

كتاب الدييات

قال: (وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه في أوّل الجنائيات. قال: (وكفارته حتى رقة مؤمنه) لقوله تعالى ﴿فتحريم رقة مؤمنه﴾ الآية (فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا

كتاب الدييات

قال الشراح: ذكر الدييات بعد الجنائيات ظاهر المناسبة، لما أن الدية إحدى موجبي الجناية في الآدمي المشروعين صيانة، لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى. أقول: يرد على ظاهر هذا الوجه أنه إنما يقتضي أن يذكر الدييات في كتاب الجنائيات كالقصاص بأن يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنائيات لكون كل منهما موجب الجنائيات، لا أن يجعل الدييات كتاباً على حدة كما هو الواقع في الكتاب: والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الدييات بعد ذكر الجنائيات، وهذا المقصود يحصل بما ذكره قطعاً، وأما جعل الدييات كتاباً على حدة دون باب من أبواب الجنائيات فله وجه آخر لم يذكره أصالة، وهو أنه لما كثرت مسائل الدييات ومباحثها استحقت أن يجعل كتاباً على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة إلى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة إلى سائر أنواع البيع. ثم اعلم أن ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره، وأما الشيخ أبو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الدييات على كتاب الجنائيات. والشيخ أبو جعفر الطحاوي قدم القصاص على الدييات، ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والدييات، والإمام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنائيات في كتاب الدييات ولم يسم كتاب الجنائيات أصلاً، لأن عامة أحكام الجنائيات هي الدييات، فإن القصاص لا يجب إلا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد، وفي الخطأ وفي شبه الخطأ، وفي القتل بسبب، وفي العمد أيضاً إذا تمكن فيه الشبهة فرجح جانب الدية في نسبة الكتاب إليها، ثم إن الدية مصدر ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، ثم قبل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر، كذا ذكر في المغرب وعمامة الشروح. قال في القاموس: الدية بالكسر: حق القتل جمعها ديات. وقال في الصحاح: وديت القتل أديه دية: إذا أعطيت ديته. وقال في

كتاب الدييات

ذكر الدييات بعد الجنائيات ظاهر المناسبة لما أن الدية إحدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة، لكن القصاص أشد صيانة فقدم، ومحاسنها محاسن القصاص، والدية مصدر من ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة من وعد. قال: (وفي شبه العمد دية مغلظة) شبه العمد قد تقدم معنا. وحكمه الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل، وقد بيناه في أول الجنائيات (وكفارته حتى رقة مؤمنه لقوله تعالى: ﴿فتحريم رقة مؤمنه﴾) إلى قوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ الآية، وهو نص في كونها بالتحريم أو الصوم فقط (فلا يجزئ في الإطعام لأنه لم يرد به نص، والمقادير تعرف بالتوقيف) وقوله: (ولأنه جعل المذكور كل الواجب) استدلال من الآية بوجهين آخرين: أحدهما بالنظر إلى الفاء، وذلك لأن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء، إذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله مخل؛ ألا ترى أنه لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق وفي نيته أن يقول وعيدي حرّ ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء إلا المذكور لثلا يختل الفهم والآخر بالنظر إلى المذكور: يعني لو كان الغير مراداً لذكره لأنه موضع الحاجة

كتاب الدييات

قال الزيلعي: الدية هي اسم للمال الذي هو بدل النفس، ومصدر يقال ودى القاتل المقتول دية: إذا أعطى وليه ذلك، سمي ذلك المال بالدية تسمية للمفهول بالمصدر انتهى. والأولى أن يقال: الدية هي المال الواجب بالجناية في نفس أو طرف قوله: (لما أن الدية إحدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة) أقول: فإن قيل: إذا كانت الدية إحدى موجبيها ينبغي أن نذكر في كتابها في باب مستقل ولا تجعل كتاباً على حدة. قلنا: نعم، إلا أنه نظر إلى عموم مباحثها وعموم مواردنا وكثرة الاختلافات فيها، ولهذا عنون محمد كتاب الجنائيات بكتاب الدييات، وذكر أحكام الجنائيات فيها من القصاص وغيره.

يجزىء فيه الإطعام) لأنه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف، ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء،

الكافي: الدية المال الذي هو بدل النفس، والأرش اسم للواجب على ما دون النفس انتهى. أقول: الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس، وينافيه ما سيجيء في الفصل الآتي من أن في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي اللحية الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الذكر الدية وفي الرجلين الدية إلى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس، وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «وفي النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي المارن الدية»^(١) وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم رضي الله عنه كما سيأتي^(٢). فالأظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية آخرأ، فإنه بعد أن ذكر مثل ما ذكر في المغرب وعامة الشروح قال: والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الأدمي أو طرف منه، سمي بها لأنها تودي عادة، لأنه قلما يجزي فيه العفو لعظم حرمة الأدمي انتهى قوله: (قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى «فتحرير رقبة مؤمنة» النساء الآية (٩٢) فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى «فتحرير رقبة مؤمنة» إلى قوله «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين» النساء الآية (٩٢)، وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط فلا يجزىء فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص، والمقادير تعرف بالتوقيف انتهى. أقول: أخل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا. أما أولاً فلأنه خص بالذكر في بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة، وجعل قوله تعالى: «فتحرير رقبة مؤمنة» إلى قوله «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين» النساء (٩٢) دليلاً عليه، فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين إذا لم يجد رقبة مؤمنة، ولم يصب في سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى «فتحرير رقبة مؤمنة» إلى قوله «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين» مع أن الدليل عليه قوله تعالى «فتحرير رقبة مؤمنة» النساء (٩٢) وحده، وإنما قوله تعالى «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين» النساء (٩٢) دليل على القسم الآخر من كفارته الذي لم يذكره في المدعي، بخلاف تحرير المصنف بأنه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبهما حيث قال: وكفارته عتق رقبة مؤمنة، ثم قال: فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين. واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال: في تعليل الأول لقوله تعالى «فتحرير رقبة مؤمنة» النساء (٩٢)، ولم يذكر آخر الآية. وقال في تعليل الثاني بهذا النص: أي بآخر هذا النص وهو قوله تعالى «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين» النساء (٩٢). وأما ثانياً فلأنه قال: وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط، وفزع عليه قوله فلا يجزىء فيه الإطعام، فإن كان مدار قيد فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزىء فيه الإطعام، على أن تخصيص التحرير. والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عدهما كان ذلك قولاً بمفهوم المخالفة، وهو

إلى البيان، والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان (على ما عرف) يعني في أصول الفقه (ويجزيه رضيع أحد أبويه مسلم) لأن شرط هذا الإعتاق الإسلام وسلامة الأطراف، والأول يحصل بإسلام أحد الأبوين والثاني بالظهور، وإذ الظاهر سلامة أطرافه، ولا يجزىء ما في البطن لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته. قال: (وهو الكفارة في الخطأ لما تلونا) يعني قوله تعالى: «ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة» (وديته) أي دية شبه العمد (عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعاً: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة) ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي: (ثلاثون

(١) مرسل ابن المسيب هذا غريب. قال الزيلعي في نصب الراية ٣٦٩/٤: لم أجده.

وكذا قال ابن حجر في الدرابة ٢٧٦/٢.

(٢) كتاب عمرو بن حزم سيأتي.

أو لكونه كل المذكور على ما عرف (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لأنه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه (ولا يجزىء ما في البطن) لأنه لا تعرف حياته ولا سلامته. قال: (وهو الكفارة في الخطأ) لما تلوانا (وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعاً: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعي أثلاثاً: ثلاثون جذعة وثلاثون حقة، وأربعون ثنية، كلها خلفات في بطونها أولادها، لقوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة

ليس بحجة عندنا، وإن كان مدارهما على ما ذكره المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم أجزاء الإطعام بوجهين آخرين، وهما قوله ولأنه جعل المذكور كل الوجوب بحرف الفاء، وقوله أو لكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لأنه لم يرد به نص الخ بعد تفريع عدم أجزاء الإطعام على ما قبله كلاماً مختلاً، إذ يكون المفزع عليه إذ ذاك دليلاً على المفزع فيصير قوله فلا يجزىء في الإطعام من قبيل تفريع المدعي على الدليل فلا جرم يصير قوله لأنه لم يرد به نص الخ دليلاً آخر على ذلك المدعي فيجب فيه زيادة وار العطف بأن يقال ولأنه لم يرد به نص الخ كما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام، بخلاف تحرير المصنف فإنه جعل قوله ولا يجزىء في الإطعام كلاماً مبتدأً مطلوباً بالبيان على الاستقلال، واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في أسلوب تحريره أصلاً قوله: (ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) قال الشراح: يعني أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء، إذ لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله مخل انتهى. أقول: يشكل هذا بالحرمان عن الميراث فإنه جزء القتل أيضاً في العمد وشبهه والخطأ وشبهه كما مر في أول كتاب الجنائيات مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة فيتأمل قوله: (أو لكونه كل المذكور على ما عرف) يعني لو كان الغير مراداً لذكره لأنه موضع الحاجة إلى البيان، وحيث لم يذكر دل أنه غير مراد لأن السكوت عن البيان في موضع الحاجة إلى البيان بيان كما عرف في أصول الفقه، كذا في الشروح كلها. قال صاحب الكفاية بعد ذلك: لا يقال: إن السكوت لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتل خطأ العمد

جذعة، وثلاثون حقة، وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها) والخلفات جمع خلقة: وهي الحوامل من النوق، فقوله في بطونها أولادها صفة كاشفة، والضمير في كلها للثنية، واستدلا بقوله ﷺ «ألا إن قتل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها» (ولأن دية شبه العمد أغلظ) يعني من دية الخطأ المحض. فإن الإبل فيه تجب أخماساً (وذلك) أي كونه أغلظ (فيما قلنا) لأننا نقول أثلاثاً وأنتم تقولون أرباعاً (ولأبي حنيفة وأبي يوسف قوله ﷺ «في نفس المؤمن مائة من الإبل») ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه الصلاة والسلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالإجماع، وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ، فإن عمر وزيداً وغيرهما قالوا مثل ما قلنا، وقال علي: تجب أثلاثاً ثلاث وثلاثون حقة، وثلاث وثلاثون جذعة، وأربع وثلاثون خلقة. وقال ابن مسعود بمثل ما قلنا أرباعاً، والرأي لا مدخل له في التقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضاً لما رواه، وإذا تعارضاً كان الأخذ بالمعتقن أولى. وقوله: (ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة) يعني لا يزداد في الدراهم والدنانير على عشرة الألف درهم أو ألف دينار. وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح: تغلظ في النوعين الآخرين: أي الدراهم والدنانير بأن ينظر إلى قيمة أسنان الإبل في دية الخطأ وإلى قيمة أسنان الإبل في شبه العمد، فما زاد على أسنان دية الخطأ يزداد على عشرة آلاف درهم إن كان الرجل من أهل الورق، ويزاد على ألف دينار إن كان من أهل الذهب، لأن التغليظ في شبه العمد شرع في الإبل بزيادة جنائية وجدت منه ولم توجد في الخطأ وهذا المعنى موجود في الحجريين فيجب التغليظ فيهما. ولنا ما ذكره في الكتاب أن التغليظ في الإبل ثبت

قال المصنف: (وديته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول: قال الكاكي: الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المباسط والجوامع والأسرار والإيضاح، فإن المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقاً لعامة الروايات انتهى. يشهد لها قوله ولهما حين شرع في تقرير دليلهما قوله (ذلك): أي كونه أغلظ فيما قلنا، لأننا نقول أثلاثاً وأنتم تقولون أرباعاً) أقول: يعني والأول أكمل في الغلظة.

