لأنه غير متعد . أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً) ش : أي أو كان البناء مشتركاً م : (بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه ؛ لأنه مسبب متعد ، وهذا صحيح) ش : أي التفصيل صحيح .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسيبجي في « شرح الكافي » : وإذا احتفر الرجل بئراً في طريق مكة أو غير ذلك من الفيافي فلا ضمان عليه في ذلك ، وليس هذا كالأمصار ، لأنه غير متعد فيما فعل ، ألا ترى أنه لو ضرب هناك فسطاطاً أو اتخذ تنوراً يخبز فيه ، أو ربط دابة لم يضمن ما أصابه ذلك ، ولو قالوا هذا إذا حفر في غير ممر المسلمين ، أما إذا حفر في ممرهم ينبغي أن يضمن لأنه متعد فيه .

م : (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً) ش : أي من أجل الجوع م : (أو غماً) ش : أي اختناقاً من العفونة . قال الجوهري : يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر م : (لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة -رحمه الله- ؛لأنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر، والضمنان إنما يجب إذا مات من الوقوع ، وقال أبو يوسف -رحمه الله- : إن مات جوعاً فكذلك) ش : أي لأن

وإن مات غمًا فالحافر ضامن له ؛ لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع ، أما الجوع فلا يختص بالبشر . وقال محمد : هو ضامن في الوجوه كلها ؛ لأنه إنما حدث بسبب الوقوع ، إذ لولاه لكان الطعام قريباً منه . قال : وإن استأجر أجراً فحفروها له في غير فئانه فذلك على المستأجر ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فئانه ؛ لأن الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا ، فنقل فعلهم إليه لأنهم كانوا مغرورين ، فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره ، إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الأمر ؛ لأن الذابح مباشر ، والأمر مسبب ، والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور ، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء ؛ لأن كل واحد منهما مسبب ، والأجير غير متعدد والمستأجر متعدد فيرجح جانبه . وإن علموا ذلك فالضمان على الأجراء ، لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ، ولا غرور ، فبقي الفعل مضافاً إليهم . وإن قال لهم : هذا فئائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروه فمات فيه إنسان

الضمان على الحافر م : (وإن مات غمًا فالحافر ضامن له ؛ لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع ، أما الجوع فلا يختص بالبشر . وقال محمد : هو ضامن في الوجوه كلها ؛ لأنه إنما حدث بسبب الوقوع ، إذ لولاه) ش : أي الوقوع م : (لكان الطعام قريباً منه) ش : وهو قياس قول الأئمة الثلاثة ، ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة - رحمه الله - على عادة تأخر الراجح ، فإن الفقه معه ، ألا ترى أنه لو حبس رجلاً في بئر حتى مات غمًا فإنه لا ضمان عليه ، بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع ، لأن أثر فعله وهو العمل أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان .

م : (قال) ش : أي المصنف وليس لفظه : «قال» في غالب النسخ م : (وإن استأجر أجراً فحفروها له في غير فئانه فذلك على المستأجر ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فئانه ؛ لأن الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا ، فنقل فعلهم إليه) ش : أي فنقل فعل الأجير إلى المستأجر م : (لأنهم كانوا مغرورين ، فصار) ش : حكم هذا م : (كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره) ش : أي لا يغير الأمر .

م : (إلا أن هناك) ش : أي في الأمر بذبح الشاة م : (يضمن المأمور ويرجع على الأمر ، لأن الذابح مباشر ، والأمر مسبب ، والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ، ويرجع المغرور ، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء) ش : أي من أول الأمر م : (لأن كل واحد منهما مسبب ، والأجير غير متعدد ، والمستأجر متعدد فيرجح جانبه) ش : في التعدي [وعلى] المستأجر فيه الضمان .

م : (وإن علموا بذلك فالضمان على الأجراء ؛ لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ، ولا غرور ، فبقي الفعل مضافاً إليهم ، وإن قال لهم : هذا فئائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروه فمات فيه إنسان

فالضمان على الأجراء قياساً ؛ لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم . وفي الاستحسان : الضمان على المستأجر لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان ، فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا ، فكفى ذلك لنقل الفعل إليه . قال : ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام ، فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة ، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها ؛ لأن الأول تعد هو تسبب ، والثاني تعد هو مباشرة ، فكانت الإضافة إلى المباشر أولى ، ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقى . قال : ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن ، وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان . وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به إنسان لم يضمن ، وهذا اللفظ يشمل الوجهين ،

فالضمان على الأجراء قياساً ، لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم . وفي الاستحسان الضمان على المستأجر ، لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان ، فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا) ش : أي باعتبار ظاهر اليد من إلقاء الطين ونحوه م : (فكفى ذلك لنقل الفعل إليه) ش : أي إلى المستأجر .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (ومن جعل قنطرة) ش : القنطرة ما أحكم بناؤه ولا يرفع ، والجسر ما يوضع ويرفع م : (بغير إذن الإمام ، فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل قنطرة ، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها ؛ لأن الأول) ش : يعني جعل القنطرة م : (تعد هو تسبب ، والثاني) ش : يعني وضع الخشبة م : (تعد هو مباشرة ، فكانت الإضافة إلى المباشرة أولى) ش : لأن الحكم إنما يضاف إلى صاحب السبب إذا لم يكن صاحب العلة صالحاً لإضافة الحكم إليه إن كانت مباحة ، فأما إذا استويا في العدوانية فالإضافة إلى صاحب العلة ، لأنها بالإضافة أولى لكونها أقوى .

م : (ولأن تخلل فعل فاعل مختار) ش : بين السبب والحكم م : (يقطع النسبة) ش : أي نسبة الحكم إلى السبب م : (كما في الحافر مع الملقى) ش : أي كما في حافر البئر على قارعة الطريق مع الذي ألقاه ، أي دفعه إلى البئر حيث يضاف الضمان إلى الدافع لا إلى الحافر .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن ، وكذا إذا سقط) ش : أي من الحامل شيء م : (فتعثر به إنسان . وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به إنسان لم يضمن ، وهذا اللفظ يشمل الوجهين) ش : وهما تلف الإنسان بسقوط اللباس عليه أو بعثره عليه .

والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه ، فلا حرج في التقييد بوصف السلامة ، واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه ، فيخرج بالتقييد بما ذكرناه ، فجعلناه مباحاً مطلقاً . وعن محمد - رحمه الله - : أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه . قال : وإذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلاً أو جعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن ، وإن كان فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا :

م : (والفرق) ش : أي بين الشيء المحمول حيث يجب الضمان به فيما إذا هلك إنسان وبين الثوب الملبوس حيث لا يجب الضمان فيه وإن هلك إنسان بوقوعه عليه : م : (أن حامل الشيء قاصد حفظه ، فلا حرج في التقييد بوصف السلامة) ش : فإذا أضيف إليه التلف كان ضامناً م : (واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه ، فيخرج بالتقييد بما ذكرناه) ش : يعني وصف السلامة م : (فجعلناه مباحاً مطلقاً) ش : يعني من غير شرط السلامة .

م : (وعن محمد - رحمه الله - : أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة) ش : للبدو والجوالق ودرع الحرب في غير موضع الحرب ، والثوب الذي لا يحتاج إليه من حيث الزينة ، أو من حيث دفع الحر والبرد م : (فهو كالحامل) ش : شيئاً في الطريق حيث يضمن إذا سقط على إنسان فعطب به م : (لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه) ش : وذكر المحبوبي : لو لبس ثوباً زيادة على قدر الحاجة لم يذكره محمد في الكتاب . وروى ابن سماعه أنه قال : يضمن إذا سقط وعطب به إنسان لأنه لا يعلم به البلوى ، وقياس قول الأئمة الثلاثة : لا يضمن بعدم التعدي .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » م : (وإذا كان المسجد للعشيرة) ش : العشيرة : القبيلة ذكره في « الصحاح » ، والمراد ههنا أهل المسجد م : (فعلق رجل منهم) ش : أي من العشيرة م : (فيه قنديلاً) ش : أي في المسجد م : (أو جعل فيه بوارى) ش : جمع بورياً قال الأصمعي : البوريا بالفارسية وهو بالعربية جاري وبوري . وقال الجوهري :

الباريا والبوريا التي من القصب وكذلك السبارية م : (أو حصاة) ش : أي أو جعل فيه حصاة م : (فعطب به) ش : أي بواحد من هذه الأشياء م : (رجل لم يضمن) ش : يعني وإن كان بغير إذن الإمام وبه قال أحمد والشافعي - رحمهما الله - في وجه وقال الشافعي في وجه : بغير إذن الإمام يضمن .

وقال الحاكم الشهيد في « الكافي » : وإذا حفر أهل المسجد فيه بثرًا لماء المطر ووضعوا فيه جبًا نصب فيه الماء أو طرحوا فيه بوارى أو حصاة أو ركبوا بابًا وعلقوا فيه قنديلاً أو ظللوه فلا ضمان فيمن عطب بذلك عليهم م : (وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا) ش : أي

هذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وقالوا: لا يضمن في الوجهين جميعاً ؛ لأن هذه من القرب وكل أحد مأذون في إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد .
ولأبي حنيفة -رحمه الله- وهو الفرق : أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة ، وفعل غيرهم تعدياً أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة .
وقصد القربة لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا

المشايخ م: (هذا) ش: يعني هذا التفصيل م: (عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وقالوا : لا يضمن في الوجهين) ش: وهما إذن الإمام أو إذن العشيرة أو عدم إذنهما ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله - في وجه .

وقال الحلواني : أكثر مشايخنا أخذوا بقولهما في هذه المسألة وعليه الفتوى كذا في «الذخيرة» ، وفيها وضع الجب لشرب الماء على هذا الاختلاف م: (لأن هذه) ش: أي المذكور من الأشياء م: (من القرب) ش: بضم القاف وفتح الراء جمع قربة .

م: (وكل أحد) ش: من أهل المسجد م: (مأذون في إقامتها) ش: أي بإقامة هذه الأشياء م: (فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد) ش: بإذن واحد من أهل المسجد حيث لا يضمن .

م: (ولأبي حنيفة -رحمه الله- وهو الفرق) ش: بين الوجهين : م: (إن التدبير فما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم) ش: أي غير أهل المسجد م: (كنصب الإمام) ش: أي غير أهل المسجد يعني لو صلى فيه غير أهل المسجد بجماعة لا يكون لغير أهله أن يصلوا فيه بجماعة .

م: (واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها) ش: أي بالصلاة بالجماعة م: (غير أهله) ش: يعني : إذا لم يكن الثاني موجوداً ، وأما إذا كان موجوداً فنصب الإمام إليه وهو مختار «الإسكاف» .

قال أبو الليث : وبه نأخذ إلا أن ينصب الإمام شخصاً والقوم يريدون من هو أصلح منه فيجوز أن يكون المصنف اختار قول ابن سلام أن القوم أولى بنصب إمام ، والمؤذن والباني ، أولى بالعمارة م: (فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة ، وفعل غيرهم تعدياً أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة . وقصد القربة لا ينافي الغرامة) .

ش: هذا جواب عن قولهما «لأن هذا من القرب» بيانه : أن قصد القربة لا ينافي الضمان م: (إذا أخطأ الطريق) ش: أي في طريق القربة م: (كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا) .

فالتطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله . قال : وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة ، وإن كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - .
وقالا : لا يضمن على كل حال ، ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو نام في غير

ش: يعني إذا شهد وحده بالزنا يحد حد القذف ، وإن كان بأداء شهادته حسبة لله تعالى متقرباً ولكن لما لم يكن نصاب الشهادة في الزنا ، وهي شهادة الأربعة اعتبر ذلك قذفاً م: (فالتطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله) ش: أي من أهل المسجد لأنه لا يمنع أن يكون المسجد لجماعة المسلمين ، ويختص بتدبيره بأهله .

ألا ترى أن رسول الله ﷺ أخذ مفاتيح الكعبة من بني شيبه فأمره الله تعالى بردها عليهم بقوله تعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾ والكعبة حق لجميع المسلمين وإن اختص قوم بتدبيره ، وقال التمرتاشي : لو ضاق المسجد بأهله لأهله أن يمنعوا من ليس من أهله الصلاة فيه .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (وإن جلس فيه رجل منهم) ش: أي من أهل المسجد م: (فعطب به) ش: أي بالجالس م: (رجل لم يضمن إن كان في الصلاة) ش: سواء كانت الصلاة فرضاً أو نفلًا . ذكر شيخ الإسلام م: (وإن كان في غير الصلاة ضمن ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: أي هذا التفصيل الذي ذكرنا ، وكونه في غير الصلاة يضمن عنده مطلقاً ليس بصحيح على إطلاقه ، فإن شمس الأئمة قال في « جامعته » : لو جلس لانتظار الصلاة لا يضمن لقوله عليه السلام : « المنتظر الصلاة في صلاة » ، وإنما الخلاف فيمن جلس لعمل ليس له اختصاص بالمسجد كدرس وقراءة القرآن ، وفي « الذخيرة » : لو جلس للدرس أو لقراءة القرآن أو للذكر والتسبيح أو لاعتكاف لا رواية لهذا في الكتاب . واختلف المتأخرون قال أبو بكر الرازي : يضمن عنده ، وقال أبو بكر البلخي : إن جلس لقراءة القرآن أو معتكف في المسجد لا يضمن بالإجماع ، وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد : لو جلس للحديث يضمن بالإجماع لأنه غير مباح له ، وفي « النهاية » : هذا ما ذكره في المتن ، ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو التعليم أو للصلاة إلى قوله فهو على اختلاف مخالف لهذه الروايات ؛ أجب : يمكن أن يكون مختار أبي بكر الرازي ، ولكن فيه بعد كما ترى .

م: (وقالوا : لا يضمن على كل حال) ش: وبه قالت الثلاثة م: (ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم) ش: أي تعليم الفقه والحديث م: (أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو نام في غير

الصلاة أو مر فيه مار أو قعد فيه لحديث ؛ فهو على هذا الاختلاف . وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف ، وقيل : لا يضمن بالاتفاق . لهما : أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر ، ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحاً لأنه من ضرورات الصلاة ، أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكماً بالحديث فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة ، وله : أن المسجد إنما بني للصلاة ، وهذه الأشياء

الصلاة أو مر فيه مار (ش : قال شيخنا العلاء - رحمه الله - : الأول خاص ، والثاني عام : يعني حال كونه ماراً لأجل أمر آخر سوى أمر الصلاة بأن مر لأخذ الماء من غير بئر المسجد .

م : (أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) ش : وهو اختيار بعض أصحابنا ، واختاره أبو بكر الرازي .

وقال بعضهم : وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ، ولقائل أن يقول : في عبارة الكتاب تكرار ، لأنه قال : وإن كان في غير الصلاة ضمن ، وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله .

والجواب : أن قوله : وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ « الجامع الصغير » . وقوله : ولو كان حال قراءة القرآن من لفظ المصنف - رحمه الله - بيان كذلك ، لكن قوله : « فهو على هذا الاختلاف » يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك ، بل هو على الاختلاف ، كما رأيت وكان من حق الكلام أن يقول : فقد قيد على هذا الاختلاف ، وقيل : لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف .

م : (وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف ، وقيل : لا يضمن بالاتفاق) .

ش : وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح « الجامع الصغير » : وإن قعد معتكفاً ، قال مشايخنا : اختلفوا فيه ، فقال بعضهم عند أبي حنيفة - رحمه الله - يضمن لأنه جلس لغير الصلاة ، وقال بعضهم : لا يضمن لأنه متقرب به ، وم : (لهما) ش : أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م : (أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر) .

قال الله تعالى : ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال رجال ﴾ . وقال ﴿ ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه ﴾ م : (ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها ، فكان الجلوس فيه مباحاً لأنه من ضرورات الصلاة ، أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكماً بالحديث) ش : وقد مر الحديث عن قريب م : (فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة . وله) ش : أي ولأبي حنيفة م : (أن المسجد إنما بني للصلاة وهذه الأشياء) ش : أشار به إلى ما ذكره من

ملحقة بها فلا بد من إظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للأصل مباحاً مطلقاً ، والجلوس لما يلحق به مباحاً مقيداً بشرط السلامة ، ولا غرو أن يكون الفعل مباحاً أو مندوباً إليه ، وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيد ، والمشى في الطريق والمشى في المسجد إذا وطئ غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره ، وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة فتعقل به إنسان ينبغي ألا يضمن لأن المسجد بني للصلاة ، وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضاً إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قوله كقراءة القرآن إلى آخره م: (ملحقة بها) ش: أي بالصلاة ، يعني يؤتى بها في المسجد بطريق التبعية للصلاة هي المقصودة في بناء المسجد .

م: (فلا بد من إظهار التفاوت) ش: بين الملحق والملحق به م: (فجعلنا الجلوس للأصل) ش: الذي هو الصلاة م: (مباحاً مطلقاً) ش: يعني من غير قيد بشرط السلامة ، ألا ترى أن المسجد إذا ضاق على المصلي كان له إزعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس ، لأنه يطلب موضعه الأصلي .

وقال التمرتاشي : لو ضاق المسجد بأهله [فلهم] أن يمنعوا من ليس بأهله عن الصلاة فيه م: (والجلوس لما يلحق به) ش: أي جعلنا الجلوس لما يلحق به م: (مباحاً ، مقيداً بشرط السلامة ، ولا غرو) ش: أي ولا عجب ، قال القائل :

ولا غرو إن حرق نار الهوى كبدي فالنار حق على من يعبد الوثنا

م: (أن يكون الفعل مباحاً أو مندوباً إليه ، وهو مقيد بشرط السلامة) ش: أي والحال أنه مقيد بشرط السلامة ونظر لذلك بقوله م: (كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيد ، والمشى في الطريق والمشى في المسجد إذا وطئ غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره) ش: فكل ذلك يقيد بشرط السلامة .

وقال تاج الشريعة - رحمه الله - قوله : «كالرمي إلى الكافر» ، نظير المندوب ، وإلى الصيد نظير المباح ، ومع ذلك ، إذا أصاب مسلماً يضمن م: (وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة فتعقل به إنسان) ش: أي فنشب به وتعلق م: (ينبغي أن لا يضمن ؛ لأن المسجد بني للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضاً إلى أهل المسجد ، فلكل واحد من المسلمين أنه يصلي فيه وحده ، والله سبحانه وتعالى أعلم) .

ش: وقال فخر الإسلام : وإن كان الرجل الجالس رجلاً من غير العشيرة فقوله «لهما فيه» لا يشكل ، لأنه بمنزلة الرجل من العشيرة ، قالوا : فيه بسط البواري والحصا ، فأما في قول أبي حنيفة فيحتمل أن يضمن بكل حال وقال بعضهم : بل هو عنده في الصلاة بمنزلة العشيرة ، لأن

.....

المساجد أعدت للصلاة العامة من غير خصوص ، وإنما الخصوص فيما يرجع إلى الرأي والتدبير ، ولذلك لم يكن لغيرهم حق إقامة الجماعة لأنه مما يفتقر إلى الرأي والتدبير ، وأما نفس الصلاة فيستغنى عن ذلك ، بخلاف تعليق القناديل وبسط البواري والبساط والحصا . قال فخر الإسلام - رحمه الله - : وهذا القول أشبهه .

فصل في الحائط المائل

قال : وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين ، فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ؛ ضمن ما تلف به من نفس أو مال . والقياس أن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه ؛ لأن أصل البناء كان في ملكه ، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله ، فصار كما قبل الإشهاد .

م : (فصل في الحائط المائل)

ش : أي هذا فصل في بيان أحكام الحائط المائل ، ولما فرغ من بيان الأحكام التي تتعلق بمباشرة الإنسان وثنيه ، شرع في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد الذي لا اعتبار له أصلاً وهو الحائط المائل ، وإنما ذكره بالفصل لأنه يلحق بالباب الذي قبله .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين ، فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال) ش : هذا كلام القدوري في «مختصره» . وقال الكرخي في «مختصره» : وإذا مال حائط من دار رجل على طريق نافذ أو دار رجل فلم يطالب بنقضه ولم يشهد عليه فيه حتى سقط على رجل فقتله أو على متاع فأفسده أو على حيوان فعطب به ، فلا ضمان على صاحب الحائط في شيء من ذلك ، وإن تقدم إليه في هدمه وأشهد عليه ثم سقط في مدة قد أمكنه نقضه فيها بعد الإشهاد فهو ضامن ، وإن كان لم يفرط في نقضه وذهب يطلب من يهدمه فكان في طلبه ذلك حتى استأجر من يهدمه فسقط الحائط فقتل إنساناً أو عقر دابة أو أفسد متاعاً فلا ضمان عليه .

قال محمد - رحمه الله - : والإشهاد ، أن يقول الرجل : اشهدوا أنني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ، فإذا فعل فقد لزمه نقضه على حال الإمكان ، فإن أضر ذلك وفرط عما وصفت لك ضمن ما جنى عليه الحائط فإن كانت جنايته على إنسان ، فهو على العاقلة إذا كانت نفساً أو دونها إذا بلغ من دية الرجل نصف عشر دية إذا كان المجني عليه رجلاً .

وإن كان المجني عليه امرأة ، فإذا بلغ أرش جنايتها عشر ديتها ، وما كان أقل من ذلك فهو في ماله . وما كان في غير بني آدم فهو في ماله حال .

م : (والقياس أن لا يضمن) ش : وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله في المنصوص عنه ، لأنه بناء في ملكه ولا تعدي منه م : (لأنه لا صنع منه مباشرة ، ولا مباشرة شرط هو متعد فيه ؛ لأن أصل البناء كان في ملكه ، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله ، فصار كما قبل الإشهاد) ش : أي في صنعته مباشرة ، أما كونه لا صنع فيه فظاهر ، وأما كونه لا مباشرة وهو القتل بسبب كحفر

وجه الاستحسان : أن الحائظ لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفع في يده ، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه ، يجب عليه ، فإذا امتنع صار متعدياً بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعدياً بالامتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا ، بخلاف ما قبل الإشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ، ولأننا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذراً على أنفسهم فيتضررون به. ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائظ

البئر ، ونحوه قوله : « هو متعد فيه » جملة وقعت صفة كمباشرة شرط المسألة مصورة فيما إذا بناه مستوياً . ثم صار مائلاً . وأوضح ذلك تاج الشريعة . رحمه الله تعالى قبله ، والقياس أن لا يضمن لأن ضمان الجناية بالمباشرة أو التسبب ، ولم يوجد شيء منها .

أما المباشرة : فلأنه لم يتصل بالمؤلف فعل من صاحب الحائظ . ألا ترى أنه لم يجب عليه الكفارة ، ولا يحرم عن الميراث وإن شهد عليه . وأما التسبب : فلأنه أبطل أثر فعل ، وهو يعد من الملتف كحفر للبئر والحائظ .

وإن كان أثر فعل إلا أنه مباح . لأنه إن فعل حصل في ملكه ، وفعل الإنسان في ملكه مباح وأثر فعله المباح لا يصلح سبباً للضمان كحفر البئر في ملكه ، غاية ما في الباب أنه ترك معروفًا وأنه لا يوجب الضمان ، كما لو أرسل إنسان دابته في مراعى فدخل في زرع إنسان فأخبر بذلك فلم يخرج حتى أفسد زرعه لم يضمن لهذا المعنى كذا هذا .

م : (وجه الاستحسان : أن الحائظ لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بمكله ورفع في يده ، فإذا تقدم) ش : على صيغة المجهول م : (إليه وطولب بتفريغه ، يجب عليه ، فإذا امتنع صار متعدياً) ش : وتوجه الاستحسان .

قال مالك وإبراهيم النخعي وسفيان الثوري - رحمهم الله - وغيرهم من أئمة التابعين كشريح والشعبي - رحمهم الله - وروي ذلك عن علي - رضي الله عنه - : م : (بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعدياً بالامتناع عن التسليم إذا طولب به) ش : حتى يضمن إذا ملك في يده م : (كذا هذا ، بخلاف ما قبل الإشهاد) ش : فإنه لا يضمن بالإجماع .

وعن بعض أصحاب أحمد وجه : أنه يضمن قبل الإشهاد أيضاً ، وبه قال ابن أبي ليلى ، وأبو ثور وإسحاق م : (لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ، ولأننا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذراً على أنفسهم فيتضررون به . ودفع الضرر العام من الواجب وله) ش : أي ولصحاب الحائظ م : (تعلق بالحائظ) ش : هذا جواب إشكال وهو أن يقال : الهواء حق العامة وقد اشتغل بهذا الحائظ فينبغي أن يكون تفريغه عليهم ، فأجاب بقوله : وله تعلق بالحائظ يعني

فيتعين لدفع هذا الضرر ، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ، ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية ، وتتحملها العاقلة لأنه في كونه جناية دون الخطأ ، فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدي إلى استئصاله والإجحاف به وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله ؛ لأن العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم إليه ، وطلب النقض منه دون الإشهاد. وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره ، فكان من باب الاحتياط . وصورة الإشهاد أن يقول الرجل: اشهدوا أنني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ، ولا يصح الإشهاد قبل أن يهيئ الحائط

نقضاً وإبقاء فكأنه هو أولى بذلك م: (فيتعين لدفع هذا الضرر) ش: لتعلق الحائط به على الوجه الذي ذكرناه م: (وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه) ش: أي من الضرر . هذا أيضاً جواب عما يقال لو وجب عليه نقض الجدار لدفع الضرر العام يتضرر صاحب الجدار أيضاً .

فأجاب بقوله : وكم من ضرر إلى آخره ، كالحجر على المفتي المتاجر والمتطبب الجاهل ، والمكاري المفسس ، فإنهم يحجرون لدفع الضرر العام ، وإن كان أبو حنيفة - رحمه الله - لا يرى الحجر على البالغ العاقل الحر . م: (ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية ، وتحملها العاقلة لأنه في كونه جناية دون الخطأ ، فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدي إلى استئصاله) ش: أي انقطاعه بالكلية .

م: (والإجحاف به وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله ؛ لأن العواقل لا تعقل المال ، والشرط التقدم إليه) ش: أي بشرط الضمان يقدم الطالب إلى صاحب الحائط وهو أن يقول له : إن حائطك هذا مخوف . أو يقول : مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئاً ، ولو قال : ينبغي أن تهدمه فذاك مشهود ، ويشترط أن يكون المتقدم من صاحب حق لواحد من العامة مسلماً كان أو ذمياً أو صبيّاً أو امرأة إن مال إلى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها وصاحب الدار أو سكانها إن مال إليها ، وأن يكون إلى من له الولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو إعارة ، فلم ينقض حتى سقط على إنسان ، فلا ضمان على أحد م: (وطلب النقض منه) ش: أي وطلب نقض الحائط من صاحبه م: (دون الإشهاد) ش: أي ليس بشرط .

م: (وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره) ش: أي إنكار المطلوب بالهدم م: (فكان) ش: أي الإشهاد م: (من باب الاحتياط) ش: ولهذا لو اعترف صاحبه أي طوّل بنقضه ، وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه ذكره في «التحفة» م: (وصورة الإشهاد : أن يقول الرجل: اشهدوا أنني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ، ولا يصح الإشهاد قبل أن يهيئ الحائط) ش: أي

لانعدام التعدي . قال : ولو بنى الحائط مائلاً في الابتداء ... قالوا : يضمن ما تلف بسقوطه من غير إسهاد ؛ لأن البناء تعد ابتداء كما في إشراع الجناح . قال : وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم لأن هذه ليست بشهادة على القتل . وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من إمكان النقص ليصير بتركة جانياً ، ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي ؛ لأن الناس كلهم شركاء في المرور ، فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم ، رجلاً كان أو امرأة ، حراً كان أو مكاتباً . ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره ؛ لأنه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به قال : وإن مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى

قبل أن يبيل الحائط إلى السقوط وهو من وهي يهي ، أصله يوهي فحذفت الواو فصار يهي ، وذلك لوقوع الواو بين الياء والكسرة كما في يعد أصله يوعد م : (لانعدام التعدي) .

ش: أي قيل : وهي الحائط إلى السقوط م : (قال : ولو بنى الحائط مائلاً في الابتداء قالوا) ش: أي المشايخ م : (يضمن ما تلف بسقوطه من غير إسهاد ؛ لأن البناء تعد ابتداء) ش: أي في ابتداء الأمر م : (كما في إشراع الجناح) ش: أي لا يعد فيه ابتداء م : (قال وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم لأن هذه ليست بشهادة على القتل) ش: يعني لو كانت شهادة على نفس القتل لم يقبل شهادة النساء بشبهة البدلية بل هي شهادة على ميلان الحائط فتقبل شهادة رجل وامرأتين .

م : (وشرط الترك) ش: أي بشرط القدوري ترك النقص م : (في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من إمكان النقص ليصير بتركة جانياً) ش: لأنه ربما لا يتمكن من النقص إما لجهله بذلك أو لعدم الآلة ، فلا بد من زمان يقدر فيه على النقص حتى يكون بتركة بعد ذلك متعدياً م : (ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي ؛ لأن الناس كلهم شركاء في المرور ، فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم ، رجلاً كان أو امرأة ، حراً كان أو مكاتباً) .

ش: وقال الأقطع في «شرح» : وكذلك لو طالبت به امرأة أو صبي أو غريب من بلد آخر ؛ لأن جميع هؤلاء لهم المرور في الطريق فصحت مطالبتهم .

وفي «شرح الطحاوي» : والخصومة إلى كل واحد من الناس ، مسلماً كان أو ذمياً بعد أن يكون حراً بالغاً عاقلاً ، أو كان صغيراً أذن له وليه في الخصومة أو كان عبداً أذن له مولاه . م : (ويصح التقدم إليه) ش: أي إلى صاحب الحائط م : (عند السلطان وغيره) ش: أي وغير السلطان م : (لأنه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به) ش: أي بالطلب حتى إذا لم يأخذ في نقضه عند ذلك فهو ضامن لما أصاب .

م : (قال) ش: أي القدوري م : (وإن مال) ش: أي الحائط م : (إلى دار رجل فالمطالبة إلى

مالك الدار خاصة لأن الحق له على الخصوص ، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار ، فكذا بإزالة ما شغل هواءها ولو أجله صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم ، بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لأن الحق لجماعة المسلمين وليس إليهما إبطال حقهم ، ولو باع الدار بعدما أشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه ؛ لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه ، وقد زال تمكنه بالبيع ، بخلاف إشراع الجناح لأنه كان جانبياً بالوضع ولم يفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ، ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه ، ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعدما طوّل به ، والأصل : أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ، ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار . ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكك ،

مالك الدار خاصة لأن الحق له على الخصوص ، وإن كان فيها) ش : أي في الدار م : (سكان لهم) ش : كالمستأجر والمستعير لهم م : (أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذا بإزالة ما شغل هواءها ، ولو أجله صاحب الدار) ش : يعني إذا كان الميلان إلى دار رجل فأجله صاحب الدار م : (أو أبرأه منها) ش : أي من الجناية م : (أو فعل ذلك) ش : أي التأجيل م : (ساكنوها فذلك) ش : أي التأجيل أو الإبراء م : (جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم ، بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لأن الحق لجماعة المسلمين وليس إليهما إبطال حقهم) ش : أي حق جماعة المسلمين .

م : (ولو باع الدار بعدما أشهد عليه وقبضها المشتري برئ) ش : أي البائع م : (من ضمانه لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه ، وقد زال تمكنه بالبيع ، بخلاف إشراع الجناح لأنه كان جانبياً بالوضع ولم يفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا) ش : أشار به إلى قوله في باب ما يحدثه الرجل في الطريق : ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فالضمان على البائع .

م : (ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه . ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طوّل به ، والأصل) ش : في هذا الباب م : (أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقديم إليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار) ش : وفي بعض النسخ وساكن الدار م : (ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكك) ش : أي فكك الرهن .

وإلى الوصي وإلى أب اليتيم أو أمه في حفظ الصبي لقيام الولاية ، وذكر الأم في الزيادات والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء كفعله ، وإلى المكاتب لأن الولاية له ،

فإن قلت : لو كان الراهن مفلساً لا يقدر على قضاء الدين ؟

قلت : يبيع الدار ويقضي الدين من ثمنها حتى ينقضه المشتري .

فإن قلت : من لم يجد من يشتري ؟

قلت : سئل الجصاص عن هذه المسألة بعينها ؛ قال : يكون التقدم إليه وإلى الأجنبي سواء ، ويجوز أن يتقدم إليه برفع الأمر إلى القاضي بأمر المرتهن بتمكنه من النقض إن كان المرتهن حاضراً وإن كان غائباً يأذن له بالنقض .

وإذا ترك ذلك فأمكنه النقض بهذا الطريق يكون متعدياً ، الكل من تاج الشريعة - رحمه الله - م : (وإلى الوصي) ش : أي ويصح التقدم أيضاً إلى الوصي م : (وإلى أب اليتيم) ش : قال شيخنا العلاء - رحمه الله - : المراد من اليتيم الصبي لأن اليتيم لا أب له والمراد من الأب الجد ، لأن الجد يسمى الأب عند عدم الأب م : (أو أمه) ش : أي أو الصبي م : (في حفظ الصبي لقيام الولاية) ش : للوصي والأب والأم م : (وذكر الأم في الزيادات) ش : يعني إذا تقدم إلى أم الصبي في حائط مال لصغير لزم الضمان .

قال الأترازي : وفيه نظر لأنه لم يذكر في الزيادات الأم ، بل ذكر الأب ، والوصي كما ذكر في الأصل . فقال في «الزيادات» : حائط الصبي أشهد على أبيه أو على وصيه ، فالضمان على أبيه أو عاقلة الصبي ، فإن لم يسقط حتى كبر أو مات من أشهد عليه لم يكن فيه ضمان حتى يستأنف الإشهاد . وإن أشهد على صحيح في حائط ثم جزأ وارثه ولحق بدار الحرب بطل الإشهاد ، إلى هنا لفظ زيادات محمد برواية الزعفراني - رحمه الله - .

م : (والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء) ش : أي فعل الوصي والأب والأم م : (كفعله) ش : أي كفعل الصبي والتقدم إليهم كالتقدم إلى الصبي م : (وإلى المكاتب) ش : أي يصح التقدم إلى المكاتب في حائط له مائل م : (لأن الولاية له) ش : أي للمكاتب .

قال فخر الإسلام - رحمه الله - في شرح «الزيادات» : مكاتب له حائط مائل إلى الطريق الأعظم فأشهد عليه ثم سقط فأتلف إنساناً . فعلى المكاتب الأقل من قيمته ومن دية المقتول ، فإن أدى المكاتب فعتق ثم سقط فأتلف إنساناً ففيه دية القتل على عاقلة مولاة . وقال : وإذا عجز المكاتب ثم سقط الحائط المائل فأتلف إنساناً فدمه هدر ولا شيء على المولى لعدم الإشهاد عليه م :

وإلى العبد التاجر سواء أكان عليه دين أو لم يكن ؛ لأن ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط إن كان مالاً فهو في عنق العبد ، وإن كان نفساً فهو على عاقلة المولى ؛ لأن الإشهاد من وجه على المولى وضممان المال أليق بالعبد ، وضممان النفس بالمولى ، ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريقة وهو المرافعة إلى القاضي ، ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمه لأن التفرغ عنه إلى الأولياء ، لا إليه . قال : وإن عطب بالنقض ضمنه لأن التفرغ إليه ، إذ النقض ملكه والإشهاد على الحائط إشهاد على النقض ، لأن المقصود امتناع الشغل ، قال : ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لأن

(وإلى العبد التاجر) ش : أي يصح التقدم إلى العبد التاجر في الحائط المائل م : (سواء أكان عليه دين أو لم يكن ؛ لأن ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط إن كان مالاً فهو في عنق العبد) ش : حتى يباع فيه كديون التجارة م : (وإن كان) ش : أي التالف م : (نفساً فهو على عاقلة المولى ؛ لأن الإشهاد من وجه على المولى) ش : لأن الحائط مملوك المولى والعبد متصرف للمولى م : (وضممان المال أليق بالعبد) ش : لأنه ملحق بالأموال م : (وضممان النفس) ش : أليق م : (بالمولى) ش : لأن دية العبد غير قابلة لموجب جنابة الدم لأنه يشبه الصلاة والعبد ليس بأهل لذلك .

م : (ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريقة وهو المرافعة إلى القاضي) ش : بمطالبة شركائه ، وحيث لم يفعل ذلك صار مفرطاً فوجب الضمان بقسطه م : (ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب ، لا يضمه) ش : أي لا يضمن صاحب الحائط الذي تعثر فهلك م : (لأن التفرغ عنه إلى الأولياء لا إليه) ش : أي التفرغ عن القتيل الأول مفوض إلى الأولياء لأنهم الذين يتولون دفنه لا إلى صاحب الحائط .

م : (قال : وإن عطب النقض ضمنه) ش : أي صاحب الحائط م : (لأن التفرغ إليه) ش : أي لأن تفرغ الطريق عن نقض الحائط إلى صاحب الحائط م : (إذ النقض ملكه والإشهاد على الحائط . إشهاد على النقض ؛ لأن المقصود امتناع الشغل) ش : عن الهواء .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه لا يضمن صاحب الحائط إلا إذا تقدم إليه بعد سقوط النقض بالتفرغ .