من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها^(١) 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»^(٢) وما رواه^(٣) غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ، وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أربعاً^(٤) كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به. قال: (ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة) لأن التوقيف فيه، فإن قضى بالدية

قتيل السوط والعصا. وفيه مائة من الإبل، ولم يذكر فيه الكفارة، ومع ذلك قلتم بوجود الكفارة، لأننا نقول: ثمة وجد بيان بنص آخر؛ أو نقول: لا نسلم، فإنه قال الجرجاني: وجدت رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى. أقول: في كل من جوايه نظر. أما في الأول فلأن التشبث بوجود نص آخر في مادة النقص وعدم وجوده فيما نحن فيه مصير إلى الاستدلال بالوجه الأول الذي ذكره المصنف بقوله لأنه لم يرد به نص فيلزم أن لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلاً مستقلاً، بل يلزم أن يكون مستدركاً. وأما في الثاني فلأن اللازم للمجيب دفع النقض عما ذكر في الكتاب لأنه هو المورد للسؤال. ولا شك أن ما ذكر فيه مبني على وجوب الكفارة في شبه العمد، وأما رواية عدم وجوبها فيه فبمعزل عنه فلا وجه للمصير إليه هنا كما لا يخفى. ثم إن صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أو لكونه كل المذكور: أي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني. أقول: ليس ذلك بسديد، إذ لا يخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى إنما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده، وأما إطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الأخير الذي يتم به الكل فأمر قبيح لا يناسب شرح الكتاب، فالحق في التفسير أن يقال: أي ولكون ما ذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور قوله: (ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة، لأن التوقيف فيه، فإن قضى بالدية من غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا) أقول: لقائل أن يقول: إذا لم يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الإبل أصلاً في جناية شبه العمد، إذ قد ذكر في أول هذا الكتاب ومراً أيضاً في أوائل كتاب الجنائيات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل، فحيث لم يثبت التغليظ في غير الإبل لم يصلح غيرها أن يكون دية في شبه العدم لانتفاء ما هو المعتبر في ديته وهو التغليظ، فكيف يتم قول المصنف فإن قضى بالدية من غير الإبل لم تتغلظ، فإن الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الإبل في شبه العمد، ولكن لا ثبت التغليظ في غير الإبل بأن يزداد في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصلوا في الشروح فليتأمل في الترجيح قوله: (وهذا قول ابن

توقيفاً فلا يثبت في غيره قياساً لأنه يأبى التغليظ، لأن عمد الإتلاف وخطأه في باب الغرم سواء، ولا دلالة لثلاثين المقدر الثابت بصريح النص بالدلالة، وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن التوقيف فيه. وقوله: (لما بينا من قبل) يعني في أول كتاب الجنائيات. قال: (والدية في الخطأ مائة من الإبل أحماساً) قيل منصوب بإضمار كان، ويجوز أن يكون حالاً من الضمير الذي في قوله في الخطأ، وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنها، فقال ابن مسعود: عشرون بنت مخاض،

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٥٤٧ والنسائي ٤٠/٨. ٤١. وابن ماجه ٢٦٢٧ والبيهقي ٦٨/٨ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وإسناده حسن. وأخرجه أبو داود ٤٥٤٩ والنسائي ٤٢/٨ وابن ماجه ٢٦٢٨ وأحمد ١١/٢. ١٠٣. ٣٦. من طرق كلهم من حديث ابن عمر وفيه علي بن زيد فيه ضعف.

ورواه النسائي ٤١/٨ عن عقبه بن أوس مرسلاً. وتارة عن ابن أوس عن رجل من الصحابة به وجاء في نصب الرأية ٣٣٢/٤ ما ملخصه: قال ابن القطن: حديث ابن عمر لا يصح. وأما حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فصحيح، ولا يضره الاختلاف الذي وقع فيه اه.

ومثل هذا عن ابن القطن ذكره ابن حجر في التلخيص ١٥/٤ وزاد: وصححه ابن حبان أيضاً اه.

(٢) هو بعض كتاب عمرو بن حزم وسيأتي

(٣) يعود الضمير على الشافعي ومحمد وتمسكهما بكون الإبل أثلاثاً.

(٤) موقوف حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٥٢ بسنده عن علقمة والأسود قال: قال عبد الله: في شبه العمد خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض. وإسناده حسن.

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 عشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه. وأخذنا نحن والشافعي به لروايته «أن النبي ﷺ قضى في قتييل قتل خطأ أخماساً» على نحو ما قال. ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ لأن الخاطيء معذور، غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما روينا. قال: (ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي: من الورق اثنا عشر ألفاً لما روى ابن عباس رضي الله

مسعود وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في قتييل قتل خطأ أخماساً^(١) على نحو ما قال) أقول: فيه شيء، وهو أن ابن مسعود وإن روى قضاء رسول الله ﷺ على نحو ما قاله إلا أن علياً رضي الله عنه كان يقول: الدية في الخطأ مائة من الإبل أرباعاً: خمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وخمس وعشرون ابنة لبون. وخمس وعشرون ابنة مخاض^(٢) ذكره أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج. وذكر في غاية

وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن مخاض، وعشرون حقة وعشرون جذعة. وبه أخذنا نحن والشافعي، لأن ابن مسعود روى عن النبي ﷺ أن قضى في قتييل قتل خطأ أخماساً على نحو ما قال به ابن مسعود. وعن علي أنه أوجب أرباعاً: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، والمقادير لا تعرف إلا سماعاً لكن ما قلنا أخف وكان أولى بحال الخطأ لأن الخاطيء معذور قوله: (غير أن عند الشافعي) استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعي: يعني أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض، والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطأ وقوله: (ومن العين) يعني الذهب (ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) يعني وزن سبعة. وقال الشافعي: من الورق: أي الفضة اثنا عشر ألفاً، لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قضى بذلك. ولنا أن عمر رضي الله عنه روى عن النبي ﷺ «أنه قضى بالدية في قتييل بعشرة آلاف درهم» فتعارضاً فيحتاج إلى تأويل، وذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها ومن ستة، وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر رضي الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أنه قال: روى عمر «أن النبي ﷺ قضى بعشرة آلاف درهم» ثم قال: وقد كانت الدراهم كذلك: يعني إلى عهد عمر وذلك تناقص. والثاني أن وزن ستة يزيد عليه اثني عشر ألفاً فلا يكون التأويل كذلك صحيحاً. والجواب عن الأول أن المنقول كان

قوله: (لأنه يأبى التخليط) أقول: ولتلا يبطل المقدار الثابت بالنص بالقياس.

- (١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٥٤٥ والترمذي ١٣٨٦ والنسائي ٤٣/٨ ٤٤. وابن ماجه ٢٦٣١ والدارقطني ١٧٥/٣ والبيهقي ٧٥/٨ وأحمد ٤٥٠/١ كلهم من حديث ابن مسعود قال الترمذي: لا تعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه وقد روي مرفوعاً عن ابن مسعود. وجاء في نصب الراية ٣٥٨/٤ ما ملخصه: أطال الدارقطني الكلام عليه وملخصه أنه حديث ضعيف غير ثابت من وجوه. أحدهما: أن أبا عبيدة رواه عن أبيه ابن مسعود مرفوعاً الثاني: فيه خشف بن مالك وهو مجهول الثالث: انفرد بروايته الحجاج بن أرطاة وهو مدلس كان يحدث عن لم يلقه. الرابع: جماعة من الثقات روه عن حجاج به: في الخطأ أخماساً لم يزيد وأعلنى ذلك اه قال الزيلعي: وللحديث طرق ضعيفة رواها البيهقي في المعرفة عن ابن مسعود من قوله. وهي منقطعة كما قال البيهقي اه الزيلعي وضعفه ابن حجر في الدراية ٢٧٢/٢. الخلاصة: تفرد به الحجاج وهو ضعيف ولم يتابع عليه. ورواه عنه وهو مدلس. وعلته الثانية: جهالة خشف بن مالك. وقد رواه غير واحد مرفوعاً وهو الصواب والله أعلم. قلت: وتمايم الحديث: قضى رسول الله ﷺ دية الخطأ عشرين بنت مخاض، وعشرين ابن مخاض ذكوراً، وعشرين بنت لبون، وعشرين حقة اه. (٢) موقوف حسن. أخرجه البيهقي ٧٤/٨ عن عاصم بن ضمرة عن علي مرفوعاً وإسناده حسن. رجاله ثقات سوى عاصم هذا، وهو صدوق كما في التقريب.

عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى بذلك^(١). ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى بالدية في قتييل بعشرة آلاف درهم^(٢). وتأويل ما روي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك. قال: (ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة، وقالوا منها ومن البقر مائتا بقرة، ومن

البيان وغيرها من الشروح، والمقادير لا تعرف إلا سماعاً فكان كالمرفوع، فصار ما رواه ابن مسعود معارضاً به فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه دليلاً على ما أخذنا نحن والشافعي به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود. نعم كون ما رواه أليق بحالة الخطأ لكونه أخف يصلح أن يكون مرجحاً لما رواه. وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في أسنان الإبل في دية الخطأ. ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لأنه أوفق لموضوع دية الخطأ وهو التخفيف، إلا أن قول المصنف ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ لأن الخاطيء معذور يشعر بأن هذا دليل مستقل وما قبله أيضاً دليل مستقل، وهذا ينافي ضم الثاني إلى الأول ليحصل به الرجحان. وبالجملة في تحرير المصنف هنا نوع ركافة، وكأن صاحب العناية تنبه له حيث غير أسلوب تحرير المصنف في شرح هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روي عن علي رضي الله عنه، لكن ما قلنا أخف فكان أولى بحال الخطأ لأن الخاطيء معذور انتهى تبصر قوله: (غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض) أقول: هنا كلام، وهو أن قوله هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية

في ابتداء عهد رسول الله ﷺ وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة، وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده ﷺ يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضاً ولا تناقض حيثئذ. وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه: يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئاً، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريباً، وقوله: (ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة، وقالوا: منها) أي من هذه الأنواع الثلاثة وهي الإبل والذهب والفضة (ومن البقر مائتا بقرة، ومن الغنم ألفا شاة، ومن الحنظل مائتا حلة كل حلة ثوبان) وقيل في تفسير ذلك: قيمة كل بقرة خمسون درهماً، وقيمة كل شاة خمسة دراهم. وقيمة كل حلة خمسون درهماً، قال المصنف: كل حلة ثوبان، وقيل هما إزار ورداء هو المختار. قال في النهاية: وقيل في ديارنا قميص وسراويل. قال: وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع ولي القتييل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز، كما لو صالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو

قوله: (والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطأ) أقول: الأولى أن يجعل إشارة إلى قول ابن مسعود وإلى المعقول. قال الإقناني: أي الحجة على الشافعي قول ابن مسعود وقضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام انتهى. وفيه بحث قوله: (وفيه بحث من وجهين إلى قوله: وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه: يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئاً، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريباً) أقول: قال الزيلعي: وإذا حمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة، وما رويناه على وزن ستة استويا انتهى. ولعل هذا الحمل أوجه. وقال الزيلعي: كانت الدراهم على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ثلاثة، الواحد منها وزن عشرة، والثاني وزن ستة، والثالث وزن خمسة انتهى. قوله وزن عشرة: أي العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو قدر الدينار. وقوله وزن ستة: أي العشرة منه وزن ستة دنانير. وقوله وزن خمسة: أي العشرة منه وزن خمسة دنانير قال المصنف: (وقالوا: منها ومن البقر مائتا بقرة) أقول: قوله مائتا بقرة

(١) ضعيف. يشير المصنف إلى ما أخرجه أبو داود ٤٥٤٦ والترمذي ١٣٨٨ والنسائي ٤٤/٨ والدارمي ٢٢٧٤ وابن ماجه ٢٦٢٩ و٢٦٣٢ والبيهقي ٧٨/٨ كلهم من حديث ابن عباس: أن رجلاً من بني عدي قُتل، فجعَلَ النبي ﷺ دية اثني عشر ألفاً. ومداره على محمد بن مسلم الطائفي وهو غير قوي. قال أبو داود عقبه: رواه ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن عكرمة مرسلاً لم يذكر ابن عباس.

وكذا قال الترمذي وزاد: ولا نعلم أحداً يذكر فيه ابن عباس سوى الطائفي.

وجاء في تلخيص الحبير ما ملخصه: قال أبو حاتم: المرسل أصح، وتبعه عبد الحق، وابن حزم ٢٣/٤ وانظر نصب الراية ٣٦١/٤.

(٢) موقوف. قال الزيلعي في نصب الراية ٣٦٢/٤: غريب. أي مرفوعاً. ورواه ابن أبي شيبة والبيهقي ومحمد بن الحسن في الآثار عن عمر موقوفاً أه يعني: قضى عمر بذلك.

وكذا قال ابن حجر في الدراية ٢٧٣/٢: لم أجده. أي مرفوعاً.

الغنم ألفا شاة، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لأن عمر رضي الله عنه^(١) هكذا جعل على أهل كل مال منها، وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية، وهذه الأشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان، والتقدير بالإبل عرف بالأثار المشهورة وعدمتها في غيرها، وذكر في المعامل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مئاتي بقرة لا يجوز، وهذا آية التقدير بذلك، ثم قيل: هو قول الكل فيرتفع الخلاف، وقيل هو قولهما. قال: (ودية

وغیرها. والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ، لكن فيه إشكال، إذ الظاهر أن ضمير به في قوله. وأخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهذا قول ابن مسعود راجع إلى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود. فبعد ذلك كيف يتم القول بأن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض، والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافي الأخذ بقول ابن مسعود لأن ابن مخاض متعين في قوله وإنما الذي يصلح أن يكون مأخذاً لمذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول: في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر في غاية البيان فليتأمل في التوجيه قوله: (ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة، ومن الحلل مائتا حلة) قال جماعة من الشراح: فائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع ولي القاتل على أكثر من مئاتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة كما هو المذكور في كتاب الدييات يجوز كما لو صالح على أكثر من مئاتي فرس، وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل انتهى. أقول: لست شعري ما بهم صوّروا ظهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيّق وحصرها فيه بكلمة إنما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة أظهر وأجلى، فإن للقاتل الخيار في أداء الدية من أي نوع شاء من أنواع الدية لا من غير أنواعها كما صرحوا به، فعلى قولهما يتمكن القاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الحلل كما يتمكن من أدائها من الأنواع

صالح على أكثر من مائة من الإبل. وقوله: (لأن عمر هكذا جعل على أهل كل مال منها) قال أبو يوسف: حدثنا ابن أبي ليلى، عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال: وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الدييات على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم، وعلى أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مئاتي بقرة، وعلى أهل الشياه ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مئاتي حلة (ولأبي حنيفة أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية) وهذه الأشياء ليست كذلك، ولهذا لا يقدر بها ضمان شيء مما وجب ضمانه بالإتلاف أو غيره فإن قيل: فالإبل كذلك، أجب بقوله: (والتقدير بالإبل عرف بالأثار المشهورة) كما رويناه (وعندهما في غيرها) فإن قيل: فليلحق بها دلالة. قلنا: حتى يثبت أنها في معناها من كل وجه وقوله: (وذكر في المعامل) أي في معامل المبسوط: أورد هذا شبهة على ما روي عن أبي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة أوجه ورودها أن محمداً ذكر في المعامل أنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو على أكثر من مئاتي بقرة أو على أكثر من مئاتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه، وذلك يدل على أن الأصناف الثلاثة أيضاً من الأصول

خبر مبدأ محذوف: أي وهي مائتا بقرة، وكذا في ألفا شاة ومائتا حلة قوله: (إنما يظهر فيما إذا صالح القاتل النخ) أقول: في الحصر كلام، فإن القاضي لا يحكم من غير الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولا يخير القاتل إلا فيها بخلاف مذهبهما قوله: (أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف) أقول: ضمير يقرر راجع إلى أحدهما قوله: (لأنه يناقض رواية كتاب الدييات) أقول: يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع إلى قولهما قوله: (والصواب) أقول: مقول القول.

(١) موقوف حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٤٢ والبيهقي ٧٧/٨ كلاهما من طريق حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن عمر قام خطيباً فقال: إن الإبل قد غلت. قال: فقوموا على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً، وعلى أهل البقر مئاتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مئاتي حلة. وإسناده حسن. للاختلاف المعروف في سلسلة عمرو بن شعيب.

المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على علي رضي الله عنه^(١) ومرفوعاً إلى النبي عليه الصلاة والسلام. وقال الشافعي: ما دون الثلث لا يتنصف، وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه، والحجة عليه ما رويناه بعمومه، ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتنا أقل، وقد ظهر أثر التقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه. قال: (ودية المسلم والذمي سواء) وقال الشافعي: دية اليهودي

الثلاثة المتفق عليها وهي الإبل والعين والورق، وعلى قوله في رواية كتاب الدييات لا يتمكن من أدائها إلا من هذه الأنواع الثلاثة قوله: (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 فيرفع الخلاف، وقيل هو قولهما) قال جمهور الشراح: أورد قوله وذكر في المعامل: أي في معامل المسوط شبهة على ما رووي عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة. ووجه ورودها أن محمداً ذكر في المعامل أنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه، وذلك دليل على أن الأصناف الثلاثة أيضاً من الأصول المقدره في الدية عنده أيضاً، وذكر الجواب بوجهين: أحدهما الشبهة ويرفع الخلاف. وثانيهما يرفع الشبهة بحمل رواية المعامل على أنها قولهما، ثم إن صاحب العناية رد الوجه الأول منهما حيث قال: ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الدييات كما مر آنفاً انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن مدار الوجه الأول على عدم قبول صحة رواية كتاب الدييات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم، وكونه مناقضاً لرواية كتاب الدييات إنما ينافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل الوجه. يدل عليه قطعاً عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين: أحدهما أنه صحح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أعني رواية الخلاف غير صحيح، بل الصحيح رواية كتاب المعامل، والخلاف بينهم غير ثابت، بل هذه الأنواع: أعني البقر والغنم والحلل في الدية من الأموال المقدره انتهى. وتصحيح إحدى الروايتين ومنع الأخرى ليس بعزيز في كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب. وقال

المقدره في الدية عنده أيضاً. وذكر الجواب بوجهين: أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف، ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الدييات كما مر آنفاً. والثاني يرفعها بحمل رواية المعامل على أنها قولهما، وحمل بعض مشايخنا على أن في المسألة عنه روايتين. قال: (ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ) دية المرأة على النصف من دية الرجل، وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على علي ومرفوعاً إلى النبي ﷺ، والموقوف في مثله كالمرفوع، إذا لا مدخل للرأي فيه. وقال الشافعي: ما دون الثلث لا يتنصف. قال في النهاية: الصواب أن يقال: وقال الشافعي: الثلث وما دونه لا يتنصف. وذكر في ديات المسوط: وكان زيد بن ثابت يقول: إنها تعادل الرجل إلى ثلث ديتها: يعني إذا كان الأرض بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء، فإن زاد على الثلث فحينئذٍ حالها فيه على النصف من حال الرجل، ولذلك قال بعد هذا في قول المصنف اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه. والصواب أن يقال: اعتباراً بها وبما فوق الثلث، وفيه نظر لأنه قال في شرح الكافي: قال محمد في الأصل: بلغنا عن علي أنه قال: دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس. قال: وبذلك نأخذ، ثم قال: وقال زيد بن ثابت: ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف. وبه أخذ الشافعي، وهذا يصحح قول المصنف. واحتجوا في ذلك بأن النبي ﷺ قال «تعادل المرأة الرجل إلى ثلث الدية» وبما حكى عن ربيعة قال: قلت لسعيد بن المسيب: ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة قال: عليه عشر من الإبل، قلت: فإن قطع أربع أصابع منها؟ قال: عليه عشرون من الإبل، قلت: فإن قطع ثلاث أصابع؟ قال: عليه ثلاثون من الإبل، قلت: فإن قطع أربع أصابع؟ قال: عليه عشرون من الإبل، قلت: سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها؟ قال: أعراقي أنت؟ فقلت لا بل جاهل مسترشد أو عاقل مستتب، فقال: إنه السنة، وبه أخذ الشافعي وقال: السنة إذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله ﷺ، والحجة عليه ما رويناه بعمومه، وأن

(١) ضعيف مرفوعاً. أخرجه البيهقي ٩٥/٨ بسنده عن معاذ مرفوعاً وقال البيهقي: وفيه ضعف. ثم قال بعد صحيفه: وروي عن معاذ مرفوعاً بإسناد لا يثبت مثله. وورد موقوفاً على عمر. أخرجه ابن أبي شيبة ٢٨/١١ وإسناده جيد وأخرجه ابن أبي شيبة ٢٨ / ١١ والبيهقي ٩٦. ٩٥/٨ عن ابن مسعود وعلي موقوفاً عليهما وإسناده جيد

والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم. وقال مالك: دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام «عقل الكافر نصف عقل المسلم»^(١) والكل عنده اثنا عشر ألفاً. وللشافعي ما روى «أن النبي عليه الصلاة والسلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم»^(٢). ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار»^(٣) وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما^(٤)، وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف رواه ولم يذكر في كتب الحديث، وما روينا أشهر مما رواه فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم.