وروي عن محمد أنه يضمن ، وإن لم يتقدم إليه التفرغ م : (قال : ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه) ش : أي بسقوط الحائط م : (وهي) ش : أي الجرة م : (ملكه ضمنه لأن

التفريغ إليه ، وإن كان ملك غيره لا يضمه لأن التفريغ إلى مالكها . قال : وإذا كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل إنساناً ضمن خمس الدية ، ويكون ذلك على عاقلته ، وإن كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئراً والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين ، أو بنى حائطاً فعطب به إنساناً فعليه ثلثا الدية على عاقلته ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالوا : عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين ، لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر ، فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل . وله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر

التفريغ إليه وإن كان) ش : أي الجرة م : (ملك غيره لا يضمه لأن التفريغ إلى مالكها) .

ش : وفي بعض النسخ : إذا كانت الجرة على تأويل المسمى ، قوله : لا يضمه ، أي لا يضم صاحب الحائط لو عشر إنسان على الجرة ، ولا يضم صاحب الجرة لأنه لم يوجد الإشهاد عليه حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط يضم لقدرته على رفعها كالتقص .

وفي « المبسوط » : وضع شيئاً على حائطه فدفع ذلك الشيء فأصاب إنساناً ، فلا ضمان عليه لأنه وضعه في ملكه فلا يكون معتدياً فيما يحدثه سواء كان الحائط مائلاً أو لم يكن ؛ لأن في الوضعين لا يكون ممنوعاً من وضع متاعه على ملكه ، ولكن ذكر في « المبسوط » سقوط الجرة فقط . وفي رواية الكتاب ذكر سقوط الحائط مع سقوط الجرة .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م : (وإذا كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل إنساناً ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وإن كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئراً والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين ، أو بنى حائطاً فعطب به إنساناً ، فعليه ثلثا الدية على عاقلته ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله) .

م : (وقالوا : عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) ش : أي في فصل الحائط المشترك بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة نفر ، وبه قال أحمد .

م : (لهما) ش : أي لأبي يوسف ومحمد : م : (أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل) ش : فإنه يكون نصفين النصف على الخارج والنصف هدر م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - : م : (أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر) ش : أراد بالقتل المهلك م : (والعمق المقدر) ش : المهلك لا مجرد الثقل ، ومجرد العمق لأن السير من ذلك لا يصلح علة للتلف .

لأن أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلة ، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات ، فإن كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف ، إلا أن عند المزاخمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية

م: (لأن أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلة وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات ، فإن كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت) ش: أي الجراحة م: (أو كبرت على ما عرف ، إلا أن عند المزاخمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية) ش: في الإضافة إلى البعض .

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال : الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا إذا صدمت ، ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها . والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة ؛ لأنه يتصرف في حقه من وجه ، وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس ، فقلنا بالإباحة مقيداً بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ، ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن

م : (باب جناية البهيمة والجناية عليها)

ش : أي هذا باب في بيان أحكام جناية البهيمة وفي بيان جناية الأدمي على البهيمة وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد جناية المملوك لتفضيل النطق في المملوك الذي هو العبد ، ولكن لما كانت البهيمة ملحقمة بالجمادات من حيث عدم الفعل والنطق ألحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » م : (الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت) ش : الكدم العض بمقدم الأسنان كما يكدم الحمار ، والخبط الضرب باليد .

م : (وكذا) ش : أي وكذا يضمن الراكب م : (إذا صدمت) ش : الصدم : الضرب بالجسد ، ومنه : إذا قتل الكلب الصيد صدماً لا يؤكل . واصطدم الفارسان يعني : ضرب أحدهما الآخر بنفسه م : (ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها) ش : نفحت الدابة الشيء إذا ضربته بحافرها .

م : (والأصل) ش : أي في هذا : م : (أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة ؛ لأنه يتصرف في حقه من وجه ، وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس ، فقلنا بالإباحة مقيداً بما ذكرنا) ش : من شرط السلامة م : (ليعتدل النظر من الجانبين) ش : أي من بين صاحب الدابة وجانب الرجل الذي جني عليه من جهة الدابة ، ولا يضمن ما كان من الغبار بالمشي أو بسير الدابة لأنه لا يمكن الاحتراز عنه .

وكذا ما أثارت الدابة بسنابكها من الحصى الصغار لأنه لا يمكن أن يحترز عنه في السير . فأما الحصى الكبار فإن الراكب يضمن ما تولد منه لأن ذلك لا يكون إلا بالعنف على الدابة في السير .

وقالوا في شروح « الجامع الصغير » : وإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضاً م : (ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ، ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن

التصرف وسد بابه وهو مفتوح ، والاحتراز عن الإبطاء وما يضاهيه ممكن ، فإن ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به . قال : فإن أوقفها في الطريق ، ضمن النفحة أيضاً لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف ، وإن لم يمكنه عن النفحة فصار متعدياً في الإيقاف وشغل الطريق به : فيضمنه . قال : وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة ، أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقاً عين إنسان أو فسد ثوبه لم يضمن ، وإن كان حجراً كبيراً ضمن ؛ لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه ، وفي الثاني يمكن لأنه ينفك عن السير عادة . وإنما ذلك بتعنيف الراكب ، والمرتد فيما ذكرنا كالراكب لأن المعنى لا يختلف .

التصرف وسد بابه) ش : أي باب التصرف م : (وهو مفتوح) ش : أي والحال أنه مفتوح .

م : (والاحتراز عن الإبطاء وما يضاهيه) ش : أي وما يشابهه م : (يمكن فإنه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به) ش : أي بشرط السلامة .

م : (قال : فإن أوقفها في الطريق ، ضمن النفحة أيضاً لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف ، وإن لم يمكنه عن النفحة فصار متعدياً في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه) ش : ولو كانت سائرة وصاحبها معها قائداً أو سائقاً أو راكباً تضمن جميع ما جنت إلا النفحة بالرجل أو الذنب . وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية ، وعند الشافعي وأحمد - رحمهما الله في رواية : يضمنها أيضاً وهو قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - ، وقال مالك - رحمه الله - : لا يضمنها .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م : (وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة ، أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً فقاً عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمن ، وإن كان حجراً كبيراً ضمن لأنه في الوجه الأول) ش : وهو ما إذا كان الحجر صغيراً م : (لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني) ش : وهو ما إذا كان الحجر كبيراً م : (يمكن) ش : أي الاحتراز م : (لأنه ينفك عن السير عادة وإنما ذلك) ش : لأن الظاهر أنه نشأ م : (بتعنيف الراكب) ش : في أمر السوق فيوصف بالتعدي ، فيؤخذ به .

م : (المرتد فيما ذكرنا كالراكب) ش : أراد بالمرتد ، الرديف ، وقوله فيما ذكرنا يعني في موجب الجنابة م : (لأن المعنى لا يختلف) ش : لأن الدابة في أيديهما ويسيرانها ويوجهانها كيف شاءوا ، هذا ويروى عن شريح : وتجب الكفارة عليهما ، لأنهما كذا بخلاف القائد والسائق كذا في « المبسوط » ، وبه قال مالك وقال الشافعي وأحمد وإسحاق - رحمه الله - : لا يضمن الرديف .

قال: فإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير ، فعطب به إنسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه . قال : وكذا إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف . وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ، ثم هو أكثر ضرراً بالمارة من السير لما أنه أدوم منه ، فلا يلحق به . قال : والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها ، والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها . والمراد النفحة . قال -رضي الله عنه - : هكذا ذكره القدوري -رحمه الله - في «مختصره» ، وإليه مال بعض المشايخ . ووجهه: أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه . وقال أكثر المشايخ : إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً ، وإن كان يراها ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكن التحرز عنه، بخلاف الكدم

وعن أحمد - رحمه الله - أرجو أن لا شيء عليه إذا كان أمامه من يمسك العنان م: (قال) ش: أي القدوري م: (فإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير ، فعطب به إنسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير ، فلا يمكنه الاحتراز عنه . قال : وكذا) ش: أي لا يضمن م: (إذا أوقفها) ش: أي الدابة م: (لذلك) ش: أي لأجل البول أو الروث .

م: (لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك) ش: أي البول والقاء الروث م: (إلا بالإيقاف وإن أوقفها لغير ذلك) ش: أي لغير البول ورمي الروث م: (فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ، ثم هو) ش: أي الإيقاف م: (أكثر ضرراً بالمارة من السير لما أنه أدوم منه) ش: أي من السير م: (فلا يلحق به) ش: أي بالسير والأئمة الثلاثة - رحمهم الله - لا يفرقون ويوجبون الضمان بالروث والبول في الطريق مطلقاً .

وقال ابن قدامة - رحمه الله - : وقياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك لأنه لا يمكن الاحتراز عنه م: (والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها ، والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله - وقال المصنف رحمه الله : م: (والمراد النفحة) ش: أي المراد من قوله أو رجلها النفحة بالرجل .

م: (قال -رضي الله عنه- : هكذا ذكره القدوري -رحمه الله- في «مختصره» وإليه مال بعض المشايخ) ش: أي بعض مشايخ الطرق م: (ووجهه) ش: أي وجه ما ذكره القدوري م: (أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ) ش: أي مشايخ ديارنا ، ذكره في «الذخيرة» وهم مشايخ ما وراء النهر م: (إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً وإن كان يراها ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكن التحرز عنه ، بخلاف الكدم

لإمكانه كبجها بلجامها ، وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح . قال الشافعي - رحمه الله- :
 يضمنون النفحة كلهم ؛ لأن فعلها مضاف إليهم والحجة عليه ما ذكرنا . وقوله عليه الصلاة
 والسلام : « الرجل جبار » ، ومعناه : النفحة بالرجل ، وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في
 المكره ، وهذا تخويف بالضرب .

لإمكانه كبجها بلجامها) ش: يقال : كبح الدابة بلجامها هو أن يجذبها إلى نفسه لتقف .

م: (وبهذا) ش: أي بقول أكثر المشايخ م: (ينطق أكثر النسخ) ش: أي نسخ القدوري م: (وهو
 الأصح . قال الشافعي - رحمه الله- : يضمنون النفحة كلهم) ش: أي الراكب والسائق والقائد . وبه
 قال مالك وأحمد وابن أبي ليلي -رحمهم الله- م: (لأن فعلها) ش: أي فعل الدابة م: (مضاف
 إليهم) ش: أي إلى الراكب والسائق والقائد .

م: (والحجة عليه) ش: أي على الشافعي -رحمه الله- م: (ما ذكرنا) ش: أشار إلى قوله :
 وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه م: (وقوله عليه الصلاة والسلام) ش: عطف على قوله
 ما ذكرناه أي الحجة عليه قوله ﷺ أي قول النبي ﷺ م: (الرجل جبار) ش: هذا الحديث أخرجه
 أبو داود والنسائي -رحمهما الله- عن سفیان بن حسين ، عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب
 عن أبي هريرة -رضي الله تعالى عنه- ، عن النبي ﷺ قال : «الرجل جبار»^(١) . وقال
 الخطابي : تكلم الناس في هذا الحديث . قيل إنه غير محفوظ ، وسفيان بن حسين معروف
 بسوء الحفظ

قلت : استشهد به البخاري -رحمه الله- ، وأخرج له مسلم -رحمه الله- في المقدمة ،
 ورواه محمد -رحمه الله- في كتاب «الآثار» : أخبرنا أبو حنيفة ، حدثنا حماد ، عن إبراهيم
 النخعي -رحمهم الله- ، عن النبي ﷺ : «العجماء جبار والقليب جبار والرجل جبار والمعدن
 جبار . وفي الركاز الخمس» وهو يفصل قوله جبار [.] : أي هذا يعني النفحة هدر وهو
 معنى قوله م: (ومعناه النفحة بالرجل) .

ش: لأن الرظة مضمون بالإجماع م: (وانتقال الفعل) ش: هذا جواب عن قول الشافعي -
 رحمه الله- لأن فعلها يضاف إليهم بالقياس على الإكراه بيانه أن انتقال الفعل إلى غيره وإنما
 يكون م: (بتخويف القتل كما في المكره ، وهذا تخويف بالضرب) ش: لأن القتل فلا يلحق به . قال
 الأكمّل - رحمه الله- : وفيه ضعف لأنه لم يقل بذلك قياساً على الإكراه ، وإنما قال بناء على
 أصل آخر ، وهو أن سير الدابة مضاف إلى ركبها ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في النفحة ، ومع

(١) ضعيف : ضعفه الألباني ، أبو داود (٤٥٩٢/٩٩٧) .

قال : وفي « الجامع الصغير » : وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجنابة فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب ، قال : إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها . قال : ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الإبطاء لأن الراكب مباشر فيه ؛ لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له ؛ لأن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء ، وكذا الراكب في غير الإبطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب ، وكذا يتعلق بالإبطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة قال : ولو كان راكب وسائق ، قيل : لا

ذلك لا يخلو عن ضعف .

والجواب القوي : ما ذكره بقوله : والحجة عليه ما ذكرنا . وقوله ﷺ : « الرجل جبار » . م : (قال : وفي « الجامع الصغير ») ش : إنما أتى برواية « الجامع الصغير » لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة م : (وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجنابة فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب قال : إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها . قال : ولا كفارة عليهما) ش : أي على القائد والسائق .

م : (ولا على الراكب فيما وراء الإبطاء) ش : كالنفحة بالرجل والذنب في ذلك ، وإنما الكفارة عليه في الإبطاء ، لأنه مباشر فيه ، وهو معنى قوله : م : (لأن الراكب مباشر فيه ؛ لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له ؛ لأن سير الدابة مضاف إليه) ش : أي إلى الراكب . ألا ترى أنه يقال : سار فرسخاً ، وإن كان هو جالساً في سرجه لا يتحرك ؟ !

ولهذا ، لو سار في ملكه على دابته فوطئت بيدها أو رجلها وقتلت ، فعليه الكفارة والدية ، إذ المباشرة في الملك وغيره سواء ذكره في « المبسوط » م : (وهي آلة له) ش : أي الدابة آلة للركب م : (وهما) ش : أي السائق والقائد م : (مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء) ش : أي إلى محل الهلاك م : (وكذا الراكب في غير الإبطاء) ش : أي لا كفارة عليه في غير الإبطاء ، لأنه سبب في ذلك .

م : (والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب) ش : فيجب عليه الكفارة في الإبطاء ، لأنه مباشر فيه م : (وكذا يتعلق بالإبطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه) ش : لأن كل واحد من حرمان الميراث والوصية م : (يختص بالمباشرة قال : ولو كان راكب وسائق . قيل : لا

يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه ، والسائق مسبب ، والإضافة إلى المباشر أولى ، وقيل : الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان . قال : وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر ، وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر؛ لما روي ذلك عن علي -رضي الله عنه -ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمة آلم نفسه وصاحبه ، فيهدر نصفه ويعتبر نصفه ، كما إذا كان الاصطدام عمداً ، أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة ، أو حفرا على قارعة الطريق بترأ فانهار عليهما ، يجب على كل واحد منهما النصف ، فكذا هذا .

يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه (ش: من قوله ، لأن التلف بثقله م: والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى) ش: لأنه لا عبرة للتسبب مع المباشرة .

الآتري إلى الدفع مع الحفر م: (وقيل : الضمان عليهما) ش: أي على الراكب والسائق م: (لأن كل ذلك سبب الضمان) ش: أي كل واحد منهما بانفراده عامل في الإلتلاف ، لأن كل واحد لو انفرد أوجب الضمان .

وقال الكرخي -رحمه الله- في «مختصره» : ولو أمر بنخسها وهو يسير فوطئت إنساناً فقتلته ، فالدية عليهما نصفان ، لأنهما الآن راكب وسائق يعني أن الناخس كالسائق ولو كان ثمة سائق وراكب مشترك كان في الضمان .

وكذا الناخس ، يعني أن الناخس كالسائق ، وقال الإمام الأسييجابي -رحمه الله- : فإن كان سائق وراكب ، أو سائق وقائد أو راكب وقائد فالضمان عليهما جميعاً ، غير أن الكفارة على الراكب وحده .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله تعالى- : م: (وإذا اصطدم فارسان) ش: تقييد بالفارسين اتفافي ، إلا أن الحكم في الماشيين كذلك أو قيده بحسب الغالب م: (فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر ، وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- : يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر) ش: به قال مالك -رحمه الله- م: (لما روي ذلك عن علي -رضي الله عنه-) ش: هذا غريب على ما نبينه إن شاء الله تعالى .

م: (ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمة آلم نفسه وصاحبه ، فيهدر نصفه ويعتبر نصفه ، كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بترأ فانهار) ش: أي سقط م: (عليهما ، يجب على كل واحد منهما النصف ، فكذا هذا) ش: وهذا الذي ذكره زفر والشافعي -رحمهما الله- هو القياس ، والاستحسان ما ذكره

ولنا : أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه ؛ لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحاً ، لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره . وروي عن علي - رضي الله عنه - : أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية ، فتعارضت روايته فرجحنا بما ذكرنا ، وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق ،

أصحابنا وبه قال أحمد - رحمه الله - ، وهو قوله : م : (ولنا : أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه ؛ لأن فعله في نفسه مباح ، وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه) ش : بأن يقال : لولا مشيه لم يقع في البئر ، فكذا هنا لا يهدر شيء من دمه أيضاً بأن يقال : لولا تقرب به نفسه من الصدوم لم يهلك .

م : (وفعل صاحبه وإن كان مباحاً ، لكن الفعل المباح في غيره) ش : أي في غير نفسه م : (سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره) ش : فأهلكه : يجب عليه الضمان .

م : (وروي عن علي - رضي الله عنه- أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية) ش : هذا رواه ابن أبي شيبة - رحمه الله- في «مصنفه» : حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث ، عن حماد عن إبراهيم ، عن علي - رضي الله عنه- : في فارسين اصطدما فمات أحدهما : أنه ضمن الحي للميت م : (فتعارضت روايته) ش : أي رواية علي - رضي الله تعالى عنه- م : (فرجحنا) ش : أي هذه الرواية م : (بما ذكرنا) ش : من الدليل .

وقال الكاكي - رحمه الله- : إذ يقول ما روي عن علي - رضي الله عنه- «أنه أوجب النصف» محمول على ما إذا كانا عامدين ؛ حيث يجب نصف دية كل منهما في العمد كما ذكر في الكتاب .

قلت : هذا كله تكلف ، وقد ذكرنا أن الذي احتج به زفر - رحمه الله- والشافعي حديث علي - رضي الله تعالى عنه- المذكور غريب ، يعني لم يثبت ، فمن أين يأتي التعارض أو لم يأول ، وهذا من قلة الاطلاع في كتب الأحاديث .

م : (وفيما ذكر) ش : أي الخصم م : (من المسائل) ش : المذكورة م : (الفعالان) ش : وهما : الاصطدام عمداً والجرح م : (محظوران) ش : أي غير مشروعين إذا كان كذلك م : (فوضح الفرق) ش : بين المقيس والمقيس عليه .

وفي «الأجناس» : قال أبو يوسف - رحمه الله- : في «نوادر هشام» : في رجلين علوا حبلاً ، فوقعا على وجههما جميعاً فماتا ، إنه يضمن كل أحد منهما دية صاحبه ، ولو وقع

هذا الذي ذكرنا إذا كانا حرين في العمد والخطأ ، ولو كانا عبيدين يهدر الدم في الخطأ ؛ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعاً وفداءً وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد ؛ لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلاً . ولو كان أحدهما حرّاً والآخر عبداً ، ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ، ويطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة ؛ لأن على أصل أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - تجب القيمة على العاقلة

أحدهما على قفاه والآخر على وجهه فماتا ، ضمن صاحب القفادية صاحب الوجه ، ولو انقطع الحبل فوقاً جميعاً على أفقيتهما فماتا ضمن القاطع ديتهما ، وضمن الحبل .

فقيل لمحمد - رحمه الله - : إن وقعا على وجههما إذا قطع الحبل ؟ قال محمد - رحمه الله - : هذا من قطع الحبل ، وقال محمد - رحمه الله - في « نواذر رستم » : أو وقعا على أفقيتهما وماتا ، لا ضمان على قاطع الحبل م : (هذا الذي ذكرنا) ش : هو أنه يجب دية كل على عاقلة الآخر م : (إذا كانا حرين في العمد والخطأ ، ولو كانا عبيدين يهدر الدم) ش : أي يسقط م : (في الخطأ) ش : يعني إذا اصطدم العبدان خطأ يعني فماتا هدر الدم .

م : (لأن الجناية تعلقت برقبته) ش : أي برقبة العبد الجاني م : (دفعاً وفداءً) ش : أي من حيث دفع المولى إياه ومن حيث أن يفديه ، ولما مات قبل ذلك فات محل الجناية إن خلف لا يضمن المولى شيئاً ، وهو معنى قوله م : (وقد فاتت) ش : أي العبد م : (لا إلى خلف) ش : لفوات محل الجناية م : (من غير فعل المولى) ش : في العبيدين م : (فهدر) ش : أي فسقط الدم م : (ضرورة) ش : وفي بعض النسخ : فهدر ضرورة .

م : (وكذا في العمد) ش : يعني فيما إذا وقع الاصطدام عمداً منهما م : (لأن كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلاً) ش : لأن العبد لا مال له م : (ولو كان أحدهما) ش : أي أحد المصطدمين م : (حرّاً والآخر عبداً ، ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد) ش : لأن كل شيء من الحر فيه الدية ، ففيه القيمة من العبد ، وكل شيء من الحر فيه نصف الدية ، ففيه من العبد نصف القيمة .

م : (فيأخذها) ش : أي فيأخذ القيمة م : (ورثة المقتول الحر ، ويطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة) ش : أي على قيمة العبد لأنه لم يخلف شيئاً فيما زاد م : (لأن على أصل أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : تجب القيمة على العاقلة) ش : أراد أن الأصل أن العبد المقتول خطأ ، تجب قيمته على العاقلة عندهما .

لأنه ضمان الأدمي فقد أخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويظل ما زاد عليه لعدم الخلف ، وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد ، وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة . قال : ومن ساق دابة فوق السرج على رجل فقتله ضمن ، وكذا على هذا سائر أدوات كاللجام ونحوه ، وكذا ما يحمل عليها لأنه متعمد في هذا التسيب ؛ لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام فيه بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة .

وروي عن أبي يوسف أنه قال في مال القاتل : وإنما تجب قيمة العبد على القاتل عندهما م : (لأنه ضمان الأدمي فقد أخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذه) ش : أي بدل العبد م : (ورثة الحر المقتول ويظل ما زاد عليه لعدم الخلف) ش : أي لعدم الخلف بموت العبد من غير خلف م : (وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد ، وهذا القدر يأخذه ولي المقتول ، وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة) ش : فيأخذه الورثة من مولى العبد .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م : (ومن ساق دابة فوق السرج على رجل فقتله ضمن) ش : هنا لفظ « الجامع » : وقال المصنف - رحمه الله - : م : (وكذا على هذا) ش : يعني وصول الضمان على السائق إذا وقعت م : (سائر أدوات كاللجام ونحوه) ش : مثل الركب والمهرة وغير ذلك ؛ لأن ذلك كتقصير منه لأنه لو أحكمها لم تقع .

م : (وكذا) ش : الحكم في وقوع م : (ما يحمل عليها) ش : أي على الدابة م : (لأنه متعمد) ش : أي لأن السائق قد تعدى م : (في هذا التسيب ؛ لأن الوقوع) ش : أي وقوع هذه الأشياء م : (بتقصير منه) ش : أي من السائق م : (وهو) ش : أي التقصير م : (ترك الشد أو الإحكام فيه) ش : أي في « الشرح » ، كما لو وقع الشيء المحمول على العاتق على إنسان فقتله م : (بخلاف الرداء) ش : الملابس إذا سقط فأتلف شيئاً حيث لا يجب الضمان م : (لأنه) ش : أي لأن الرداء م : (لا يشد في العادة) ش : ولو تعثر اللابس فسقط الرداء ، ثم تعثر به إنسان ، لم يضمن فكذا إذا سقط رداؤه .

م : (ولأنه) ش : أي ولأن السائق م : (قاصد لحفظ هذه الأشياء) ش : يعني السرج وسائر الأدوات م : (كما في المحمول على عاتقه) ش : إذا وقع على شيء فأتلفه فإنه يجب الضمان م : (دون اللباس) ش : يعني لا يجب الضمان فيه ، لأنه لا يقصد حفظه م : (على ما مر من قبل) ش : أي في باب : ما يحدثه الرجل في الطريق . م : (فيقيد بشرط السلامة) ش : يعني في حكم السائق .

قال : ومن قاد قطاراً . فهو ضامن لما أوطأ ، فإن وطئَ بعير إنساناً ضمن به القائد والدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدياً بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان ، إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وإن كان معه سائق فالضمان عليهما ؛ لأن قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل . أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لأن القائد لا يقود ما

م: (قال) ش: أي القُدوري : م: (ومن قاد قطاراً) ش: القطار : الإبل يقطر على نسق واحد، والجمع قطر . م: (فهو) ش: أي القائد م: (ضامن لما أوطأ) ش: أي القطار م: (فإن وطئَ بعير) ش: أي من القطار م: (إنساناً ضمن به القائد والدية على العاقلة ؛ لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدياً بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان ، إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله، وإن كان معه) ش: أي مع القائد م: (سائق فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه) ش: أي سائق الواحد م: (لاتصال الأزمة) ش: أي أزمة القطار وهو جمع زمام .

وفي «المبسوط» : السائق تعرف للإبل مما أصاب بالصدمة وغيرها . وكذا القائد مقرب في ذلك فيشتركان في الضمان لا سواهما في التسبب ، وإن كان بينهما سائق الإبل في وسط القطار فالضمان في جميع ذلك عليهم أثلاثاً .

وقال الكرخي - رحمه الله - : قال محمد - رحمه الله - في «إملاء الكتابي» : لو أن رجلاً كان يقود قطاراً وآخر من خلف القطار ليسوقه ويزجر الإبل مزجر يسوقه ، وعلى الإبل قوم في الحامل نيام أو غير نيام ، فوطئَ بعير إنساناً فقتله ، فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكبين على البعير الذي وطئَ جميعاً للذين قدام البعير الذي وطئَ على عواقلهم جميعاً عدد الرءوس ، والكفارة على الراكبين خاصة .

وقال الكرخي - رحمه الله - : ومن كان من الركبان خلف البعير الذي وطئَ لا يزجر الإبل ولا يسوقها ركباً على بعير فيها أو غير راكب فلا ضمان على أحد منهم ، لأنهم ليسوا بقيادة ولا ساقه .

م: (وهذا) ش: أي وجوب الضمان على السائق والقائد جميعاً فيها م: (إذا كان السائق في جانب من الإبل أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان) ش: أي القائد الأول والثاني م: (ما تلف بما بين يديه) ش: أي بين يدي السائق م: (لأن القائد لا يقود ما

خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال : وإن ربط رجل بغيراً إلى القطار والقائد لا يعلم ، فوطئ المربوط إنساناً فقتله ، فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره . فإذا ترك الصيانة ، صار متعدياً ، وفي التسبب : الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ، ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط ؛ لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة، وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء ، وكل منهما مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا : هذا إذا ربط والقطار تسير ؛ لأنه أمر بالقود دلالة فإذا لم يعلم به ، لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط . أما إذا ربط والإبل قيام ثم قاده ضمنها القائد لأنه قاد بغير غيره بغير إذنه لا

خلف السائق لانفصام الزمام (ش: أي لانقطاعه

م: (والسائق يسوق ما يكون قدامه) ش: حتى لو لم يسق ما كان قدامه يكون الضمان على القائد الأول لا غير ، كذا ذكر في « المغني » .

م: (قال : وإن ربط رجل بغيراً إلى القطار والقائد لا يعلم) ش: فوطئ المربوط إنساناً فقتله ، فعلى عاقلة القائد الدية قيد به إذ لو علم القائد بالربط حال السير فالدية على عاقلته ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط ؛ لأن القائد لما علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان ، فلا يرجع الحاصل أن زيل القائد بالربط لا بقي ابتداء وجوب الضمان عنه لوجود الإلتلاف منه والجهل يزيل الإثم دون الضمان ، كالتائم إذا انقلب على إنسان .

م: (فوطئ المربوط إنساناً فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره ، فإذا ترك الصيانة صار متعدياً ، وفي التسبب : الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة ، وإنما لا يجب الضمان عليهما) ش: أي على القائد والرابط م: (في الابتداء وكل منهما) ش: أي والحال أن كل منهما م: (مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة) ش: ولا شك أن المباشرة أقوى كالحافر مع الرافع .

م: (لاتصال التلف بالقود دون الربط ، قالوا) ش: أي المشائخ م: (هذا) ش: أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط م: (إذا ربط والقطار تسير) ش: الواو فيه للحال م: (لأنه) ش: أي لأن الرابط م: (أمر بالقود دلالة) ش: يعني أمر القائد بقود بغيره حين سار دلالة ، يعني من حيث الدلالة وإن لم يكن صريحاً .

وإذا لم يعلم به م: (فإذا لم يعلم به ، لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط . أما إذا ربط والإبل قيام ثم قاده ضمنها القائد) ش: أي بلا رجوع م: (لأنه قاد بغير غيره بغير إذنه لا

صريحاً ولا دلالة ، فلا يرجع بما لحقه عليه . قال : ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقاً فأصاب في فورها يضمنه ؛ لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق . قال : ولو أرسل طيراً وساقه ، فأصاب في فوره لم يضمن . والفرق : أن بدن البهيمة يحتمل السوق ، فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة . وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائق لم يضمن ، ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائق فأخذ الصيد وقتله حل ، ووجه الفرق أن البهيمة

صريحاً ولا دلالة . فلا يرجع بما لحقه عليه .

ش: قال المحبوبي - رحمه الله - : قال الحلواني - رحمه الله - : إذا ربط حال قيام الإبل ووقوفها ، لا يضمن الرابط ، لأن ربطه قد زال هذا السبب بقود القائد فيبرأ عن موجبها ، كمن وضع حجراً وحوله من ذلك إلى موضع آخر . لم يكن على الواضع الأول ضمان ما تلف به ؛ لأنه لما حوله زالت جنائته كذا ههنا .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقاً) ش: قال الصدر الشهيد - رحمه الله - وغيره : أراد بالبهيمة الكلب . وأراد بكونه سائقاً أن يكون خلفه م: (فأصاب في فورها) ش: أي في فور الإرسال . فإن قتل صيداً مملوكاً م: (يضمنه ، لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق).

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (ولو أرسل طيراً وساقه ، فأصاب في فوره ، لم يضمن . والفرق) ش: بين المسألتين : م: (أن بدن البهيمة يحتمل السوق) ش: فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق م: (فصار وجود السوق وعدمه سواء بمنزلة) ش: واحدة . ولهذا : لو أدخل بازيماً في الحرم أو صقراً وأرسله فجعل يقتل حمام الحرم لا يلزمه شيء . لأن الباز لا يحتمل السوق .

ولو أشلى كلباً على رجل حتى عقره أو مزق ثيابه لا يضمن لأن بسوقه أراد به إذا كان خلفه لما مر ، وقيل : إذا لم يكن خلفه ، فعقر وتعلق بإنسان إن كان غير معلم لا يضمن ، لأن غير المعلم إنما يذهب بطبع نفسه لا بالإرسال وإن كان معلماً ، فإن ذهب يميناً وشمالاً وعن الوجه الذي أرسله ثم ألتف إنساناً لا يضمن . لأنه لا يضاف إلى السائق ، وإن أصابه من الوجه الذي ساقه وأرسله كان ضامناً . لأنه ذهب بإرسال صاحبه ، فكان مضافاً إلى المرسل . كذا ذكر فخر الدين قاضي خان .

م: (وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائق لم يضمن) ش: يعني إذا كان خلفه م: (ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائق فأخذ الصيد وقتله حل ، ووجه الفرق) ش: بين المسألتين : م: (أن البهيمة)

مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها ، هذا هو الحقيقة إلا أن الحاجة مست في الاصطيد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطيد مشروع ولا طريق له سواه ، ولا حاجة في حق ضمان العدوان . وروي عن أبي يوسف - رحمه الله- أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً صيانة لأموال الناس قال -رضي الله عنه- : وذكر في «المبسوط» : إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصاب في فورها فالمرسل ضامن ؛ لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها ، ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه ، وكذا إذا وقفت ثم سارت ، بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطيد ثم سارت فأخذت الصيد ؛ لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير

ش: أي الكلب م: (مختارة في فعلها) ش: وفي بعض النسخ : مختارة في فعله .

م: (ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها) ش: أي فلا يضاف فعله م: (إلى غيرها ، هذا هو الحقيقة) ش: أي فعل أحد لا يضاف إلى غيره م: (إلا أن الحاجة مست في الاصطيد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطيد مشروع ولا طريق له سواه ، ولا حاجة في حق ضمان العدوان) ش: أي لا ضرورة في وجوب العدوان فلا تسقط عبرتها .

م: (وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً صيانة لأموال الناس) ش: وجعل شيخني العلاء - رحمه الله - هذا نسخة يعني يوجد هذا في بعض النسخ م: (قال- رضي الله عنه -) ش: أي المصنف م: (وذكر في «المبسوط» : إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصاب في فورها فالمرسل ضامن ؛ لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها) ش: فيضمن . قال الصدر الشهيد : وعليه الفتوى ، وبه قال الشافعي وأحمد . وعند مالك : فعل العجماء جبار بأي وجه كان .

م: (ولو انعطفت) ش: أي الدابة م: (يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه) ش: أي سوى طريق اليمنة واليسرة بأن كان على الجادة ما أوصل الطريق لا ينقطع حكم الإرسال .

م: (وكذا) ش: أي كذا لا ينقطع حكم الإرسال م: (إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطيد ثم سارت فأخذ الصيد ؛ لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد وهذه) ش: أي وقفة الدابة م: (تنافي مقصود المرسل وهو السير) ش: فإن المقصود من الإرسال هو السير لا الوقوف .

فينقطع حكم الإرسال ، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره لا يضمه من أرسله، وفي الإرسال في الطريق يضمه لأن شغل الطريق تعدد فيضمن ما تولد منه . أما الإرسال للاصطياد فمباح ولا تسبب إلا بوصف التعدي . قال : ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل ، وإن مالت يميناً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر ، ولو انفلتت دابة فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام :

فإذا كان كذلك م : (فينقطع حكم الإرسال وبخلاف) ش : معطوف على قوله بخلاف ما إذا وقت م : (ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره لا يضمه من أرسله وفي الإرسال في الطريق يضمه) ش : يريد بهذا : الفرق بين الإرسالين : الإرسال إلى الطريق ، والإرسال إلى الصيد . ففي الأول لا ضمان عليه . وفي الثاني : يجب الضمان إذا كان على الفور .

م : (لأن شغل الطريق تعدد فيضمن ما تولد منه . أما الإرسال للاصطياد فمباح ولا تسبب إلا بوصف التعدي) ش : وقالوا في رجل له كلب عقور كلما مر عليه شيء عضه ، فلأهل القرية أن يقتلوه . فإن عض ، هل يجب الضمان على صاحبه .

إن لم يتقدموا عليه قبل القبض لا ضمان عليه ، وإن كان تقدموا إلى صاحب الكلب فعليه الضمان بمنزلة الحائط المائل ، وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- : يضمن وإن لم يتقدم إليه .

وكذا في سنور معروف بأكل الطيور ، وفي «المنتقى» : لو طرح رجلاً قدام أسد أو سبع فقتله ليس على الطارح قود ولا دية ولكن يعزر ويضرب وبعدها يحبس حتى يتوب ويموت ، وقال أبو يوسف : أنا أرى أن يحبس حتى يموت ، وعند الأئمة الثلاثة : إن كان الغالب القتل يجب القود ، وإن كان لا يقتل غالباً فعند الشافعي - رحمه الله - : قولان في قول يجب القود ، وفي قول لا يجب ، ولكن تجب الدية وبه قال أحمد ، وقياس قول مالك أنه يجب القود .

م : (قال) ش : أي المصنف - رحمه الله - : وليس في كثير من النسخ لفظ قال م : (ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره) ش : أي فور الإرسال والمراد بفور الإرسال أن لا يميل يميناً ولا شمالاً م : (ضمن المرسل ، وإن مالت يميناً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر) ش : وفي «الفتاوى الصغرى» : أرسل حماره فدخل زرع إنسان فأفسده ، فإن ساقه إلى الزرع ضمن ، وإن لم يسقها بأن لم يكن خلفها وإن لم تعطف الدابة يميناً ولا شمالاً وذهب إلى الوجه الذي أرسله صاحبه فأصاب الزرع ضمن أيضاً ، وإن انعطف يميناً وشمالاً فأصاب الزرع إن كان له طريق آخر لم يضمن وإلا يضمن في ديار شيخ الإسلام - رحمه الله - م : (ولو انفلتت دابة فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لا ضمان على صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام) ش : أي لقول

« جرح العجماء جبار » . وقال محمد - رحمه الله - : هي المنفلتة ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته . قال : شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لأن المقصود منها هو اللحم ، فلا يعتبر إلا النقصان ، وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة ، وكذا في عين الحماز والبغل والفرس

النبي ﷺ : م : « جرح العجماء جبار » ^(١) ش : الحديث رواه أبو داود وابن ماجه عن الليث بن سعد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « العجماء جرحها جبار » الحديث ، قال أبو داود : المنفلتة أي العجماء التي لا تكون معها أحد ويكون بالنهار لا بالليل ، وقال ابن ماجه : الجبار الهدر الذي لا يغرم ، وفي « الموطأ » عن مالك : الجبار الدية .