بعض الفضلاء لدفع ردّ صاحب العناية: الوجه الأول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع إلى قولهما انتهى. أقول: هذا لا يصلح لدفع رده الوجه المزبور، وإنما يصلح لأن يكون جواباً آخر عن أصل الشبهة لأن ماله إلى أن يكون في المسألة عنه روايتان ويكون المروى في إحداهما قوله الأول وفي الأخرى قوله الآخر الذي رجع إليه، وقد ذكره أيضاً صاحب العناية بعد بيان ذلك الوجهين وردّ أحدهما حيث قال: وحمل بعض مشايخنا على أن في المسألة عنه روايتين انتهى. ومدار رده أحد ذلك الوجهين على أن يكون المراد به تقرير الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح. وذلك لا يتصور إلا بأن ينحصر القول منه في هاتيك المسألة فيما ذكر في المعامل، وإلا لا تتقرّر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكر تفهم قوله: (ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتا أقل) وقد ظهر أثر النقصان بالتصنيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه. أقول: لئلا يقال أن يقول: حاصل هذا

حالتها أنقص من حال الرجل، قال الله تعالى: ﴿وللرجال عليهم درجة﴾ ومنفعتا أقل لا تتمكن من التزوج بأكثر من زوج واحد، وقد ظهر أثر النقصان في التصنيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للأصل، والحديث المروى نادر، ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن إثباته بالشاذ النادر، وقول سعيد إنه السنة يريد به سنة زيد، فإن كبار الصحابة أفتوا بخلافه، ولو كانت سنة الرسول عليه الصلاة والسلام لما خالفوها. قال: (ودية المسلم والذمي سواء) ودية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها، وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح. وقد استدلت الشافعي بقوله تعالى: ﴿لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة﴾ ويقول تعالى: ﴿أمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوي﴾ ويقول ﷺ «المسلمون متكافؤ دماءهم» يدل على أن دماء غيرهم لا تتكافؤ، ولأن نقصان الكفر فوق نقصان الأنوثة، وبالأنوثة تنقص الدية فالكفر أولى، وبأن الرق أثر من آثار الكفر وبه تنقص الدية فبالكفر الموجب له أولى. والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهما لا يعارضان قوله تعالى:

(١) أحخره الترمذي ١٤١٣ والنسائي ٤٥/٨ والطيالسي ٢٢٦٨ وأحمد ٢٢٤/٢ والبيهقي ١٠١/٨ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً. واللفظ للنسائي. وغيره وأما لفظ الترمذي فهو: دية عقل الكافر نصف دية عقل المؤمن.
وأخرجه أبو داود ٤٥٨٣ وأحمد ١٨٠/٢. ٢١٥ كلاهما من حديث ابن إسحق عن عمرو بن شعيب به. وحديث ابن إسحق حسن.
وأخرجه ابن ماجه ٢٦٤٤ والبيهقي ١٠١/٨ عن عمرو بن شعيب عن أبيه مرفوعاً: دية المعاهد نصف دية المسلم. وعند أبي داود «الحرز» بدل «المسلم»

الخلاصة: مداره على عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وحديث عمرو من نوع الحسن والله تعالى أعلم. لا سيما وله شاهد أخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٣٦٥/٤ من حديث ابن عمر وفيه من يحتاج إلى الكشف عن حاله. إلا أنه يشهد له.
(٢) لا أصل له مرفوعاً. وقد أخرجه الشافعي في مسنده ١٠٦/٢ والدارقطني ١٧٠/٣ والبيهقي ١٠٠/٨ كلهم عن ابن المسيب عن عمر مرفوعاً. وإسناده حسن إلى ابن المسيب لكن اختلف في سماعه من عمر. فالأثر واد. وصدره ورد عن عثمان. أخرجه الشافعي ١٠٦/٢ والبيهقي ١٠٠/٨ وإسناده حسن. لكن لفظ «ودية المجوسي ثمانمائة درهم» غريب عن عمر لأن فيه التسوية بين المسلمين، والمجوس. وهذا بعيد غريب.
(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود في مراسيله ٢٢٩ عن ابن المسيب مرسلاً. وخالفه الشافعي فرواه ١٠٦/٢ من طريق محمد بن الحسن بسنده عن ابن المسيب موقوفاً عليه. وفيه سفيان بن حسين متكلم في روايته عن الزهري وهو هنا من هذا الوجه.
(٤) أثر عمر وأبي بكر. ورد من طرق واهية ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٣٦٧/٤ وفي الدراية ٢٧٥/٢.

التعليل القياس، ولا مجال له في هذا الباب لأن الدية من المقدرات الشرعية، ولا يجري القياس في المقادير ما نصوا عليه. ثم إن صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه لثلاثة يلزم مخالفة التبع للأصل، وتبعه العيني. أقول: لمانع أن يمنع بطلان اللازم إذ لا محذور في مخالفة التبع الذي هو الأطراف للأصل الذي هو النفس في بعض الأحكام؛ ألا يرى أن القصاص يجري بين الرجل والمرأة ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنائيات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس وما دونها في حكم الدية أيضاً.

﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله﴾ والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن. وعن الحديث بأنه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة، وعن المعقول بأن النقصان بالأنوثة والرق من حيث النقصان في المالكية، فإن المرأة تملك المال دون النكاح، وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية، والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية، ولا يرتاب أحد أن نفس كل شخص أعز مما في يده من المال، والذمي يساوي المسلم في ضمان ماله إذا أتلف ففي النفس أولى، وإن لم يكن لنا في المسألة إلا ما روي الزهري أن دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف، وما روي عن علي رضي الله عنه لشهرته: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا، وما روي عن ابن مسعود: دية الذمي مثل دية المسلم، وما روي عن ابن عباس «أن النبي ﷺ ودى ذمياً قتل بمائة من الإبل» لكان لنا من الظهور في المسألة ما لا يخفي على أحد.

قوله: (ومثل هذا الحكم يحيله عقل كل عاقل) أقول: وهو أن يقل الأرض إذا كان مصابها أكثر وألمها أشد على ما مر آنفاً قوله: (ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول: الموقوف في مثله كالمرفوع على ما مر مراراً، إذ لا مدخل للرأي فيه خصوصاً في مثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل، ولو لم يكن سنة لما قاله زيد رضي الله تعالى عنه فالجواب قوله: (والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن) أقول: فيه أنه لا دلالة على العهد، ويجوز أن يكون الحديث منياً للمراد قوله: (ففي النفس أولى) أقول: ولا ينتقض بالمرأة لثبوتها بالأثر.

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 بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال «في النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي المارن الدية»^(١) وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه الصلاة والسلام قال «في النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي المارن الدية»^(٢). الأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعته على الكمال أو أزال جماً مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي. أصله قضاء رسول الله ﷺ

فصل الدية فيما دون النفس

لما ذكر حكم الدية في النفس في هذا الفصل حكمها فيما دون النفس لأن الأطراف تابعة للنفس فأنبغ ذكر حكمها أيضاً تحقيقاً للمناسبة قوله: (أصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية كلها في اللسان والأنف) قال في الكافي وغاية البيان: فقسنا عليه غيره إذا كان في معناه انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الدية من المقدرات الشرعية وبقياس لا

فصل فيما دون النفس

لما فرغ من ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها وهو ما دونها. قال: (وفي النفس الدية وقد ذكرناه) وأعاد ذكر النفس في فصل ما دون النفس تمهيداً لذكر ما بعد. وقوله ذكرناه: يعني في أوائل الجنائيات. ومعنى قوله في النفس الدية: يجب الدية

فصل فيما دون النفس

قال المصنف: (وفي النفس الدية) أقول: أي تجب الدية بسبب إتلافها، ففي السببية قوله: (كما إذا قطع لسان الأخرس، إلى قوله: والعين العوراء والسن السوداء) أقول: من قبيل: * علفتها تبناً وماء بارداً * إذ الواقع في العين والسن القلع والكسر.

(١) غريب جداً. قال الزيلعي في نصب الرأية ٤/٣٦٩: مرسل ابن المسيب لم أجده اه. ومثله قال الحافظ في الدراية ٢/٢٧٦.

(٢) حسن لطرفه. حديث كتاب عمرو بن حزم مشهور فقد أخرجه مالك ٢/٨٤٩ ح ١ وعنه الشافعي ٢/١٠٨ والنسائي ٨/٦٠ كلهم عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه: أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم في العقول: أن في النفس مائة من الإبل، وفي الأنف إذا أوجعي جذعاً مائة من الإبل، وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة مثلها، وفي العين خمسون، وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون، وفي كل أصبع مائة من الإبل، وفي السن خمس وفي الموضحة خمس.

هذا لفظ مالك. والخبر مرسل وفي رواية: وفي اللسان الدية. وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي العين الواحدة نصف الدية

وهذا السياق وأتم منه عند النسائي ٨/٥٧. ٥٩. ٦٠. والحاكم ١/٣٩٥. والبيهقي ٨/٨٨ كلهم عن أبي بكر بن حزم عن أبيه عن جده. وهذا متصل إلا أن فيه سليمان بن أرقم ضعيف بل قال النسائي عقبه: متروك.

ورواه أبو داود في مراسله ٢٢٥ والنسائي عن الزهري قال: قرأت في كتاب رسول الله ﷺ لعمر بن حزم... فذكره

وقال الحاكم عقب حديثه: هذا حديث مفسر يشهد له بالصحة أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز وإمام العلماء في عصره الزهري. والخولاني وهو سليمان بن داود وإن كان غمزه ابن معين لكن لدينا عن أبي حاتم وقد سئل عن كتاب ابن حزم فقال: الخولاني لا بأس به قال ابن أبي حاتم: وسمعت هذا من أبي زرعة اه.

قلت: لكن صواب النسائي رواية سليمان بن أرقم دون سليمان بن داود والله أعلم.

وجاء في التلخيص ٤/١٧ ما ملخصه: قال ابن حزم. أي الأندلسي: صحيفه ابن حزم منقطعة لا تقوم بها حجة. ثم قال ابن حجر:

لكن صححه الحاكم، وابن حبان، والبيهقي، ونقل عن أحمد قال: أرجو أن يكون صحيحاً. وقد صحح هذا الكتاب جماعة لا من حيث الإسناد ولكن من حيث الشهرة

فقال الشافعي: لم يقلوا هذا الحديث حتى ثبت عندهم أنه كتاب رسول الله ﷺ. وقال ابن عبد البر: هذا كتاب مشهور عند أهل السير يستغنى شهرتها عن الإسناد ويدل على شهرته ما رواه مالك عن الليث عن يحيى عن ابن المسيب قال: وجد كتاب عند آل حزم يذكر أن كتاب رسول الله ﷺ وقال العقيلي: هذا حديث ثابت محفوظ إلا أنا نرى أنه غير مسموع فوق الزهري اه ابن حجر. فهذا الخبر ينبغي أن يكون حسناً والله أعلم.

بالدية كلها في اللسان والأنف، 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 القصبه 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 تقسم على عدد الحروف، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان؛ فيقدر ما لا يقدر تجب، وقيل إن قدر على أداء أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلال، 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 الإعلاق عادة، وكذا في الحشفة الدية كاملة، لأن الحشفة أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبه كالتابع له. قال: (وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الإدراك إذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده (وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو

يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي هنا أن يقال: فالحقنا به غيره دلالة قوله: (ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر تجب) قال جمهور الشراح: والحروف التي تتعلق باللسان هي الألف والتاء والثاء والجيم والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية: وفي كون الألف من ذلك نظر، لأنه من أقصى الحلق على ما عرف انتهى. قوله: نظره ساقط إذا الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالألف والتاء والثاء وغيرها مما ذكروا هو الألفاظ التي يتجهى بها لا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلم، والذي من أقصى الحلق إنما هو الحرف الذي يقع جزء الكلم كما في أول أخذ وأوسط سأل وآخر قرأ؛ لا الحرف الذي يتجهى به وهو لفظ ألف إذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الأوسط الذي هو اللام، فمنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم، كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكرا الهمزة بدل الألف كما لا يخفى. فإن قلت: الألفاظ التي يتجهى بها أسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التي ركب منها الكلم كما حققه صاحب الكشف في أول سورة البقرة، وجمهور الشراح إنما عدوا الألف ونظائره من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك ما يتجهى به من الألفاظ؟ قلت: قد وقع في عبارات المتقدمين إطلاق الحروف على تلك الألفاظ مسامحة استعمالاً للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه أيضاً صاحب الكشف هناك وكلام هؤلاء الشراح ها هنا، بل كلام المصنف أيضاً جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجي. فإن

بسبب إتلافها، كما يقال في النكاح حل، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام «في خمس من الإبل السائمة شاة». وقوله: (وفي المارن الدية) يعني فيما دون قصبه الأنف وهو ما لان منه كل ما لا ثاني له في البدن عضواً كان أو معنى مقصوداً تجب بإتلافه كمال الدية، ومن الأعضاء ما هو أفراد كالأنف واللسان والذكر، ومنها ما هو مزدوج كالعينين والأذنين والحاجبين والشفتين واليدين وتديي المرأة والأثنيين والرجلين، ومنها ما هو أربع كأشعار العينين، ومنها ما أعشار كأصابع اليدين والرجلين، ومنها ما زاد على ذلك كالأسنان (والأصل في الأطراف أنه إذا فوتت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً، في الأدمي على الكمال يجب كل الدية) وقيد المنفعة والجمال بالكمال. لأن غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وإن كان فيه تفويت عضو مقصود، كما إذا قطع لسان الأخرس أو آلة الخصي والعين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطأ، لأنه لم يفوت جنس منفعة ولا فوتت جمالاً على الكمال. وإنما فيه حكومة عدل. وأما إذا أثلف الكامل فيجب فيه كمال الدية (لإتلافه كل النفس من وجه. وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للأدمي، أصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية كلها في اللسان والأنف، وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة) فإن كان جنس المنفعة أو

قوله: (أو استخلف على البتات) أقول: أي لا على العلم لأنه فعل نفسه.

فوقه) لأن كل واحد منها منفعة مقصودة، وقد روي: أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع دييات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر. 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 تجب فيهما حكومة عدل، لأن ذلك زيادة في الأدمي، ولهذا يخلق شعر الرأس كله، واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة. ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويتها على الكمال فتجب الدية كما في الأذنين الشاحصتين، 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 أنه يجب فيها كمال القيمة. والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر. قال: (وفي الشارب حكومة عدل هو الأصح) لأنه تابع للحية فسار كبعض أطرافها (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 فقيه حكومة عدل) لأن فيه بعض الجمال (وإن كان متصلاً فقيه 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 الجنابة ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل، وإن نبتت بيبضاء فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيد جمالاً، وفي العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته، وعندهما تجب حكومة عدل لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزينه، ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور (وفي

قلت: لم لم يريدوا بالحروف ها هنا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلم ولم يخرجوا الألف من عداد الحروف التي تتعلق باللسان؟ قلت: لعل سز ذلك أن الفاتت من الحروف إنما يعرف بالامتحان، والامتحان إنما يكون في العادة بحروف التهجي كما وقع بها في قصة علي رضي الله عنه، وهي ما روي أن رجلاً قطع لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك. وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهو الأصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها، فجروا ها هنا في العبارة والإرادة على وفق ذلك تأمل تقف قوله: (وإن كان متصلاً فقيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال) أقول: يرد على ظاهر هذا التعليل أنه يتنافى سياق كلامه، فإنه قسم لحية الكوسج على ثلاثة أقسام وجعل منها ما كان متصلاً؛ فقوله لأنه ليس بكوسج في تعليل قوله وإن كان متصلاً فقيه كمال الدية يتنافى ذلك. والجواب أن مراده بقوله لأنه ليس بكوسج أنه ليس بكوسج حقيقة وإن كان في صورة الكوسج، والذي قسم لحيته على ثلاثة أقسام في سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة قوله: (والأسنان والأضراس كلها سواء) قال في العناية: قالوا فيه نظر. والصواب أن يقال: والأسنان كلها سواء، أو يقال: والأنياب والأضراس كلها سواء، لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون: أربع منها ثنانيا وهي الأسنان المتقدمة، اثنتان فوق واثنتان أسفل، ومثلها رباعيات وهي ما

الكمال قائماً بعضو واحد فعند إتلافه يجب كمال الدية، وإن كان قائماً بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية، وإن كان قائماً بأربعة أعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية، وإن كان قائماً بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية، وإن كان قائماً بأكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية، وكلامه واضح وقوله: (قيل تقسم الدية على عدد الحروف) يعني على جملة الحروف مما تعلق باللسان وغيره، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان. قال في النهاية: هي الألف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون، وفي كون الألف من ذلك نظر لأنه من أقصى الحلق على ما عرف، فما لم يمكنه إتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية. روي «أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمان علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث، فكلما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهذا يدل

قوله: (يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس) أقول: الأولى إسقاط لفظ كل.

الحاجبين الدية وفي إحداهما نصف الدية) وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل، وقد مرّ فيه في اللحية. قال: (وفي العينين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي الشفتين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الأنثيين الدية) كذا روي في حديث سعيد بن المسيب^(١) 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»^(٢) ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية، وفي تفويت إحداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية. قال: (وفي ثديي المرأة الدية) لما فيه من تفويت جنس المنفعة (وفي إحداهما 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 المنفعة الإرضاع وإمساك اللبن (وفي إحداهما نصفها) لما بيناه. قال: (وفي أشفار العينين الدية وفي إحداهما ربع الدية) قال رضي الله عنه: يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً كما ذكره محمد في الأصل للمجاورة كالراوية 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 القصة. قال: (وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه الصلاة والسلام «في كل أصبع عشر من الإبل»^(٣) ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها.

يلي الشنايا، ومنها أنياب تلي الرباعيات، ومثلها ضواحك تلي الأنياب، واثننا عشرة سنّاً تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل، وبعدها سن وهي آخر الأسنان تسمى ضرس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل، فلا يصح أن يقال: الأسنان والأضراس سواء لعوده، إلى معنى أن يقال: الأسنان وبعضها سواء

على صحة القيل الأول، وبه صححه شيخ الإسلام وبأن إقامة بعض الحروف وهو ما لا يفتقر إلى اللسان إن تهتأت بدون اللسان، لكن الإفهام الذي هو المقصود لا يتهتأ فيجب الامتحان بالجميع، وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس، فقيل إذا صدقه الجاني أو استحلفه على البتات ونكل ثبت قوامها، وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة إلى ذلك، فإن لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والإنكار. فطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادي، فإن أجاب علم أنه يسمع. وحكى الناطق عن أبي خازم القاضي أن امرأة تطارشت في مجلس حكمه، فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها ثم قال لها فجأة: غطي عورتك، فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها وظهر مكرها. وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين، فإن دمعت عينه علم أن الضوء باق. وإن لم تدمع علم أن الضوء ذاهب. وذكر الطحاوي أنه يلقي بين يديه حية، فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره. وطريق معرفة الشم بأن يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة. فإن نفر عنها علم أنه لم يذهب شمه. وقوله: (لأن كل واحد منها مقصودة) يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر، بخلاف قتل النفس حيث لا يجب إلا دية واحدة لأن الأطراف تتبع النفس، أما الطرف فلا يتبع طرفاً آخر وبهذا يندفع ما قيل لو مات من الشجرة لم تلزمه إلا دية واحدة بفوات هذه المنافع بدون الموت أولى، فإن في الموت استتباعاً دون عدمه، وعلى ذلك ما روي عن عمر كما ذكر في الكتاب. وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه يفوت به منفعة الجمال، قالوا: لو حلق رأس إنسان أو لحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات، فإن مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الحائق، وقالوا: فيه حكومة، وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء. وقوله: (كما في الأذنين الشاخصتين) أي

(١) مرسل ابن المسيب. غريب تقدم في أول هذا الباب.

(٢) هو بعض كتاب عمرو بن حزم تقدم قبل مرسل سعيد.

(٣) هو عجز حديث كتاب عمرو بن حزم. وورد من وجوه أخرى

قال: (والأصابع كلها سواء) لإطلاق الحديث، ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال، كذا أصابع الرجلين لأنه يفوت قطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة، ثم فيهما عشر أصابع فتتقسم الدية عليها أعشاراً قال: (وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل؛ ففي أحدها ثلث دية الأصبع وما فيها مفصلان 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»^(١) والأسنان والأضراس كلها سواء لإطلاق ما روينا، ولما روي في بعض الروايات: «والأسنان كلها سواء»^(٢) ولأن كلها في

انتهى. أقول: في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في أوله: والصواب أن يقال وفيه إشارة إلى أن ما في الكتاب خطأ، وقيل في آخره فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء، وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع أن تصحيحه على طرف التمام فإن عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت مزيتها في علم البلاغة وله أمثلة كثيرة في التثنية منها قوله تعالى ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى﴾ ومنها قوله تعالى ﴿من كان عدو الله

المرتفعتين وصفهما لدفع إرادة السمع. وقوله: (أنه يجب فيهما كمال القيمة) هي رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتباراً بالدية في الحرّ لفوات الجمال (والتمخرج على الظاهر) وهو أنه يجب نقصان القيمة. وقوله: (هو الأصح) احترازاً عما قال بعض مشايخنا: يجب فيه كمال الدية لأنه عضو على حدة ويفوت به الجمال. وقوله: (ويستوي الخطأ والعمد) يعني كما تجب الدية في حلق الرأس والذية خطأ فكذا إذا حلقهما عمداً. قيل وصورة حلقهما خطأ أن يظنه مباح الدم فحلق الولي لحيته ثم ظهر أنه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجود إذا كان عمداً فما المانع عنه مع الإمكان. وأجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت إلا بالنص أو دلالته. ولا نص في الشعور، وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لأنه لا يحتاج في تفويتها إلى الجراحة والضرب، ولا يتوهم فيها السراية كما تتوهم في الجراحات، وليس فيه إماتة ذي الروح فلا يجوز إلحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياساً. قال: (وفي العينين الدية) الأصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها. والأشعار جمع شفر بالضم. قال المصنف: يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً، ولعله قال ذلك دفعاً لخطئه من خطأ محمداً في إطلاق الأشعار على الأهداب، قالوا: الأشعار منابت الشعر وهي حروف العينين وأطرافها، والشعور التي عليها تسمى الهدب، فقال المصنف: يحتمل أن مراده الأهداب فيكون مجازاً للمجاورة من ذكر المحل وإرادة الحال، ويحتمل أن مراده الحقيقة، فإن في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال على ما ذكر في الكتاب. وقوله: (وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع) يعني أن عشر الدية الواجب بإزاء كل أصبع إنما هو بمقابلة مفاصلها. فما فيه ثلاثة مفاصل كان لكل منها ثلثه، وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه. وقوله: (والأسنان والأضراس كلها سواء) قالوا: فيه نظر. والصواب أن يقال: والأسنان كلها سواء. أو يقال: والأنياب والأضراس كلها سواء، لأن السن

قوله: (وليس فيه إماتة ذي الروح) أقول: أي ليس في الشعر روح.

قوله: (كما تقدم في حلق الحاجبين) أقول: ولك أن تقول في الحاجب منعة، فإنه يرد العرق عن العين ويفرقه، ذكره الكاكي لكنه كلام على السند قوله: (ألا يرى أنه إذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا ائدية) أقول: ولك أن تقول: إنما لا تجب الدية في اليد الشلاء لأن الزينة فيها ليست بكاملة؛ ألا يرى أن الإنسان يتجمل بها عند من لا يعرف حالها، وأما عند من يعرف حالها فلا جمال فيها، وإذا لم تكمل الزينة لم يكمل الأرض بل وجب الحكومة قوله: (فإذا اجتمع جعل الجمال تابعاً أيضاً) أقول: لو كان تابعاً لم يجب شيء بتفويته، والله تعالى أعلم.