م : (وقال محمد - رحمه الله - هي المنفلتة) ش : التي أهدر النبي ﷺ فعلها هي المنفلتة لا التي أرسلت فإن فساد المرسله إذا كان في فور الإرسال ليس بجبار وإنما ذكر التفسير لثلاثي يجري الحديث على عمومته كما قال مالك - رحمه الله - ، وقال القدوري في « شرحه » وسواء كان انفلاتها في ملك صاحبها أو في الطريق أو في ملك غيره لأنه لا صنع له في انفلاتها ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها فلا يضمن ما تولد منه . انتهى .

وقال الشافعي : إن كانت ذهبت نهاراً لا يضمن ، به قال مالك وأحمد وأكثر فقهاء الحجاز .

م : (ولأن الفعل) ش : أي فعل الدابة المثقلة م : (غير مضاف إليه) ش : أي إلى صاحب الدابة م : (لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته) ش : من السوق والقود والركوب ، وفي بعض النسخ : قال : م : (شاة لقصاب) ش : أي قال محمد في « الجامع الصغير » م : (فقئت عينها ففيها ما نقصها) ش : أي ما نقص الشاة من قيمتها م : (لأن المقصود منها) ش : أي من شاة القصاب م : (هو اللحم فلا يعتبر إلا النقصان ، وفي عين بقرة الجزار وجزوره) ش : بفتح الجيم وهو ما اتخذ للنحر يقع على الذكر والأنثى كذا في « الطحاوي » ، والجزر القطع وجزر الجزور نحرها ، والجزار هو الذي يجزر البقرة أي ينحرها م : (ربع القيمة) ش : الواجب ربع قيمة بقرة الجزار وجزوره .

م : (وكذا) ش : أي يجب ربع القيمة م : (في عين الحماز والبغل والفرس) ش : وفي « جامع البزدوي » وإنما وضع المسألة على هذا الوجه عين لم يقل في عين البقرة والجزور مطلقاً لبيان أن البقرة والجزور وإن أعدا للحم كما في شاة لا يختلف الجواب فيهما أعني يجب ربع قيمتها سواء

(١) رواه مسلم « كتاب الحدود » باب : جرح العجماء والمدن جبار (٧٢/٢) .

وقال الشافعي - رحمه الله - : فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة . ولنا ما روي : «أنه عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة» وهكذا قضى عمر - رضي الله عنه - ؛ ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل ، فمن هذا الوجه تشبه الأدمي ، وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين ، بشبه الأدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ، ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها

كانا معدين للحم أو للحرث والحمل والركوب كما في الذي لا يؤكل لحمه كالحمار والبغل ، والفرق : أن الشاة لا ينتفع بها للحمل بل ينتفع بها كالأمتعة فيضمن النقصان من غير تقدير ، وأما البهائم فإنها عاملة كالأدمي فينتفع بها بغير العمل أيضاً فأشبهه الأدمي من وجه والمسألة من وجه فوجب لنصف التقدير الواجب في الإنسان عملاً بهما .

م : (وقال الشافعي - رحمه الله - : فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة) ش : وهو القياس قول مالك وأحمد م : (ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام) ش : أي أن النبي ﷺ م : (قضى في عين الدابة بربع القيمة) ش : هذا رواه الطبراني في «معجمه» من حديث زيد بن ثابت - رضي الله عنه - : أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربع قيمتها^(١) ، ورواه العقيلي في «الضعفاء» .

م : (وهكذا قضى عمر - رضي الله عنه) ش : رواه عبد الرزاق «مصنفه» : أخبرنا سفيان الثوري عن جابر الجعفي عن الشعبي عن شريح : أن عمر - رضي الله عنه - كتب إليه في عين الدابة ربع ثمنها . ورواه كذلك ابن أبي شيبة م : (ولأن فيها) ش : دليل معقول على ذلك أي في الدابة م : (مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه) ش : أي من وجه الزينة والجمال م : (تشبه الأدمي ، وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه) ش : أي من وجه إمسائها للأكل م : (تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الأدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف) ش : أي في نفي نصف الإيجاب وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة ، فإن المقصود منها اللحم وفقء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية .

م : (ولأنه) ش : أي ولأن الشاة ، هذا دليل آخر أي ولأن الشاة أيما يكن إلى آخره على ما تبين ولكن الاعتماد على الدليل الأول الأقوى أن العينين لا يضمنان نصف القيمة ، كذا قال فخر الإسلام - رحمه الله - ، وإنما قال ذلك لأن المعمول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه ، قوله م : (إنما يمكن إقامة العمل بها) ش : أي بالقيمة م : (بأربعة أعين عيناها) ش : أي باعتبار الدابة م : (وعينا المستعمل) ش : أي مستعمل الدابة فإذا كان كذلك م : (فكأنها)

(١) قال الهيثمي في «المجمع» (٦/٢٩٨) : رواه الطبراني ، وفيه أبو أمية بن يعلى وهو ضعيف .

ذات أعين أربعة فيجب الربيع بفوات إحداها . قال : ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفتحت رجلاً أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر ، وابن مسعود -رضي الله عنهما - ، ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ، ولأن الناخس متعد

ش: أي فكأن الدابة تكون م: (ذات) ش: فإذا كانت ذات م: (أعين أربعة فيجب الربيع) ش: أي ربيع القيمة م: (بفوات إحداها) ش: أي أحد الأعين الأربعة .

م: (قال) ش: وإنما قلنا «قال المصنف» لأن هذه المسألة وما بعدها ليست مذكورة في «الهداية» ، وإنما هي من مسائل الأصل . ذكرها المصنف تفريراً .

م: (ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها) ش: من النخس وهو الطعن بالعود ونحوه وهو من باب منع يمنع ومنه النخاس دلال الدواب م: (فنفتحت رجلاً) ش: يقال : نفع برجله إذا ضربه بالحاء المهملة من باب منع م: (أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس) ش: يعني إذا نخسها بغير إذن الراكب والسائق وبه صرح في «المبسوط» ولا يعلم فيه خلاف م: (دون الراكب) ش: أي لا يلزم الراكب شيء ، فإن قيل : القياس يقتضي هو أن يكون الزمان على الراكب لكونه مباشراً فإن لم يكن متعدياً لأن التعدي ليس من شرط فإن لم يختص به فلا أقل من الشركة ، والجواب : أن القياس يترك بالأثر أشار إليه بقوله م: (هو) ش: أي المذكور هو الذي م: (المروي عن عمر وابن مسعود -رضي الله عنهما) ش: في رجل نخس دابة عليها راكب فصدمت آخر قتلته أنه على الناخس لا على الراكب هذا غريب .

وقال الأترابي : لما ذكر المسألة المذكورة الأصل قال : بلغنا ذلك عن عمر وعبد الله بن مسعود -رضي الله عنهما - ، وروى عبد الرزاق في «مصنفه» عن معمر عن ابن مسعود وفيه : إنما يضمن الناخس ، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» نحوه عن شريح والشعبي ، ولأن الراكب دليل معقول .

م: (ولأن الراكب والمركب) ش: الذي هو الدابة م: (مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده) ش: أما فعل الراكب فلأنه انتقل إلى الدابة لأن الوثبة المهلكة إنما كانت منها فكان مضطراً في حركته ، وأما فعل الدابة فقد انتقل إلى النخاس لكونه الحامل على ذلك ملحاً فكان الحامل الناخس مميزاً له . الرابع : للدابة والراكب معاً على ما فعلت الدابة والمدفوع إلى الشيء ، وإن كان مباشراً لا يعتبر مباشراً كما في الإيضاع الإكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشر أن فرض مباشراً ولا التسبب أيضاً لأنه متعدم التعدي وهو منفرد م: (ولأن الناخس متعد)

في تسببه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي . حتى لو كان واقفاً دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه متعد في الإيقاف أيضاً . قال: وإن نفحت الناخس كان دمه هدراً لأنه بمنزلة الجاني على نفسه ، وإن ألقى الراكب فقتلته كانت ديبته على عاقلة الناخس لأنه متعد في تسببه وفيه الدية على العاقلة . قال : ولو وثبت بنخسة على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه . والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء .

ش: دليل آخر أي الناخس متعد م: (في تسببه) ش: لأن الدابة عادت لها عند النخس النفحة والوثبة م: (والراكب في فعله غير متعد) ش: لعدم ضرر شيء منه . م: (فيترجح جانبه) ش: أي جانب الناخس م: (في التغريم للتعدي) ش: قيل : فيه نظر لأن الراكب إن كان فعله معتبراً فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه في وجوب الضمان كالتائم إذا انقلب على إنسان فأهلكه يجب الضمان عليه ، والتائم ليس يوصف بالتعدي وإن لم يكن قتله معتبراً لكونه مرفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذلك الدليل الأول .

وأجيب : أن الراكب مباشر فيما إذا أتلّف بالوطء لأنه يحصل التلف بالفعل وليس الكلام هاهنا في ذلك وإنما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكان شئين ورجح الناخس في التغريم وفي استعمال الترجيح هاهنا تسامح لأن الشرط إذا كان منفرداً لا يصلح معارضاً حتى تحتاج إلى الترجيح ، قال الأكمّل ، ولعل معناه فاعتبر موجِباً في التغريم لأن الترجيح بسبب الاعتبار فكان ذكر التسبب وإرادة المسبب .

م: (حتى لو كان واقفاً) ش: أي حتى لو كان الراكب واقفاً م: (دابته) ش: ودابة منصوبة بقوله واقفاً لأنه من الوقوف لا من الوقف م: (على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه) ش: أي لأن صاحب الدابة م: (متعد في الإيقاف أيضاً . قال: وإن نفحت الناخس كان دمه هدراً لأنه بمنزلة الجاني على نفسه وإن ألقى الراكب) ش: يعني بالناخس م: (فقتلته كانت ديبته على عاقلة الناخس لأنه متعد في تسببه وفيه الدية على العاقلة . قال : ولو وثبت بنخسة على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه) ش: إشارة إلى قوله : لأنه متعد في تسببه ، كذا قاله الكاكي ، وقال الأكمّل : لما بينا ؛ إشارة إلى قوله : لأنه متعد في تسببه .

ولأن الراكب والمركب مرفوعان ، وقال في «النهاية» : هو قوله لأنه متعد في تسببه ، قلت : وهو مثل ما قاله الكاكي فكأنه نقله عن صاحب «النهاية» . وقال الأكمّل : ليس بشيء وسكت عليه فليتأمل .

م: (والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء) ش: أي في ملكه يعني يجب الضمان على

وعن أبي يوسف - رحمه الله- أنه يجب الضمان على الناحس والراكب نصفين؛ لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة، والثاني مضاف إلى الناحس فيجب الضمان عليهما. وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها، ولا ضمان عليه في نفتحها لأنه أمره بما يملكه إذ النخس في معنى السوق فصح أمره به، وانتقل إليه لمعنى الأمر. قال: ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناحس بإذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعاً إذا كانت في فورها الذي نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما. والإذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث إنه إتلاف، فمن هذا الوجه يقتصر عليه، والركوب وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة السير، والسير علة للوطء.

الناخس في كل حال وقيد بقوله في ملكه احترازاً عما تقدم من الإيقاف من غير الملك فإنه ينتصف الضمان هناك على ما قبلها م: (وعن أبي يوسف - رحمه الله -) ش: رواه ابن سماعة عنه.

م: (أنه يجب الضمان على الناحس) ش: في كل حال وقيد بقوله في ملكه احترازاً عما تقدم من الإيقاف في غير الملك، فرواية ابن سماعة عنه أنه يجب الضمان على الناحس م: (والراكب نصفين لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني) ش: أي وطاء الدابة م: (مضاف إلى الناحس فيجب الضمان عليهما، وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك) ش: أي النخاس من الناحس م: (بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه) ش: أي على الناحس م: (في نفتحها لأنه) ش: أي لأن الراكب م: (أمره) ش: أي الناحس م: (بما يملكه) ش: وهو النخس م: (إذ الناحس في معنى السوق فصح أمره به) ش: أي أمر الراكب بالنخس م: (وانتقل) ش: أي النخس م: (إليه لمعنى الأمر) ش: أي إلى الراكب م: (قال: ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناحس بإذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعاً) ش: أي على الراكب والناخس م: (إذا كانت) ش: أي النخسة م: (في فورها الذي نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما) ش: أي إلى الراكب والناخس، وفي بعض النسخ: «إليها» أي إلى النخسة م: (والإذن يتناول فعله) ش: أي فعل الناحس هذا جواب عن قوله «ينبغي أن لا يضمن الناحس» لأنه متى أذن بالنخس وفعله أي الراكب فلم يبق متعدياً، بيان الجواب: الإذن يتناول فعل الناحس الذي هو م: (السوق ولا يتناوله) ش: أي ولا يتناوله فعله م: (من حيث إنه إتلاف، فمن هذا الوجه يقتصر عليه) ش: أي على الناحس فكان متعدياً م: (والركوب وإن كان علة للوطء) ش: هذا جواب سؤال آخر، وهو أن الراكب صاحب علة إذ الركوب علة للوطء، وإضافة الحكم إلى العلة أولى من إضافته إلى الشرط وتقرير الجواب أن يقال: إن الركوب وإن كان علة لوطء الراكب م: (فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة السير والسير علة للوطء) ش: أي ويكون علة العلة.

وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح إنساناً فوق في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى فوق علة الجرح كذا هذا . ثم قيل : يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإبطاء لأنه فعل بأمره ، وقيل : لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لأنه لم يأمره بالإبطاء والناخس ينفصل عنه وصار كما إذا أمر صبياً يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فإنهم لا يرجعون على الأمر لأنه أمره بالتسيير والإبطاء ينفصل عنه ، وكذا إذا ناوله سلاحاً فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الأمر ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الإبطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه ، وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر

م : (وبهذا لا يترجح صاحب العلة) ش : على الشرط ونظر المصنف لذلك بقوله م : (كمن جرح إنساناً فوق) ش : أي المجروح م : (في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما) ش : أي على الجراح وحافر البئر م : (لما أن الحفر شرط علة أخرى) ش : وهي القتل م : (فوق علة الجرح كذا هذا) ش : لأن الركوب وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط للتسيير والسير علة للوطء فكان الوطء ثابتاً بعلتين فيجب الضمان .

م : (ثم قيل : يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإبطاء لأنه) ش : أي لأن الناخس م : (فعل بأمره) ش : أي بأمر الراكب فيرجع عليه بما لحقه من العهدة م : (وقيل : لا يرجع وهو الأصح) ش : أي عدم الرجوع هو الأصح قاله صاحب « الهداية » وقال م : (فيما أراه) ش : بضم الهمزة أي فيما أظنه م : (لأنه) ش : أي لأن الراكب م : (لم يأمره بالإبطاء) ش : بل أمره بالنخس م : (والناخس ينفصل عنه) ش : أي عن الإبطاء م : (وصار) ش : حكم هذا م : (كما إذا أمر صبياً يستمسك) ش : أي يقدر على استمسك نفسه على فعل شيء وهو معنى قوله : يستمسك م : (على الدابة بتسييرها فوطئت الدابة إنساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فإنهم) ش : أي فإن العاقلة م : (لا يرجعون على الأمر لأنه) ش : أي لأن الأمر م : (أمره بالتسيير ، والإبطاء ينفصل عنه) ش : أي عن التسيير .

وقيد الصبي بصفة الاستمسك لأنه إذا لم يكن مستمسكاً على الدابة وحمله رجل على الدابة والدابة واقفة ثم سارت فأوطأت لا ضمان على عاقلة الصبي ولا على الحامل لأنه لم يسير الدابة فكانت الدابة كالمعلقة فيكون فعله هدراً لقوله ﷺ : « فعل العجماء جبار » والمراد المنفلتة ، كذا في « الذخيرة » ولا نعلم فيه خلافاً .

م : (وكذا إذا ناوله) ش : أي الصبي م : (سلاحاً فقتل به آخر) ش : أي فقتل الصبي بالسلاح شخصاً آخر م : (حتى ضمن لا يرجع على الأمر ، ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الإبطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه ، وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر

النخس فبقي السوق مضافاً إلى الراكب على الكمال . ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناحس ، وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه مضاف إليه ، والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته ، وإن كان صبيّاً ففي ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهما ، ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفتحت إنساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء ؛ لأنه متعدد بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله ، والله أعلم .

النخس فبقي السوق مضافاً إلى الراكب على الكمال .

م : (ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناحس) ش : لا على القائد م : (وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره) ش : أي غير السائق فالضمان على الناحس لا على السائق م : (لأنه) ش : أي لأن التلف م : (مضاف إليه) ش : أي إلى الناحس إذ الانفلات أثر فعل الناحس وهو بشرط التلف م : (والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته) ش : أي في رقبة العبد يدفع بها أو يفدي ، هذا إذا نخسه بغير إذن الراكب ، أما إذا نخسه بإذنه ، فإن كان التلف بالنفحة فلا ضمان على الراكب ، والقيّد إذا كان يسير في الطريق ولو كان بالوطئة في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب يضمن نصف الدية ، وعتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب ؛ لأن الولي يرجع على الأمر بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية .

م : (وإن كان) ش : أي الناحس م : (صبيّاً ففي ماله) ش : يحتمل أن يراد به إذا كانت الجناية على المال أو فيما دون إرث الموضحة لأن الجناية إذا كانت موجبة الدية فعلى عاقلته م : (لأنهما) ش : أي لأن العبد والصبي م : (مؤاخذان بأفعالهما ، ولو نخسها) ش : أي الدابة م : (شيء منصوب في الطريق فنفتحت إنساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعدد بشغل الطريق فأضيف إليه) ش : أي فأضيف التلف إلى الناصب م : (كأنه نخسها بفعله ، والله أعلم) ش : أي فكأن الناصب نخس الدابة بفعله .

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال : وإذا جنى العبد جناية خطأ ، قيل لمولاه : إما أن تدفعه بها أو تفديه ، وقال الشافعي - رحمه الله - : جنايته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش ، وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق

م : (باب جناية المملوك والجناية عليه)

ش : أي هذا باب في بيان جناية المملوك على غيره وفي بيان جناية شخص على المملوك ولما فرغ من جناية الحر وهو المالك شرع في بيان العبد الذي هو المملوك م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (وإذا جنى العبد) ش : على حر أو على عبد م : (جناية خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه) ش : أي العبد إلى ولي الجاني م : (بها) ش : أي بالجناية م : (أو تفديه) ش : إنما قيد بالخطأ لأن في العمد في النفس يجب القصاص عليه ، وفيما دون النفس تجب الدية خطأ أو عمدًا ؛ لأن القصاص لا يجري فيه بين العبد والعييد ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس م : (وقال الشافعي - رحمه الله - : جنايته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش) ش : وذكر شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي - رحمه الله - في « شرح الكافي » مذهب مالك - رحمه الله - كذلك ، وقال مالك : يجب ذلك في عتق العبد يباع فيه إلا أن يقضي السيد ، وقال الخرقي في « مختصره » وإذا جنى العبد على سيده أن يدفعه ، أو يفديه فإن كانت الجناية أكثر من قيمة العبد لم يكن على سيده أن يطالب بأكثر من قيمته م : (وفائدة الاختلاف) ش : أي الخلاف بيننا وبين الشافعي - رحمه الله - تظهر م : (في اتباع الجاني بعد العتق) ش : يعني أن المجني عليه عند الشافعي - رحمه الله - يتبع العبد بعد العتق ، يعني إذا كانت قيمته غير معادلة للأرش تبعه بعد العتق ، أما لو كان الأرش بقدر القيمة يكون على الولي والمولى يختار الفداء بعد العتق ، وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لأنه بعد العتق صار مختاراً للفداء في « مبسوط » بكر و « الأسرار » ، حاصل الخلاف أن موجب جناية العبد على الأدمي على العبد عند الشافعي .

وعندنا يجب على المولى الدفع والفداء إلا أن الموجب الأصلي الدفع ، وله أن يختار الفداء حتى لو هلك العبد قالوا : برئ المولى ، ولو كان الواجب أحد الشئتين والخيار إليه ينبغي أن يتعين الأرش بعد هلاكه ، وعند الشافعي - رحمه الله - موجب جناية عليه كموجب جناية على المال ومن حكم الدين إذا وجب على العبد يخير المولى بين السبع والدفع في الدين وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية ، فعلى هذا لو كان قيمة قدر الأرش أو دونه فالسيد يخير بين الفداء والدفع ، وهو قول الحسن والثوري والشعبي وعطاء ومجاهد والزهري وحماد - رحمهم الله - وقال أحمد - رحمه الله - في رواية : يلزم السيد دفعه ، وهو قول مالك والشافعي في قول إلا أن

والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم، له أن الأصل في موجب الجناية أنه على المتلف لأنه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه ، ولا عاقلة للعبد لأن العقل عنده بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه ، فتجب في ذمته كما في الدين ، ويتعلق برقبته ، يباع فيه كما في الجناية على المال. ولنا : أن الأصل في الجناية على الأدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني

يفديه بالأرش بالغاً ما بلغ .

م : (والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم) ش : وقال الأكمل - رحمه الله - :
فعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما - هثل مذهبتنا قال : إذا جنى العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه ، وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن علي رضي الله تعالى عنه مثل مذهبه ، قال : عبيد الناس أموالهم جنائيتهم في قيمتهم أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد ، وقال الكاكي : والمسألة مختلفة بين الصحابة - رضوان الله عليهم - وروي عن علي - رضي الله تعالى عنه أنه قال : عبيد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في رقاب الناس كمذهبتنا ، هكذا روي عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبي عبيدة بن الجراح وروي عن عمر - رضي الله تعالى عنهم مثل مذهبه فذكره مثل ما ذكرنا ، وقال الأترازي :

ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم كالقدوري وغيره عن ابن عباس أنه قال : عبيد الناس أموالهم وجنائيتهم في قيمتهم ، وعن علي - رضي الله عنه - مثله قلت مخرج الأحاديث لم يذكر إلا عن علي - رضي الله عنه - فقط فقال : روى ابن أبي شيبه في «مصنفه» : حدثنا حفص عن حجاج عن حصين الحارثي عن الشعبي عن الحارث عن علي قال : إذا جنى العبد ففي رقبته ، ويخير مولاه إن شاء فداه وإن شاء دفعه م : (وله) ش : أي الشافعي م : (أن الأصل في موجب الجناية أنه على المتلف لأنه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه) ش : أي عن الجاني م : (ولا عاقلة للعبد لأن العقل عنده بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه ، فتجب في ذمته كما في الدين) ش : وهو ظاهر كما قلنا ، وفي بعض النسخ : كما في الذمي ، يعني إذا قتل الذمي خطأ يجب دية المقتول في ذمته لا على عاقلته كما في إتلاف المال .

وقوله بعد هذا : بخلاف الذمي الذي يدل على صحة هذه النسخة م : (ويتعلق برقبته) ش : أي برقبة العبد م : (يباع فيه كما في الجناية على المال) ش : أي كما في الضمان لاستهلاك الأموال م : (ولنا : أن الأصل في الجناية على الأدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني) ش : لكونه معذوراً ، والخطأ موضوع شرعاً ، وقال الأكمل - رحمه الله - : في قوله : ولنا أن الأصل ثبت وهو أن الحكم في مسألة مختلف ، فإن حكمها عندنا الوجوب على المولى وعندهم الوجوب على العبد لما ذكر ، وهو بناء على الأصل ، ونحن على أصل فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر !؟

تحرزاً عن استئصاله والإجحاف به إذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به . والأصل في العاقلة عندنا النصره حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمي ؛ لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر . وبخلاف الجناية على المال ؛ لأن العواقل لا تعقل المال إلا أنه يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد ، وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل ،

ويمكن أن يقال : الشافعي -رحمه الله - جعل وجوب موجب جنايته في ذمته وكوجوب الجناية على المال ، فنحن إذا بينا الفرق بينهم فبقي أصله بلا أصل فيبطل . وقد بين المصنف ذلك بقوله : بخلاف الذمي إلى آخره م : (تحرزاً عن استئصاله) ش : أي لأجل التحرز عن انقطاعه بالكلية م : (والإجحاف به إذ هو) ش : أي الإضرار به إذ هو أي الجاني في حالة الخطأ م : (معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية) ش : ولكن لما وجب دفعاً لوحشة القتل عند الأولياء وصوناً للدم عن الهدر فلا يهدر م : (وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة والمولى عاقلته) ش : أي عاقلة العبد م : (لأن العبد يستنصر به) ش : أي بالمولى م : (والأصل في العاقلة عندنا النصره حتى تجب على أهل الديوان) ش : وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميتهم في الديوان على ما يجيء بيانه في كتاب «المعاقل» إن شاء الله تعالى م : (بخلاف الذمي) ش : جواب عن قياس الشافعي -رحمه الله - وجوب موجب جناية العبد عليه قياساً على الذمي حيث يجب عليه ، بيانه أن الذمي لا يصح أن يقاس عليه م : (لأنهم) ش : أي لأن أهل الذمة م : (لا يتعاقلون فيما بينهم) ش : أي لا يتناصرون م : (فلا عاقلة فتجب في ذمته) ش : أي في ذمة الذمي م : (صيانة للدم عن الهدر) ش : لأنه إذا لم يجب عليه ولا عاقلة له فيجب عليها لكون الدم هدراً فلا يجوز إهداره .

م : (وبخلاف الجناية على المال) ش : هذا جواب عن قياس الشافعي -رحمه الله - موجب جناية العبد عليه قياساً على الجناية في المال ، بيانه : أن هذا القياس أيضاً غير صحيح م : (لأن العواقل لا تعقل المال) ش : كما مر بيانه م : (إلا أنه) ش : أي أن المولى ، هذا استثناء من قوله «المولى عاقلة» لأن العبد يستنصر به فإذا كان عاقلة م : (يخير بين الدفع والفداء) ش : يعني إن شاء دفع العبد وإن شاء فداءه .

فإن قيل : إذا كان المولى عاقلته ينبغي أن لا يخير بين الدفع والفداء ، كما لا يثبت الخيار في سائر العواقل ، فالجواب عنه ما قاله المصنف -رحمه الله - بقوله م : (لأنه واحد) ش : أي لأن المولى واحد هاهنا في كونه عاقلته .

م : (وفي إثبات الخيرة) ش : للمولى م : (نوع تخفيف في حقه) ش : بخلاف سائر العواقل ؛ لأن فيهم كثرة ويثبت الخفيف بالتوزع عليهم فلا يثبت الخيار لهم م : (كيلا يستأصل) ش :

غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ، ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب ، وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر . قال : فإن دفعه ملكه ولي الجناية ، وإن فداه فداه بأرشها وكل ذلك يلزمه حالاً ، أما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان باطل وعند اختياره الواجب عين ، وأما الفداء

موجب الجناية م : (غير أن الواجب الأصلي) ش : هذا جواب سؤال مقدر ، وهو أن يقال : لو كان موجب جناية على ذمة المولى ينبغي أن لا يسقط بموت العبد كما في الحر الجاني إذا مات لا يسقط العقل عن عاقلته .

تقرير الجواب : أن الواجب الأصلي في جناية العبد م : (هو الدفع) ش : أي دفعه إلى ولي الجناية وأشار بقوله م : (في الصحيح) ش : أي لخلاف فيه ، فإن البعض قالوا : الواجب الأصلي هو الفداء ، واختاره شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجاني في « شرح الكافي » لأن الأصل هو ضمان المتلف ، ولكن الدافع خلص عنه ، وأشار المصنف - رحمه الله - إلى أن الأصل هو الدفع واختاره أيضاً .

م : (ولهذا) ش : أي ولكون الواجب الأصلي هو الدفع م : (يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان له) ش : أي للمولى م : (حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة) ش : فإن الواجب الأصلي فيه جزء من النصاب وللمالك أن ينتقل إلى القيمة م : (بخلاف موت الجاني الحر) ش : هذا جواب عما يذكر ها هنا مستشهداً به كما ذكرناه آنفاً كما في الحر الجاني ، بيانه أن الواجب لا يسقط بموت الجاني الحر م : (لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء) ش : أي من حيث الاستيفاء بخلاف العبد الجاني حيث يسقط الموجب بموته ؛ لأن الواجب يتعلق به استيفاء حيث يدفع في الجناية م : (فصار) ش : أي الحر م : (كالعبد في صدقة الفطر) ش : أنها تجب عن العبد على المولى ولا يسقط بموت العبد .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (فإن دفعه ملكه ولي الجناية) ش : أي فإن دفع المولى العبد في جناية خطأ ملكه أي ملك العبد ولي الجناية وسقطت المطالبة عن المولى م : (وإن فداه بأرشها) ش : أي بأرش الجناية م : (وكل ذلك) ش : أي الدفع والفداء م : (يلزمه حالاً) ش : أي يلزم المولى على وجه الحلول م : (أما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان باطل) .

ش : لأن التأجيل إنما شرع للتحصيل [. . .] وتحصيل الحاصل محال م : (وعند اختياره) ش : أي اختيار المولى الدفع م : (الواجب عين) ش : أي عين العبد م : (وأما الفداء) ش : عطف على

فلأنه جعل بدلاً عن العبد في الشرع ، وإن كان مقدرًا بالمتلف ، ولهذا سمي فداء يقوم مقامه ، ويأخذ حكمه فهذا وجب حالاً كالمبدل وأيهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره ، أما الدفع فلأن حقه متعلق به ، فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط حقه ، وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرض ، فإذا أوفاه حقه سلم العبد له ، فإن لم يختَر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه ، وإن مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحويل الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى . قال : فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى ، معناه : بعد الفداء ؛

قوله أما الدفع م : (فلأنه) ش : أي فلأن الفداء م : (جعل بدلاً عن العبد في الشرع) ش : فكان قائماً مقامه فإذا كان كذلك يأخذ حكمه فلم يصح التأجيل كما لا يصح في الدفع .

م : (وإن كان مقدرًا بالمتلف) ش : كلمة « إن » واصلة بما قبلها يعني وإن كان الفداء مقدرًا بالأرض قليلاً كان أو كثيراً وهذا لا يمنع أن يكون بدلاً عن العبد قائماً مقامه م : (ولهذا) ش : أي لكونه بدلاً عن العبد م : (سمي فداء يقوم مقامه) ش : أي مقام العبد م : (ويأخذ حكمه) ش : أي حكم العبد إذا وقع فيكون حالاً مثله م : (فلماذا) ش : أي فلكونه قائماً مقامه ويأخذ حكمه م : (وجب حالاً كالمبدل) ش : في كونه واجباً حالاً م : (وأيهما) ش : أي الواحد من الدفع والفداء م : (اختاره) ش : أي المولى م : (وفعله) ش : إما الدفع وإما الفداء م : (لا شيء لولي الجناية غيره) ش : أي غير الذي اختاره المولى م : (أما الدفع فلأن حقه متعلق به) ش : أي بالدفع م : (فإذا خلى) ش : أي فإذا خلى المولى بين ولي الجناية م : (بينه وبين الرقبة) ش : أي رقبة العبد م : (سقط حقه) ش : أي حقه لو وصوله إليه م : (وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرض فإذا أوفاه حقه سلم العبد له) ش : أي للمولى .

م : (فإن لم يختَر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه) ش : لأن حقه كان في الرقبة فإذا تلفت سقط ما لزمه بالهلاك كهلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه ولا الجناية من العبد تسقط بموته كم افى العبد م : (على ما بيناه) ش : إشارة إلى قوله : الواجب الأصلي الدفع م : (وإن مات) ش : أي العبد م : (بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحويل الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى) ش : فإذا مات العبد لم يسقط ما في ذمة المولى من الدين كسائر ديونه .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى) ش : هذا لفظ القدوري ، وقال المصنف م : (معناه : بعد الفداء) ش : يعني إذا فدى المولى عبده من جنابة فعاد العبد بعد ذلك فجنى جنابة أخرى خطأ كان حكمها حكم الأول ، يعني يخاطب المولى بالدفع أو الفداء ، وإنما فسره المصنف بهذا لأنه إذا جنى ثانياً قبل الفداء كانت هي مثل

لأنه لما طهر من الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن ، وهذا ابتداء جناية . قال : وإن جنى جنائتين قيل للمولى : إما أن تدفعه إلى ولي الجنائتين يقتسمانه على قدر حقيهما ، وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالدبون المتلاحقة ، ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الأول أولى أن لا يمنع . ومعنى قوله : على قدر حقيهما : على قدر أرش جنائتيهما ، وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم ، وإن فداه فداه بجميع أروشهم لما ذكرنا ، ولو قتل واحداً وفقاً عين آخر يقتسمانه أثلاثاً ، لأن أرش العين على النصف من أرش النفس ،

المسألة التي قبلها م : (لأنه لما طهر) ش : بالطاء المهملة م : (عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن ، وهذا) ش : أي الذي وقع ثانياً م : (ابتداء جناية) ش : فحكمه حكم الجناية التي وقعت أولاً .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإن جنى) ش : أي العبد م : (جنائتين قيل للمولى : إما أن تدفعه إلى ولي الجنائتين يقتسمانه على قدر حقيهما ، وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما) ش : أي من حقه كاملاً أي بالرقبة م : (لأن تعلق الأولى) ش : أي الجناية الأولى م : (برقبته) ش : أي برقبة العبد م : (لا يمنع تعلق الثانية) ش : أي الجناية الثانية م : (بها) ش : أي بالرقبة والتذكير باعتبار العتق أو باعتبار المذكور م : (كالدبون المتلاحقة) ش : فإن الدين الذي يلحق الدين لا يمانع أحدهما الآخر ، وبه قالت الثلاثة والحسن وحماد وربيعه ، وعن شريح : يدفع إلى ولي الجناية الأولى إلا أن يفديه مولاه ثم يدفع إلى الثاني والثالث وبه قال الشعبي وقتادة م : (الأثرى) ش : توضيح لما قبله م : (أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الأول أولى أن لا يمنع) ش : لأن الملك أقوى من الحق م : (ومعنى) ش : أي معنى م : (قوله) ش : [أي :] القدوري : م : (على قدر حقيهما : على قدر أرش جنائتيهما) ش : لأن المستحق يستحقه عوضاً عما فات فلا بد أن يقسم على قدر العوض كذا في « الإيضاح » م : (وإن كانوا جماعة) ش : يعني إن كان أولياء القتيل جماعة م : (يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم ، وإن فداه) ش : أي وإن فدى المولى عبده لهم م : (فداه بجميع أروشهم) ش : أي مقابلاً لجميع أروشهم م : (لما ذكرنا) ش : يعني قوله لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثاني م : (ولو قتل) ش : أي العبد م : (واحداً وفقاً عين آخر) ش : أي شخص آخر .

م : (يقتسمانه) ش : أي ولي القتيل ، والذي فقى عينه يقتسمان العبد م : (أثلاثاً) ش : بيانه : قتل رجلاً خطأ وفقاً عين آخر ثم اجتمعا ، واختار الولي الدفع فإنه يدفع العبد إليهما أثلاثاً م : (لأن أرش العين) ش : أي العين الواحدة م : (على النصف من أرش النفس) ش : لأن ولي المقتول ثبت في الدية وهي عشرة آلاف ، وثبت حق المفقوء عينه في نصف الدية وكل واحد منهما يدلي بسبب صحيح ، فيصرف بجميع حقه ، فيقتسمان أثلاثاً .

وعلى هذا حكم الشجرات . وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد ؛ لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها ، وهي الجنايات المختلفة ، بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر ؛ لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة ، والحق يجب للمقتول ، ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها . قال : فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها

م : (وعلى هذا حكم الشَّجَرَات) ش : جمع شجرة ، وفي بعض النسخ : حكم الشجرات فالأول جمع كثره ، والثاني جمع قلة ، بيانه : شج رجلاً موضحة وآخر هاشمة ، وآخر منقلة ، ثم اختار الولي الدفع ؛ يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد ، لأن له خمسمائة ، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه ، لأن له ألفاً وإلى صاحب المنقلة نصفه ، لأن له ألفاً وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا م : (وللولي أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) ش : أشار لهذا إلى : أن للمولى أن يخالف في الاختيار ، فيفدي من بعضهم إلى آخر ما ذكره م : (لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها ، وهي الجنايات المختلفة) ش : لأن كل واحد منهم لا يتعلق حقه بحق صاحبه ، فجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما يختار في حق الآخر ، كما لو انفرد كل واحد منهم .

م : (بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له) ش : أي للمولى م : (أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر ؛ لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة) ش : أي جناية واحدة خير فيها بين الدفع فلم يملكه ببعض موجبها م : (والحق يجب للمقتول) ش : أو قيل : هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال : الحق إن كان متحداً بالنظر إلى سببه فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين ، فينبغي أن يكون حكم هذه المسألة مثل المسألة الأولى ، فأجاب بقوله : أن الحق يجب للمقتول أولاً م : (ثم للوارث خلافة عنه) ش : أي عن الميت ، لأن الأصل في الاستحقاق الميت ، وهو واحد والوارثان خلف عنه ، فكان الاعتبار [في] الاتحاد الأصل ، فإذا كان كذلك م : (فلا يملك التفريق في موجبها) ش : أي في موجب الجناية المتحدة .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (فإن أعتقه المولى) ش : أي فإن أعتق العبد الجاني مولاه م : (وهو لا يعلم بالجناية) ش : أي والحال أنه ما علم بالجناية م : (ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها) ش : أي ضمن المولى الأقل من قيمة العبد الجاني ومن أرش جناية أيهما كان أقل من الآخر يلزمه ذلك ، وبه قال الشافعي ، وفي قول مالك : يلزمه تمام الأرش ، وبه قال أحمد في رواية ، وهو قول مالك .

وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش ؛ لأن في الأول فوت حقه ، فيضمنه وحقه في أقلهما ولا يصير مختاراً للفداء ؛ لأنه لا اختيار بدون العلم ، وفي الثاني : صار مختاراً ؛ لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر ، وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاء ؛ لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به . بخلاف الإقرار على رواية الأصل ، لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك ؛ لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر ،

م: (وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش) ش: قليلاً كان أو كثيراً ، وقال الكرخي : وإذا قتل عبد قتيلاً خطأ فأخرجه المولى من ملكه ببيع إلى غيره أو عتقه ، أو دبره ، أو كانت أمة فاستولدها أو أقر به لرجل وهو يعلم فعليه أرش الجناية م: (لأن في الأول) ش: أي فيما أعتقه الولي وهو لا يعلم بالجناية م: (فوت حقه) ش: أي حق المجني عليه م: (فيضمنه وحقه في أقلهما) ش: أي من الأقل من القيمة ومن الأرش م: (ولا يصير مختاراً للفداء ؛ لأنه لا اختيار بدون العلم ، وفي الثاني) ش: أي فيما إذا أعتقه بعد العلم بالجناية م: (صار مختاراً ، لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه) ش: أي على العتق م: (اختيار منه للآخر) ش: أي الفداء .

م: (وعلى هذين الوجهين) ش: وهو العلم بالجناية وعدم العلم بها م: (البيع) ش: بأن باع العبد الجاني م: (والهبة) ش: بأن وهبه لأحد م: (والتدبير) ش: بأن دبره م: (والاستيلاء) ش: بأن كانت أمة فاستولدها م: (لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به) ش: أي بالمذكور من هذه الأشياء م: (بخلاف الإقرار على رواية الأصل) ش: يعني إذا أقر في يده العبد الجاني بأن العبد لفلان لا يصير مختاراً للفداء .

توضيحه : إذا جنى العبد جناية يقال وليه : هو عبدك فادفعه أو أفده فقال : هو لفلان الغائب وديعة عندي أو جارية أو أجير أو رهن لا يصير مختاراً للفداء م: (لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية ، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك ؛ لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر) ش: ولم يندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة ، فإن أقامها آخر الأمر إلى قدوم الغائب ، وإن لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختاراً للدية مع تمكنه من الدفع .

وقال القدوري في « شرحه » : فإن اختار الفداء ثم حضر الغائب وصدقه فهو مقطوع في الفداء ، لأنه أقر ملك غيره بغير أمره ، وقد كان يمكنه أن يتخلص من الفداء بالدفع .

فإذا اختاره كان متبرعاً ، وإن اختار الدفع ثم حضر الغائب فصدقه قيل له : إن شئت فافسخ الدفع ، لأن التصديق استند إلى الإقرار الأول ، فصار ملكاً للعبد من ذلك والوقت وقد دفعه من ليس بمالك ، فإن شاء اختار دفعه ، وإن شاء فسخ وفدى .

وألحقه الكرخي بالبيع وأخواته ؛ لأنه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له بإقراره فأشبه البيع ، وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها ، وكذا المعنى لا يختلف ، وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري ؛ لأنه يزيل الملك . بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه ، وبخلاف العرض على البيع ؛ لأن الملك ما زال . ولو باعه يبعأ فاسداً لم يصير مختاراً حتى يسلمه ؛ لأن الزوال به ، بخلاف الكتابة الفاسدة ؛ لأن موجهه يثبت قبل قبض البدل ، فيصير بنفسه مختاراً .

م : (وألحقه الكرخي) ش: أي الحق الإقرار أبو الحسن الكرخي م : (بالبيع وأخواته) ش: الهبة والتدبير والاستيلاء ، يعني في صيرورته مختاراً م : (لأنه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له بإقراره فأشبه البيع) ش: وفي «الإيضاح» : رواية الكرخي خارجة عن الأصول ، وهو قول زفر -رحمه الله- م : (وإطلاق الجواب في الكتاب) ش: وهو قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها ، وأراد بالكتاب القدوري م : (ينتظم النفس وما دونها) .

ش: لأن الجناية أعم من أن يكون على النفس أو على ما دونها فيكون مختاراً للفداء من هذه الأشياء بعد العلم بالجناية على النفس أو على ما دونها ، فإن فعل قبل العلم يلزم الأقل من قيمة الجاني والأرش .

م : (وكذا المعنى لا يختلف) ش: أي المعنى الذي يكون به مختاراً للفداء أو لا يكون مختاراً في النفس وما دونه لأنه لا يصح الاختيار بدون العلم ، فإذا علم فعل ذلك بعد الإعتاق ونحوه كان مختاراً . وإن فعل ويعلم لم يكن مختاراً ويلزمه الأقل ، لأنه لا حق لولي الجناية فيما زاد على الأرش إذا كان الأرش أقل ، وإذا كان تقيمة الجاني أقل يلزم المولى ذلك ، لأنه لم يفوت بفعله غير ذلك .

م : (وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري ؛ لأنه يزيل الملك) ش: البيع بشرط الاختيار للمشتري ملك البائع بالإجماع ، وإن كانوا اختلفوا في ثبوت الملك للمشتري م : (بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه ، وبخلاف العرض على البيع) ش: يعني لا يكون مختاراً به م : (لأن الملك ما زال) ش: فبقي الدفع ممكناً كما كان . وقال القدوري في «شرح» : وقال زفر : العوض اختيار لأنه يدل على سعة الملك .

م : (ولو باعه يبعأ فاسداً لم يصير مختاراً حتى يسلمه ؛ لأن الزوال به ، بخلاف الكتابة الفاسدة) ش: يعني إذا كاتبه بعد العلم بالجناية كتابة فاسدة بأن كاتبه على خمر أو خنزير حيث يكون مختاراً م : (لأن موجهه) ش: وهو استحقاق العتق عند أداء العوض المشروط م : (يثبت قبل قبض البدل) ش: أي بدل الكتابة م : (فيصير بنفسه) ش: أي بنفس العقد م : (مختاراً) ش: وفي «الإيضاح»

ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار ، بخلاف ما إذا وهبه منه ؛ لأن المستحق له أخذه بغير عوض ، وهو متحقق في الهبة دون البيع ، وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرنا ؛ لأن فعل المأمور مضاف إليه ، ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية ؛ لأنه حبس جزءاً منه ، وكذا إذا كانت بكرة فوطئها ؛ وإن لم يكن معلقاً لما قلنا ، بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم ، وبخلاف وطء الشيب على ظاهر الرواية ؛ لأنه لا ينقص من غير إعتاق ، وبخلاف الاستخدام لأنه لا

كاتبه وهو يعلم بالجناية ثم عجز . فإن كان خوصم قبل أن يعجز وقضى بالدية ثم عجز لم يرتفع القضاء ، لأن وجوب البديل استحكم بالقضاء ، وإن لم يحكم فيه حتى عجز كان له أن يدفعه ، لأن الدفع بالعجز . وعن أبي يوسف : يصير مختاراً بالعقد لتعذر الدفع باعتبار فوات اليد .

م : (ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار ، بخلاف ما إذا وهبه منه) ش : أي من المجني عليه م : (لأن المستحق له أخذه بغير عوض ، وهو متحقق في الهبة دون البيع) ش : حيث لا يكون إلا بعوض ، لأنه تمليك بعوض .

م : (وإعتاق المجني عليه) ش : يعني إذا أعتق المجني عليه العبد الجاني م : (بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرنا) ش : أي في العلم بالجناية وعدمه م : (لأن فعل المأمور مضاف إليه) ش : أي إلى الأمر ، فكأنه أعتقه بنفسه .

م : (ولو ضربه) ش : أي ولو ضرب عبده الجاني م : (فنقصه) ش : بأن أثر الضرب فيه حتى صار مهزولاً ، وقلت قيمته بتغير أثر الضرب م : (فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية ؛ لأنه) ش : أي لأن المولى م : (حبس جزءاً منه) ش : أي من العبد ، فصار كما لو حبس الكل م : (وكذا) ش : أي يكون مختاراً م : (إذا كانت بكرة فوطئها ، وإن لم يكن معلقاً لما قلنا) ش : من الإعتاق ، وقيد به لإثبات الفرق بين وطء البكر والشيب ، حيث توطأ بدون الإعتاق لا يصير مختاراً للفداء في ظاهر الرواية ، قاله الكاكي .

م : (بخلاف التزويج) ش : أي لا يكون مختاراً للفداء بالتزويج م : (لأنه عيب من حيث الحكم) ش : ولكنه ليس ينقص حقيقة وحكماً ، وهو ظاهر م : (وبخلاف وطء الشيب) ش : أي لا يكون مختاراً للفداء بوطء الشيب م : (على ظاهر الرواية) ش : وروي عن أبي يوسف : أن الوطء اختيار كالشيب ، وبه قال زفر م : (لأنه) ش : أي لأن وطء الشيب م : (لا ينقص من غير إعتاق ، وبخلاف الاستخدام) ش : أي لا يكون مختاراً للفداء أيضاً م : (لأنه) ش : أي لأن الاستخدام م : (لا

يختص بالملك، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ، ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر من الروايات . وكذا بالإذن في التجارة وإن ركبه دين ، لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ؛ لأن الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته . قال : ومن قال لعبده : إن قتلت فلاناً أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك . وقال زفر - رحمه الله - : لا يصير مختاراً للفداء ، لأنه وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده ، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحث في يمينه تلك ، كذا هذا .

يختص بالملك) ش: فلا يدل على اختيار الملك .

م: (ولهذا) ش: أي ولكون الاستخدام لا يختص بالملك م: (لا يسقط به خيار الشرط) ش: فيما إذا كان العبد المشروط فيه الخيار استخدمه المشتري فخياره باق ، حتى لو هلك في الخدمة لا ضمان عليه ، وكذا لو كان عليه دين في استخدامه فهلك لا يضمن للغرماء .

م: (ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر من الروايات) ش: لأن الإجارة تنقص بالأعذار ، فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذراً في نقص الإجارة والرهن يمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء ، فلم يتحقق عجزه دون الدفع ، وقوله « في الأظهر » احتراز عما ذكر ، ذكر في بعض نسخ الأصل : أنه يكون مختاراً في الإجارة والرهن ، لأنه أثبت عليه يداً مستحقة ، وصار كالبيع .

م: (وكذا بالإذن في التجارة) ش: يعني لا يكون مختاراً لأنه لا يعجزه عن الدفع م: (وإن ركبه دين) ش: كلمة « إن » واصلة بما قبلها م: (لأن الإذن لا يفوت الدفع) ش: لقيام ملكه م: (ولا ينقص الرقبة إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ؛ لأن الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته) ش: لأنه لما أبطل الدفع من حين اختياره توجب القيمة .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » م: (ومن قال لعبده : إن قتلت فلاناً أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك) ش: تلك الأفعال م: (وقال زفر - رحمه الله - : لا يصير مختاراً للفداء ، لأنه وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده ، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ، ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحث في يمينه تلك) ش: أي اليمين الموجودة بعد تعليق العتاق والطلاق بالشرط م: (كذا هذا) .

ولنا : أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز ، فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية ، ألا ترى أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار فوالله لا أقربك ، يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول . وكذا إذا قال لها : إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض ، بخلاف ما إذا أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه ، إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ، ولأنه حرّضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه ، والظاهر أنه يفعله ، فهذا دلالة الاختيار . قال : وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية ، وإن كان لم يعتقه

م: (ولنا : أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز) ش: عند وجوده م: (فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية) ش: أي فصار كأن العبد قتل رجلاً خطأ ، [. . .] المعلق المولى فأعتقه بعد ذلك يكون مختاراً للفداء ، فكذا هذا .

ثم أوضح ذلك بقوله : م: (ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول) ش: لأن من وقت القول ، فكذا هنا يصير كأنه أعتقه بعد الجناية وهو يعلم بذلك .

م: (وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً) ش: فترث المرأة م: (لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض) ش: لأنه لما أضاف الطلاق إلى المرض صار كأنه طلقها بعد مرضه م: (بخلاف ما إذا أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه ، إذ اليمين للمنع) ش: لأنه غرض أراد من يمينه المنع م: (فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه) ش: لأنه لا يقدر على الامتناع مما علقه قبل الحلف ، فلم يكن ذلك داخلاً تحت يمينه ، ولم يكن ذلك مراداً بيمينهم ، بل كان المراد منها ما يمكن الامتناع عنه مما يحدث في المستقبل فلم يرد ذلك علينا .

م: (ولأنه) ش: دليل آخر ، أي ولأن المولى م: (حرّضه) ش: أي حرّض العبد م: (على مباشرة الشرط) ش: وهو القتل أو الرمي أو الشج م: (بتعليق أقوى الدواعي إليه) ش: أي الشرط وهو الحرية م: (والظاهر أنه يفعله) ش: رغبة منه في الحرية م: (فهذا دلالة الاختيار).

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع» م: (وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه) ش: أي المجني عليه م: (ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية ، وإن كان لم يعتقه

رده على المولى ، وقيل للأولياء : اقتلوه أو اعفوا عنه . ووجه ذلك ، وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلاً ؛ لأن الصلح كان عن المال ؛ لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين أطراف الحر ، فإذا سرى تبين أن المال غير واجب ، وإنما الواجب هو القود ، فكان الصلح واقعاً بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة ، كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما إذا اعتقه ؛ لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ؛ لأن الظاهر : أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ، ولا صحة له إلا أن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها . ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به ؛ لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير ، فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء ، والصلح الأول وقع باطلاً فيرد

رده على المولى ، وقيل للأولياء : اقتلوه أو اعفوا عنه . ووجه ذلك) ش: يريد به بيان الفرق بينهما إذا أعتق وبينهما إذا لم يعتق م: (وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) ش: أي الدفع م: (وقع باطلاً) ش: وسماه صلحاً بناء على ما اختاره بعض المشايخ ، أن الموجب الأصلي هو الفداء ، فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به ، وإنما وقع باطلاً م: (لأن الصلح كان عن المال ؛ لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين أطراف الحر ، فإذا سرى تبين أن المال غير واجب ، وإنما الواجب هو القود) ش: أي القصاص م: (فكان الصلح واقعاً بغير بدل فبطل) ش: لأن الذي كان وقع الصلح عنه وهو المال قد زال ، والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل م: (والباطل لا يورث الشبهة ، كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه) ش: فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد م: (فوجب القصاص) .

م: (بخلاف ما إذا اعتقه ؛ لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ؛ لأن الظاهر) ش: من حال المعقد له م: (أن من أقدم منهم على تصرف يقصد تصحيحه) ش: لإظهار الصحيح قراراً من الباطل م: (ولا صحة له) ش: لهذا الصلح م: (إلا أن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها) ش: فيجعل مصالحاً عن ذلك فبقي الإقدام على الإعتاق .

م: (ولهذا لو نص عليه) ش: أي على أن يكون العبد صلحاً عن الجناية وما يحدث منها م: (ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به ؛ لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل) ش: وهو اليد م: (يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير) ش: وهو السراية إلى النفس م: (فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء ، والصلح الأول وقع باطلاً فيرد

العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل . وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمداً فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك ، قال :العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية ، وهذا الوضع يرد إشكالاً فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك ، وههنا قال يجب ، قيل : ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان ، وقيل : بينهما فرق ، ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهراً ؛ لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهراً ، فبعد ذلك وإن بطل حكماً يبقى موجوداً حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص . أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية ، بل يقررها حيث صلح عنها على مال ،

العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل ، وذكر في بعض النسخ) ش: أي نسخ «الجامع الصغير» ، وبه صرح فخر الإسلام في «جامعه» وصاحب «الكافي» فيه : م: (رجل قطع يد رجل عمداً فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك ، قال) ش: أي المصنف : م: (العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية) ش: يعني وإن لم يعتقه رد إلى مولاه ، ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو م: (وهذا الوضع) ش: قيل : إن الموضوع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة .

وقال الأترابي : أي وضع «الجامع الصغير» في النسخة المعروفة ، وفي النسخة الأخرى جميعاً م: (يرد إشكالاً) ش: في هذه المسألة وهي قوله : م: (فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك) ش: يعني ثمة هل تجب الدية لكون العفو عن اليد شبيهة ؟ م: (وههنا) ش: أي في هذه المسألة م: (قال يجب) ش: أي القصاص ، وهذا وجه الإشكال ، ثم أشار المصنف إلى وجه دفع هذا الإشكال بقوله : م: (قيل : ما ذكر ههنا) ش: من وجوب القصاص م: (جواب القياس) ش: وما ذكر هناك جواب الاستحسان م: (فيكون الوضعان جميعاً على القياس) ش: في الأول م: (والاستحسان) ش: في الثاني فاندفع التدافع ، وحصل التوافق .

م: (وقيل : بينهما فرق) ش: أي بين الوضعين فرق ظاهر ، يعني : بين هذه المسألة ومسألة العفو عن اليد حيث وجب القصاص هنا ولم يجب ثمة ، بل وجبت الدية .

م: (ووجهه) ش: أي وجه الفرق م: (أن العفو عن اليد صح ظاهراً ؛ لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهراً) ش: ويبطل به الجناية ، لأن العفو عنها يبطله م: (فبعد ذلك وإن بطل حكماً) ش: أي حكم العفو بالسراية م: (يبقى موجوداً حقيقة، فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص . أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية ، بل يقررها حيث صلح عنها على مال) ش: وجب القصاص ،

فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة ، هذا إذا لم يعتقه ، أما إذا أعتقه فالتخريب ما ذكرناه من قبل . قال : وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان ، قيمة لصاحب الدين ، وقيمة لأولياء الجناية لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد : الدفع للأولياء ، والبيع للغرماء ، فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف ،

ومعنى قوله م: (فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة) ش: يعني القصاص .

م: (هذا) ش: الذي ذكرناه م: (إذا لم يعتقه ، أما إذا أعتقه فالتخريب ما ذكرناه من قبل) ش: وهو قوله لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: (وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية) ش: قيد بعدم العلم ليبي عليه م: (فعليه) ش: أي فعلى المولى م: (قيمتان ، قيمة لصاحب الدين ، وقيمة لأولياء الجناية) ش: وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ومالك م: (لأنه) ش: أي لأن المأذون م: (أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد : الدفع للأولياء ، والبيع للغرماء ، فكذلك عند الاجتماع) ش: أي اجتماع الحقين م: (ويمكن الجمع بين الحقين) ش: هذا جواب عما يقال : لا يلزم من كون كل واحد منهما مضموناً بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع يجوز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الإتلاف وارد عليهما .

وتقرير الجواب : الجمع بينهما ممكن م: (إيفاء) ش: أي من حيث الإيفاء م: (من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما) ش: أي يضمن المولى القيمتين م: (بالإتلاف) ش: والأصل أن العبد إذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء ، فإن دفع في دين الغرماء ، فإن فضل شيء كان لأصحاب الجناية ، وإنما بدأنا بالدفع لأنه به يوفى الحقين ، فإن حق ولي الجناية يصير وفي بالدفع ، ثم يباع بعده لأرباب الديون ، ومتى بدأنا ببيعه في الدين تعذر الدفع بالجناية ، لأنه تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في مدة جنائته .

ف قيل : ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجباً ؟ وأجيب : بأنها إثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين ، فإن للناس في الأعيان أغراضاً ، وإنما لم يبطل الدين لحدوث الجناية ، لأن موجبها صيرورته حراً ، فإذا كان مشغولاً وجب دفعه مشغولاً ، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف إلى أولياء الجناية ، لأنه بيع على ملكهم ، فإن لم يثبت بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الأول ، وإنما قيد المسألة بعدم العلم

بخلاف ما إذا أتلّفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء؛ لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق؛ لأنه دونه. وههنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما. قال: وإذا استدان الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت، فإنه يباع الولد معها في الدين، وإن جنت جنابة لم يدفع الولد معها، والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء، فيسري إلى الولد كولد المرهون، بخلاف الجنابة؛ لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها، وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي

ليبني عليه كما قلنا، وهو قول المصنف فعليه قيمتان، لأنه لو أعتقه وهو عالم بالجنابة كان عليه الدية إذا كانت الجنابة في النفس وأوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين، لأن الإعتاق بعد العلم بالجنابة يوجب الأرش دون القيمة.

م: (بخلاف ما إذا أتلّفه أجنبي) ش: أي إذا أتلّف العبد المأذون أجنبي لا يضمن للغرماء م: (حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء؛ لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق؛ لأنه دونه) ش: أي لأن الحق دون الملك، يعني لا يضمن الأجنبي سوى قيمة العبد.

م: (وههنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران) ش: أي فلا ترجيح لأحدهما على الآخر، لأن حقهما مرجوع بالنسبة إلى ملك المولى، فلا يظهر حكمهما م: (فيضمنهما) ش: أي فيضمن الولي الإعتاق لصاحب الدين وولي الجنابة، لأنه أتلّف حقهما.

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير»: م: (وإذا استدان الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت) ش: أي من زوجها م: (فإنه يباع الولد معها في الدين، وإن جنت جنابة لم يدفع الولد معها) ش: أي مع الأم الأمة م: (والفرق) ش: بين المسألتين م: (أن الدين وصف حكمي فيها) ش: أي في الأمة م: (واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء) ش: أي من حيث الاستيفاء، يعني صار المولى ممنوعاً من التصرف في رقبته ببيع أو غيرهما، فكانت من الأوصاف الشرعية إلقاء في الأم م: (فيسري إلى الولد كولد المرهون) ش: أي كولد الجارية المرهونة، فإنه يباع مع أمه.

م: (بخلاف الجنابة) ش: حيث لم يدفع الولد معها م: (لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها) ش: أي في ذمة الأمة ورقبتها خالية عن الحق فلا يتعلق بالولد م: (وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي) ش: الحسي.

وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية قال: وإذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد ولياً لذلك الرجل خطأ فلا شيء له ؛ لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى ، إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة . قال : وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتل أخاك خطأ وأنا عبد ، وقال الآخر: قتلته وأنت حر ، فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان ، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه ، والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعاً أو فداءً ، وصار كما إذا قال البالغ العاقل : طلقت امرأتي وأنا صبي ، أو بعث دارى وأنا صبي ، أو قال : طلقت امرأتي وأنا مجنون ، أو بعث دارى وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفاً ،

م: (وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية) ش: أي سراية الحكم من الأم إلى الولد في الوصف الشرعي لا الحقيقي من وجوب الدفع أثر الفعل الحقيقي ، فلذلك لم يسر إلى الولد ، ولهذا لو كانت الأمة سوداء لا يلزم أن يكون ولدها أسود .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في « الجامع الصغير »: م: (وإذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد ولياً لذلك الرجل خطأ فلا شيء له) ش: أي الذي زعم أنه أعتقه لا قليل ولا كثير م: (لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى) ش: أي وادعى أيضاً إبراء العبد وإبراء المولى ، لأن الإنسان مؤاخذ بزعمه م: (إلا أنه) ش: أي غير أن هذا الزاعم م: (لا يصدق على العاقلة من غير حجة) ش: فلا يكون له شيء أصلاً .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في « الجامع الصغير » م: (وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتل أخاك خطأ وأنا عبد ، وقال الآخر : قتلته وأنت حر ، فالقول قول العبد) ش: ، أي مع يمينه بالإجماع . وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- : فيه وجهان ، أحدهما وهو نص الشافعي - رحمه الله- أن القول للمولى مع يمينه ، والثاني : أن القول للجاني م: (لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة) ش: أي معلومة م: (منافية للضمان ، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه ، والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعاً أو فداء) ش: أي من حيث الدفع إلى ولي الجنابة ، ومن حيث الفداء ، واعتراض بأن العبد قد ادعى تاريخاً سابقاً في إقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله .

وأجيب : بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الإقرار ، وها هنا هو منكر لأصله ، فصار كمن يقول لعبدته أعتقتك قبل أن تخلق أو أخلق .

م: (وفصار) ش: أي حكم هذا م: (كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي ، أو بعث دارى وأنا صبي ، أو قال : طلقت امرأتي وأنا مجنون أو بعث دارى وأنا مجنون ، وقد كان جنونه معروفاً

كان القول قوله لما ذكرنا . قال :ومن أعتق جارية ثم قال لها : قطعت يدك وأنت أمتي ، وقالت : قطعتها وأنا حرة فالقول قولها ، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- . وقال محمد : لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه يؤمر برده عليها لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى ، وكما في الوطاء والغلة ، وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة ، والقول قول المنكر ، فلهذا يؤمر بالرد إليها . ولهما : أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله ، كما إذا قال لغيره : فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ، ثم فقئت وقال المقر له : لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة

كان القول قوله لما ذكرنا) ش: أشار به إلى قوله «لما أنه أسنده» إلى حالة معهودة منافية للضمان ، لأن الصبي والمجنون ينافي ذلك . وكذا إذا قال : أقررت بهذا المال لفلان وأنا صبي ، وقال المقر له : بل أقررت وأنت بالغ فالقول قول المقر ، لأن الصبي ينافي وجوب الإقرار .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير»: م: (ومن أعتق جارية ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي ، وقالت : قطعتها وأنا حرة فالقول قولها ، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة) ش: بأن قال جامعتك وأنت أمتي ، أو قال : أخذت منك غلة عملك وأنت أمتي ، فقالت : بل كان ذلك بعد العتق فإن القول للمولى م: (استحساناً) ش: أي من حيث الاستسحان م: (وهذا) ش: أي كون القول للمولى م: (عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-).

م: (وقال محمد -رحمه الله-: لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه) ش: أي لا يضمن المولى إلا إذا أقر بأخذ شيء بعينه والمأخوذ قائم في يده ، واختلف فيه على هذا الوجه أجمعوا فيه م: (يؤمر برده عليها) ش: ويقول محمد قال زفر -رحمه الله- م: (لأنه) ش: أي لأن المولى م: (منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى) ش: أشار بها إلى قوله : وإذا أعتق العبد فقال للرجل : قتلت أخاك خطأ وأنا عبد ، وقال الآخر : قتلته وأنت حر فالقول قول العبد .

م: (وكما في الوطاء والغلة ، وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة ، والقول قول المنكر ، فلهذا يؤمر بالرد إليها . ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- م: (أنه) ش: أي أن المولى م: (أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله ، كما إذا قال لغيره : فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ، ثم فقئت) ش: يريد به براءته عن ضمان العين قصاصاً وأرشاً م: (وقال المقر له : لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة) ش: يدعي وجوب نصف الدية عليه لما أن العضو التالف إن كان صحيحاً ثم سقط يسقط القصاص

فإن القول قول المقر له ، وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان ؛ لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة ، وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن ، بخلاف الوطاء والغلة ؛ لأن وطاء المولى أمته المديونة لا يوجب العقرب . وكذا إذا أخذه من غلتها ، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحمل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان . قال : وإذا أمر العبد المحجور عليه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية ؛ لأنه هو القاتل حقيقة ، وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل ،

ولم يدخل حق التلف إلى الأرش ، لأنه حقه ابتداء في القصاص من غير تخير عندنا خلافاً للأئمة الثلاثة ، لكن ذكر في «الإيضاح» و«الذخيرة» : لا قصاص في العين إذا فقتت عمداً أو خطأ ، وإنما يجب القصاص إذا كانت قائمة وذهب ضوءها .

وفي «المستصفى» : لا قصاص في الحدقة ، وإنما القصاص إذا ضربها وذهب ضوءها ، ولكن ذكر في «الذخيرة» بعد ذكر هذه الروايات إلى «الأجناس» : أنه لو ضرب غير إنسان بإصبع ضربة حقيقة فذهب ضوءها وجد بعد ذلك ففيه القصاص ، يحمل ما ذكر في الكتاب على تلك الرواية م : (فإن القول قول المقر له ، وهذا) ش : يشير به إلى قوله أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه ، فلا يكون القول له م : (لأنه) ش : أي لأن المقر م : (ما أسنده) ش : أي ما أسند سبب الضمان وهو الأخذ أو القطع م : (إلى حالة منافية للضمان ؛ لأنه يضمن يدها) ش : أي يد الأمة م : (لو قطعها وهي مديونة) ش : أي والحال أنها مديونة .

م : (وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن) ش : أي والحال أنه مستأمن . وقال الأكمّل - رحمه الله - : هذا ليس له تعلق مما نحن فيه من مسألة القطع ، لكنه ذكره بياناً لمسألة أخرى ، صورتها : مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربي ثم أخرجنا إلينا ، فقال له المسلم أخذت منك مالاً وأنت حربي فقال : لا بل أخذت مني وأنا مسلم فإنها على الخلاف .

م : (بخلاف الوطاء والغلة) ش : هذا يتصل بقوله : «كما في الوطاء والغلة» وهو جواب عما قاسه محمد - رحمه الله - م : (لأن وطاء المولى أمته المديونة لا يوجب العقرب) ش : وكذا وطاء الأمة المرهونة لا يوجب العقرب م : (وكذا إذا أخذه من غلتها ، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحمل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان) ش : أي للضمان .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م : (وإذا أمر العبد المحجور عليه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية ؛ لأنه هو القاتل حقيقة ، وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل) ش : وسواء كان أيضاً مأذوناً أو مكاتباً ، وقيد بأن يكون الصبي حراً ، لأنه لو كان عبداً فمولاه مخير بين الدفع والفداء .

ولا شيء على الأمر. وكذا إذا كان الأمر صبيّاً لأنهما لا يؤخذان بأقوالهما ؛ لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع ، وما اعتبر قولهما ، ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر أبداً ويرجعون على العبد الأمر بعد الإعتاق لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال ، لا لتقصان أهلية العبد ، بخلاف الصبي ؛ لأنه قاصر الأهلية . قال : وكذلك إن أمر عبداً ، معناه : أن يكون الأمر عبداً والمأمور عبداً محجوراً عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ولا رجوع له على الأول في الحال ، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد ؛ لأنه غير مضطر في دفع الزيادة ، وهذا إذا كان القتل خطأ ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل صغيراً ؛ لأن عمده خطأ ، أما إذا كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحر

ثم بعد الدفع والفداء يرجع مولاه على المحجور الأمر بعد الإعتاق بقيمة عبده ، إشارة إلى ما ذكره قبيل فصل الجنين م : (ولا شيء على الأمر ، وكذا إذا كان الأمر صبيّاً لأنهما لا يؤخذان بأقوالهما ؛ لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع ، وما اعتبر) ش : أي الشرع م : (قولهما ، ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر أبداً ، ويرجعون على العبد الأمر بعد الإعتاق) .

وفي «النهاية» : وفي هذه الرواية ضعف ، لأنه ذكر في «الجامع المحبوبي» و«التمرتاشي» : ولا رجوع لهم على العبد لا في الحال ، ولا بعد العتق . وإذا كان العبد المأذون في التجارة ، لأن هذا الضمان ليس بضمان الغصب ، لأن الحر لا يغصب ، وإنما هو ضمان جنائية ، وجناية العبد لا تلزمه بعد العتق ، وكذا ذكر في «المغني» محالاً إلى [. . .] لذا نعلم أن ما ذكر في الكتاب نوع ضعف لمحالة هذه الروايات .

م : (لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال ، لا لتقصان أهلية) ش : أي لأن عدم الاعتبار لحق المولى ، وقد زال لتقصان أهلية : م : (العبد بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية) ش : وقد زال حق المولى بعد العتق فيؤخذ لزوال المانع ، وفي الصبي لم يعتبر قوله لقصور أهليته .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (وكذلك إن أمر عبداً) ش : أي وكذلك الحكم إن أمر العبد المحجور عليه ، أشار إليه المصنف بقوله : م : (معناه أن يكون الأمر عبداً والمأمور عبداً محجوراً عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ، ولا رجوع له على الأول في الحال ، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد ؛ لأنه غير مضطر في دفع الزيادة) ش : أي لا ضرورة في إعطاء الزيادة لأنه يتخلص عن عهدة الضمان باعتبار الأقل من الفداء وقيمة العبد ، لأنه إنما أتلّف بأمره ما هو الأقل منها م : (وهذا) ش : أي الذي ذكرنا م : (إذا كان القتل خطأ ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل) ش : أي وكذا الحكم إذا كان القتل عمداً والحال أن العبد هو القاتل ، وكان م : (صغيراً ؛ لأن عمده خطأ ، أما إذ كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد) .

والعبد . قال : وإذا قتل العبد رجلين عمداً ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما ، فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم ؛ لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالاً فصار كما لو وجب المال من الابتداء ، وهذا لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف . فإن كان قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد ، فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفاً ، خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ ؛ لأنه لما انقلب العمد مالاً كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف ، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفاً ، وإن دفعه ، دفعه إليهم أثلاثاً ، ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة - رضي الله عنه تعالى - . وقالوا : يدفعه أربعاً ثلاثاً أربعاً لوليي الخطأ وربعه لوليي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة ، فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة ، واستوت منازعة

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (وإذا قتل العبد رجلين عمداً ، ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما ، فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم ؛ لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالاً ، فصار كما لو وجب المال من الابتداء) ش : ولو وجب المال في بداية الأمر بسبب القتلين لكان بالنصف فكذا هنا .

م : (وهذا لأن حقهم) ش : أي حق الأولياء م : (في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب العافيين) ش : من الأولياء الأربعة م : (وهو النصف وبقي النصف ، فإن كان قتل أحدهما عمداً) ش : أي فإن قتل أحد الرجلين عمداً م : (والآخر) ش : أي وقتل الرجل الآخر

م : (خطأ فعفا أحد وليي العمد ، فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفاً ، خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد ، وعشرة آلاف لوليي الخطأ ؛ لأنه لما انقلب العمد مالاً كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف ، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء) ش : لأنه يجب في الذمة ، والذمة صالحة أن يثبت فيها أموال كثيرة م : (فيجب خمسة عشر ألفاً ، وإن دفعه ، دفعه إليهم أثلاثاً ، ثلثاه لوليي الخطأ ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه -) .

م : (وقالوا : يدفعه أربعاً ، ثلاثة أربعاً لوليي الخطأ ، وربعه لوليي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة ، فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة) ش : وبقي النصف الآخر م : (واستوت منازعة

الفريقين في النصف الآخر، فيتنصف ، فلهذا يقسم أربعاً، وعنده : يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثاً ، لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون ، فيضرب هذان بالكل ، وذلك بالنصف ، ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في «الزيادات» . قال: وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما أي قريباً لهما فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة- رحمه الله- وقالوا: يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر ، أو يفديه بربع

الفريقين في النصف الآخر) ش: وكل واحد من ولي الخطأ وشريك العافي يدعيه م: (فيتنصف) ش: أي فيجعل هذا النصف بينهما نصفين .

م: (فلهذا يقسم أربعاً) ش: أي فلأجل هذا كانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أربعاً ، ومعنى المنازعة أن كل جزء وقع من دعوى قد سلم للأخر بلا منازعة . وقال الفقيه أبو الليث في شرح «الجامع الصغير» : وفي قول زفر: لصاحب الخطأ النصف ، ولصاحب العمدة الذي لم يبق الربع ، وبقي الربع للمولى .

م: (وعنده) ش: أي وعند أبي حنيفة: م: (يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثاً) ش: ومعنى العول أن يضرب كل واحد منهم بسهمه فيجمع السهام كلها ويقسم السهام على مبلغ السهام ألفين .

م: (لأن الحق تعلق بالرقبة) ش: لأن أصل حقها ليس في غير العبد ، بل في أرش الذي هو بدل المتلف ، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة ، ولهذا لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف وحق الشريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته .

م: (أصله) ش: أي أصل أبي حنيفة: م: (التركة المستغرقة بالديون) ش: كما لو كانت ألفاً ولرجلين على الميت ثلاثة آلاف ، لأحدهما ألف والآخر ألفان ، فإن التركة تقسم بينهما بطريق العول المضاربة أثلاثاً فنلثا التركة لصاحب الألفين ، وثلثها لصاحب الألف م: (فيضرب هذان) ش: أي ولي الخطأ .

م: (بالكل وذلك) ش: أي ولي العمدة م: (بالنصف) ش: أي يضرب بالنصف م: (ولهذه المسألة نظائر) ش: أي أمثال م: (وأضداد) ش: يعني خلافها م: (ذكرناها في «الزيادات») ش: أي في كتاب «الزيادات» [من] تصنيفه ، وقد مضى في كتاب «الدعوى» بشيء مما ذكر في «الزيادات» في باب ما يدعيه رجلان .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير»: م: (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما، أي قريباً لهما) ش: كأخيها أو عمها م: (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة - رحمه الله-) ش: أي بطل الدم كله عنده م: (وقالوا: يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر ، أو يفديه بربع

الدية ، وذكر في بعض النسخ قتل ولياً لهما، والمراد القريب أيضاً . وذكر في بعض النسخ قول محمد -رحمه الله- مع أبي حنيفة-رحمه الله- . وذكر في «الزيادات» عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحد الابن بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-، وعند أبي يوسف -رحمه الله-الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية . لأبي يوسف -رحمه الله-: أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له ، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ، والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالا ، وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع ، فلهذا يقال : ادفع نصف نصيبك أو افتده بربع الدية . ولهما : أن ما يجب من المال يكون حق المقتول ، لأنه بدل دمه ، ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا تخلفه الورثة فيه .

الدية وذكر في بعض النسخ (ش: «الجامع الصغير» .

م: (قتل ولياً لهما) ش: والولي القريب والمولى م: (والمراد القريب أيضاً) ش: وقال الله تعالى : ﴿وإني خفت الموالي من ورائي﴾ (سورة مريم: الآية ٥) ، والمولى ابن العم والعصبة ، والجمع موالي ، كذا في التفسير . وقال الأثرابي : ويحتمل أنه أراد به المعتق الذي أعتقه ، فصارا عصبة له بالولاء ، وقد ذكره فخر الإسلام .

م: (وذكر في بعض النسخ) ش: «الجامع الصغير» م: (قول محمد -رحمه الله- مع قول أبي حنيفة-رحمه الله- وهو الأشهر) ش: ذكر في بعض النسخ أي نسخ «الجامع» قول محمد مع قول أبي حنيفة-رحمهما الله- وقال القدوري في كتاب «التقريب» : ويراد الصحيح أنه مع أبي حنيفة ، لا قول محمد مع أبي حنيفة .

[.....]

فصل

ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة ، وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- . وقال أبو يوسف والشافعي -رحمهما الله- تجب قيمته بالغة ما بلغت . ولو غضب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع . لهما : أن الضمان بدل المالية ، ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية . ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد ،

م: (فصل)

ش: أي هذا فصل في أحكام الجناية على العبد . ولما فرغ من جنايته على غيره شرع في حكم الجناية عليه ، وقدم الأول لأن الفاعل متقدم على المفعول .

م: (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة ، وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة) ش: أي هنا لفظ القدوري . وقال المصنف م: (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد-رحمهما الله-) ش: وبه قال النخعي والشعبي والثوري وأحمد في رواية .

م: (وقال أبو يوسف والشافعي-رحمهما الله- : تجب قيمته بالغة ما بلغت) ش: وبه قال مالك وأحمد ، وهو قول سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وعمر بن عبد العزيز والزهري وإسحاق ومكحول وإياس بن معاوية والحسن .

وقال الكرخي : وروي عن علي وابن عمر وابن عباس-رضي الله تعالى عنهم- : فيه القيمة بالغاً ما بلغ م: (ولو غضب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع) .

م: (لهما) ش: أي لأبي يوسف والشافعي : م: (أن الضمان بدل المالية ، ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية) ش: لا من حيث الأدمية ، فلو كان الضمان بدل الدم لوجب الضمان للعبد ، لأنه في حق الدم مبني على أصل الحرية .

م: (ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد) ش: ذكرت هذا أيضاً على سبيل الإيضاح عطفاً على قوله : «يجب للمولى» ، يعني أن بقاء العقد باعتبار المالية لا باعتبار الأدمية ، دل على أن الضمان بدل المالية . بيان هذه المسألة كما قاله القدوري في كتاب «التقريب» : قال أبو يوسف : إذا قتل المبيع في يد البائع فاختار المشتري إجازة للبيع كان له القصاص ، وكذلك إذا

وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً أو بدلاً ، وصار كقليل القيمة وكالغصب . ولأبي حنيفة ومحمد -
رحمهما الله- قوله تعالى : ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ (النساء : الآية ٩٢) ، أوجبها مطلقاً وهي
اسم للواجب بمقابلة الأدمية ولأن فيه معنى الأدمية متى كان مكلفاً وفيه معنى المالية ، والأدمية
أعلاهما ، فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما

اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص ، وهذا حفظ عن أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : ليس
للبيع القصاص .

وروى ابن زياد عنه : لا قصاص للمشتري أيضاً م : (وبقاؤه) ش : أي بقاء العقد م : (بقاء
المالية أصلاً) ش : يعني إن بقي العين م : (أو بدلاً) ش : يعني إن هلك م : (وصار) ش : أي العبد
م : (كقليل القيمة) ش : يعني لو كان العبد قليل القيمة يجب ذلك القدر ولا يبلغ إلى الدية ، م :
(وكالغصب) ش : أي وكان كالغضب يعني في الغصب كذلك لا يجب إلا قدر القيمة لا يبلغ
إلى الدية

م : (ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- قوله تعالى : ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ (النساء : الآية
٩٢)) ش : وجه الاستدال به أن الله تعالى م : (أوجبها) ش : أي الدية م : (مطلقاً) ش : من غير فصل
بين الحر والعبد من قتل خطأ م : (وهي) ش : أي الدية م : (اسم للواجب بمقابلة الأدمية)

ش : تقريره : أن الله تعالى رتب في قتل الخطأ حكمين الكفارة والدية والعبد داخل في
حقوق وجوب الكفارة بالإجماع ، فيجب أن يكون في حق الدية كذلك ، لأنه قال : ﴿ومن يقتل
مؤمناً﴾ والعبد مؤمن فيكون ما وجب بقتله الدية ، ولا يجوز الزيادة على النص بالرأي أن المراد
حر مؤمن .

م : (ولأن فيه) ش : أي في العبد م : (معنى الأدمية متى كان مكلفاً) ش : بالإيمان والشرائع
التي تجب عليه من الصلاة والصوم والعقوبات م : (وفيه) ش : أي في العبد م : (معنى المالية) ش :
حتى ورد عليه الملك بلا خلاف م : (والأدمية أعلاهما) ش : لا محالة .

م : (فيجب اعتبارها) ش : أي اعتبار الأدمية م : (بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) ش :
أي بين معنى المالية ومعنى الأدمية ، لأنهم أجمعوا على : أن الضمان إما بدل المالية أو بدل
الأدمية ، والعكس يعني إلى إهدارها جميعاً ، لأن الأدمية أصل لقيام المالية بها ، في إهداره
الأصل إهدار للبائع وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما .

فإن قيل : لا نسلم أن الجمع بينهما متعدد ، بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت لوجود الجمع
بينهما .

وضمنان الغصب بمقابلة المالية ، إذ الغصب لا يرد إلا على المال ، وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمداً ، وإن لم يكن القصاص بدلاً عن المالية ، فكذلك أمر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية ، إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً بخلاف كثير القيمة ؛ لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ، ونقصنا منها في العبد إظهاراً لا انحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - .

أجيب : بأن الجمع إنما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز [. . .] لخروجه عن الإجماع .

م : (وضمنان الغصب) ش : هذا جواب عن قولهما وكان كالغصب ، بيانه : أن ضمنان الغصب لا يجب إلا م : (بمقابلة المالية ، إذ الغصب لا يرد إلا على المال) ش : وهو ظافر م : (وبقاء العقد) ش : هذا جواب عن قولهما : لو قتل العبد المبيع ، بيانه : أن بقاء العقد في قتل العبد المبيع م : (يتبع الفائدة) ش : وهي انقلاب القصاص مالا بالعقد والصلح ، فبقاؤه يدل على أنه يبقى لأجل الفائدة أو هي تمكن المشتري من الصلح والعقر ، وجوب العفو عليه .

م : (حتى يبقى) ش : العقد إيضاح لبيان بقاء العقد لأجل الفائدة ، أي حتى يبقى العقد م : (بعد قتله عمداً وإن لم يكن القصاص بدلاً عن المالية) ش : أي في حق المشتري م : (فكذلك أمر الدية) ش : أي الدية يبقى لفائدة المشتري م : (وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية) ش : يعني أن الواجب في قليل القيمة بدل الآدمية م : (إلا أن لا سمع فيه) ش : أي في قليل القيمة ، لأنه لم يرد فيه شيء

فإن قيل : قوله ﷺ : «ألا إن قتيل خطأ العمدة» مطلق يتناول الحر والعبد ، فيكون السماع فيه موجوداً ؟ . قلنا : خص من ذلك الحديث المرأة ، لأنه لا يجب بقتلها مائة من الإبل فيخص العبد منه ، لأن المعنى المخصوص موجود فيه وهو التفاوت في المالية كالتفاوت بين الرجل والمرأة .

م : (فقدرناه بقيمته رأياً) ش : مقدر بالقليل بقيمة العبد من حيث الرأي ، لأنه يمكن معرفة نقصان بدل نفسه من بدل نفس الحر بالرجوع إلى تقويم المالية ، ولا كذلك في كثير القيمة لأنه تعذر ذلك فيه .

ومعني قوله م : (بخلاف كثير القيمة ؛ لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ، ونقصنا منها في العبد إظهاراً) ش : أي لأجل الإظهار م : (لانحطاط رتبته) ش : أي رتبة العبد عن رتبة الحر م : (وتعيين العشرة) ش : كأنه جواب عما يقال لما قدرتم القليل بالقيمة رأياً فيم قدرتم العشرة في قيمة الحر ؟ فأجاب بأن تعيين العشرة في ذلك م : (بأثر عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما -) ش : قال

قال : وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف إلا خمسة

المخرج : هذا ضعيف .

وقال الأترازي روى القدوري في « شرح مختصر الكرخي » عن عبد الله بن مسعود أنه قال : في قيمة العبد لا يزداد على عشرة آلاف إلا عشرة .

وقال الأكمل وغيره : وقع ، في بعض النسخ « ابن عباس » وهو ما روي عنه لا يبلغ قيمة العبد دية الحر ، وينقص منه عشرة دراهم وهو الأصح لموافقته لأكثر النسخ .

وقال الأترازي : ذكر ابن عباس موضع ابن مسعود غير صحيح ، لأن مذهب ابن عباس مثل قول أبي يوسف رواه الكرخي كذلك .

وقال الأكمل - رحمه الله - : واعترض بما روى : أن عمرو وعلياً وابن عمر - رضي الله تعالى عنهم - أوجبوا في العبد قيمته بالغة ما بلغت .

وأجيب : بأن المروي عن ابن مسعود راجح ، لأن فيه ذكر المقدار وهو ما لا يهتدي إليه العقل ، وليس فيما روي عنه غير ذلك ، بل في قياس سائر الأموال من تبلغ قيمته بالغة ما بلغت ، فكان محمول على أنهم قالوا بالرأي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة السمع من رسول الله ﷺ ، انتهى .

قلت : روى ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في « مصنفيهما » عن النخعي والشعبي قالوا : لا يبلغ قيمة العبد دية الحر .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف إلا خمسة) ش : أي لا يزداد نصف الحر قيمة العبد في تضمين الجاني على خمسة آلاف درهم منقوصاً منه خمسة دراهم .

وفي « النهاية » هذا خلاف ظاهر الرواية ، لأنه ذكر في « المبسوط » ففي طرف المملوك يعتبر قيمة المالية فقط . وبهذا لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة إلا أن محمداً قال في بعض الروايات القول بهذا يروى إلى أنه يجب بقطع طرفه ما يجب بقتله الجاني . قال : فلهذا لا يزداد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب فيه خمسة آلاف إلا خمسة .

وذكر في « الأسرار » : أن جانب المالية أغلب .

وفي « فتاوى الظهيرية » و « جامع المحبوبي » ما يوافق رواية المتن حيث قالوا : موضحة العبد مثل موضحة الحر يقضي بخمسمائة درهم إلا نصف درهم . ولو قطع إصبع عبد عمداً أو خطأ

لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله، وينقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رتبته، وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد؛ لأن القيمة في العبد كالدية في الحر، إذ هو بدل الدم على ما قررنا. وإن غضب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغضب ضمان المالية. قال: ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك، فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وإلا اقتص منه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -. وقال محمد - رحمه الله - لا قصاص في ذلك، وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل، وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول لاشتباهه من له الحق؛

وقيمة عشرة آلاف أو أكثر فعليه عشر الدية إلا درهم، فكأن الشيخ اختار رواية محمد، وبه قال الكاكي.

م: (لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله، وينقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رتبته، وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد) ش: يعني إذا وجب في الحر كل الدية يجب في العبد كل القيمة، وكل شيء من الحر يجب فيه نصف الدية ففيه من العبد القيمة.

م: (لأن القيمة في العبد كالدية في الحر، إذ هو بدل الدم على ما قررنا) ش: أشار به إلى قوله: ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - قوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مَسْلُومَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ (سورة النساء: الآية ٩٢)، أوجبها مطلقاً، وهو اسم للواجب بمقابلة الآدمية إلى آخر ما قال.

م: (وإن غضب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا) ش: فيما مضى م: (أن ضمان الغضب ضمان المالية) ش: لأن الغضب يرد عليه من حيث أنه مال لا من حيث إنه آدمي فتعتبر المالية بالغاً قيمتها ما بلغت.

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير»: م: (ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه) ش: على القاطع، أي وإن لم يكن له ورثة غير المولى م: (وإلا اقتص منه) ش: أي من القاتل م: (وهذا) ش: أي المذكور من الحكم م: (عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -).

م: (وقال محمد - رحمه الله - لا قصاص في ذلك، وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل) ش: أي ما في القيمة، وبه قالت الأئمة الثلاثة، إلا أن عندهم تجب قيمته بالغة ما بلغت للسيد، وعن أحمد في رواية يجب دية الحر اعتباراً بحالة الموت م: (وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول) ش: أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى م: (لاشتباهه من له الحق) ش: يعني المستوفى، وجهالته تمنع القصاص.

لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة ، فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء ، فلا يجب على وجه يستوفى ، وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه ؛ لأن المالكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل ؛ لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت ، فإذا اجتمعا زال الاشتباه ، ولمحمد -رحمه الله- في الخلافية وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى : أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك

م : (لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية) ش: وهي حالة الموت م: (يكون للورثة، فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء ، فلا يجب على وجه يستوفى) ش: الاشتباه من له الحق م: (وفيه الكلام) ش: أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى .

وقيل : أي في رجوعه يستوفى ، ولا كلام في أصل الوجوب لإفادة الاستيفاء ، وإذا فات مقصوده سقط اعتباره . وقيل : أي في تعذر الاستيفاء . وقيل : أي في تحقق الاشتباه من له القصاص . وقال شيخنا العلاء : ووصل شيخنا -رحمه الله- بخطه الضمير في «فيه» ، أي تعذر الاستيفاء ، وشيخه بهاء الدين الخطابي -رحمه الله .

م : (واجتماعهما لا يزيل الاشتباه) ش: هذا جواب عما يقال سلمناه ، أي من له الحق مشتبّه، لكن يزول الاشتباه باجتماعهما . فأجاب : اجتماعهما أي اجتماع المولى والورثة لا يزيل الاشتباه المذكور .

م : (لأن المالكين) ش: أي ملك المولى للقصاص ، فالنظر إلى حالة الجرح وملك الورثة فالنظر إلى حالة الموت م: (في الحالين) ش: أي في حال الجرح وحال الموت مختلف ، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس ، وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يفيد الاجتماع

م : (بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل ؛ لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت ، فإذا اجتمعا زال الاشتباه) ش: حاصله : أن الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة ، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة ، لأن الرقبة ثابتة لا إلى بدل ، فلا يملك إبطال حق عليه ، ولكن إذا اجتمع فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه ، فستوفى الآخر لزوال الاشتباه .

م : (ولمحمد -رحمه الله- في الخلافية) ش: أي في المسألة المختلف فيها م: (وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى : أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك) ش: أي لأن سبب الولاية الملك م:

على اعتبار إحدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى ، فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه ، كما إذا قال لآخر: بعني هذه الجارية بكذا ، فقال المولى : زوجته منك لا يحل له وطؤها ، ولأن الإعتاق قاطع للسراية ، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية ، والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص . ولهما : أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه ، وهذا لأن المقضي له معلوم ، والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء ، بخلاف الفصل الأول ؛ لأن المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا ، لأن الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة ،

(على اعتبار إحدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى) ش: أراد بها حالة الموت م: (فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه) ش: أي في الأمر الذي لا يثبت الشبهات ، يعني القصاص ونظر لذلك بقوله م: (كما إذا قال لآخر بعني هذه الجارية بكذا ، فقال المولى زوجته منك لا يحل له وطؤها) ش: لأن في التزوج يبالي بها باختلاف السبب ولا يبالي به في الأموال ، كما لو أقر بألف من قرض ، وقال المقرض له : من ثمن مبيع فإنه يقضى بالألف وإن اختلف السبب ، لأن في الأموال يجري البدل والإباحة فلا يبالي باختلاف السبب .

م: (ولأن الإعتاق قاطع للسراية ، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية ، و السراية بلا قطع فيمتنع القصاص) ش: بين هذا بها دليل آخر ، حاصله أنه كما تلف بأفة سماوية .

فإن قيل : ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحاً بلا سراية؟

أجيب : بأنه لا يجب نظراً إلى حقيقة الجناية وهو القتل ، لأنه إذا سرى تبين أن الجناية قتل لا قطع .

م: (ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - م: (أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه ، وهذا لأن المقضي له معلوم) ش: وهو الولي لأنه لا وارث للعبد غيره م: (والحكم) ش: وهو القصاص م: (متحد فوجب القول بالاستيفاء ، بخلاف الفصل الأولى) ش: يعني إذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق م: (لأن المقضي له مجهول) ش: لأننا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو الولي ، ولو اعتبرنا حالة الموت كان للورثة .

م: (ولا معتبر باختلاف السبب ههنا) ش: أي في الفصل الثاني ، وهو ما إذا لم يكن له ورثة غير المولى م: (لأن الحكم) ش: وهو استيفاء القصاص م: (لا يختلف) ش: لأنه في الحالين لواحد وهو المولى .

م: (بخلاف تلك المسألة) ش: أراد بها المسألة التي قاس عليها محمد ، وهي ما إذا قال : بعني

لأن ملك اليمين يغير ملك النكاح حكماً ، والإعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق ، وذلك في الخطأ دون العمد ؛ لأن العبد لا يصلح مالكا للمال ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه ، فجاء الاشتباه . أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقي على أصل الحرية فيه ، وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه ، إذ لا وارث له سواه ، فلا اشتباه فيمن له الحق . وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد - رحمه الله - يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا ؛ لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل . وعندهما الجواب في الفصل الأول كالجواب عند محمد - رحمه الله - في الثاني . قال : ومن قال لعبيده أحدكما حر ثم شجأ فأوقع

هذه الجارية بكذا ، وقال المولى : زوجتها منك لا يحل له وطؤها م : (لأن ملك اليمين يغير ملك النكاح حكماً) ش : لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصوداً ، وملك اليمين لا يثبت ، ولو أثبت لم يكن مقصوداً فاختلف الحكم كما اختلف السبب .

م : (والإعتاق لا يقطع السراية لذاته) ش : هذا جواب عن قول محمد : الإعتاق قاطع للسراية معناه : الإعتاق قاطع للسراية في صورة الخطأ دون العمد ، وذلك لأنه لا يقطع السراية لذاته . م : (بل لاشتباه من له الحق ، وذلك في الخطأ دون العمد ؛ لأن العبد لا يصلح مالكا للمال) ش : فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق م : (فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه ، فجاء الاشتباه . أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقي على أصل الحرية فيه) ش : ولهذا لم يكن لمولاه أن يسفك دمه بلا حق .

م : (وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه ، إذ لا وارث له سواه ، فلا اشتباه فيمن له الحق . وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد - رحمه الله -) ش : في الفصلين ، أي فيما إذا كان له ورثة عند المولى أو لم يكن له ورثة غيره م : (يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا ؛ لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل) ش : من بقية القيمة .

م : (وعندهما) ش : أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : م : (الجواب في الفصل الأول) ش : وهو ما إذا كان العبد وارث غير المولى م : (كالجواب عند محمد - رحمه الله - في الثاني) ش : أي في الفصل الثاني ، وهو ما إذا لم يكن له وارث .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (ومن قال لعبيده : أحدكما حر ثم شجأ فأوقع

العتق على أحدهما فأرشمها للمولى ؛ لأن العتق غير نازل في المعين ، والشجعة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجعة ، ولو قتلها رجل تجب دية حر وقيمة عبد ، والفرق : أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف ، وبعد الشجعة بقي محلاً للبيان ، فاعتبر إنشاء في حقهما ، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان ، فاعتبرناه إظهاراً محضاً ، وأحدهما حر يبقين فتجب قيمة عبد ودية حر ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين ؛ لأننا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرأ ، وكل منهما ينكر ذلك ، ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول ؛ لأنه لا يفيد فائدة ، وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف ،

العتق على أحدهما فأرشمها للمولى (ش: أي بين العتق إليهم بالتعيين في أحدهما ، وإنما قال : «فأوقع» ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الأرش ، وإن كان ظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل وغيرهما ، فإنه يتعين العتق في الحي بالموت والعبد لخروج الميت عن محل إيقاع العتق عليه ، والعتق لهم في حق العتق كالنازل عنه البيان ، فلا بد من بقاء المحل .

م: (لأن العتق غير نازل في المعين) ش: لأنه أوقع في المنكر والعتق في المنكر فلا يكون بالعتق نازلاً في المعين م: (والشجعة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجعة) ش: فيكون أرشمها للمملوكين .

م: (ولو قتلها رجل تجب دية حر وقيمة عبد) ش: لا قيمة عبدتين ولا دية حرين م: (والفرق) ش: أي بين قتلها وشجعتها م: (أن البيان إنشاء من وجه) ش: أي في حق المحل م: (وإظهار من وجه على ما عرف) ش: في أصول الفقه أن البيان إنشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء ، فلو فات أحدهما وبين المعتق ففيه لا يصلح ، وإظهار من وجه حتى يجبر عليه .

ولو كان إنشاء من كل وجه لما أجبر عليه ، لأن الولي لا يجبر على إنشاء العتق م: (وبعد الشجعة بقي محلاً للبيان ، فاعتبر إنشاء في حقهما ، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان ، فاعتبرناه إظهاراً محضاً ، وأحدهما حر يبقين فتجب قيمة عبد ودية حر ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين ؛ لأننا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرأ ، وكل منهما ينكر ذلك) ش: أي من القاتلين ينكر ذلك ، أي ينكر أنه قتل الحر .

م: (ولأن القياس) ش: عطف على قوله : «إن البيان» إنشاء من وجه يريد به الفرق ثانياً بين الشجعة والقتل ، يعني أن القياس م: (يأبى ثبوت العتق في المجهول ؛ لأنه لا يفيد فائدة) ش: أي فائدة العتق وهي أهلية الولاية من القضاء والشهادات .

م: (وإنما صححناه) ش: أي العتق نازلاً في أحدهما م: (ضرورة صحة التصرف) ش: أي

وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم ، فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الأطراف فبقي مملوكاً في حقها . قال : ومن فقاً عيني عبد فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته ، وإن شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالوا : إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته . وقال الشافعي -رحمه الله- : يضمه كل القيمة ويمسك الجنة ؛ لأنه يجعل الضمان مقابلاً بالفاتت فبقي الباقي على ملكه ، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقاً إحدى عينيه . ونحن نقول : إن المالية قائمة في الذات ، وهي معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرأ عليه .

تصرف العتق لثلاثا يلغو كلامه الذي امتاز عن سائر الحيوانات م : (وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم) ش : بطريق البيان تعيناً للواقع بأن يظهر ذلك العتق المبهم في أحدهما في واحد منها بعينه ، فإذا كان ثبوت العتق في المنكر ثابتاً بالضرورة .

م : (فيتقدر بقدر الضرورة وهي) ش : أي الضرورة م : (في النفس) ش : أي في حق النفس م : (دون الأطراف) ش : أي دون حق الأطراف .

لأن محل العتق هو النفس لا الأطراف ، وإنما يثبت العتق في الأطراف تبعاً للنفس لا مقصوداً م : (فبقي) ش : أي العبد م : (مملوكاً في حقها) ش : أي في حق الأطراف التي وقعت عليها الشجة على أصل القياس فكان أرشها للمولى .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (ومن فقاً عيني عبد فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته ، وإن شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالوا : إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته) .

م : (وقال الشافعي -رحمه الله- : يضمه كل القيمة) ش : أي يضم المالك الفاقئ كل القيمة م : (ويمسك الجنة) ش : وبه قال مالك وأحمد م : (لأنه) ش : أي لأن الشافعي -رحمه الله- م : (يجعل الضمان مقابلاً بالفاتت) ش : وهو العينان ، وقدر الشافعي الضمان مثل القيمة م : (فبقي الباقي على ملكه ، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقاً إحدى عينيه) ش : فإنه يأخذ كل الدية له .

م : (ونحن نقول : إن المالية قائمة في الذات ، وهي معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها) ش : أي اعتبار الأطراف م : (في حق الذات قصرأ عليه) ش : أي اعتبارها في جميع البدن وحده مقتصرأ عليه ساقطاً بالإجماع ، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت الأطراف . حاصل الكلام : لا يقال : إن اعتبار المالية مقصوداً على الذات فحسب ، بل المالية في الذات والأطراف جميعاً .

وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف من وجه بتفويت جنس المنفعة ، والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة ، بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لأنه ليس فيه معنى المالية . وبخلاف عيني المدبر لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، وفي قطع إحدى اليدين وفقاء إحدى العينين لم يوجد فيه تفويت جنس المنفعة . ولهما: أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الأموال ، فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً ، إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته ، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه نقصان . وله : أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالأدمية

م: (وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف النفس من وجه) ش: استحقاق ضمان الجناية بالمالية وجب في تفويت اليدين ، أي المعينين م: (بتفويت جنس المنفعة) ش: وذلك يستدعي الجاني م: (والضمان يتقدر بقيمة الكل) ش: أي الذات والأطراف ، فإذا كان كذلك م: (فوجب أن يتملك) ش: أي الجاني م: (الجثة دفعا للضرر) ش: لثلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ، لأنه لا نظير له في الشرع م: (ورعاية للمماثلة) ش: أي ولأجل رعاية المماثلة في دفع الجثة للجاني .

م: (بخلاف ما إذا فقأ عيني حر) ش: هذا جواب عما يقال من جهة الخصم لا يراعون ما قلتم في المالك فقاً عيني حر ، فأجاب بقوله م: (لأنه ليس فيه معنى المالية) ش: إذ لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد ، وليس فيه إلا ضمان الجناية .

م: (وبخلاف عيني المدبر) ش: إذا فقأهما ليس فيه تسلم الجثة م: (لأنه) ش: أي لأن المدبر م: (لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك) ش: لأنه ملك نفسه من وجه م: (وفي قطع إحدى اليدين) ش: هذا جواب قياس الشافعي المسألة المتنازع فيها على قطع إحدى يدي العبد .

م: (وفقاء إحدى العينين) ش: أي أحد عينيه ، فقال : القياس غير صحيح ، لأن في قطع إحدى اليدين . أي إحدى يدي العبد وفقاء إحدى العينين ، أي إحدى عينيه م: (لم يوجد فيه تفويت جنس المنفعة) ش: لأن الفئات وهو النصف ، والباقي هو النصف . ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي شرع في بيان استدلال أصحابنا ، اختلفوا فيها فقال م: (ولهما) ش: أي ولأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - م: (أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه) ش: وهو قوله وقالوا : إن شاء أمسك العبد إلى آخره ، وبين الملازمة فيه بقوله م: (كما في سائر الأموال ، فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان) ش: أي نقصان الثوب بحسب التخريق .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله - م: (أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالأدمية

غير مهذرة فيه وفي الأطراف أيضاً. ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء ، وهذا من أحكام الأدمية ؛ لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ، ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم على الأجزاء ، ولا يتملك الجثة . ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم .

غير مهذرة فيه وفي الأطراف أيضاً (ش: أي غير مهذرة ، ثم أوضح ذلك بقوله : م: (ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء ، وهذا) ش: أي الدفع أو الفداء م: (من أحكام الأدمية؛ لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها) ش: أي في الجناية م: (ثم من أحكام الأولى) ش: أي من أحكام الأدمية م: (أن لا ينقسم على الأجزاء) ش: أي لا يوزع الضمان على الفئات وعلى الباقي ، بل يكون المولى بمقابلته م: (ولا يتملك الجثة) ش: حكماً في عين الحر .

م: (ومن أحكام الثانية) ش: أي ومن أحكام المالية : م: (أن ينقسم) ش: أي الضمان على الفئات والباقي م: (ويتملك) ش: أي المولى م: (الجثة) ش: كما في تخريق الثوب . وقال الأترابي : فإن قلت : كيف أراد صاحب «الدراية» بالأولى والأدمية مذكورة بعد المالية ، وكيف أراد بالثانية المالية والمالية مذكورة قبل الأدمية ؟ . ثم قلت : إنما فعل ذلك لأنه دليل الشافعي أولاً ، وهو اعتبر معنى الأدمية ، ثم ذكره دليل أبي يوسف ومحمد وهما اعتبرا المالية ، فكان دفع الأولى والثانية في غير موضعهما .

وقال الكاكي : وإنما قال «الأولى» اعتباراً بالابتداء لا بوضع الكتاب م: (فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم) ش: يعني بالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك الجثة ، كما أنه ليس له ذلك في المال .

وفيما قال الفاء بجانب الأدمية ، حيث جعلاه كالثوب المحروق ، وفيما قاله الشافعي الفاء بجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرف فقاً عيناه موقوفاً في الشبهين حظهما . وقلنا : إن شاء المولى دفع عبده وأخذ ثمنه نظراً إلى المالية ، وإن شاء أمسكه ولا شيء نظراً إلى أدميته ، والوسط العدل ما قاله أبو حنيفة ، لأن فيه رعاية الجانبين وتوفير الشبهين .

فصل في جناية المدبر وأم الولد

قال : وإذا جنى المدبر أو أم الولد جنناية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها ، لما روي عن أبي عبيدة - رضي الله عنه - أنه قضى بجنناية المدبر على مولاه .

م : (فصل في جنناية المدبر وأم الولد)

ش : أي هذا فصل في بيان أحكام جنناية المدبر وأم الولد ، ولما ذكر جنناية الكامل في المملوكية ، شرع يذكر في جنناية من هو نقص فيها وقدم الأول لكامله .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا جنى المدبر أو أم الولد جنناية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها) ش : وعند الشافعي المدبر كالمعتق في الجنناية ، فكان في رقبته ، والمولى يتخير بين أن يدفعه فيباع بالجنناية وبين أن يفديه ، فلو أراد الفداء ففيه قولان ، أحدهما : يفديه بأرش الجنناية بالغاً ما بلغ ، وهو قول مالك في القن ورواية عن أحمد ، والثاني : يفديه بأقل من قيمته من أرش الجنناية .

وقال مالك في المدبر لم يبيع في جنناية : فيستحقه المجني عليه من يقدر جننايته إن شاء السيد وإن شاء أفدى خدمته بقدر أرش الجنناية ، ولو استوفى المجني عليه من خدمته بقدر أرش جننايته رجع إلى سيده مدبراً .

وقال الكرخي في «مختصره» : وجنناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة ، ولا يلزم المولى بجنناية المدبر أكثر من قيمة واحدة مرة واحدة ، وإن كثرت الأرش وجاوزت إلى مائة ألف فيشترك من جنى عليه المدبر أولاً وآخرأ ففاوت ما بين الجنائيات أو تفاوت سواء كانت على المولى لم يقبض منه ، أو كانت قبضت منه فيضاربون بالقيمة بقدر كل واحد منهم من أرش جننايته .

م : (لما روي عن أبي عبيدة - رضي الله عنه - : أنه قضى بجنناية المدبر على مولاه) ش : هذا رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» : حدثنا وكيع عن ابن أبي ذئب عن ابن محمد بن إبراهيم التيمي عن أبيه عن السلولي عن معاذ بن جبل عن أبي عبيدة بن الجراح - رضي الله عنه - قال : جنناية المدبر على مولاه . وأخرج نحوه عن النخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والحسن - رضي الله عنهم - ، وذكر محمد في الجنائيات : أن أبا عبيدة بن الجراح - رضي الله عنه - قضى بجنناية المدبر على مولاه ، وذلك بحضرة من الصحابة - رضي الله عنهم - من غير خلاف ، وقد كان أبو عبيدة أمير الشام ، وقضاياه تظهر بين الصحابة فكان إجماعاً . وعند الشافعي ومالك وأحمد في جنناية الولد : ضمن المولى الأقل من قيمتها ومن الأرش كمذهبنا لتعذر دفعها وبيعها بالإجماع .

ولأنه صار مانعاً عن تسليمه في الجناية بالتدبير أو الاستيلاء من غير اختياره الفداء ، فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم ، وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرش ؛ لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الأقل والأكثر ؛ لأنه لا يفيد في جنس واحد لا اختياره الأقل لا محالة ، بخلاف القن ؛ لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء . وجنایات المدبر وإن توالى لا توجب إلا قيمة واحدة ؛ لأنه لا منع منه إلا في رقبة واحدة ، ولأن دفع القيمة كدفع العبد ، وذلك لا يتكرر ، فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ، وتعتبر قيمته لكل واحد في

م: (ولأنه) ش: أي ولأن المولى م: (صار مانعاً عن تسليمه) ش: أي تسليم كل واحد من المدبر وأم الولد م: (في الجناية بالتدبير أو الاستيلاء من غير اختياره الفداء) ش: لأن عند التدبير والاستيلاء ما كان علم أنه يجنى .

م: (فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم ، وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرش ؛ لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة) ش: وقال القدوري في «التقريب» : قال أبو يوسف : يضمن الولي قيمة المدبر بالجناية مدبراً . وقال زفر : يضمن قيمته عبداً ، وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف -رحمه الله - مثله .

م: (ولا تخيير بين الأقل والأكثر) ش: هذا جواب عما يقال : ينبغي أن يخير المولى بين الأقل والأكثر كما أنه يخير في الضمن بين الدفع والفداء ، والقيمة في المدبر بمنزلة الدفع ، فقال : لا يخير بين الأقل والأكثر م: (لأنه) ش: أي لأن التخيير م: (لا يفيد في جنس واحد لا اختياره الأقل لا محالة ، بخلاف القن) ش: أي العبد القن ، يعني أن المولى يتخير في جناية القن بين الدفع والفداء وإن كان الأرش أكثر م: (لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء) ش: لأجل الرغبة في الأعيان م: (وجنایات المدبر وإن توالى) ش: يعني وإن كثرت م: (لا توجب إلا قيمة واحدة) ش: وعند الأئمة الثلاثة : هو كالقن .

وكذا في أم الولد عندنا ، وبه قال الشافعي في قول ، وفي قول بعييد : كالأخت ، وهو اختيار المزني م: (لأنه لا منع منه إلا في رقبة واحدة) ش: أي ولأن المولى لا منع منه إلا في رقبة واحدة فلا يمنع فيها .

م: (ولأن دفع القيمة كدفع العبد ، وذلك) ش: أي دفع القيمة م: (لا يتكرر ، فهذا كذلك) ش: أيضاً ، أي والمدبر كذلك في عدم التكرر ، فكأن الجنایات منه اجتمعت ثم دبره م: (ويتضاربون) ش: أي أصحاب الجنایات يتنازعون م: (بالحصص فيها) ش: أي في القيمة .

م: (وتعتبر قيمة) ش: أي وقيمة المدبر م: (لكل واحد) ش: من أصحاب الجنایات م: (في

حال الجناية عليه، لأن المنع في هذا الوقت يتحقق . قال : فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الأولى بقضاء فلا شيء عليه ؛ لأنه مجبور على الدفع . قال : وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار إن شاء اتبع المولى ، وإن شاء اتبع ولي الجناية ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : لا شيء على المولى ؛ لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة ، فقد دفع كل الحق إلى مستحقه ، وصار كما إذا دفع بالقضاء .

حال الجناية عليه ؛ لأن المنع في هذا الوقت يتحقق (ش : ومن صورتها : ما ذكر في «المبسوط» . وقال : وإذا قتل المدبر رجلاً خطأ وقيمته ألفاً درهم ثم ازدادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر ، فعلى مولاه ألفاً درهم ، لأنه جنى على الثاني وقيمته ألفان . ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامناً بقيمته ألفان فسلم الألف من هذين ، ولي القتل الأوسط خاصة ، لأن لولي الجناية الأولى حقه في الألفين ، لأن قيمته يوم جنايته ألف ، خمسمائة من هذا الألف ، أي الألف الأولى ، والباقي لولي الجناية الأولى والأوسط خاصاً .

لأن لولي القتل الثالث حقه في خمسمائة ، لأن قيمته يوم جنايته خمسمائة ، ثم الأول والأوسط يضربان في الخمسمائة التي بينهما ، فيضرب الأول بعشرة آلاف ، والأوسط بتسعة آلاف ، لأنه وصل إليه من حقه ألف فيجعل خمسمائة سعراً منهما فيضرب الأول بعشرة ، والأوسط بتسعة ، والخمس الباقية بينهم جميعاً ، يضرب الأول بعشر الآلاف إلا بما أخذ ، لأنه وصل إليه شيء من حقه فلا يضرب به . وكذا الأوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين . وإنما يضرب بما بقي من حقه ، والثالث يضرب بعشرة آلاف .

م : (قال) ش : أي قال القدوري : م : (فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الأولى بقضاء فلا شيء عليه) ش : أي على المولى م : (لأنه مجبور على الدفع) ش : فلم يبق عليه شيء .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإن كان المولى دفع القيمة) ش : إلى ولي الجناية الأولى م : (بغير قضاء فالولي بالخيار إن شاء اتبع المولى ، وإن شاء اتبع ولي الجناية) ش : أي ولي الجناية الثانية فتخير ، إن شاء رجع على المولى بنصف قيمته ، ثم المولى يرجع على ولي القتل الأول بما دفع لولي الثاني م : (وهذا) ش : أي هذا المذكور من الحكم م : (عند أبي حنيفة - رحمه الله -) .