(١) غريب من حديث أبي موسى. وقد أخرجه أبو داود ٤٥٦٣ والنسائي ٥٦٠٥٨/٨ والدارمي ١٩٤/٢ والبيهقي ٨٩/٨ من طرق كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: «في الأسنان خمس من الإبل» ورواية: «الأسنان سواء خمساً خمساً» وتقدم خير عمرو بن حزم في كتابه وفيه: «وفي السن خمسة» من الإبل.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٥٨ وابن ماجه ٢٦٥٠ وابن الجارود ٧٨٣ من طرق عن ابن عباس قال: «قال رسول الله ﷺ: الأصابع سواء، والأسنان سواء الضرس، والثنية سواء» ورواية للبخاري: «والأسنان كلها سواء» أنظر نصب الراية ٣٧٤/٤. والحديث إسناده حسن رجاله كلهم ثقات.

أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدي والأصابع، وهذا إذا كان خطأ، فإن كان عمداً ففيه القصاص وقد مرّ في الجنائيات. قال: (ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوءها) لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤها تجب الدية) لتفويت جنس المنفعة (وكذا لو أهدبه) لأنه فوت جمالاً على الكمال وهو استواء القامة (فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه) لزوالها لا عن أثر.

وملائكته ورسله وجبريل وميكايل ﴿فجاز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك، ويعود حاصل معناه إلى أن يقال: الأضراس وما عدها من الأسنان سواء فإنه إذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور. ثم أن قوله أو يقال والأنياب والأضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على ما في الكتاب، فإن الأضراس تعم الأنياب كما أفصح عنه في المغرب حيث قال: الأضراس ما سوى الثنايا من الأسنان، وكذا ذكر في النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والأنياب والأضراس سواء إلى أن يقال: وبعض الأضراس والأضراس كلها سواء لمثل ما ذكر في الإيراد على ما في الكتاب، فلا معنى لأن يكون ذلك صواباً دون ما في الكتاب. نعم الأظهر في إفادة المراد هاهنا أن يقال: والأسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث^(١)، أو أن يقال: والأضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط.

اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون: أربع منها ثنايا وهي الأسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل، ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا. ومثلها أنياب تلي الرباعيات، ومثلها ضواحك تلي الأنياب، واثنان عشرة سنأ تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل، وبعدها سن وهو آخر الأسنان يسمى ضررس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل، فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء لعوده إلى معنى أن يقال الأسنان وبعضها سواء، فإذا ضرب رجل رجلاً حتى سقطت أسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية، وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم، وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان، ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص. وقوله: (لأن المتعلق) يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة. فإن قيل: لا نسلم أن فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية، بل الجمال أيضاً مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية، وليس أحدهما أولى باستتباعه الآخر فيكون الحصر في غير موقعه. أجيّب بأن الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة، وأما إذا كان الجمال تابع: ألا ترى أنه إذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية، لأن المقصود باليد لما كان المنفعة لم تتكامل الجنابة من حيث تفويت الجمال، فإذا اجتمعا جعل الجمال تابعاً أيضاً، لأنه إذا كان تابعاً عند الانفراد فلأن يكون تابعاً عند الاجتماع لوجود المستتبع أولى. وقوله: (لتفويت جنس المنفعة) يعني منفعة النسل. وقوله: (لأنه فوت جمالاً على الكمال) هو استقامة القامة. قيل وفي تفسير قوله تعالى ﴿لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم﴾ أي منتصب القامة وهي تزول بالحدوبة.

(١) هو بعض المتقدم، واللفظ للجزار.

فصل في الشجاج

قال: (الشجاج عشرة: الحارصة) وهي التي تحرص الجلد: أي تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهي التي تظهر الدم ولا تسليه كالدمع من العين (والدامية) وهي التي تسيل الدم (والباضعة) وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه (والمتلاحمة) وهي التي تأخذ في اللحم (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: أي تكسره (والمنقلة) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر: أي تحوله (والأمة) 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

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله اسماً وحكماً ذكره في فصل على حدة، كذا في الشروح. قلت: لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل في قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من أنواع ما دون النفس في فصل وذكر سائر أنواعه التي ستجيء في الفصل الآتي في فصل آخر أيضاً لكان أحسن وأوفق لما هو المعتاد في نظائره كما لا يخفى قوله: (والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسليه كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل الدم) أقول: تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذي ذكره المصنف، وإن وقع في كثير من الكتب المعتمدة من الفقه كالبدائع والكافي وعمامة الشروح واقتضاء ترتيب القدوري في مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرحه لمختصر الكرخي، إلا أنه منظور فيه عندي لأنه مخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها، فإنه قال في المغرب: الدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين، وقبلها الدامية وهي التي تدمي من غير أن يسيل منها دم انتهى. وقال في الصحاح: والدامعة من الشجاج بعد الدامية. قال أبو عبيد: الدامية هي التي تدمي من غير أن يسيل منها دم، فإذا سال منها الدم فهي الدامعة بالعين غير معجمة انتهى. وقال في القاموس: والدامعة من الشجاج بعد الدامية اهـ. إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة وسبجيء من المصنف التصريح بأن الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل على الاصلاح المحض. ثم أقول: الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلاً عن الطحاوي حيث قال فيه: اعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي تشق

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله ذكره في فصل على حدة. قال: (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة، وبعد القطع إما أن يظهر الدم أو لا، الثاني هو الحارصة. والأول إما أن يسيل الدم بعد الإظهار أو لا، والثاني هو الدامعة. والأول إما أن يقطع بعض اللحم أو لا، والثاني هو الدامية. والأول إما أن يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم أولاً، والثاني هو الباضعة. والأول إما أن أظهر الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم أو لا، والثاني هو المتلاحمة. والأول إما أن يقتصر على الإظهار أو يتعدى، والأول هو السمحاق، والثاني إما أن يقتصر على إظهار العظم أو لا، والأول هو الموضحة، والثاني إما أن يقتصر على كسر العظم أو لا، والأول هو الهاشمة، والثاني إما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله إلى الجلدة التي بين العظم والدماغ أو لا، والأول هو المنقلة، والثاني هو

فصل الشجاج

قوله: (ووجه ذلك أن قطع الجلد) أقول: فيه أن الخدش لا يطلق عليه القطع في المتعارف، والموجود في الثلاث الأول ذلك. قوله: (والأول إما أن يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم) أقول: ضمير بينه راجع إلى الجلد في قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد قوله: (والثاني وهو الباضعة)، أقول: الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هي التي تقطع الجلد قوله: (والأول إما أن يقتصر على

الموضحة^(١) ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص. قال: (ولا قصاص في بقية الشجاج) لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لاحق ينتهي السكين إليه، ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه، وهذا رواية عن أبي حنيفة. وقال محمد في الأصل 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 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

الجلد مأخوذ من قولهم حرص القصار الثوب إذا شقه في الدق ولا تدميه، ثم الدامية وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم، هكذا الطحاري وذكر شيخ الإسلام: هي التي تقشر الجلد وتدميه سواء كان سائلاً أو غير سائل، ثم الدامعة وهي التي تدمي وتسيل الدم، هكذا ذكر الصحاري في كتابه. وذكر شيخ الإسلام: هي التي تسيل الدم أكثر مما يكون في الدامية من السيلان مأخوذ من دمع العين، فكأنها سميت بهذا الاسم لأن الألم يصل إلى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجد من الألم، إلى هنا لفظ المحيط فتبصر قوله: (والباضعة وهي التي تبضع الجلد: أي تقطعه) أقول: في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتور، وإن تابعه صاحب الكافي وكثير من المتأخرين فيه، لأن قطع الجلد المتحقق في الصورة الأولى أيضاً سيما في الدامعة والدامية، إذ الظاهر أن شيئاً من إظهار الدم وإسائله لا يتصور بدون قطع الجلد. وقد صرح الشراح بتحقيق قطع الجلد في كل من الأنواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملاً للكل غير مختص بالباضعة، فالظاهر في تفسير ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال في المحيط: ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم: أي تقطعه. وقال في البدائع: والباضعة هي التي تبضع اللحم: أي تقطعه انتهى. ويعضد ذلك ما وقع في معتبرات كتب اللغة، فإذا قال في المغرب: وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى. وقال في الصحاح: والباضعة: الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمي إلا

الأمة وهي العاشرة، ولم يذكر ما بعدها وهي الدامعة بالغين المعجمة، وهي التي تخرج الدماغ لأن النفس لا تبقى بعدها فكان ذلك قتلاً لا شجة على ما يجيء في الكتاب. وليس الكلام فيه، فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب، وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها، ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح. قوله: (ولأن فيما فوق الموضحة) يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والأمة. وقوله: (وفيما قبل الموضحة) يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة إلى السمحاق. والمسبار ما يسبر به الجرح: أي يقدر قدر غوره بحديدة أو غيرها، والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها إنما هو على رواية غير الأصل، وأما على روايته فقد قال: يجب القصاص فيما فوق الموضحة. وقوله: (وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الإيضاح: الجائفة ما اتصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنيين، والاسم دليل عليه، وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مفطراً، وما فوق ذلك فليس بجائفة. قال في النهاية: فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقاً، وذلك لأن

الإظهار) أقول: أي إظهار الجلدة الرقيقة قال المصنف: (وهو محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة الخ) أقول: وعلى ما ذكره محمد تبقى التي تأخذ من اللحم غير مذكورة، إلا أن نعم الباضعة لها كما ذكره الإمام الزيلعي وغيره من الشراح قال المصنف: (ولأنه إنما ورد الحكم فيها الخ) أقول: دليل على عدم جواز إلحاق الجراحة بها دلالة، ففي قوله ولأنه تسامح قال المصنف: (وهو العضوان هذان لا سواهما) أقول: اليد أيضاً كذلك، ثم الرأس يستر غالباً بالعمامة، نعم كشفه أكثر من كشف سائر البدن.

(١) غريب هكذا. قال الزيلعي في نصب الرابية ٤/٣٧٤: غريب. وكذا ذكر ابن حجر ٢/٢٧٨: لم أجده. ثم قال: وروى البيهقي عن طاووس مرسلًا: «ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات» اهـ.
ومفهومه أنه في الموضحة قصاص، وانظر سنن البيهقي ٨/٨٣.