م : (وقالوا : لا شيء على المولى لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة ، فقد دفع كل الحق إلى مستحقه ، وصار كما إذا دفع بالقضاء) ش : لأنه فعل عين ما يفعله القاضي فيكون القضاء وعدمه

ولأبي حنيفة- رحمه الله - : أن المولى جان بدفع حق وولي الجناية الثانية طوعاً وولي الأولى ضامن بقبض حقه ظلماً فيتخير ؛ وهذا لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ، ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى ومتأخرة حكماً من حيث إنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقه ، فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لإبطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملاً بالشبهين ، وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة . لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع ، فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا ؛ لأن الاستيلاء مانع من الدفع كالتدبير . وإذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء

سواء كما في الرجوع في الهبة وأخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها .

م: (ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعاً وولي الأولى ضامن بقبض حقه ظلماً) ش: لأنه انقلب بسبب المزاحم والرجوع على الجاني جائز م: (فيتخير ، وهذا) ش: في الرجوع ، وبين ذلك قوله م: (لأن الثانية مقارنة) ش: أي للجناية الأولى م: (حكماً من وجه) ش: بسبب المراجعة م: (ولهذا يشارك) ش: أي ولأجل مقارنة الثاني لأول يشارك . م: (ولي الجناية الأولى ومتأخرة حكماً من حيث إنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقه) ش: أي في حق الجناية الثانية م: (فجعلت) ش: أي الثانية م: (كالمقارنة في حق التضمين لإبطاله) ش: أي إبطال الولي م: (ما تعلق به من حق ولي الثانية) ش: وذلك لأنه تجب عليه الضمان باعتبار منع الرقة بالتدبير السابق ، وذلك في حق أولياء الجنايتين سواء ، فجعل كأن الدفع كأن بعد وجود الجنايتين جميعاً ، وهناك لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فلذلك هنا .

م: (عملاً بالشبهين) ش: يعني كما عملنا بشبهة التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقه ، وجب أن يعمل بشبهة المقارنة في حق تضمين الجناية نصف المدفوع ، وقيل : جعلت الثانية كالمقارنة في التضمين إذا دفع بغير قضاء ، لأنه يطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء ، لأنه يجوز بالدفع عملاً بشبهي المقارنة والتأخر .

م: (وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة ؛ لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع ، فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة) ش: وعند الأئمة الثلاثة الإعتاق في القن وإعتاق أم الولد كإعتاق المدبر عندنا والشافعي في قول . أشار إليه بقوله م: (وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا ؛ لأن الاستيلاء مانع من الدفع كالتدبير) ش: لأن المولى منع من تسليمهما بالاستيلاء السابق من غير اختيار م: (وإذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء

عتق أو لم يعتق ؛ لأن موجب جناية الخطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد ، والله أعلم .

عتق أو لم يعتق ؛ لأن موجب جناية الخطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد ، والله أعلم (ش :
ولا يعلم فيه خلاف .

باب غضب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال : ومن قطع يد عبده ثم غضبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع ، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه . والفرق أن الغضب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع ، فيصير كأنه هلك بأفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني ، فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان .

م: (باب غضب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام غضب المدبر إلى آخره ، قوله : م: (في ذلك) ش: أي في العبد والمدبر ، ولما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنائيهما مع غضبهما ، لأن الفرد قبل المركب ، ثم جر كلامه إلى بيان غضب الصبي .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (ومن قطع يد عبده ثم غضبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع ، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه ، والفرق) ش: بين المسألتين م: (أن الغضب قاطع للسراية ، لأنه) ش: أي لأن الغضب م: (سبب الملك) ش: لأن المضمونات تملك عند أداء الضمان مستنداً إلى أول الغضب .

ولما كان الغضب من أسباب الملك كان محلل الغضب بين الجناية والسراية قاطعاً للسراية م: (كالبيع) ش: إذا تحلل م: (فيصير) ش: أي العبد المغضوب م: (كأنه هلك بأفة سماوية فتجب قيمته أقطع) ش: أي حال كونه مقطوع اليد م: (ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني) ش: أي ولم يوجد قاطع السراية في المسألة الثانية م: (فكانت السراية مضافة إلى البداية) ش: أي إلى أول الأمر م: (فصار المولى متلفاً ، فيصير مسترداً وكيف) ش: أي وكيف لا يكون مسترداً .

م: (وأنه استولى عليه) ش: أي والحال أن المولى استولى على العبد بالقطع م: (وهو استرداد) ش: أي الاستيلاء عليه استرداداً ، فإذا كان كذلك م: (فيبرأ الغاصب عن الضمان) ش: واعترض الإمام قاضي خان بأن هذا مخالف مذهبنا ، فإن الغضب لا يقطع السراية ، ولم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضاء .

لأن السراية إنما يقطع به باعتبار تبدل الملك إذا ملك البدل على الغاصب ، أما قبله فلا نص عليه في آخر وهذا الجامع ، إلا أنه يضمن الغاصب هنا قيمة عبد أقطع ، لأن السراية وإن لم تنقطع بالغضب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ الغاصب عنه ، إلا إذا ارتفع الغضب ولم يرفع ، لأن الشيء إنما يرتفع بما فوقه أو بمثله ، ويد الغاصب ثابتة عليه حقيقة

قال : وإذا غضب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن ؛ لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله . قال : ومن غضب مديراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى ، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ؛ لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للنفاء ، فيصير مبطلاً حق أولياء الجناية ، إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزداد على قيمتها ، ويكون بين وليي الجنائتين نصفين لاستوائهما في الموجب . قال : ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب ؛ لأنه استحق نصف

وحرماً ، ويد المالك الغاصب باعتبار السراية ثبتت عليه حرماً ، والثابت حرماً دون الثابت حقيقة وحرماً ، فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فيقرر عليه الضمان ، بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب ، لأن الغصب يرتفع بها . وقال الأكمل - رحمه الله - : وفيه نظر ، لأننا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حرماً ، فإن يد المولى ثابتة عليه حرماً ، ولا تثبت على الشيء الواحد يدان حرماً بكاملهما ، واليد الحقيقية واجبة الدفع لكونها عدواناً محضاً لا يصلح معارضاً ولا مرجحاً .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (وإذا غضب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن) ش: هذا إذا كان الغصب ظاهراً فيضمن في الحال يباع فيه ، لأن أفعال العبد معتبرة .

ولو كان الغصب ظهر بإقراره لا يجب إلا بالعتق ، كذا قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - ، وذلك لأن الرق يوجب الحجر في الأقوال دون الأفعال ، وإن أقر العبد المحجور بحد أو قصاص لزمه في الحال ، لأنه يبقى في ذلك على أصل الحرية م: (لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله) ش: أي في حال رقه ، أما الأقوال فمؤاخذ بها بعد العتق ، فكان ذكر المحجور احترازاً عن المأذون ، فإنه يؤاخذ بالأقوال أيضاً عندنا .

م: (قال) ش: أي في «الجامع الصغير» : م: (ومن غضب مديراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى ، فعلى المولى قيمته بينهما) ش: أي بين وليي الجنائتين م: (نصفان ؛ لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للنفاء) ش: لعدم علمه وقت التدبير بجنائته يحدث عنده في المستقبل م: (فيصير مبطلاً حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزداد على قيمتها) ش: أي على قيمة الرقبة م: (ويكون بين وليي الجنائتين نصفين لاستوائهما في الموجب) ش: أي في المستحق من الجناية .

م: (قال) ش: أي محمد : م: (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب ؛ لأنه استحق نصف

البدل بسبب كان في يد الغاصب ، فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب . قال : ويدفعه إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - . وقال محمد - رحمه الله - : يرجع بنصف قيمته فيسلم له ؛ لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد كيلا يتكرر الاستحقاق . ولهما : أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد ، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني ، فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً يأخذه ليطم حقه ، فإذا أخذه منه يرجع إلى المولى بما أخذه على الغاصب ؛ لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب .

البدل بسبب كان في يد الغاصب ، فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب (ش : أي بسبب كان في يد الغاصب إذا غضب عبداً فجنى في يده فرده إلى المولى فجنى جنابة فدفع إلى ولي الجناية ، لأن للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته ، كذا هذا .

م : (قال) ش : أي محمد : م : (ويدفعه) ش : أي النصف المأخوذ من الغاصب م : (إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك) ش : أي بالمدفوع إلى ولي الجناية م : (على الغاصب ، وهذا) ش : أي وهذا الدفع الثاني والرجوع الثاني . م : (عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - . وقال محمد - رحمه الله - : يرجع بنصف قيمته فيسلم له) ش : أي للمولى ، أي لا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى وهو قياس قول الأئمة الثلاثة .

م : (لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد كيلا يتكرر الاستحقاق) ش : يدفعه إلى ولي الجناية عند المولى بأن كانت الجناية الأولى عند المولى ثم غضبه غاصب فجنى عنده جنابة أخرى ، فإن المولى يدفع قيمته إلى وليي الجنائيتين نصفين ثم يرجع به على الغاصب بنصف القيمة ويدفع إلى ولي الجناية الأولى ، ولا يرجع به على الغاصب مرة أخرى ، وهذا بالإجماع .

م : (ولهما) ش : أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف : م : (أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد ، وإنما انتقص) ش : أي حقه م : (باعتبار مزاحمة الثاني ، فإذا وجد) ش : أي إذا وجد ولي الجناية الأولى م : (شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً) ش : أي من غير مزاحمة ولي الجناية الثانية م : (يأخذه) ش : لأنه يتقدم على المولى م : (ليطم حقه) ش : أي لأجل إتمام حقه م : (فإذا أخذه منه يرجع إلى المولى بما أخذه على الغاصب ؛ لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب) ش : فلهذا رجع عليه ثانياً .

قال : وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى ، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الأول ، غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب ، وهذا بالإجماع . ثم وضع المسألة في العبد فقال : ومن غصب عبداً فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى ، فإن المولى يدفعه إلى وليي الجنائتين ، ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع به على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - . وقال محمد - رحمه الله - : يرجع بنصف القيمة فيسلم له . وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به .
والجواب في العبد كالجواب في المدبر

م : (قال) ش : أي محمد : م : (وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى ، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الأول) ش : أي فيما إذا جنى المدبر في يد الغاصب ثم في يد المولى م : (غير أن استحقاق النصف) ش : ذكر هذا الاستثناء لبيان الفرق بين المسألة الأولى ، والثانية عندهما : حيث لا يرجع عندهما أيضاً .

بيانه : أن استحقاق النصف إذا استحق النصف الذي أخذ المولى من الغاصب م : (حصل بالجناية الثانية إذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب ، وهذا بالإجماع) ش : أي رجوع المولى على الغاصب في المسألة الثانية بالإجماع . بخلاف المسألة الأولى . فإن ثم كان يرجع المولى عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - مرة ثانية . وذكر القدوري في كتاب «التقريب» قول أبي حنيفة وحده ، وقول زفر وأبي يوسف مع محمد .

م : (ثم وضع المسألة في العبد) ش : أي وضع محمد هذه المسألة في «الجامع الصغير» في العبد فقال «الغن» بعدما وضعها في المدبر م : (فقال) ش : أي محمد م : (ومن غصب عبداً فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى وليي الجنائتين ، ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع به على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -) .

م : (وقال محمد - رحمه الله - : يرجع بنصف القيمة فيسلم له . وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به ، والجواب في العبد) ش : أي في العبد الغن م : (كالجواب في المدبر) ش : أي في العبد المدبر في الاختلاف

في جميع ما ذكرنا ، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الأول يدفع القيمة . قال :
ومن غضب مديراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية ، فعلى
المولى قيمته بينهما نصفان لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته
على الغاصب . لأن الجنائتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها إلى الأول لأنه استحق كل
القيمة ؛ لأن عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره ، وإنما انتقص بحكم المزاومة من بعد . قال :
ويرجع به على الغاصب ؛ لأن الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه إلى ولي
الجناية الأولى ولا إلى ولي الجناية الثانية ؛ لأنه لا حق له إلا في النصف لسبق حق الأول وقد
وصل ذلك إليه . ثم قيل : هذه المسألة على الاختلاف كالأولى . وقيل : على الاتفاق .

والاتفاق سواء م : (في جميع ما ذكرنا ، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الأول) ش : أي
في المدبرم : (يدفع القيمة) ش : لأنه لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك ، وفي العبد يدفع نفس
العبد لعدم المانع .

م : (قال) ش : أي محمد : م : (ومن غضب مديراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه
ثم جنى عنده جناية ، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة
واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب ؛ لأن الجنائتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها إلى الأول) ش :
أي نصف القيمة إلى ولي الجناية الأولى م : (لأنه استحق كل القيمة لأن عند وجود الجناية عليه لا
حق لغيره ، وإنما انتقص بحكم المزاومة من بعد) ش : أي مزاومة الثاني .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - : م : (ويرجع به) ش : أي بالنصف م : (على الغاصب ؛
لأن الاستحقاق بسبب كان في يده) ش : أي عند الغاصب م : (ويسلم له) ش : أي يسلم النصف
للمولى م : (ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا إلى ولي الجناية الثانية ؛ لأنه لا حق له) ش : أي لولي
الجناية الثانية م : (إلا في النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه) ش : أي وصل النصف إلى
ولي الجناية الثانية .

م : (ثم قيل : هذه المسألة على الاختلاف كالأولى) ش : يعني قال بعض المشايخ : يتحقق في
هذه المسألة خلاف محمد أيضاً كما في المسألة الأولى ، حيث يسلم للمولى ما رجع به من القيمة
على الغاصب ولا يؤخذ ولي الجناية الأولى [. . .] .

م : (وقيل : على الاتفاق) ش : يعني لا خلاف لمحمد في هذه المسألة بل يأخذ ولي الجناية
الأولى تمام حقه وهو نصف القيمة من الولي إذا رجع على الغاصب ، وهذا هو الصحيح ، لأن
محمداً ذكر هذه المسألة في «الجامع الصغير» بلا خلاف ، وهكذا أفرد هذه المسألة فخر الإسلام
وغيره في شرح «الجامع الصغير» .

والفرق لمحمد - رحمه الله- أن في الأولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الأولى؛ لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك . فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الاستحقاق . فأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه . قال: ومن غصب صبياً حرّاً فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شيء ، وإن مات من صاعقة أو نهشته حية فعلى عاقلة الغاصب الدية . وهذا استحسان ، والقياس : أن لا يضمن في الوجهين ، وهو قول زفر والشافعي - رحمهما الله- ، لأن الغصب في الحر لا يتحقق ، ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حرّاً ، فإذا كان الصغير حرّاً رقبة وبدأ أولى . وجه الاستحسان : أنه لا يضمن بالغصب ، ولكن يضمن بالإتلاف ، وهذا إتلاف تسيباً ؛ لأنه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق .

فعلى هذا يحتاج محمد إلى الفرق بين المسألتين ، أشار إليه المصنف بقوله : م : (والفرق لمحمد- رحمه الله- أن في الأولى) ش: وهي ما إذا كانت الجناية الأولى عند الغاصب ، والثانية عند المالك م : (الذي يرجع به) ش: أي الولي م : (عوض عما سلم لولي الجناية الأولى ؛ لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك . فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الاستحقاق) ش: لأن هذا بدل ما وقع إليه وبدل الشيء يقوم مقامه ، فلو استحق البدل بعدما استحق المبدل يتكرر الاستحقاق .

م : (فأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه) ش: أي إلى تكرار الاستحقاق .

قال الأكمل : قوله : « أما في هذه المسألة » فيه نظر ، فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب ، لكن أخذ الولي منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق ، حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه .

م : (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (ومن غصب صبياً حرّاً) ش: أي ذهب به بغير إذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة ، وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في زمنه م : (فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شيء ، وإن مات من صاعقة أو نهشته حية فعلى عاقلة الغاصب الدية ، وهذا استحسان ، والقياس : أن لا يضمن في الوجهين ، وهو قول زفر والشافعي - رحمهما الله-) ش: وبه قال مالك وأحمد م : (لأن الغصب في الحر لا يتحقق ، ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر يبدأ ، فإذا كان الصغير حرّاً رقبة وبدأ أولى) .

م : (وجه الاستحسان : أنه لا يضمن بالغصب ، ولكن يضمن بالإتلاف ، وهذا إتلاف تسيباً) ش: أي من حيث التسيب م : (لأنه نقله إلى أرض مسبعة) ش: أي إلى أرض تأوي إليها السباع م : (أو إلى مكان الصواعق) ش: أي إلى مكان تنزل فيه الصواعق عادة وهو جمع صاعقة معزوف .

وهذا لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان ، فإذا نقله إليه فهو متعدد فيه ، وقد أزال حفظ الولي فيضاف إليه ؛ لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق ، بخلاف الموت فجأة أو بحمي ؛ لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن ، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلاً تسيباً . قال : وإذا أودع صبي عبداً فقتله فعلى عاقلته الدية ، وإن أودع طعاماً فأكله لم يضمن ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو يوسف والشافعي - رحمهما الله - :
يضمن في الوجهين جميعاً ،

م : (وهذا) ش : أي كونه إتلافاً م : (لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان ، فإذا نقله إليه) ش : أي إلى موضع تكون فيه الأشياء المذكورة م : (فهو متعدد فيه) ش : الواو فيه للحال أو في نقله م : (وقد أزال حفظ الولي) ش : الواو فيه أيضاً للحال .

وقوله م : (فيضاف إليه) ش : جواب الشرط ، أي يضاف الإلتلاف إلى القاتل م : (لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق ، بخلاف الموت فجأة أو بحمي ؛ لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن ، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلاً تسيباً) ش : أي من حيث السببية .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (وإذا أودع صبي عبداً فقتله فعلى عاقلته الدية) ش : أي على عاقلة الصبي الدية . قيل المراد القيمة وبها صرح فخر الإسلام والصدر الشهيد - رحمهما الله - وأثر لفظ الدية لأنها بإزالة الأدمية والقيمة بإزالة المالية ، وفي العبد بإزالة ، الأدمية عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

م : (وإن أودع) ش : أي الصبي م : (طعاماً فأكله لم يضمن ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ، وقال أبو يوسف والشافعي - رحمهما الله - : يضمن في الوجهين جميعاً) ش : وبه قال مالك وأحمد . وفي «شرح الطحاوي» : أودع عند صبي مالاً فهلك في يده فلا ضمان عليه بالإجماع ، وإذا استهلك الصبي إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة يضمن الصبي بالإجماع ، وإن كان محجوراً قبل الوديعة بإذن وليه ضمن بالإجماع . وإن قيل : بغير إذن وليه فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد - ، لا في الحال ولا بعد الإدراك .

وقال أبو يوسف والشافعي - رحمهما الله - : يضمن في الحال ، وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير بلا وديعة يضمن في الحال بالإجماع .

وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله-، ويؤاخذ به بعد العتق . وعند أبي يوسف والشافعي - رحمهما الله- : يؤاخذ به في الحال ، وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة في العبد والصبي . وقال محمد- رحمه الله- في أصل «الجامع الصغير»: صبي قد عقل . وفي «الجامع الكبير» وضع المسألة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة ، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق ؛ لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر . ولهما: أنه أئلف مالا متقوماً معصوماً حقاً للمالكة ، فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً ، وكما إذا أئلفه غير الصبي في يد الصبي المودع . ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله- أنه أئلف مالا غير معصوم

م: (وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ويؤاخذ به بعد العتق . وعند أبي يوسف والشافعي - رحمهما الله - يؤاخذ به في الحال ، وعلى هذا الخلاف الإقراض) ش: يعني إذا أقرض الصبي شيئاً وسلم إليه واستهلكه لا يضمن عندهما . خلافاً لأبي يوسف م: (والإعارة) ش: يعني إذا أعار الصبي شيئاً فاستهلكه لا يضمن م: (في العبد والصبي) ش: يعني حكمهما واحد والمراد من المحجور . وقال فخر الإسلام : الاختلاف في الإيداع والإعارة والقرض والبيع وكل وجه من وجوه التسليم واحد .

م: (وقال محمد - رحمه الله - في أصل «الجامع الصغير» : صبي قد عقل . وفي «الجامع الكبير» . وضع المسألة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة ، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) ش: فساعده فيه فخر الإسلام حيث ذكر في «جامعه» هكذا .

وأما غيره من شروح «الجامع الصغير» «كجامع أبي اليسر» و«قاضي خان» و«التمرتاشي» فالحكم على خلاف هذا ، حيث قال : هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلاً ، وإن لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعاً م: (لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر) ش: لأن تسليط الصبي غير العاقل هدر وفعله معتبر فيؤاخذ به .

م: (ولهما) ش: أي لأبي يوسف والشافعي - رحمهما الله - : م: (أنه أئلف مالا متقوماً معصوماً حقاً) ش: قوله : «حقاً» متعلق بقوله : «معصوماً» ، أي معصوماً لأجل المالك م: (المالكة) ش: بغير إذنه م: (فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً) ش: فأئلفه يجب عليه الضمان بالاتفاق م: (وكما إذا أئلفه غير الصبي في يد الصبي المودع) ش: فيجب الضمان على المتلف ، فعلم أن المال معصوم في يد الصبي .

م: (ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله- أنه أئلف مالا غير معصوم) ش: لأنه سلطه على

فلا يجب الضمان ، كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه ، وهذا لأن العصمة تثبت حقاً له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقاً للنظر إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة ههنا ؛ لأنه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ، ولا للصبي على نفسه ، بخلاف البائع والمأذون له ؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما . وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً لأن عصمته لحقه ، إذ هو مبقي على أصل الحرية في حق الدم . وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي ، لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره . قال : وإن استهلك مالا ضمن ، يريد به من غير إيداع لأن الصبي يؤاخذ بأفعاله ،

الإتلاف م : (فلا يجب الضمان ، كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه ، وهذا) ش : أي عدم وجوب الضمان م : (لأن العصمة تثبت حقاً له) ش : أي للمالك م : (وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة) ش : أي من الإيداع والإعارة ومن فعل ذلك م : (فلا يبقى مستحقاً للنظر) ش : لأنه أوقع ماله في يد يمنع يد غيره عليه باختياره م : (إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة ههنا ، لأنه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ، ولا للصبي على نفسه) ش : فكان تعيناً من جهة .

م : (بخلاف البالغ والمأذون له ، لأن لهما ولاية على أنفسهما) ش : فصح الإيداع عندهما ، فيضمنان بالإجماع م : (وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً لأن عصمته لحقه) ش : أي لأن عصمة العبد لحق العبد لا باعتبار أن المالك لعصمته م : (إذ هو مبقي على أصل الحرية في حق الدم) ش : فلا يوجد التسليط في حقه ، فإذا لم يوجد يضمن سواء كان صغيراً أو كبيراً . بخلاف سائر الأموال ، فإن للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط .

م : (وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي) ش : يعني إذا أتلّف الوديعة والتذكير باعتبار المودع غير الصبي المودع حال كونه في يد الصبي حيث يضمنها العصمة م : (لأنه سقطت العصمة) ش : أي عصمة الوديعة م : (بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال) ش : المودع فحسب ولا يسقط في حق غيره ، وهو معنى قوله م : (دون غيره) ش : حاصله : أن المالك بالإيداع عند الصبي إنما سقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان ، فصار مال الوديعة عند الصبي بمنزلة من له القصاص فإنه غير معصوم الدم في حق من له القصاص ، ومعصوم في حق غيره ، فكذا هنا .

م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (وإن استهلك مالا ضمن) ش : أي فإن استهلك الصبي مالا لرجل ضمن ، وهذا في غير الوديعة وهو معنى قوله : م : (يريد به من غير إيداع) ش : أي يريد محمد بقوله : « ضمن » في غير الوديعة ، وفيه اتفاق .

وفي الوديعة إذا استهلكها خلاف سبق أنفاً م : (لأن الصبي يؤاخذ بأفعاله) ش : فإن قلت :

وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد ، والله أعلم بالصواب

رفع القلم عن الصبي بالحديث ، فكيف وجب عليه الضمان ؟

قلت: رفع القلم يدل على رفع الإثم ، ولا يلزم من رفع الإثم نفي الضمان كما في النائم إذا انفلت على شيء فأتلفه .

م: (وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد ، والله أعلم بالصواب) ش: هذا كأنه جواب عما يقال: إن الصبي ليس له قصد صحيح ، فكان ينبغي أن لا يضمن فقال: لا اعتبار لصحة العقد في حق العباد . ألا ترى أن البالغ أيضاً إذا استهلك مالا لإنسان فيضمن ، سواء كان له قصد صحيح في ذلك أو لم يكن ، فعلى أي وجه كان يلزمه الضمان .

باب القسامة

قال : وإذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله : استحلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً .

م : (باب القسامة)

ش : أي هذا باب في بيان أحكام القسامة . وقال الكاكي : القسامة لغة : مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الأقسام .

قلت : اسم وضع موضع الأقسام . وفي الشرع : أيمان يقسم بها على أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر كل منهم ويقول ما فعلت ولا علمت له قاتلاً . وقيل : القسامة الأيمان المتكررة في دعوى القتل على أهل محلة أو دار أو موضع قريب . كما يقال : رجل عدل ، وأي الأمرين كان ، هو من القسم الذي هو الحلف ، وقسمها وجود القتيل في المحلة أو في معناها ، وركنها قولهم بالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلاً .

وشرطها أن يكون المقسم رجلاً بالغاً عاقلاً ، والنساء لا يدخلن في القسامة عند أكثر أهل العلم إلا عند مالك ، فإنه قال لمن يدخل في القسامة الخطأ دون العمد . وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف ، وسواء كانت الدعوى في القتل الخطأ أو العمد عند أكثر أهل العلم .

وقال مالك والشافعي في القديم وأحمد : إن كانت الدعوى في القتل العمد إذا حلفوا الأولياء بعد يمين أهل المحلة يستحقون القود ، ومحاسنها والحكمه فيها : تعظيم الدماء وصيانتها عن الإهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص . ودليل شرعيتها الأحاديث المذكورة على ما يجيء إن شاء الله تعالى .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً) ش : بشرط أن يكون في القتل أثر القتل من جراحة أو ضرب أو خنق أو نحوه . وأما إذا وجد ميتاً لا أثر فيه فلا قسامة ولادية ، وهذا ميت .

وقوله : «في محلة» ليس بقيد . وكذا لو وجد في دار رجل . وقوله لا يعلم من قتله ؛ لأنه إذا علم القاتل فلا قسامة ، والحكم يتعلق به .

وقوله : «استحلف خمسون رجلاً» قال الكرخي : ليس فيهم عبد ولا صبي لم يبلغ ولا امرأة . قوله : منهم أي من أهل المحلة .

وقال الشافعي - رحمه الله-: إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يميناً ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأ .

وقال الكرخي: وإن كان في أهل المحل الفاسق والصالح ، فالخيار فيهم إلى الورثة يختارون أهل الصالح حتى يستحلفوهم ، فإن كان أهل الصالح لا يتمون خمسين وأرادوا أن يردوا عليهم الأيمان فليس لهم ذلك ، ولهم أن يتخيروا من الباقيين تمام خمسين رجلاً .

وذكر ابن الجلاب المالكي في كتابه « التفریح والأيمان » : القسامة مغلظة بخلافها في سائر الحقوق ، ويحلف الحالف فيها في المسجد الأعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس فيه ، ويجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من وجبت عليه قسامة من أهلها ، ولا يجلب إلى غيرها إلا المكان القريب .

وقوله: « بالله ما قتلناه » على طريق الحكاية عن الجمع . وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم : بالله ما قتلنا ، ولا يحلف بالله ما قتلنا ؛ لجواز أنه باشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين « بالله ما قتلنا » .

م: (وقال الشافعي - رحمه الله- : إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يميناً) ش: قبل يمين أهل المحلة م: (ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأ) ش: وقال الكاكي: استحلف الأولياء خمسين يميناً قبل يمين أهل المحلة يقضى بالدية على المدعى عليه عمداً كان أو خطأ ، وهو قوله الجديد .

وقال مالك وأحمد والشافعي في القديم: إذا استحلف الأولياء وحلفوا واستحلفوا القود في دعوى العمد على المدعى عليه جماعة كان أو واحد أو شرطه اللوث عندهم ، وعند عدم اللوث كسائر دعاوى .

وقال الغزالي في «وجيزه»: وكيفية القسامة : أن يحلفوا المدعي خمسين يميناً متوالية في مجلس واحد بقصد التحذير والتغليظ ، ولو كان في مجلسين فوجهان . وقال ابن الجلاب المالكي : ويبدأ في القسامة بالمدعين دون المدعى عليهم ، فيحلفون خمسين يميناً ويستحقون القود نفساً منهم .

وإذا كان ولاة الدم أكثر من خمسين رجلاً ففيها روايتان ، إحداهما يقتصر على خمسين منهم فيحلفون خمسين يميناً ، والأخرى : أنهم يحلفون كلهم وإن زادت عدة الأيمان على خمسين . وإذا نكل المدعون للدم عن القسامة وردت الأيمان على المدعى عليهم فنكلوا حبسوا حتى يحلفوا ، فإن طال حبسهم تركوا على كل واحد منهم جلد مائة وحبس سنة ، انتهى .

وقال مالك : يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد ، وهو أحد قولي الشافعي - رحمه الله- . واللوث عندهما : أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه ، أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه . وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه مثل مذهبنا ، غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي . فإن حلفوا لا دية عليهم .

وقال الخرقى ، من أصحاب أحمد بن حنبل - رحمه الله - في «مختصره» : وإذا وجد قاتل فادعى أولياؤه على قوم لا عداوة بينهم ولم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها ، وإن كان بينهم عداوة ولوث وادعى أولياؤه على واحد منهم وأنكر المدعى عليه ولم يكن للأولياء بينة حلف الأولياء خمسين يميناً على قاتله واستحقوا دمه إن كانت الدعوى عمداً .

فإن لم يحلف الأولياء حلف المدعى عليه خمسين يميناً ، وبرئ ، فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال ، فإن شهدت البينة العادلة أن المجروح قال : «دمي عند فلان» فليس يوجب القسامة ما لم يكن لوث .

م : (وقال مالك : يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد ، وهو أحد قولي الشافعي - رحمه الله -) ش : وقد ذكرنا أن هذا هو القول القديم للشافعي م : (واللوث عندهما) ش : أي عند الشافعي ومالك - رحمهما الله - م : (أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه ، أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه . وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه) ش : أي فمذهب الشافعي م : (مثل مذهبنا ، غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي ، فإن حلفوا لا دية عليهم) ش : فنتكلم أولاً في اللوث ثم نحرر مذهب الثلاثة .

فاللوث : من لوث الماء كدره ، ولوث ثيابه الطين فتلوث ، ومنه قولهم «لوث وعداوة» أي شر أو طلب بحقد ، والمراد به عندهم قرينة ظاهرة توقع في القلب صدق المدعي بأن يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه من أثر الدم على ثيابه وغيره كما ذكر في المتن .

وقال الغزالي في «وجيزه» : واللوث قرينة حال تغلب الظن كقتيل في محلة بينهم عداوة ، أو قاتل دخل عليهم ضيفاً ، أو قاتل تفرق عنه جماعة معفرون ، أو قتل في صف الخصم القاتل ، أو قاتل في الصحراء وعلى رأسه رجل معه سكين .

وقول المجروح : «قتلني فلان» ليس بلوث ، وقول واحد من أهل القتل ، روايتهم لوث . والقياس : أن قول واحد منهم لوث ، وأما عدة من الصبية والفسقة ففيهم خلاف ، انتهى .

وقال ابن الجلاب المالكي : واللوث شيان الشاهد العدل ، وقول المجروح : دمي عند فلان ، وفي الثالث مذهبان يعني الذي يرى معه سيفه ، وشهادة الواحد لوث توجب القسامة ،

للشافعي - رحمه الله-، في البداية يمين الولي قوله عليه الصلاة والسلام للأولياء: « فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه »؛ ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر . ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه ، ورد اليمين على المدعي أصل له كما في النكول، غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة ، والقصاص لا يجامعها ، والمال يجب معها ، فلهذا وجبت الدية دون القصاص . ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ، وفي رواية: « على المدعى عليه » .

وفي شهادة النساء روايتان إحداهما : أنه لون توجب القسامة ، والأخرى أنها لا توجبها . وكذلك شهادة الواحد والجماعة إذا لم يكونوا عدولاً ، وفي شهادة العبد روايتان إحداهما : أنه لو ث ، وقيل : لا يكون لوثاً . وإذا وجد رجل مقتول ووجد بقره رجل معه سيف أو في يده شيء من آلة القتل وعليه آثار القتل ، فهو لوث موجب القسامة والدية لولائه .

م : (للشافعي- رحمه الله- في البداية يمين الولي قوله عليه الصلاة والسلام للأولياء : « فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه » ، ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) ش : أي قول النبي ﷺ ، هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سهل بن أبي حثمة قال : خرج عبد الله بن سهل ابن زيد ومحبيصة بن مسعود بن زيد حتى إذا كانا بخيبر تفرقا . . . الحديث مطولاً .

وفيه فقال لهم- أي لأولياء القتيل- : « أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم؟ » . وجه الاستدلال به : أنه ﷺ بدأ على من شهد له الظاهر ، يعني كما في سائر الدعاوى ، فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه ، لأن الأصل براءة ذمته . فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث ، فيكون اليمين حجة له .

م : (ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه ، ورد اليمين على المدعي أصل له) ش : أي للشافعي م : (كما في النكول) ش : يعني إذا نكل المدعى عليه عن اليمين رد على المدعي م : (غير أن هذه) ش : أشار به إلى الدعوى التي هنا م : (دلالة) ش : أي على الصدق م : (فيها نوع شبهة ، والقصاص لا يجامعها) ش : أي لا يثبت القصاص مع الشبهة م : (والمال يجب معها) ش : أي مع الشبهة م : (فلهذا وجبت الدية دون القصاص) .

م : (ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم) ش : أي قول النبي ﷺ : م : (البينة على المدعي واليمين على من أنكر . وفي رواية : « على المدعى عليه »)^(١) ش : هذا الحديث أخرجه الترمذي عن محمد بن عبيد الله عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال في خطبته « البينة على

(١) حسن بمجموع طرقه : تقدم تخريجه بطرقه

وروى سعيد بن المسيب - رضي الله عنه - : « أن النبي عليه الصلاة والسلام بدأ باليهود بالقسامة ،
وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم » ،

المدعي واليمين على المدعى عليه . انتهى .

فإن قلت : قال الترمذي - رحمه الله - : هذا حديث في إسناده محمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ، ضعفه ابن المبارك وغيره . وأخرجه الدارقطني في « سنته » عن حجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب به . وقال صاحب « التنقيح » : وحجاج بن أرطاة ضعيف ، ولم يسمعه من عمرو بن شعيب ، وإنما أخذه من العزمي عنه ، والعرزمي متروك ؟ قلت : شطر الحديث في الكتب الستة من حديث ابن عباس - رضي الله تعالى عنه - ، ولكنه مفرق ، ففي لفظ مسلم : « ولكن اليمين على المدعى عليه » . وفي لفظ الباقرين : « أن النبي ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه » ، وبهذا يعلم أن وظيفة المدعى عليه اليمين ، وليست هي وظيفة المدعي ، وبهذا يقوى حديث الترمذي - رحمه الله - .

م : (وروى سعيد بن المسيب - رضي الله عنه -) ش : أي سعيد بن المسيب - رضي الله تعالى عنه - م : (« أن النبي ﷺ بدأ باليهود بالقسامة ، وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم ») ش : هذا رواه عبد الرزاق - رحمه الله - في « مصنفه » أخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب - رحمه الله عنهم - قال : كانت القسامة في الجاهلية فأقرها النبي ﷺ في قتل من الأنصار وجد في جب لليهود ، قال : فبدأ رسول الله ﷺ باليهود ، فكلفهم قسامة خمسين ، فقالت اليهود : لن نحلف ، فقال رسول الله ﷺ للأنصار : أفتحلفون ؟ فأبت الأنصار أن تحلف ، فأغرم رسول الله ﷺ اليهود ديتته ، لأنه قتل بين أظهرهم . ورواه ابن أبي شيبة - رحمه الله - في « مصنفه » : حدثنا عبد الأعلى عن معمر به . وكذلك رواه الواقدي في « المغازي » في غزوة خيبر حدثني معمر به . وقال الأترابي : سعيد بن المسيب من أعلى طبقات التابعين ، ولكن في ذكره نظر ؛ لأنه لم يذكر روايته في كتب الحديث في هذا الباب مثل « الموطأ » و« الصحيح » و« السنن » و« شرح الآثار » وغير ذلك نعم فروي عن الزهري - رحمه الله - ذلك في « شرح الآثار » .

وأشار به إلى ما رواه الطحاوي - رحمه الله - : حدثنا أبو بشر الدرقمي ، حدثنا أبو معاوية الضرير عن ابن أبي ذئب عن الزهري - رضي الله تعالى عنه : « أن رسول الله ﷺ قضى بالقسامة على المدعى عليهم » ، فدل ذلك أن القسامة على المدعي [عليهم] لا على المدعين على ما بين الزهري - رحمه الله ، انتهى . قلت : عدم الاطلاع في كتب الحديث يؤدي إلى هذه المقالة ، فكيف ينكر الأترابي - رحمه الله - هذا ، وقد روى عبد الرزاق وابن أبي شيبة والواقدي عن

ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق ، ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل ، فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة . وقوله «يتخيرهم الولي» إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي ؛ لأن اليمين حقه ، والظاهر أن يختار من يتهمه بالقتل أو يختار صالحي أهل المحلة ، لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز ، فيظهر القاتل ، وفائدة اليمين النكول ، فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح . ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز ؛ لأنه يمين وليس بشهادة .

سعيد بن المسيب به ولم يذكر الطحاوي - رحمه الله - سعيداً ، بل اقتصر على الزهري وفي كل منهما كفاية للحجة ، ومعمّر بفتح الميمين بن راشد . وأبو معاوية الضرير محمد بن خازم بالخاء والزاي المعجمتين .

وابن أبي ذئب محمد بن عبد الرحمن بن الحارث بن أبي ذئب ، واسم أبي ذئب هشام بن شعبة بن عبد الله بن قيس القرشي العامري المدني . والزهري هو محمد بن مسلم بن شهاب .

م: (ولأن اليمين حجة للدفع) ش: قد مضى الدعوى أن اليمين ليست بحجة صالحة لاستحقاق بنفسه ، فكيف يصلح حجة صالحة لاستحقاق بنفس محترمة خصوصاً في موضع يتيقن بأن الخالف مجازف يحلف ما لم يعاينه بأمر مجهول وهو اللوث ، وإنما شرعت اليمين لاتقاء ما كان ، فلا يستحق بها ما لم يكن مستحقاً ، يشير إلى هذا بقوله : حجة الدفع م: (دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق ، ولهذا) ش: أي ولكون حاجة الولي إلى الاستحقاق م: (لا يستحق بيمينه المال المبتذل ، فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة) ش: قال شيخنا العلاء - رحمه الله - : هذا معنى قول مالك وأحمد وقول الشافعي - رحمهما الله - في إيجاب القصاص ، وبقي قوله الآخر «يستحق بيمينه النفس» ، أي القصاص ، إلا أنه سقط باعتبار الشبهة ، فصار إلى الدية بدلاً عن القصاص .

م: (وقوله) ش: أي وقول القدوري م: (يتخيرهم الولي ، إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي ، لأن اليمين حقه ، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل) ش: مثل الفسقة والشبان ، لأن تهمة القتل فيهم أكثر م: (أو يختار صالحي أهل المحلة) ش: أي يختار الصالحين من أهل المحلة م: (لما أن تحرزهم) ش: أي أن تحرز الصالحين م: (عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل ، وفائدة اليمين النكول ، فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون) ش: أي القاتل م: (يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح) ش: بالطاء المهملة ، وهو نقيض الصالح .

م: (ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز ؛ لأنه يمين وليس بشهادة) ش: احترز به عن

قال وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي - رحمه الله - : لا تجب الدية لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبد الله بن سهل - رضي الله عنه - : «تبرئكم اليهود بأيمانها» ، ولأن اليمين عهدت في الشرع ميراثاً للمدعي عليه لا ملزماً كما في سائر الدعاوى . ولنا : أن النبي عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم ، وهكذا جمع عمر - رضي الله عنه - بينهما على وادعة .

اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لما أن اللعان شهادة والأعمى أو المحدود في القذف ليسا من أهل أدائها .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية) ش : أي على عاقلتهم في ثلاث سنين ، لأن حالهم هنا دون حال من باشر بالقتل خطأ ، والدية هناك على العاقلة في ثلاث سنين ، فهنا أولى . وذكر اختلاف زفر ويعقوب - رحمهما الله - قال زفر : القسامة والدية على العاقلة . وقال أبو يوسف - رحمه الله : لا قسامة على العاقلة بل الدية عليهم ، لأن التحمل يجري في الدية ولا يجري في اليمين م : (ولا يستحلف الولي) .

م : (وقال الشافعي - رحمه الله - : لا تجب الدية) ش : إذا حلف المدعي عليه ، وبه قال مالك وأحمد وأبو الليث وأبو ثور - رحمهما الله - م : (لقوله عليه الصلاة والسلام) ش : أي لقول النبي ﷺ م : (في حديث عبد الله بن سهل - رضي الله عنه - : «تبرئكم اليهود بأيمانها») ش : هذا قطعة من حديث عبد الله بن سهل ، وقد مرت قطعة منه عن قريب . وقال أبو داود - رحمه الله : رواه بشر بن الفضل ومالك عن يحيى بن سعيد فقال فيه : «أتخلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم؟» ، رواه ابن عيينة عن يحيى فبدأ بقوله : «تبرئكم يهود بخمسين يميناً» .

م : (ولأن اليمين عهدت في الشرع ميراثاً للمدعي عليه لا ملزماً كما في سائر الدعاوى) ش : فكذا هنا ليكون موافقاً للأصول .

م : (ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) ش : ابن زيد ، قد مر أنه أخرجه الأئمة الستة ، وفيه : «أتخلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم؟» ، وفي آخره : «فوداه رسول الله ﷺ بمائة من إبل الصدقة» . قال سهل فقد ركضتني منها ناقة حمراء . والمقتول كان عبد الله بن سهل - رضي الله عنه - .

م : (وفي حديث زياد بن أبي مريم) ش : فقال المخرج : غريب ، يعني لم يثبت م : (وهكذا جمع عمر - رضي الله عنه - بينهما) ش : أي بين الدية والقسامة م : (على وادعة) ش : وهي بطن من همدان ، وذكره في «الجمهرة» ، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» : أخبرنا الثوري عن مجالد

وقوله عليه الصلاة والسلام : « تبرئكم اليهود » محمول على الإبراء عن القصاص والحبس . وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين ، والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا ، بل شرعت ليظهر القصاص بتحريضهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل ، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتل بين أظهرهم لا بنكولهم ، أو وجبت

ابن سعيد وسليمان الشيباني عن الشعبي : أن قتيلاً وجد بين وادعة وشاكر فأمر عمر - رضي الله عنه - أن يقيسوا ما بينهما ، فوجدوه إلى وادعة أقرب ، فحلفهم عمر - رضي الله عنه - خمسين يمينا ، كل رجل ما قتلت ولا علمت له قاتلاً ثم غرمهم الدية . وأخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» حدثنا وكيع حدثنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن الحارث بن الأزعم قال وجد قتيلاً بين وادعة وأرحب ، فذكره بنحوه .

م : (وقوله عليه الصلاة والسلام : « تبرئكم اليهود »^(١)) ش : هذا جواب عن استدلال الشافعي بحديث عبد الله بن سهل المذكور أي قول النبي ﷺ تبرئكم اليهود م : (محمول على الإبراء عن القصاص والحبس) ش : تقريره أن قول الخصم الحلف مبرئ . قلنا نحن نقول بموجبه ولكن يبرئ عما وجب لأجله الحلف وهو القصاص لا عن غيره ، كما إذا كانت الدعوى على شيء فحلف المدعى عليه على ذلك الشيء انقطعت الخصومة عنه ، وهنا فيما نحن فيه استحلف كل واحد منهم على دعوى القتل ، فياليمين انقطعت الخصومة عن دعوى القتل ، فلم يجب القصاص ، ولكن وجب عليه شيء آخر لا لكونه قاتلاً بل لتقصيرهم في صيانة المحلة عن فساد القتل ، لأنه لولا تقصيرهم لما وقع هذا الأمر ، والتسبب في القتل بهذا الطريق موجب الدية في الشرع .

ألا ترى أن العاقلة يؤخذون بالدية وهم ما قتلوا ولكن قصرُوا في صيانة الدم عن الإهدار ، هذا الذي قاله الأترابي وغيره ، وأحسن منه في الجواب عنه ما قاله أبو داود - رحمه الله - في حديث سهل المذكور ، رواه بشر بن المفضل ومالك عن يحيى بن سعيد قال في «أحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم ؟» ، رواه ابن عيينة عن يحيى قيدا بقوله : «تبرئكم يهود بخمسين يمينا» وهو وهم من ابن عيينة .

م : (وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين ، والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا ، بل شرعت ليظهر القصاص بتحريضهم عن اليمين الكاذبة ، فيقروا بالقتل ، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتل بين أظهرهم لا بنكولهم ، أو وجبت

(١) هذا طرف من حديث سهل الذي أخرجه الأئمة الستة في كتبهم .

بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ . ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف ؛ لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ، ولهذا يجمع بينه وبين الدية ، بخلاف النكول في الأموال ؛ لأن اليمين بدل عن أصل حقه ، ولهذا يسقط ببذل المدعي ، وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية ، هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة ، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى في العمد أو الخطأ ، لأنهم لا يتميزون عن الباقي . ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه عمداً أو خطأ ؛ فكذلك الجواب يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب ،

بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ) ش: هذا جواب آخر عن حديث الخصم ، وقد قررناه عن قريب .

م: (ومن أبي منهم اليمين) ش: أي ومن امتنع عن اليمين من الخمسين الذين اختارهم الولي م: (حبس حتى يحلف ؛ لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم) ش: فمن نكل عن حق مستحق لذاته فقد ظلم ، وجزاء الظالم الحبس ، وإنما قال : مستحق لذاته ليسلم ، لأنه بدل عن الدية م: (ولهذا يجمع بينه وبين الدية) ش: ولو كان بدلا عن الدية لما جاز [الجمع] بينهما .

م: (بخلاف النكول في الأموال ؛ لأن اليمين) ش: في الأموال م: (بدل عن أصل حقه) ش: أي حق المدعي ، وأصل حقه في المال م: (ولهذا) ش: أي ولكون أصل حقه في المال م: (يسقط) ش: أي اليمين م: (ببذل المدعي ، وفيما نحن فيه لا يسقط) ش: أي اليمين م: (ببذل الدية) ش: بل تجب اليمين المكررة م: (هذا الذي ذكرنا) ش: أي من وجوب القسامة والدية م: (إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة ، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم ، والدعوى في العمد أو في الخطأ لأنهم) ش: أي لأن البعض لا بأعيانهم م: (لا يتميزون عن الباقي) ش: فصار كما إذا ادعى على البعض .

م: (ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه) ش: سنذكره من بعد إن شاء الله ، أي سنذكر حكم من ادعى على واحد من غير أهل المحلة بعد ورقتين عند قوله : وإن ادعى على واحد منهم سقط عنهم ، هذا وقع في بعض النسخ ، وفي بعضها وقع مثل ما ذكرها هنا .

ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنهم قتلوا إلى آخره م: (عمداً أو خطأ فكذلك الجواب) ش: يعني تجب القسامة والدية م: (يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب) ش: أي في كتاب القدوري -رحمه الله- ، لأنه قال : وإذا وجد قتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلل خمسون رجلاً منهم . . إلى آخره .

وهكذا الجواب في «المبسوط» وعن أبي يوسف - رحمه الله- في غير رواية الأصل : أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقيين من أهل المحلة ، ويقال للولي : ألك بينة ، فإن قال لا ، يستحلف المدعى عليه يميناً واحدة . ووجهه : أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل في غيرهم ، وإنما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم ، وفيما وراءه بقي على أصل القياس ، وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم . وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة ؛ لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجه بالنص لا بالقياس . بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم ؛ لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبتها لأوجبتها بالقياس وهو ممتنع ، ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة ، وإن لم تكن استحلفه

وأطلق وجوب القسامة والدية على أهل المحلة ولم يقيد الدعوى بالوقوع على الجميع أو على البعض بأعيانهم أو لا بأعيانهم م : (وهكذا الجواب في «المبسوط») ش : يعني أوجب القسامة والدية مطلقاً .

م : (وعن أبي يوسف - رحمه الله- في غير رواية الأصل : أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقيين من أهل المحلة ، ويقال للولي ألك بينة ، فإن قال لا ، يستحلف المدعى عليه على قتله يميناً واحدة . ووجهه) ش : أي وجه ما روي عن أبي يوسف - رحمه الله- م : (أن القياس يأباه) ش : أي يابى الحلف .

م : (لاحتمال وجود القتل من غيرهم ، وإنما عرف) ش : أي الحلف م : (بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم ، وفيما وراءه) ش : وهو ما إذا كان الدعوى على البعض بعينه م : (بقي على أصل القياس) ش : فلم تجب القسامة م : (وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم) ش : فإن فيه البينة من المدعي أو اليمين من المدعى عليه .

م : (وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة ؛ لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ، ودعوى فنوجه) ش : أي نوجب كل واحد من القسامة والدية .

وفي بعض النسخ : فنوجبها ، أي القسامة والدية م : (بالنص) ش : الذي ذكر م : (لا بالقياس . بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم ؛ لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبتها) ش : أي القسامة م : (لأوجبتها بالقياس وهو ممتنع ، ثم حكم ذلك) ش : أي حكم ما إذا ادعى على واحد منهم من غيرهم م : (أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة ، وإن لم تكن استحلفه) ش : أي المدعى عليه

يميناً واحدة ؛ لأنه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ، ثم إن حلف برئ ، وإن نكل والدعوى في المال ثبت به ، وإن كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى . قال : وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين ، لما روي : أن عمر - رضي الله عنه - لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلاً فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية . وعن شريح والنخعي - رضي الله عنهما - مثل ذلك ،

م : (يميناً واحدة ؛ لأنه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ، ثم إن حلف) ش : أي المدعى عليه م : (برئ ، وإن نكل والدعوى في المال ثبت به) ش : أي بالنكول سواء كانت الدعوى في القتل خطأ أو في القتل عمداً فالمال يثبت .

م : (وإن كان) ش : أي الدعوى والتذكير على تأويل الادعاء م : (في القصاص فهو) ش : أي الحكم فيه م : (على اختلاف مضى في كتاب الدعوى) ش : في باب اليمين ، بيانه أنه إذا ادعى قصاص على غيره فجحد استحلف لقوله عليه السلام : « واليمين على من أنكر » فإن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - فعندهما يجب الأرش ، وقد مر هناك مفصلاً .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين ، لما روي أن عمر - رضي الله عنه - لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلاً فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية) ش : روى ابن أبي شيبة في «مصنفه» بلفظ روى معنى ما ذكره المصنف - رحمه الله - فقال : حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن عبد الله بن زيد الهذلي عن أبي مليح : أن عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - رد عليهم الأيمان حتى وفوا .

وروى الكرخي في «مختصره» بإسناده إلى ابن الأعرج ، قال حدثنا الحارث بن الأزمع : أنه كان فيمن حلف فأقسموا بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً ، وكانوا تسعة وأربعين رجلاً ، فأخذ عمر - رضي الله تعالى عنه - منهم رجلاً حتى أتموا خمسين ، فقالوا : أيماننا وأمواننا .

قال عمر - رضي الله تعالى عنه - : فيم يبطل دم هذا ؟ قول المصنف : حتى تتم الخمسين ، أي حتى تتم القسامة خمسين رجلاً ، قوله وافى إليه ، هكذا ذكر المصنف - رحمه الله - وأهل اللغة ، يقولون وافاه بدون الصلة ، أي أتاه .

م : (وعن شريح والنخعي - رضي الله عنهما - مثل ذلك) ش : أما حديث شريح القاضي فرواه ابن أبي شيبة : حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن ابن سيرين بلغ عن شريح ،

ولأن الخمسين واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن ، ولا يطلب فيه الوقوف على الفائزة لثبوتها بالسنة ، ثم فيه استعظام أمر الدم ، فإن كان العدد كاملاً فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك ؛ لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال . قال : ولا قسامة على صبي ولا مجنون لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح ، واليمين قول صحيح . قال : ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصر ، واليمين على أهلها . قال وإن وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية ، لأنه ليس بقتيل ، إذ القتل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي ، وهذا ميت حتف أنفه

قال : جاءت قسامة فلم يوفوا خمسين فردت عليهم القسامة حتى أوفوا ، وأما حديث إبراهيم النخعي فرواه عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا الثوري عن مغيرة عن إبراهيم النخعي ، قال : إذا لم تبلغ القسامة كرروا حتى يحلفوا خمسين يميناً .

م : (ولأن الخمسين واجب بالسنة فتجب إتمامها ما أمكن ، ولا يطلب فيها الوقوف على الفائزة)
ش : يعني لا يقال ما الفائزة في تعيين الخمسين ولا يطلب في الخمسين ؟ والوقوف على الفائزة م :
(لثبوتها بالسنة) ش : أي لثبوت الخمسين بالأحاديث الآثار .

م : (ثم فيه) ش : أي في الخمسين م : (استعظام أمر الدم) ش : ولهذا يكرر اليمين في اللعان وأمر الدم أقوى .

م : (فإن كان العدد كاملاً فأراد الولي أن يكرر على أحدهم) ش : أي على أحد الخمسين لظنه فيه بالأمر الذي حصل م : (فليس له ذلك ، لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال) ش : فإذا كان كاملاً فلا ضرورة إلى الزيادة .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (ولا قسامة على صبي ولا مجنون ؛ لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح ، واليمين قول صحيح ، قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (ولا امرأة ولا عبد) ش : أي ولا قسامة على امرأة ولا على عبد .

م : (لأنهما ليسا من أهل النصر واليمين على أهلها) ش : أي على أهل النصر ، ولأن هؤلاء أتباع وليسوا بأصول ، وقد قال أحمد وربيعة والثوري والأوزاعي ، وقال مالك : النساء يدخلن في قسامة الخطأ دون العمد . وقال ابن الهاشم لا يقسم إلا اثنان فصاعداً ، لما أنه لا يقبل إلا شاهدين . وقال الشافعي - رحمه الله : يقسم كل وارث بالغ ، لأنها يمين في دعوى فيشرع في حق النساء .

م : (قال وإن وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية ؛ لأنه ليس بقتيل ، إذ القتل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي ، وهذا ميت حتف أنفه) ش : وبه قال أحمد في رواية وحامد والثوري .

والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلاً ، وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق ، وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه ؛ لأنه لا يخرج منهما إلا بفعل من جهة الحي عادة . بخلاف ما إذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره ؛ لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد ، وقد ذكرناه في الشهيد . ولو وجد بدن القتييل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة ، فعلى أهلها القسامة والدية ، وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من

وقالت الأئمة الثلاثة: الأثر ليس بشرطه بعد ثبوت اللوث م: (والغرامة تتبع فعل العبد) ش: يعني وجوب الغرامة ، أي الدية إنما تكون بفعل العبد ، ولا شيء هنا يدل على فعله م: (والقسامة تتبع احتمال القتل) ش: وهذا تحمّل الموت حتف أنفه ، بل الظاهر هذا عند عدم الأثر .

م: (ثم يجب عليهم القسم) ش: أي يجب على العبد واليمين م: (فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلاً ، وذلك) ش: أي الأثر الذي يدل على كونه قتيلاً م: (بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق ، وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه) ش: قال الأترازي -رحمه الله- : صاحب «الهداية» لم يذكر فيها الأنف ، والغالب أنه سهو القلم ، لأنه ذكره في «البداية» كما ذكره القدوري -رحمه الله- في «مختصره» .

قلت : لا سهو هناك ، لأن الدم يخرج من الأنف غالباً ، من الرعاف ، فلا تصلح دليلاً مع أن الأترازي -رحمه الله- قال في «شرحه» : وخروج الدم من موضع يخرج منه الدم عادة من غير ضرب لا يكون أثر القتل ، كما إذا خرج من فمه أو أنفه ، لأنه قد يكون ذلك من رعاف فلا يصلح أن يكون دليلاً على وجود ضرب في المحلة م: (لأنه) ش: أي لأن الدم م: (لا يخرج منهما) ش: أي من العين والأذن م: (إلا بفعل من جهة الحي عادة) .

م: (بخلاف ما إذا خرج من فيه) ش: أي فمه م: (أو دبره أو ذكره ؛ لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد ، وقد ذكرناه في الشهيد) ش: ، يعني في حال الصلاة في باب الشهيد ، والدم الذي يخرج من الدبر لا يكون دليلاً على القتل ، فإنه قد يكون لعله في الباطن وقد يكون أكل شيء غير موافق ، وكذلك إذا خرج الدم من الاحليل لا يكون دليلاً على القتل لأنه قد يكون ذلك لعرق انفجر في الباطن أو لضعف في الكلى ، أو لضعف الكبد وقد يقع من شدة الحرق أيضاً .

م: (ولو وجد بدن القتييل أو أكثر من نصف البدن أو النصف) ش: أي أو وجد نصف البدن م: (ومعه الرأس في محلة ، فعلى أهلها القسامة والدية ، وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من

النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه ، فلا شيء عليهم ؛ لأن هذا حكم عرفناه بالنص ، وقد ورد به في البدن ، إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي . بخلاف الأقل ؛ لأنه ليس بيدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ، ولأننا لو اعتبرناه تكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان . والأصل فيه

النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه ، فلا شيء عليهم) ش : هذا كله من مسائل الأصل ، ذكرها تفریعاً على مسألة القدوري -رحمه الله- م : (لأن هذا حكم) ش : أي لأن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم م : (عرفناه بالنص) ش : بخلاف القياس .

م : (وقد ورد به) ش : أي ورد الحكم م : (في البدن ، إلا أن للأكثر حكم الكل) ش : هذا كأنه جواب عما يقال : إذا كان النص ورد في البدن كان ينبغي أن يقتصر الحكم على البدن فقط ، فأجاب بأن لأكثر البدن حكم كله ، لأن الأكثر في كثير من المواضع يقوم مقام الكل ، ولا سيما ها هنا م : (تعظيماً للآدمي) ش : في أمر دمه وما سواه على أصل القياس في عدم وجوب القسامة والدية .

م : (بخلاف الأقل ؛ لأنه ليس بيدن ولا ملحق به ، فلا تجري فيه القسامة ، ولأننا لو اعتبرناه) ش : أي الأقل م : (تكرر القسامتان والديتان) ش : أي على تقدير أن يوجد الباقي في محلة أخرى م : (بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان) ش : أي القسامة والدية ، لأنه إذا وجب بالأقل وجب بالأكثر إذا وجد ، وكذلك لو وجب بالنصف الآخر فيتكرر القسامتان والديتان مقابل نفس واحدة ، وذلك لا يجوز .

فإن قيل : ينبغي أن تجب القسامة إذا وجد الرأس ، لأنه يعبر به عن جميع البدن .
أجيب : بأن ذلك بطريق المجاز ، والمعتبر هو الحقيقة ، ولأنه لو وجبت بالبدن بطريق الأولى ، فلزم التكرار .

وقال الأكمل : وقيل كان ينبغي أن يقول بتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لأن غرضه ثبوت القسامة تكرر أو ثبوت الدين تكرر أو عبارة التثنية يستلزم أن يكون أكثر من القسامتين والديتين ، انتهى . قلت القائل بهذا الأتراسي في «شرح» ، وقيل الأكمل ، ثم قال : ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفساً .

م : (والأصل فيه) ش : أي في وجوب القسامة والدية .

أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه ، وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب ، والمعنى ما أشرنا إليه ، وصلاة الجنائز في هذا تنسحب على هذا الأصل ؛ لأنها لا تتكرر . ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة ؛ لأنه لا يفوق الكبير حالاً وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم ؛ لأن الظاهر أن تام الخلف ينفصل حياً . وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم ؛ لأنه ينفصل ميتاً لا حياً .

وقال تاج الشريعة : أي الأصل في جريان القسامة م : (أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه ، وإن كان بحال لو وجد الباقي) ش : من البدن م : (لا تجري فيه القسامة) ش : والدية لا يجريان في الموجود أولاً وإن كان الموجود بحال لو وجد الباقي لا يجريان في الباقي ، ويجريان في الموجود أولاً م : (تجب ، والمعنى ما أشرنا إليه) ش : أي المعنى في وجوبهما وعدم وجوبهما تكرر القسامة ، والدية وعدم تكررها .

م : (وصلاة الجنائز في هذا) ش : أي في وجود بعض الميت م : (تنسحب على هذا الأصل) ش : يعني إذا وجد الأكثر لا يصلى عليه ، وهذا أشار إلى أنه إذا كان معه الرأس يصلى عليه وإلا فلا ، وإنما تنسحب على الأصل المذكور م : (لأنها) ش : أي لأن صلاة الجنائز م : (لا تتكرر) ش : كما أن القسامة لا تتكرر .

وفي «الفتاوى» : إذا وجد من الميت أقل من النصف وليس فيه الرأس وحده لا يصلى عليه ، ولو وجد يصلى عليه ، ولو وجد النصف مشقوقاً بنصفين مع كل نصف نصف من الرأس لا يغسل ولا يصلى عليه ، ولو وجد الكل إلا الرأس يصلى عليه ، فكذا في القسامة إذا وجد الرأس وحده في المحلة لا تجب القسامة ، وإذا وجد البدن كله إلا الرأس يجب . إلى هنا لفظ «الفتاوى الصغرى» .

م : (ولو وجد فيهم) ش : أي في أهل المحلة م : (جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة ؛ لأنه) ش : أي لأن كل واحد من الجنين والسقط م : (لا يفوق الكبير حالاً) ش : بتخفيف اللام ، أي من حيث المأل ، يعني إذا وجد الكبير ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا .

م : (وإن كان به) ش : أي الجنين م : (أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) ش : أي : على أهل المحلة م : (لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً)

ش : فإن قيل : الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ، ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره

قال : وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة ؛ لأنه في يده ، فصار كما إذا كان في داره . وكذا إذا كان قائدها أو راجعها ، فإن اجتمعوا فعليهم ، لأن القتيل في أيديهم ، فصار كما إذا وجد في دارهم . قال : وإن مرت به دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما ؛ لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بقتيل وجد بين قريتين ،

ولسانه إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا .

وأجيب : بأن الجنين نفس من وجه يعضو من وجه فاعتبر جهة النفس ، إذا انفصل حيا ، فيستدل عليه بتمام الخلق ، فكان الظاهر هنا بمنزلة القتيل الموجود في المحلة وله أثر الجراحة ، وإن كان يحتمل أنه مات حتف أنفه لا بسبب الجراحة ، أما الأعضاء يسلك مسلك الأموال ولا تعظيم للأموال كتعظيم النفس ، فكان فيها شبه المالية فلم يوجب الدية التي لها خطر إلا عند اليقين م : (وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم ؛ لأنه ينفصل ميتا لا حيا) ش : وفي الميت لا يجب شيء .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة ؛ لأنه في يده ، فصار كما إذا كان في داره) ش : ولا فرق بين أن تكون الدابة ملكا للسائق والقائد أو الراكب ، لأن القتيل في يده ، فكان أخص به من أهل المحلة .

ومن المشايخ من قال : هذا إذا لم يكن للدابة مالك معروف ، والأصح إطلاق الجواب .

م : (وكذا إذا كان قائدها أو راجعها) ش : تكون الدية عليه مطلقا م : (فإن اجتمعوا فعليهم) ش : أي فإن اجتمع السائق والراكب والقائد فالدية عليهم م : (لأن القتيل في أيديهم ، فصار كما إذا وجد في دارهم) .

م : (قال) ش : أي قال محمد في « الجامع » : م : (وإن مرت به دابة بين القريتين) ش : فأمر أن يذرع ، هذا الحديث رواه أبو داود الطيالسي وإسحاق بن راهوية والبزار في « مسانيدهم » والبيهقي - رحمهم الله - في « سننه » عن أبي إسرائيل الملائي واسمه اسماعيل بن أبي إسحاق عن عطية عن أبي سعيد الخدري - رضي الله تعالى عنه - أن قتيلًا وجد بين حيين فأمر النبي ﷺ أن يقاس إلى أيهما أقرب م : (وعليها قتيل فهو على أقربهما ؛ لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بقتيل وجد بين قريتين) ش : فوجد أقرب إلى أحد الحيين بشبر ، قال أبو سعيد الخدري : كآني أنظر إلى شبر رسول الله ﷺ فألقى ديته عليهم ^(١) .

(١) قال الهيثمي في « المجمع » (١٦٢ / ٨) : رواه أحمد والبزار ، وفيه عطية العوفي وهو ضعيف .

فأمر أن يذرع . وعن عمر -رضي الله عنه- : «أنه لما كتب إليه في القتل الذي وجد بين وادعة وأرحب ، كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتل إلى وادعة أقرب ففضى عليهم بالقسامة » . قيل : هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت ، لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصره وقد قصروا . قال وإن وجد القتل في دار إنسان فالقسامة عليه ، لأن الدار في يده والدية على عاقلته ؛ لأن نصرته منهم وقوته بهم . قال : ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة ، وهو قول محمد . وقال أبو يوسف -رحمه الله -

فإن قلت : هذا رواه ابن عدي والعقيلي في «كفايتهما» بلفظ : فألقى ديته على أقربهما وأعلاه بـ «أبي إسرائيل» ، وضعفه ابن عدي عن قوم ، وقال البزار : ليس بقوي في الحديث ، وقال النسائي ليس ثقة ، وكان يسب عثمان .

قلت : وثقه ابن معين ، ووثقه أيضاً ابن عدي وقوم آخرين م : (فأمر أن يذرع) .

م : (وعن عمر -رضي الله عنه - أنه لما كتب إليه في القتل الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتل إلى وادعة أقرب ، ففضى عليهم بالقسامة) ش : هذا رواه ابن أبي شيبه في «مصنفه» : حدثنا وكيع حدثنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن الحارث بن الأزعم قال : وجد قتل باليمن بين وادعة وأرحب ، فكتب عامل عمر -رضي الله تعالى عنه - إليه فكتب إليه عمر أن قس ما بين الحيين ، فألى أيهما كان أقرب فخذهم به .

قال : ففاسوا فوجدوه أقرب إلى وادعة فأخذنا ، الحديث ، قوله : وادعة وأرحب بالحاء المهملة حيان من همدان م : (قيل : هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت ؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصره وقد قصروا) ش : في النصره مع إمكانها ، فصار كأنهم قتلوه تقديراً ، فيلزمهم القسامة والدية .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وإن وجد القتل في دار إنسان فالقسامة عليه) ش : أي على صاحب الدار ، وقال مالك : لا قسامة ولا غرامة في قتل وجد في دار قوم ، وقال الشافعي - رحمه الله - يكون تعمداً للوث م : (لأن الدار في يده والدية على عاقلته ؛ لأن نصرته منهم وقوته بهم) ش : أي بالعاقلة .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة - رحمه الله - وهو قول محمد) ش : عند أبي حنيفة ليظهر [. . .] خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله . وقال محمد : مضطرب .

م : (وقال أبو يوسف - رحمه الله - هو) ش : أي القسامة ، ذكر الضمير بالتذكير على تأويل

سهو عليهم جميعاً لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القسامة والدية على اليهود، وإن كانوا سكاناً بخيبر. ولهما: أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان؛ لأن سكنى الملاك ألزم، وإقرارهم أدوم، فكانت ولاية التدبير إليهم، فيتحقق التقصير منهم. وأما أهل خيبر فالنبي عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم، فكان يأخذ منهم على وجه الخراج. قال: وهي على أهل الخطة دون المشترين،

القسم أو الحلف قاله الأترابي، رأيت في بعض النسخ هي على الأصل فلا يحتاج إلى التكلف م: (عليهم جميعاً) ش: أي على المذكورين في القسامة على السكان والملاك، وبه قال الشافعي - رحمه الله - وأحمد وابن أبي ليلى - رحمه الله - وكان أبو يوسف يقول أولاً كقولهما، ثم رجع م: (لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام) ش: أي أن النبي ﷺ م: (جعل القسامة والدية على اليهود، وإن كانوا سكاناً بخيبر) ش: في قصة عبد الله بن سهل لما وجد قتيلاً في خيبر وقد كانوا سكانها، لأنها كانت للمسلمين، وكان اليهود عمالهم.

م: (ولهما) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد - رحمه الله - م: (أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان؛ لأن سكنى الملاك ألزم، وإقرارهم أدوم، فكانت ولاية التدبير إليهم، فيتحقق التقصير منهم. وأما أهل خيبر) ش: هذا جواب عما تمسك أبو يوسف بما ذكره تقريره أن يقال: م: (فالنبي عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم، فكان يأخذ منهم) ش: الذي يأخذه م: (على وجه الخراج).

ش: وقد روى الطحاوي بإسناده إلى سليمان بن بلال عن يحيى بن سعيد: أن خيبر يومئذ كانت صلحاً، فإذا ثبت ذلك كانت خيبر ملكاً لليهود، فعلم أن القتل كان قبل الفتح، ولئن سلمنا أنه كان بعده فتقول: إن اليهود كانت لهم أملاك، ولهذا عوضهم عمر - رضي الله تعالى عنه - لما أجلاهم، كذا قاله القدوري في «التجريد».

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (وهي) ش: أي القسامة والدية، وفي بعض النسخ وهو قاله الكاكي - رحمه الله: أي المذكور من وجوب القسامة والدية م: (على أهل الخطة) ش: يريد ما خطه الإمام حين فتح البلد، والخطة المكان المحيط ببناء دار أو غيرها من العمارات.

ومعناه على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلد وقسمها بين الغانمين، فإنه يخط خطة لتمييز أنصبتهم م: (دون المشترين) ش: يعني ليس عليهم.

وهذا قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - . وقال أبو يوسف -رحمه الله - الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ، وبهذا الطريق يجعل جانباً مقصراً ، والولاية باعتبار الملك وقد استوتوا فيه . ولهما : أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف . ولأنه أصيل ، والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل . وقيل : أبو حنيفة - رحمه الله - بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة . قال : وإن بقي واحد منهم فكذلك ، يعني من أهل الخطة لما بينا ، وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم فهو على المشتري ؛ لأن الولاية انتقلت إليهم

م : (وهذا) ش : أي المذكور م : (قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - ، وقال أبو يوسف -رحمه الله : الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ، وبهذا الطريق يجعل جانباً مقصراً ، والولاية) ش : أي ولاية الحفظ م : (باعتبار الملك) ش : وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف أسباب الملك كاستحقاق الشفعة ، فإنه مبني على الملك ولا تفاوت فيه بين أهل الخطة والمشتري ، فكذا هنا ، فإذا كان كذلك م : (وقد استوتوا) ش : أي أهل الخطة والمشتري م : (فيه) ش : أي في الملك ، لأنهم مالكون جميعاً ، ولهذا إذا تحول الملك من أهل الخطة جميعاً ولم يبق واحد منهم كانت القسامة على المشتري .

م : (ولهما) ش : أي ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - م : (أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف) ش : فإن العرف أن أصحاب الخطة يقومون بحفظ المحلة وتدبيرها دون المشتري م : (ولأنه) ش : أي ولأن صاحب الخطة م : (أصيل ، والمشتري دخيل) ش : لأنه بمنزلة التبعية .

م : (وولاية التدبير إلى الأصيل ، وقيل : أبو حنيفة -رحمه الله - بنى ذلك) ش : أي ما ذهب إليه م : (على ما شاهد بالكوفة) ش : أي من عادة أهل الكوفة في زمانه ، وهو أن أصحاب الخطة في كل محلة كانوا هم الذين يقومون بتدبير المحلة ، وأبو يوسف بنى على عادة بلده أن التدبير إلى الأشراف من أهل الخطة كانوا أولاً ، كذا في «التحفة» .

م : (قال) ش : أي القدوري -رحمه الله - م : (وإن بقي واحد منهم) ش : أي من أهل الخطة م : (فكذلك) ش : الحكم ، وفسر المصنف يرجع الضمير في قول القدوري -رحمه الله - إلى واحد منهم بقوله م : (يعني من أهل الخطة) ش : وقوله م : (لما بينا) ش : إشارة إلى قوله ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة ، وإلى قوله ولأنه أصيل والمشتري دخيل .

م : (وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم) ش : أي من أهل الخطة م : (فهو) ش : أي المذكور من القسامة والدية م : (على المشتري ؛ لأن الولاية انتقلت إليهم) ش : أي إلى المشتري ،

أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم . وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً ، وإن كانوا غيباً فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - . وقال أبو يوسف -رحمه الله - : لاقسامة على العاقلة ، لأن رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركون فيها عواقلهم . ولهما : أن الحضور

هذا مذهب أبي حنيفة -رحمه الله- ومحمد من أن المشتري لم يكن لهم ولاية مع وجود واحد من أهل الخطة عندهما ، فإذا لم يبق أحد منهم بأن باع كلهم انتقلت الولاية إلى المشتري .

م : (أو خلصت لهم) ش : هذا على مذهب أبي يوسف -رحمه الله- ، لأن الولاية كانت لأهل الخطة والمشتريين جميعاً ، فإذا لم يبق من أهل الخطة أحد حصلت الولاية للمشتريين م : (لزوال من يتقدمهم) ش : يتعلق بقوله : انتقلت إليهم م : (أو يزاحمهم) ش : يتعلق بقوله حصلت لهم بطريق اللف والنشر .

م : (وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً) ش : وهو جمع حاضر ، لأن عاقلاً إذا كان صفة يجوز جمعه على فعول كمفعول في جمع فاعل م : (وإن كانوا غيباً) ش : بضم الغين وتشديد الياء جمع غائب م : (فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان) .

قال الأكمل -رحمه الله- : إذا وجد القتيل في دار فالدية على صاحبها باتفاق الروايات ، وفي القسامة روايتان ففي إحدهما يجب على صاحب الدار ، وفي الأخرى : على عاقلته ، ولهذا يندفع من التدافع بين قوله .

قيل : هذا وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه ، وبين قوله هنا فالقسامة على رب الدار ، وعلى قومه يحمل ذلك على رواية ، وهذا على رواية أخرى ، وحكي عن الكرخي أنه كان يوافق بينهما ، ويقول الرواية التي يوجبها على صاحبها : محمولة على ما إذا كان قومه غيباً والرواية التي يوجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضوراً ، كذا في « الذخيرة » م : (وهذا) ش : أي الحكم المذكور م : (عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-) .

م : (وقال أبو يوسف -رحمه الله- : لاقسامة على العاقلة ؛ لأن رب الدار أخص به من غيره) ش : وقال الأترازي -رحمه الله- : وتذكير الضمير في به على تأويل الموضع م : (فلا يشاركه غيره فيها) ش : أي في القسامة م : (كأهل المحلة لا يشاركون فيها عواقلهم) .

م : (ولهما) ش : أي ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- : م : (أن الحضور) ش : أي

لزمتهم نصره البقرة كما تلزم صاحب الدار ، فيشاركونه في القسامة . قال : وإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رءوس الرجال ؛ لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير ، فيكون على عدد الرءوس بمنزلة الشفعة . قال : ومن اشترى داراً ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع ، وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري ، وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له ؛ لأنه إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ، ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع ، والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات ، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك

الحاضرين م : (لزمتهم نصره البقرة ، كما تلزم صاحب الدار ، فيشاركونه) ش : أي صاحب الدار م : (في القسامة) .

م : (قال) ش : أي في « الجامع الصغير » : م : (وإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو) ش : أي العقل م : (على رءوس الرجال ؛ لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير ، فكانوا سواء في الحفظ والتقصير ، فيكون على عدد الرؤوس) ش : أي رءوس الرجال لا على عدد الأنصباء م : (بمنزلة الشفعة) ش : يكون على عدد الرؤوس . م : (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير » : م : (ومن اشترى داراً ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو) ش : أي المذكور وهو الدية م : (على عاقلة البائع ، وإن كان في البيع خيار لأحدهما) ش : أي للبائع والمشتري م : (فهو على عاقلة الذي) ش : أي الدار م : (في يده ، وهذا) ش : أي الحكم المذكور م : (عند أبي حنيفة - رحمه الله -) .

م : (وقالوا : إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري ، وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له ؛ لأنه) ش : أي لأنه الذي يصير له الدار .

م : (إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية) ش : أي ولاية الحفظ م : (تستفاد بالملك ولهذا) ش : أي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك م : (كانت الدية) ش : في هذا الموضع م : (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) ش : لعدم ملكه ، وكذلك المستعير والمستأجر والغاصب والمرتهن حيث امتنع وجوب الدية على هؤلاء لهذا المعنى

م : (والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات ، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك) ش :

كما في صدقة الفطر . وله : أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك . ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد ، وفي البات اليد للبائع قبل القبض ، وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض ، لأنه دون البات . ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفاً . ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب ، فتعتبر يده ، إذ بها يقدر على الحفظ . قال : ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيلا لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده ؛ لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه ، واليد وإن كانت دليلاً على الملك لكنها محتملة ،

إن كان الصادر من ذلك الملك عليه ، بخلاف ما لو جنى العبد في الباب قبل القبض حيث يخير المشتري بين رد البيع وإمضائه ، وهنا لا يخير ، لأن الدار لم تصر مستحقة بوجود القتل فيها ، بخلاف العبد ، لأنه يصير مستحقاً بالجناية والاستحقاق من أفحش العيوب م : (كما في صدقة الفطر) ش : حيث يجب على من يحصل الملك فيه .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة : م : (أن القدرة على الحفظ) ش : تكون م : (باليد لا بالملك) ش : غير أن الملك سبب اليد ، فإذا وجد الملك لأحدهما واليد للآخر كان اعتبار اليد أولى ، ثم أوضح ذلك بقوله : م : (ألا يرى أن يقتدر على الحفظ باليد دون الملك) ش : كالمودع .

م : (ولا يقتدر بالملك دون اليد) ش : في المضمون ، لأن الملك باق فيه لا قدرة عليه م : (وفي البات) ش : بتشديد التاء ، أي البيع البات م : (اليد للبائع قبل القبض ، وكذا) ش : أي وكذا الخيار للبائع م : (فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض ؛ لأنه دون البات) ش : أي لأن فيما فيه الخيار دون البيع البات .

م : (ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفاً) ش : أي من حيث التصرف م : (ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة) ش : احترز به عن يد المودع فالقسامة على المشتري أيضاً ، لأنه باليد يقوى الحفظ والتدبير م : (كالمغصوب) ش : فإنه مضمون بالقيمة .

م : (فتعتبر يده) ش : أي يد المشتري ، فتكون الدية على عاقلة المشتري الذي في يده الدار ، لأن القدرة على الحفظ باليد م : (إذ بها يقدر على الحفظ) ش : أي باليد والتذكير على اعتبار العضو ، وفي بعض النسخ : إذ بها فلا حاجة إلى التأويل .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيلا لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها) ش : أي أن الدار ملك م : (للذي في يده ؛ لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه ، واليد وإن كانت دليلاً على الملك لكنها محتملة) ش : بأن تكون

فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البينة . قال : وإن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين . لأنها في أيديهم ، واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان . وكذا على من يمدها ، والمالك في ذلك وغير المالك سواء ، وكذا العجلة . وهذا على ما روي عن أبي يوسف - رحمه الله - ظاهر ، والفرق لهما : أن السفينة تنقل وتحول

يده على طريق العارية أو الإجارة ونحوها .

وإن كان كذلك م : (فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به) ش : أي بالملك م : (في الدار المشفوعة) ش : لما عرف م : (فلا بد من إقامة البينة) ش : على الملك . وقال فخر الإسلام البزدوي في « شرحه » : يريد به إذا أنكرت العوائل أن تكون الدار له .

وقالوا : هي وديعة في يدك فاقول قولهم إلا أن يقيم بينة على الملك لما عرف أن الظاهر حجة للدفع لا للإستحقاق وقد احتجنا إلى الاستحقاق ها هنا ، فوجب إثباته بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت فأنكر المشتري الدار التي في يد المدعي ملكاً له فإنه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك ، فكذلك ها هنا .

م : (قال) ش : أي القدروري : م : (وإن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين ؛ لأنها) ش : أي لأن السفينة م : (في أيديهم واللفظ) ش : أي لفظ القدروري ، وهو قوله : على من فيها م : (يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين كانوا فيها وعلى السكان) .

وقال شيخ الإسلام خواهرزاده - رحمه الله - : قال : بعض المشايخ إنما يجب على الركاب إذا لم يكن السفينة مالك معروف ، فإذا كان لها مالك معروف فإن القسامة تجب على مالك السفينة ومنهم من يقول : يجب في الحالين على الذين كانت السفينة في أيديهم ، ومثل هذا التفصيل مر في الدابة .

م : (وكذا على من يمدها) ش : أي السفينة م : (والمالك في ذلك وغير المالك سواء) ش : يعني مالك السفينة في وجوب القسامة على من فيها وغير مالكةا سواء م : (وكذا العجلة) ش : أي وكذلك الحكم في العجلة إذا وجد فيها قتيل يجب القسامة والدية على من فيها من مالك العجلة وغيرها .

م : (وهذا) ش : أي كون المالك وغيرهم سواء في القسامة م : (على ما روي عن أبي يوسف - رحمه الله - ظاهر) ش : لأنه يجعل السكان والملاك في القتل الموجود في المحلة سواء .

م : (والفرق لهما) ش : أي لأبي حنيفة ومحمد - رحمه الله - م : (أن السفينة تنقل وتحول

فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة . بخلاف المحلة والدار ؛ لأنها لا تنقل . قال : وإن وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها ؛ لأن التدبير فيه إليهم . وإن وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال . لأنه للعامة لا يختص به واحد منهم . وكذلك الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين .

فيعتبر اليد دون الملك ، كما في الدابة (ش : يعني كما في القتل الموجود على الدابة تعتبر اليد دون الملك ، لأنها تنقل وتحول .

م : (بخلاف المحلة والدار ، لأنها لا تنقل) ش : وفي « الذخيرة » : المعتبر في هذا الباب التصرف والرأي والتدبير ، وكل ذلك يعرض إلى صاحب الخطة في الدار ، لأن يده غير منقطع عنها ، ولهذا لا يتحقق الغصب فيها ، بخلاف الدابة والسفينة فإن الرأي والتدبير إلى الكل .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإن وجد) ش : أي القتل م : (في مسجد محلة فالقسامة على أهلها ؛ لأن التدبير فيه) ش : أي في المسجد م : (إليهم) ش : أي إلى أهل المسجد م : (وإن وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم) ش : وفي « المغرب » : الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس عامة على الإسناد المجازي ، أي من قولهم شرع الطريق إذا تبين .

م : (فلا قسامة فيه) ش : لأن القسامة عرف وجوبها بالنص ، والنص أوجبها في موضع خاص لأقوام معروفين .

م : (والدية على بيت المال ؛ لأنه) ش : أي لأن بيت المال م : (للعامة لا يختص به واحد منهم) ش : فإنه روى عن عمر - رضي الله تعالى عنه - فيمن قتل بزحام الناس بعرفة فجاء أهله إلى عمر فقال : بيتكم على من قتل ، وقال علي - رضي الله تعالى عنه - يا أمير المؤمنين لا يبطل دم امرئ مسلم إن علمت قاتله وإلا فأعط ديته من بيت المال ، وكذا إذا وجد في زحام مسجد الجامع يوم الجمعة ، وهو قول أحمد - رحمه الله - .

وقال مالك : دمه هدر ومثله عن عمر بن عبد العزيز - رضي الله تعالى عنه - ، وعند الشافعي الزحام لوث . وفي « الذخيرة » : لو وجد في مسجد جماعة في السوق وهو لعامة المسلمين لا لأهل هذه السوق فهو كمسجد الجامع .

م : (وكذلك الجسور للعامة) ش : يعني إذا وجد القتل فيها تكون الدية على بيت المال ولا قسامة فيه ، كما إذا وجد في الشارع الأعظم م : (ومال بيت المال مال عامة المسلمين) ش : فالكل مشتركون فيها فلعتة الله تعالى على الظلمة الذين استولوا عليه وحرموا مستحقه .

ولو وجد في السوق إن كان مملوكاً فعند أبي يوسف -رحمه الله - تجب على السكان ،
وعندهما على المالك وإن لم يكن مملوكاً كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال ؛ لأنه
لجماعة المسلمين . ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال ، وعلى قول أبي يوسف - رحمه
الله - الدية والقسامة على أهل السجن ؛ لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم ، والظاهر أن القتل
حصل منهم ، وهما يقولان : إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون ، فلا يتعلق بهم ما يجب
لأجل النصره ؛ ولأنه بني لاستيفاء حقوق المسلمين ، فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع
عليهم . قالوا : وهذه فريضة المالك والسكان ، وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي
يوسف -رحمهما الله - . قال : وإن وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما
ذكرنا من استماع الصوت ؛

م : (ولو وجد) ش : أي القتل م : (في السوق إن كان) ش : أي السوق م : (مملوكاً فعند أبي
يوسف -رحمه الله - تجب على السكان) ش : سواء كانوا مملوكاً أو لا م : (وعندهما) ش : تجب م :
(على المالك ، وإن لم يكن مملوكاً كالشوارع العامة التي بنيت) ش : أي السوق م : (فيها فعلى بيت
المال ؛ لأنه لجماعة المسلمين . ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال ، وعلى قول أبي يوسف -رحمه
الله - الدية والقسامة على أهل السجن ، لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم ، والظاهر أن القتل حصل
منهم) ش : قالت الأئمة الثلاثة : إذا كان هناك لوث .

م : (وهما) ش : أي أبي حنيفة ومحمد م : (يقولان إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون ، فلا
يتعلق بهم ما يجب لأجل النصره) ش : أي لأجل ترك النصره م : (ولأنه) ش : أي ولأن السجن م :
(بني لاستيفاء حقوق المسلمين ، فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم ، قالوا) ش : أي
المشايع م : (وهذه) ش : أي وهذه المسألة م : (فريضة المالك والسكان) ش : يعني وأصلها في
اعتبار الساكن دون المالك فكأنهما جعلتا عامة المسلمين كالملاك وأهل السجن بمنزلة السكان ،
كذا في «شرح الإرشاد» .

م : (وهي) ش : أي هذه القرينة م : (مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله -)
ش : وذكر الكرخي قول محمد مع أبي حنيفة -رحمهما الله - وكذا ذكر القدوري في كتاب
«التجريد» فقال : قال أبو حنيفة ومحمد -رحمه الله - إذا وجد القتل في السجن فالدية على
بيت المال . وقال أبو يوسف : على السجن .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وإن وجد) ش : أي القتل م : (في برية ليس بقربها عمارة
فهو هدر) ش : وبه قالت الأئمة الثلاثة إذا لم يكن لوث م : (وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع
الصوت) ش : يعني الاعتبار في القرب أن يكون بحيث يسمع منه الصوت ، لأن الصوت إذا

لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير ، وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد ، أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته . وإن وجد بين قريتين كان على أقربيهما ، وقد بيناه وإن وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر ؛ لأنه ليس في يد أحد ولا في ملكه . وإن كان محتبساً بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم ؛ لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه . ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها . بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة

سمع منه ، والغوث يلحق تلك البقعة من العمارة في الغالب ، فيتعلق بها الحكم ، لأنه ينسب حينئذ أهل العمارة إلى التقصير ، وإن لم يبلغ الصوت لا يلحق بالغوث فلا يجب شيء ، وهو معنى قوله :

م : (لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره ، فلا يوصف أحد بالتقصير) ش : فلا يجب شيء م : (وهذا إذا لم تكن) ش : أي الحكم المذكور ، وإذا لم تكن البرية م : (مملوكة لأحد ، أما إذا كانت مملوكة لأحد فالدية والقسامة) ش : يجب أن م : (على عاقلته) ش : أي على عاقلة المالك . م : (وإن وجد بين قريتين كان على أقربيهما) ش : أي أقرب القريتين م : (وقد بيناه) ش : أشار به إلى ما ذكر عند قوله : وإن مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل ، ولكن هذا محمول على ما إذا كان يبلغ الصوت إليه .

م : (وإن وجد) ش : أي القتل م : (في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر) ش : ذكر الفرات ليس للتحصيل ، بل المراد به النهر العظيم يجري فيه الماء .

وفي «مبسوط شيخ الإسلام» و«الذخيرة» هذا إذا كان منبع الماء في يد الكفار سواء كان يجري في وسطه أو شطه .

وأما إذا كان في يد المسلمين فاعتبرنا موضع انبعاث الماء وموضع ظهور القتيل م : (لأنه) ش : أي لأن الفرات م : (ليس في يد أحد ولا في ملكه ، وإن كان محتبساً بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم) ش : أراد به قوله : هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت .

م : (لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه) ش : أي من الشط ، ثم أوضح ذلك بقوله م : (ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها . بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة) ش : يعني إذا وجد القتيل في النهر الصغير يجب فيه القسامة والدية على عاقلة أرباب النهر ولا يكون هدرًا لنسبة التقصير إليهم ، لأنه في أيديهم م :

لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم . قال : وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم ، وقد ذكرناه . وذكرنا فيه القياس والاستحسان . قال : وإن ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ، ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو : أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر ؛ لأنه منهم ، بخلاف ما إذا عين من غيرهم ؛ لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم ، وهو أنهم يغمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، ولأن أهل المحلة لا يغمون بمجرد ظهور القاتل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي ، فإذا ادعى القاتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم

(لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم) .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم ، وقد ذكرناه) ش : أي في مسألة ولو ادعى على البعض م : (وذكرنا فيه) ش : أي في المذكور م : (القياس والاستحسان) ش : سقوط القسامة وهو القياس وهو رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة - رحمهما الله - .

وروي عن محمد - رحمه الله - : وفي الاستحسان لا تسقط وهو رواية الأصل وقد مر تمام الكلام عند قوله هذا الذي ذكرناه : إذا ادعى الولي القاتل على جميع أهل المحلة ، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم .

م : (وقال : وإذا ادعى على واحد من غيرهم) ش : أي من غير أهل المحلة بعينه م : (سقط) ش : أي سقط كل واحد من القسامة والدية م : (عنهم) ش : أي عن أهل المحلة ويحلف المدعى عليه يميناً واحدة .

وقالت الأئمة الثلاثة : إن كان هناك لوث تكرر اليمين عليه ، وقد بيناه من قبل ، يريد به قوله هذا الذي ذكرناه إذا ادعى الولي القاتل على جميع أهل المحلة م : (ووجه الفرق قد بيناه من قبل) ش : أي بين المسألتين م : (وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر) ش : أي ابتداء القسامة ، لأن الشرع أوجب القسامة على أهل المحلة م : (لأنه) ش : أي لأن الواحد الذي عينه م : (منهم) ش : .

م : (بخلاف ما إذا عين من غيرهم) ش : أي من غير أهل هذه المحلة م : (لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم ، وهو أنهم يغمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، ولأن أهل المحلة لا يغمون بمجرد ظهور القاتل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي ، فإذا ادعى القاتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم) ش : فلا تسمع بعد ذلك دعواه للتناقض .

وسقط لفقده شرطه . قال: وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة ؛ لأن القتل بين أظهرهم والحفظ عليهم ، إلا أن يدعي الأولياء على أولئك ، أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء ؛ لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة . قال : ولا على أولئك حتى يقيموا البينة ؛ لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناها أما يسقط به الحق عن أهل المحلة ؛ لأن قوله حجة على نفسه . ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها ، فإن وجد في خباء أو فسطاط

م: (وسقط) ش: أي الدعوى م: (لفقده شرطه) ش: أي شرط الدعوى ، لأنه ادعى على غير أهل المحلة ، فقد أبرأهم عن ذلك فلا تسمع بعد ذلك دعواه واعلم أن قوله : وللفرق إلى قوله قال : وإذا التقى قوم بالسيوف لا يوجد في كثير من النسخ ، ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح .

م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا) ش: بالجيم أي انكشفوا م: (عن قتيل فهو على أهل المحلة ؛ لأن القتل بين أظهرهم) ش: أي بينهم ، لفظ الأظهر مقحم للتأكيد م: (والحفظ عليهم ، إلا أن يدعي الأولياء على أولئك ، أو على رجل منهم بعينه ، فلم يكن على أهل المحلة شيء لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة) .

م: (قال) ش: أي محمد م: (ولا على أولئك) ش: أي أولئك القوم المتقاتلين أي لم تكن القسامة على أهل المحلة ، ولا على المتقاتلين م: (حتى يقيموا البينة ؛ لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناها) ش: أي في أول باب القسامة ، وهو قوله ﷺ : «لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ولا يقال : الظاهر أنهم قتلوه ، لأن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق .

م: (أما يسقط به الحق عن أهل المحلة ؛ لأن قوله حجة على نفسه ، ولو وجد قتيل في معسكر) ش: بفتح الكاف موضع العسكر ، يقال : عسكر الرجل أي جعل عسكرياً ، وهو معسكر بكسر الكاف ، والموضع معسكر .

وفي «ديوان الأدب» يقال : عسكر يعسكر عسكرة إذا هيا العسكر ، والعسكر هو الجند ، قاله الأتزازي ، وكان من حق الكلام أن يقال : في عسكر م: (أقاموا بفلاة من الأرض) ش: أي نزلوا وسكنوا بها ، لأن المعسكر بفتح الكاف منزل العسكر ، وإلا أن يقال أراد العسكر المهياً م: (لا ملك لأحد فيها) .

م: (فإن وجد في خباء) ش: وهي الخيمة من الصوف م: (أو فسطاط) ش: وهي الخيمة العظيمة ، وعن ابن الكلبي : بيوت العرب ستة : قبة من آدم ، ومظلة من شعر ، وخباء من

فعلى من يسكنها الدية والقسامة ، وإن كان خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية اعتباراً
لليد عند انعدام الملك . وإن كان القوم لقوا قتالاً

صوف ، ولحاد من وبر ، وخيمة من شجر ، وفيه وافية من هجر م : (فعلى من يسكنها الدية
والقسامة) ش : أي على عاقلتهم .

م : (وإن كان) ش : أي القتل م : (خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية) ش : القسامة
والدية م : (اعتباراً لليد عند انعدام الملك) ش : وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبججاني
في «شرح الكافي» : وإذا وجد القتل في العسكر والعسكر في أرض فلاة فهو على القبيلة الذين
وجد في رحالهم ، لأنهم إذا نزلوا في فلاة صار كل قبيلة ، كمحلة ، على حدة ، فيكون صيانة
ذلك ، الموضوع عليهم هذا إذا نزلوا قبيلة قبيلة ، أما إذا نزلوا مختلطين تجب على أقرب أهل
الأخبية على من في الخباء جميعاً ، لأنه يصير كدور متفرقة ليس في موضع قوم مجتمعين .

وإن كان العسكر في ملك رجل فعلى عاقلة رب الأرض القسامة والدية ، لأن صاحب
الملك أقدر على الصيانة بمنزلة دار مملوك لرجل وفيها ساكن ، وإن كان العسكر في فلاة من
الأرض فوجد قتل في فسطاط رجل فعليه القسامة تكرر عليه الأيمان ، وعلى عاقلته الدية ،
لأنه بمنزلة دار وجد فيها قتل في المحلة ، فإن القسامة تجب على صاحب الدار والدية على
عاقلته ، لأن أمر الصيانة إليه ، فكذا هنا .

م : (وإن كان القوم لقوا قتالاً) ش : قال الكاكي : انتصاب قتالاً ، على المفعولية أي لقي
المسلمون مع المشركين قتالاً ، ويحتمل أن يكون على الحال ، أي مقاتلين .

وقال الأكميل : قتالاً يجوز أن يكون حالاً ، أي مقاتلين ، ويجوز أن يكون مفعولاً مطلقاً ،
لأن لقوا في معنى المقاتلة ، لأنهم لقوا له ، أي القتال .

وقال الأترزي : -رحمه الله- ما ملخصه أنه فيه وجوه أن يكون مفعولاً به ، وأن يكون
حالاً والمفعول به محذوف وأن يقع قتالاً يعني مقاتلين مفعولاً به أيضاً صفة لمحذوف ، فإنه
مقامه ، أي لقوا عدواً مقاتلين مفعولاً به أيضاً تقاتلوا مقاتلة ، وأن يكون تمييزاً ، أي لقوا العدو
من حيث المقاتلة ، لأن في لقائهم أنه ما يجوز أن يكون ذلك بسبيل الصلح أو بسبيل العداوة
والمقاتلة ، وأن يقع مفعولاً له ، انتهى .

قلت : الأقرب من هذه الوجوه أن يكون مفعولاً به أو حالاً ، والتمييز بعيد فليتأمل .

ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية ؛ لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدرًا ، وإن لم يلقوا عدوًا فعلى ما بيناه . وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف -رحمهما الله - ، وقد ذكرناه . قال : وإذا قال المستحلف : قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلاً غير فلان ؛ لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل ، فيحلف على ما ذكرنا ؛ لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين ، فبقي حكم من سواه فيحلف عليه . قال : وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله - . وقالوا : تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء ، وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة .

م : (ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية ، لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدرًا) ش : لا شيء فيه م : (وإن لم يلقوا عدوًا فعلى ما بيناه) ش : أشار به إلى قوله : إن القتل إذا وجد في العسكر بفلاة ، فإن وجد في الخباء فهو على ساكنه ، وإن وجد خارج الخباء فعلى أقرب الأخبية .

م : (وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان ، فيجب على المالك عند أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف -رحمهما الله - ، وقد ذكرناه) ش : أشار به إلى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة -رحمه الله - ، وهو قول محمد -رحمه الله - . وقال أبو يوسف -رحمه الله - : أجمعوا عليهم جميعاً .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا قال المستحلف) ش : بفتح اللام م : (قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلاً غير فلان ؛ لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا) ش : على أنه ما قتله ولا أعرف له قاتلاً غير فلان م : (لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه) ش : حاصله : أن لا يسقط عنه اليمين بقوله قتله فلان ، لأن هذا لا يبقى أن يكون للمقر شريك معه في القتل ، أو يكون غير شريك معه ، فإن كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا عرف قاتلاً غيره .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا شهد اثنان من أهل المحلة) ش : يعني إذا ادعى الولي م : (على رجل من غيرهم) ش : أي من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة م : (أنه قتل لم تقبل شهادتهما ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله - . وقالوا : تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء ، وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة) ش : أي كشهادة الوكيل م : (إذا عزل قبل الخصومة) ش : عن الوكالة فشهد موكله ، فإن شهادته تقبل

وله : أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم ، وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد . قال - رضي الله عنه - : وعلى هذين الأصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس . قال : ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة ؛ لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه ، والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهماً . وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك ؛ لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل .

وهو قياس الأئمة الثلاثة .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة م : (أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم) ش : فإذا كان كذلك م : (فلا تقبل شهادتهم ، وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية) ش : بأن بلغ الغلام أو عزله القاضي م : (بعد ما قبلها) ش : أي كالوصية م : (ثم شهد) ش : فلا تقبل شهادته .

م : (قال - رضي الله عنه - : وعلى الأصلين هذين) ش : المجمع عليهما .

أحدهما : أن من انتصب خصماً في حادثة لا تقبل شهادته في تلك الحادثة أبداً بالإجماع . والثاني : أن من له العرضية أن يصير خصماً ثم بطلت العرضية فشهد فتقبل بالإجماع م : (يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) ش : منها الشفيعان إذا شهدا بالشراء على المشتري وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما ، هذا على الأصل الثاني .

ومنها أن الوارثين شهدا بالدين على الميت وله وارث آخر لم يطلب الميراث قبلت الشهادة ، لأن الوراث مع الدين لا يصير خصماً والدين مقدم ، ولكن بعرضية أن يصير خصماً ، ومن المسائل التي على الأصل الأول مسألة الوكيل ، وقد مرت .

م : (قال : ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة ؛ لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه) ش : أشار إلى ما ذكر في مسألة ، وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق م : (والشاهد يقطعها) ش : أي يقطع الخصومة م : (عن نفسه فكان متهماً) ش : فلا تقبل شهادته .

م : (وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون) ش : ولفظ زاد يجيء لازماً ومتعدياً ، يقال : زاد الشيء يزيد ، أي ازدادوا ، فعلى هذا قوله : ولا يزدادون غير مستقيم وينبغي أن يقول : ولا يزيدون م : (على ذلك) ش : أي على قولهم : ما قتلناه م : (لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل) ش : وعن محمد : يحلفون ولا عيناه قاتلاً غير الذي شهدنا عليه .

قال : ومن جرح في قبيلة فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة ، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة ، وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقال أبو يوسف - رحمه الله - لا قسامة ولا دية ؛ لأن الذي حصل في القبيلة أو المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه ، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش . وله : أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً ، ولهذا وجب القصاص ، فإن كان صاحب فراش أضيف إليه ، وإن لم يكن احتمال أن يكون الموت من غير الجراح فلا يلزم بالشك . قال : ولو أن رجلاً معه جريح به رمق حملة إنسان إلى أهله فمكث يوماً أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حملة إلى أهله في قول أبي يوسف - رحمه الله - ، وفي قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - يضمن ؛ لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحاً في يده كوجوده فيها ، وقد ذكرنا وجهي القولين

م : (قال : ومن جرح في قبيلة) ش : ولم يعلم الجراح ، لأنه لو علم سقطت القسامة ، بل فيه القصاص على الجراح إن كان عمداً ، والدية على العاقلة إذا كان خطأ م : (فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة ، فإن كان صاحب فراش حتى مات) ش : يعني إذا صار صاحب فراش حين جرح في تلك القبيلة ثم نقل إلى أهله فمات قيد به ، لأنه لو كان صحيحاً يجيء ويذهب حين جرح ثم مات في أهله فلا شيء فيه كذا في « المبسوط » م : (فالقسامة والدية على القبيلة ، وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله -) .

م : (وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا قسامة ولا دية ، لأن الذي حصل في القبيلة أو المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه ، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش) ش : وبه قال ابن أبي ليلى .
 م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة م : (أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً ، ولهذا وجب القصاص ، فإن كان صاحب فراش) ش : ومات بعده م : (أضيف إليه ، وإن لم يكن) ش : صاحب فراش م : (احتمال أن يكون الموت من غير الجراح فلا يلزم بالشك) ش : وعلى هذا الخلاف مسألة الجريح إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين ، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالدية والقسامة على الذي حملة عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما لم يضمن .

م : (ولو أن رجلاً معه جريح به رمق) ش : أي الرمق بقية الروح م : (حملة إنسان إلى أهله فمكث يوماً أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حملة إلى أهله في قول أبي يوسف - رحمه الله -) ش : وهو قياس ابن أبي ليلى م : (وفي قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - يضمن ؛ لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحاً في يده كوجوده فيها) ش : أي في المحلة م : (وقد ذكرنا وجهي القولين) ش :

فيما قبله من مسألة القبيلة . ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة -رحمه الله - . وقال أبو يوسف ومحمد وزفر-رحمهم الله - : لا شيء فيه ؛ لأن الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرأ . وله : أن القسامة إنما تجب بناءً على ظهور القتل ، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك ، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم .

أي قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف -رحمهما الله- م: (فيما قبله من مسألة القبيلة) ش: وهو الذي ذكر هذا بقوله .

ومن جرح في قبيلة م: (ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة -رحمه الله -) ش: وهذا قياس قول أحمد والأوزاعي ، فإن عندهما : لو قتل نفساً خطأ يجب ديته على عاقلته خلافاً لباقي العلماء .

م: (وقال أبو يوسف ومحمد وزفر-رحمهم الله - : لا شيء فيه) ش: يعني يهدر دمه ، وبه قال الشافعي ومالك م: (لأن الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرأ) ش: يعني لا شيء فيه .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة م: (أن القسامة إنما تجب بناءً على ظهور القتل ، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك) ش: أي قبل ظهور القتل م: (وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم) ش: أي عاقلة الورثة .

قال الأكمّل : قال المصنف : فديته على عاقلته . قال المصنف : قال في دليله : وحال ظهور القتل الدية للورثة فيجب على عاقلتهم ، وفيه تناقض ظاهر مخالفة بين الدليل والمدلول ، ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت : إما أن يكون عاقلة الورثة أو غيرهم ، فإن كان الأول : كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة ولا تنافي بينهما .

وإن كان الثاني : كانت الدية على عاقلة الورثة ، ولما كان كل منهما ممكناً ، أشار إلى الأول في حكم المسألة وإلى الثاني في دليلها ، وعلى التقدير الثاني تعذر في قوله فالدية على عاقلته يضاف أي على عاقلة ورثته .

وقال الأثرزي : فإن قلت : كيف يستقيم أن يعقل عاقلة الورثة للورثة ، وليس بمعقول أن يعقلوا عن أنفسهم لأنفسهم ؟

قلت : العاقلة أعم من غير أن يكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم ، وهذا لأن عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا ، وعند الشافعي

بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه
فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه .

أقرباؤه .

م: (بخلاف المكاتب) ش: لما استشعر المصنف ورود مسألة المكاتب م: (إذا وجد قتيلاً في دار
نفسه) ش: كالنقض على ما ذكر ، أشار إلى الجوب بقوله بخلاف المكاتب حيث يهدر دمه إذا
وجد قتيلاً في دار نفسه م: (لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه
فيهدر دمه) ش: لأن الكتابة لا تنفسخ إذا مات وله مال ، بل يقضى ما عليه منه ، فإذا كانت
الدار له حين ظهور قتله جعل قاتلاً نفسه تقديراً لقيام ملكه والحر حال ظهور قتله انتقل منه ملكه
إلى ورثته ، فلم يجعل قاتلاً نفسه تقديراً لزوال ملكه .

وقال الكرخي : في «مختصره» : إذا وجد في دار المكاتب قتيل فهو عليه يسعى في الأقل
من قيمته ومن الدية . وكذلك لو وجد مولاه في دار المكاتب قتيلاً كان عليه الأقل من ديته
والقيمة . ولو وجد المكاتب قتيلاً في دار مولاه فعلى مولاه قيمته في ثلاث سنين ولا تحمله
العاقلة .

وقال القدوري في كتاب «التقريب» : قال أبو يوسف : إذا وجد المكاتب قتيلاً في دار
سيده فعلى السيد القيمة في ماله ، وإن لم يترك وفاء ولا دين عليه فهو هدر ، وإن كان عليه
دين ولم يدع وفاء فعلى السيد الأقل من القيمة والدين لغرمائه .

وقال زفر : دمه هدر ترك وفاء أو لم يترك . وقال الكرخي في «مختصره» : وإذا وجد في
دار عبد مأذون له في التجارة وعليه دين أو لا دين عليه أو غير مأذون له وجد في داره قتيل فعلى
عاقلة مولاه قتيل ، فإن كان عليه دين فإن على الولي قيمته لغرمائه في ماله حالاً ، وكذلك لو
قتله عمداً فعليه قيمته حالاً . وكذلك لو كان العبد جنى جنابة ثم وجد قتيلاً في دار مولاه فعلى
المولى قيمته حالاً ، وكذلك لو قتله المولى خطأ وهو لا يعلم بالجنابة ، فإن كان يعلم فعليه الدية

وقال محمد : إذا وجد أبو الرجل أو أخوه قتيلاً في داره فإن عاقلته تعقل دية أبيه ودية
أخيه ، وإن كان هو وارثه ، لأن الدية لم تجب له ، وإنما وجب كغيره . وقال بشر عن أبي
يوسف : في العبد الرهن يوجد في دار الراهن أو المرتهن قتيلاً فالدية على رب الدار دون
العاقلة .

قال الأسبيجاني في «شرح الكافي» : وإذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد

ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبحاً . قال أبو يوسف -رحمه الله :- يضمن الآخر الدية . وقال محمد : لا يضمنه ؛ لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ، ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك . ولأبي يوسف -رحمه الله :- أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه ، فكان التوهم ساقطاً كما إذا وجد قتيل في محلة . ولو وجد قتيل في قرية لامرأة ، فعند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله -عليها القسامة تكرر عليها الأيمان ، والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب . وقال أبو يوسف -رحمه الله :- القسامة على العاقلة أيضاً ؛ لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصره ، والمرأة ليست من أهلها ، فأشبهت الصبي . ولهما : أن القسامة لنفي التهمة ، وتهمة القتل من المرأة متحقة . قال المتأخرون : إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة ؛ لأنها أنزلناها قاتلة ، والقاتل يشارك العاقلة .

قتيلاً في محلة : وجبت القسامة والقيمة في ثلاث سنين .

م : (ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبحاً . قال أبو يوسف -رحمه الله - : يضمن الآخر الدية . وقال محمد : لا يضمنه ، لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ، ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك . ولأبي يوسف -رحمه الله :- أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه ، فكان التوهم ساقطاً) ش : يعني وقوع القتل من نفسه وهم لا يلتفت إليه م : (كما إذا وجد قتيل في محلة) ش : حيث يكون توهم قتل نفسه ساقطاً ، فكذا هذا .

م : (ولو وجد قتيل في قرية لامرأة ، فعند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - : عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها ، أقرب القبائل إليها في النسب . وقال أبو يوسف -رحمه الله :- القسامة على العاقلة أيضاً ؛ لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصره ، والمرأة ليست من أهلها ، فأشبهت الصبي) ش : حيث لا يكون من أهل الصيانة ، وإنما القسامة مخاطب بها على أهل الصيانة فالمرأة والصبي سواء .

م : (ولهما) ش : أي ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : م : (أن القسامة لنفي التهمة وتهمة ، القتل في المرأة متحقة) ش : لأن في حق العاقلة ، لأنهم لم يكونوا في القرية فيلزمها القسامة .

م : (قال المتأخرون) ش : أي من المشايخ لأصحابنا م : (إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة) ش : قيد بقوله « في هذه المسألة » لأنها لا تدخل في غير هذه المسألة على ما يجيء في العاقلة م : (لأنها أنزلناها قاتلة ، والقاتل يشارك العاقلة) ش : إنما أنزلوها قاتلة تقريراً حيث دخلت في القسامة ، فكما دخلت في العقد أيضاً ، بخلاف غيرها من الصور ، فإنها لا تدخل فيه في القسامة ، بل يجب على الرجال ، فلا تدخل في العقل أيضاً .

ولو وجد رجل قتيلاً في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها ، قال : هو على صاحب الأرض ؛ لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية ، والله أعلم .

م : (ولو وجد رجل قتيلاً في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها) ش : أي من أهل القرية م : (قال : هو على صاحب الأرض) ش : أي وجوب القسامة والدية على صاحب الأرض م : (لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية) ش : لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجاني في «شرح الكافي» القرية إذا كانت لرجل من أهل الذمة فإنه يكرر عليه الأيمان ، لأنه من أهل القسامة ، والقرية في صيانتها ، فيكون موجب التقصير عليهم ، وعليه الدية ، لأنه لا عاقلة له ، حتى لو كانت له عاقلة يجب عليه . ولو كان الذمي نازلاً في قبيلة من القبائل فوجد فيها قتيلاً لم يدخل الذمي في القسامة ولا في الغرم ، لأنه تابع لأهل القرية ، وكذلك السكان والنوازل فيها من غيرهم ، لأنهم أتباع .

وقال شيخ الإسلام أيضاً : ولو وجد القتيل في قرية اليتامى وهم صغار ليس في تلك القرية من عشيرتهم أحد ، فالقسامة والدية على عاقلة اليتامى ، لأنهم ليسوا من أهل الصيانة فليزم ذلك على عاقلتهم ، وعاقلتهم أقرب القبائل إليهم إذا لم يكن في ذلك البلد عشيرتهم ، وإن كان فيهم مدرك فعلى القسامة وتكرار اليمين ، لأنه من أهل ذلك ، على أقرب القبائل منهم الدية في الوجهين إذا لم يكن في تلك البلد عشيرتهم ، م : (والله أعلم) .