العزير. قال: (وفي الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية، وفي الهاشمة عشر الدية، وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية، وفي الآمة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، فإن نفذت 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 الآمة» ويروى «المأمومة ثلث الدية» وقال عليه الصلاة والسلام: «في الجائفة ثلث الدية»^(١) وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت إلى جانب الآخر بثلثي الدية، ولأنها إذا نفذت منزلة جائفتين إحداها من جانب البطن وأخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلها وجب في النافذة ثلثا الدية^(٢)، وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال: هي التي يتلاحم فيها الدم

أنه لا يسيل الدم انتهى. وقال في القاموس: والباضعة: الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقاً خفيفاً وتدمي إلا أنها تسيل الدم انتهى. لا يقال: فعلى هذا تشبه الباضعة بالمتلاحمة، فإذا قال في الكتاب: والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم، وهذا في المأل عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة. لأننا نقول: من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر في الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيلاً. وعن هذا قال في المحيط: ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم: أي تقطعه. قال شيخ الاسلام: ولا تنزع شيئاً من اللحم. ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئاً من اللحم، إلى هنا لفظ المحيط. وقال في البدائع: والباضعة هي التي تبضع اللحم: أي تقطعه، والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى. وقال في المغرب: والمتلاحمة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها: أي تتلاءم وتتلاصق اه، وقال في الصحاح: والمتلاحمة: الشجة التي أخذت في اللحم ولم تبلغ السمحاق انتهى. وقال في القاموس: وشجة متلاحمة أخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى. قوله: (وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الإيضاح: الجائفة ما تصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه. وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مفطراً، وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى. وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك: فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقاً، وكذا قال في العناية نقلاً عن النهاية. أقول: نعم على ما ذكر في الإيضاح يكون الأمر كذلك، إلا أن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد: وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن: يعني أنها لما تناولت ما في جوف الرأس أيضاً كانت من الشجاج فيما إذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مما وقع اتفاقاً قوله: (ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة) قال في النهاية ومعراج الدراية: وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضاً على ما ذكرنا من رواية الإيضاح انتهى. أقول: ليس لهذا الكلام وجه. إذ لا شك أن كل من الجبهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه، لأنهم صرحوا في أول كتاب الطهارة بأن حد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذن، لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها، وقد صرح الشراح فيما سيأتي في هذا الفصل حتى صاحبها النهاية ومعراج الدراية أنفسهما أيضاً لأن الذقن من الوجه بلا خلاف، والعظم

الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن. وقوله: (وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى) يعني يرجع إلى مأخذ الاشتقاق، فمحمد ذهب إلى أن المتلاحمة مشتقة من التحم الشيطان إذا اتصل أحدهما بالآخر، فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه، والباضعة بعدها لأنها تقطعه. وقوله: (وأما اللحيان) يريد به العظم الذي تحت الذقن، وقوله: (وقد تحققت فيه معنى

(١) هو بعض حديث عمرو بن حزم تقدم في أول الباب. الذي قبله وانظر سنن البيهقي ٨/ ٨٥ وليس فيه ذكر «الهاشمة»

(٢) أثر أبي بكر. أسنده البيهقي ٨/ ٨٥ عن ابن المسيب قال... فذكره عن أبي بكر.

ويسود، وما ذكرناه بدءاً مروى عن أبي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم. وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل إلى الدماغ. وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلاً في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة، ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة. وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة، والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح، حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر، وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف وهو إنما ورد فيما يختص بهما. ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذين يلحقه ببقاء أثر الجراحة، والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما. وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك، حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر. وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة، ولا مواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة. وقد

الذي تحت الذقن وهو اللحيان من الوجه أيضاً عندنا خلافاً لذلك. فقول المصنف ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس يشمل الكل، فبعد ذلك ما معنى أن يقال: وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضاً، وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضي المغايرة لا محالة قوله: (ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة) قال بعض الفضلاء: دليل على عدم جواز إلحاق الجراحة بها دلالة. ففي قوله ولأنه تسامح انتهى. أقول: إن أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع، وإن أراد أنه دليل أصالة على عدم وجود أرش مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضاً على عدم جواز إلحاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم. ولكن قوله ففي قوله ولأنه تسامح ممنوع، لأن قوله لأن التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجود أرش مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس. ولما كان قوله ولأنه إنما ورد الحكم فيها الخ دليلاً على ذلك أصالة كان حق الأداء أن يقال: ولأنه بلا تسامح أصلاً، ولعل ذلك البعض إنما غره تقدير صاحب الكافي ها هنا حيث قال: لأن الأثر بالتقدير جاء في الشجاج في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناهما حتى يلحق بهما، لأنه إنما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقهما ببقاء أثر الجراحة، والشين إنما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى. ولكن لتقرير المصنف شأن آخر كما ترى قوله: (إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة، وقد يتحقق فيهما معنى المواجهة أيضاً) قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الإسلام: ويجب أن يفترض غسل اللحيين في الطهارة لأنها من الوجه على الحقيقة، إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع ها هنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى. وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية أيضاً. وأما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال: قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضاً في الطهارة. وأجيب بأننا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع ها هنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى. واقضى أثره الشارح العيني. أقول: في الجواب إشكال عندي لأن اللحيين إذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى ﴿فاغسلوا وجوهكم﴾ المائدة (٦) فيكون ترك وجوب غسلهما بالإجماع نسخاً للكتاب بالإجماع، وقد تقرر في أصول الفقه أن الإجماع لا ينسخ الكتاب ولا السنة قوله: (وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن) أقول: فيه كلام، وهو أن الجائفة إن تناولت ما في جوف الرأس أيضاً فالتى في جوف الرأس منها إن كانت من أحد الأنواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها وبيان

المواجهة) قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضاً في الطهارة. وأجيب بأننا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع، ولا إجماع ها هنا فبقيت العبرة للحقيقة. وقوله: (ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين) مثاله إن كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفاً ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجب نقصان عشر قيمته فأوجب عشر الدية لأن قيمة الحر دية. قال قاضيخان: والفتوى على هذا. وقوله: (ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة) بيانه أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً فإنه ينظر كم

يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً. وقالوا: الجائفة تختص بالجوف: جوف الرأس أو جوف البطن، وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي أن يقوّم مملوكاً بدون هذا الأثر ويقوّم وبه هذا الأثر، ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين، فإذا كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية، وإن كان ربع عشر فربع عشر. وقال الكرخي: ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية، لأن ما لا نص فيه يرذ إلى المنصوص عليه.

حكمها بعد ذكر تلك الأنواع بأسرها وبيان حكم كل واحد منها، وإن لم تكن من أحد تلك الأنواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله في صدر الفصل الشجاج عشرة، إذ تكون الشجاج حينئذ إحدى عشرة، اللهم إلا أن يقال: هي إحدى تلك الأنواع وهو الآمة بدلالة كون حكمها ثلث الدية، وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الأنواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذي في جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذي في جوف الرأس لكنه تعسف لا يخفى.

مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة، وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة. قال شيخ الاسلام: هذا هو الأصح لحديث علي فإنه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد.

فصل

قال: (وفي أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا^(١)، فكان في الخمس الدية نصف ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر (فإن قطعها مع الكف ففبه أيضاً

فصل في الأطراف دون الرأس

لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حده، كذا في العناية وغيرها. أقول: لا يذهب عن الناظر مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة في الأطراف، بل بعضها متعلقة بالأطراف وبعضها متعلقة بالشجاج، وبعضها متعلق بالقتل، فالوجه المذكور إنما يتمشى في بعض منها دون الكل، فالأوجه عندي أن يقال: لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسألة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان أوردها المصنف في فصل على حده وأخرها عن الفصلين المازين جرياً على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافياً لما فات فيها، إلا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضاً اعتماداً على فهم الناظرين قوله: (وفي أصابع اليد نصف الدية) أي في أصابع اليد الواحدة نصف الدية، إذ في أصابع اليدين كما الدية كما مر أقول: لقاتل أن يقول: لما ذكر فيما مر أن في كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذكره هذه المسألة هنا مستدركاً، إذ لا شك أن خمسة أعشار الدية نصف الدية. فعلم قطعاً مما مر أن في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف الدية، ولو لم يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم مسألة بل كان لا بد فيه من التصريح بها للزم أن يذكر أيضاً أن في الأصبعين عشري الدية وفي ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفي أربع أصابع أربعة أعشار الدية، إلى غير ذلك من المسائل المتروكة ذكرها صراحة في الكتاب. ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسألة هنا ليس لبيان أصلها حتى يتوهم الاستدراك، بل ليكون ذكرها توطئة للمسألة المعاقبة إياها وهي قوله فإن قطعها مع الكف ففبه أيضاً نصف الدية، فالمقصود بالبيان هنا أن قطع الأصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان في الحكم، وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام: وفي أصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية قوله: (ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو موجب على ما مر) يعني أن قطع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو موجب الدية كاملة على ما مر، ففي تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة. ثم إن جمهور الشراح قالوا: قوله على ما مر إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها. أقول: فيه بحث، إذ الظاهر أن قوله على ما مر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله، وإلا لكان حق قوله وهو الموجب أن يؤخر عن قوله على ما مر، وإذا كان قوله على ما مر متعلقاً بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به إلى ما قاله هؤلاء الشراح، إذ ليس في ذلك تعرض لما هو موجب للدية حتى يشار إليه هنا بقوله كما مر. وقال صاحب الغاية هنا: قوله وهو الموجب على ما مر: أي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة على ما مر في فصل فيما دون النفس اهـ. أقول: هذا أبعد مما ذهب إليه جمهور الشراح. لأن بيان كون

فصل

لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة (وفي أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل

فصل في أصابع اليد

قال المصنف: (في أصابع اليد نصف الدية) أقول: ولا يعلم فيه خلاف.

(١) تقدم في الباب الذي قبله.

نصف الدينة) لقوله عليه الصلاة والسلام «وفي اليدين الدينة، وفي إحداهما نصف الدينة»^(١) ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها (وإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدينة، وفي الزيادة حكومة عدل) وهو رواية عن أبي يوسف. وعنه: أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ، ولأن الشرع

الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة مما لا فائدة له أصلاً فيما نحن فيه، لأن المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد إزالة منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون المصنف ها هنا على ما مر إشارة إلى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية، بخلاف ما مر في ذلك الفصل. فإن وضع المسألة هناك فيمن ضرب عضواً فأذهب منفعته بدون أن يقطعه، فليان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة تأثير تام وفائدة ظاهرة هناك. ثم أقول: الأقرب إلى الحق عندي أن يقول قول المصنف هنا على ما مر إشارة إلى ما ذكره في أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة 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 اهـ. فإن الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة في الأطراف تفويت جنس المنفعة أو إزالة الجمال المقصود في الآدمي على الكمال فيناسب الإشارة إليه هنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر قوله: (ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع) أقول: لقائل أن يقول: الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والأصابع مدخل في البطش، ومدلول قوله فيما قبل ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها أن يكون الباطش هو الأصابع لا غير، فبين كلاميه في المقامين نوع تدافع، وكان صاحب الكافي تفتن له حيث غير تحرير المصنف هنا فقال: لهما أن أرش اليد إنما يجب باعتبار آلة باطشة، والأصل في البطش الأصابع والكف تبع لها، أما الساعد، فلا يتبعها لأنه غير متصل بها فلم يجعل تبعاً لها في حق التضمين انتهى. ثم أقول: يمكن التوفيق بين كلامي المصنف بنوع عناية، وهو أن يقدر المضاف في قوله فيما قبل لأن البطش بها: أي لأن أصل البطش بها كما قال في الكافي هناك، لأن قوام البطش بها فلا ينافي أن يكون بالكف أيضاً بطش في الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع قوله: (لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا أوضحه فمات) أقول: فيه نظر، إذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول أرش الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من أنه قد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر، فإنهم صرحوا بأنه لو مات من الشجة لم يلزمه إلا دية واحدة، فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم في ضربة ذهب بها العقل إلا دية واحدة فليتأمل قوله: (وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط) قال صاحب النهاية: أي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت بهذا أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى. وقال صاحب العناية: قوله وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية، وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط: يعني أرش الموضحة لبيان أن الأرش يجب بالفوات، كذا في النهاية، وليس بالمفتقر إليه بكونه معلوماً اهـ. أقول: إن قوله وليس بمفتقر إليه لكونه معلوماً ليس بشيء إذ لا ريب أن كون وجوب أرش موضحة بفوات جزء من الشعر

أصبح عشر الدية على ما رويها من قوله ﷺ «في كل أصبع عشر من الإبل» وقوله: (على ما مر) إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ. وقوله: (ولا تبع للتع) يعني وإذا لم يكن تبعاً للأصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة إذ

(١) تقدم في كتاب عمرو بن حزم مستوفياً عند فصل: فيما دون النفس.

أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزداد على تقدير الشرع. ولهها أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين، ولأنه لا وجه إلى أن يكون تبعاً للأصابع لأن بينهما عضواً كاملاً، ولا إلى أن يكون تبعاً للكف لأنه تابع ولا تبع للتبع. قال: (وإن قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية، وإن كان أصبعين فالخمس، ولا شيء في الكف) وهذا عند أبي حنيفة، 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 أحدهم لأن كل واحد منهما أصل من وجه فرجحنا بالكثرة. وله أن الاصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعاً، لأن البطش يقوم بها، وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشرراً 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 التقويم، وللاكثر حكم الكل فاستتبع الكف، كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها. 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

لا بمجرد تفريق الاتصال. والإيلام الشديد أمر خفي جداً غير معلوم بدون البيان والإعلام، إذ كان الظاهر المتبادر مما ذكروا في فصل الشجاج أن لا يشترط في وجوب أرش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بأن لا ينبت بعد أصلاً، فإنهم قالوا: الموضحة من الشجاج هي التي توضع العظم: أي تبينه ثم بينوا حكمها بأنه القصاص إن كان عمداً، ونصف عشر الدية إن كانت خطأ، ولا شك أن اسم الموضحة وحدها المذكور يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضاً، فكان اشتراط أن لا ينبت الشعر بعد البرء أصلاً في وجوب أرشها أمراً خفياً محتاجاً إلى البيان بل إلى البرهان، ولهذا قال المصنف: وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط. وقال في الكافي: ووجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر، ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء. وقال في المبسوط: وجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل أنه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء إلى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات قوله: (وجوابه ما ذكرناه) قال في العناية: قيل

لا وجه لإهداره، ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل، وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع، فإن اليد إذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في آية السرقة. وقوله: (وإن قطع الكف من المفصل) واضح وقوله: (والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) يعني أن الترجيح من حيث الحقيقة والشرع، أما من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالأصابع، وأما من حيث الحكم فلأن الأصبع له أرش مقدر والكف ليس كذلك، وما ثبت فيه التقدير شرعاً فهو ثابت بالنص، وما لا تقدير فيه شرعاً فهو ثابت بالرأي، وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصاً أولى، فإن المصير إلى الرأي ضرورة ولا ضرورة عند إمكان إيجاب الأرش المقدر شرعاً. ولما كان الاعتبار عند أبي حنيفة لتقدير الشرع نصاً لم يفرق بين الباقي من الأصابع واحداً أو أكثر لأن للأصبع الواحدة أرشاً مقدراً فيجعل الكف تبعاً للأصبع الواحدة، وكذا المفصل الواحد من الأصابع في ظاهر الرواية لأن له أرشاً مقدراً، وما بقي شيء من الأصل وإن قل فلا حكم للتبع. وقوله: (في الأصبع الزائدة حكومة عدل) يعني سواء قطع عمداً أو خطأ، وسواء كان للقاطع أصبع زائدة أو لا، أما إذا لم يكن فإنه لا وجه إلى قطع أصبع أخرى فلا يجب القصاص، كمن قطع إبهام إنسان وليس له إبهام ولأن المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لأن قيمة الأصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة

قوله: (وأجيب بأن إزالة جزء الآدمي الخ) أقول: وجوب الحكومة يدل على ذلك لأنها باعتبار النقص في القيمة وذلك بالشين اللاحق به وقول الكرخي لا يمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كما لا يخفى قال المصنف: (وقال الشافعي: تجب دية كاملة) أقول: قال الكاكي: وبه قال أحمد والثوري لعموم الحديث. قلنا: خص منه لسان الأخرس انتهى. وفيه أنه لا يدفع عموم حديث العين والذكر

تعلم صحته حكومة عدل) وقال الشافعي: تجب فيه دية كاملة، لأن الغالب فيه الصحة فأشبهه قطع المارن والأذن. ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة، فإن لم يعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك، والظاهر لا يصلح حجة للإلزام بخلاف المارن والأذن الشاحصة، لأن المقصود هو الجمال وقد فوّته على الكمال (وكذا لو استهمل 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 حكم البالغ في العمد والخطأ، قال: (ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية) لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا أوضه فمات، وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر، حتى لو نبت يسقط، والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد

يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء، وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الأول انتهى. أقول: في قوله وهو أشمل بحث، لأن المراد بسبب واحد في قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد إنما هو فوات الشعر كما يرشد إليه قوله فدخل الجزء في الجملة، لأن الجزئية إنما توجد في صورة فوات شعر رأسه بالشجة لا في صورة ذهاب عقله بها، وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه يكون مراد المصنف بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرحه قوله وقد تعلقا: يعني أرش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر، لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى. ولا يخفى أن هذا المعنى يختص بالمسألة الثانية، وهي صورة ذهاب شعر رأسه، كما أن قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء مختص بالمسألة الأولى وهي صورة ذهاب عقله، فكيف يصح القول أن القيل الثاني أشمل من الأول؟ والوجه عندي أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليقي المسألتين فحينئذ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى قوله: (وجه الأول أن كل واحد جنابة فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبهه الأعضاء المختلفة، بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء) قال في معراج الدراية: قال الهندواني: كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه، وهو أنه لو قطع يده فذهب عقله أن عليه دية العقل وأرش اليد بلا خلاف من أحد، فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أرش اليد كما لو مات، والصحيح من الفرق أن الجنابة وقعت على عضو واحد في العقل، ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى. أقول: كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسألة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عدّه صحيحاً من الفرق بتلك المسألة، فإن الجنابة وقعت

الأصبع الغير الزائدة أرش مقدر فلا مساواة بينهما في القيمة. وأما إذا كان له أصبع زائدة فلأن المساواة في القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا إن الواجب في قطع الزائد حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يقين ثمة. وقوله: (لأنه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة) قيل عليه إنه منقوض بما إذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة فأزالها رجل ولم ينبت مثلها فإنه يجب حكومة عدل وإن كان الشعر جزءاً من الأدمي بدليل أنه لا يحل الانتفاع به. وأجيب بأن إزالة جزء الأدمي إنما توجب حكومة عدل إذا بقي من أثره ما يشبهه كما في قطع الأصبع الزائدة، وإزالة الشعيرات تزينة لا تشينه فلا توجيهها، كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه. وقوله: (وكذلك السن الشاغية) أي الزائدة (لما قلنا) يريد قوله لأنه جزء من يده، فإن السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي يخالف نبتها نبت غيرها من الأسنان: يقال رجل أشغى وامرأة شغواء، فإنها وإن كانت زائدة فهي نقصان معنى. وقوله: (والظاهر لا يصلح حجة للإلزام) وإنما قيد بالإلزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام، حتى 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. قال: (ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه) في هذا بيان

قوله: (أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه إلخ) أقول: قال العلامة الكاكي: وفيه تأمل، إذ بعض أهل السنة قالوا: محل العقل القلب، وبعضهم قالوا محل الرأس انتهى. فكان الأولى أن يقال من حيث بطلان منفعة جميع الأعضاء كما قاله المصنف، فشرح كلامه بما ذكره لا يطابق المشرح.

فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده. وقال زفر: لا يدخل لأن كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنائيات. وجوابه وما ذكرناه. قال: (وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية) قالوا: هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر. وجه الأول أن كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة المختصة به فأشبهه الأعضاء المختلفة، بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء على ما بينا. ووجه الثاني أن السمع والكلام

فيها أيضاً على عضو واحد وهو اليد، مع أنه لم يدخل أرش اليد في الدية، وإن اعتبر العقل في تلك المسألة عضواً مغايراً لعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار، فلم لم يعتبر العقل في مسألة الشجة أيضاً مغايراً لمحل الشجة حتى تكون هذه المسألة أيضاً بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الأرض في الدية كما في السمع والبصر. وبالجملة ما عده الهندواني صحيحاً من الفرق هنا لا يخلو عن الانتفاض أيضاً فتأمل قوله: (ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن) قال صاحب العناية: قيل يراد به الكلام النفسي بحيث لا ترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسراً جداً، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات ففي جعله مبطناً نظر انتهى. أقول: يمكن أن المراد به هو الثاني، والمراد بكلام السمع والكلام مبطناً كون محلها مستوراً غائباً عن الحس، بخلاف البصر فإن محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى قوله: (وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل) أقول: لقائل أن

أن الجزء قد يدخل في الكل قوله: (فصار كما إذا أوضحه فمات) يعني من حيث أن ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه فصار كالروح للجسد. وقوله: (وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر) لبيان الجزئية. وقوله: (حتى لو نبت) يعني الشعر (يسقط) يعني أرش الموضحة لبيان أن الأرض يجب بالفوات كذا في النهاية، وليس بمفتقر إليه لكونه معلوماً. وقوله: (وقد تعلقا) يعني أرش الموضحة والدية (بسبب واحد) وهو فوات الشعر لكن سبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده. وقوله: (وجوابه ما ذكرناه) قيل يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء. وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الأول. وقوله: (قالوا) يعني المشايخ (هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف) قال في النهاية: ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهواً لكونه مخالفاً لجميع روايات الكتب المتداولة، فينبغي أن يذكر محمداً مكان أبي يوسف كما هو في الإيضاح، أو لا يذكر أحداً أصلاً كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني، وهذا الذي ذكره إذا كان خطأ، وأما إذا كان عمداً يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة، وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر. وقوله: (وجه الأول) هو أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام. وقوله: (على ما بينا) يعني قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء. وقوله: (ووجه الثاني) يعني قوله وعن أبي يوسف أن السمع والكلام مبطن، قيل يراد به الكلام النفسي بحيث لا ترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسراً جداً، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات ففي جعله مبطناً نظر. وقوله: (وقالوا) يعني المشايخ: أي قال المشايخ (ينبغي أن تجب الدية فيهما) أي في العينين (والأرض في الموضحة) وقالوا: في الموضحة القصاص (قالوا) أي المشايخ (وينبغي أن تجب الدية في العينين) وقوله: (لهما في الخلافية) أي فيما شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه، قالوا: يجب في الموضحة القصاص وفي العينين الدية (وله) أي ولأبي حنيفة (أن الجراحة الأولى سارية) والجراحة التي تعمل قصاصاً قد لا تكون سارية إذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلاً للأولى، ولا قصاص بدون المماثلة (ولأن الفعل واحد وهو الحركة القائمة) أي الثابتة حال الشيخ (وكذا المحل) أي محل الجنائيتين (واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر) ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظراً إلى اتحادهما. وقوله: (بخلاف التفسيرين) جواب عن قولهما كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه وتعدى إلى غيره قتلته. ووجه ذلك أنا جعلنا الفعل واحداً من حيث أن الثاني حصل من سرية الأول وما هنا ليس كذلك، فإن السراية إنما تكون بتعاقب الآلام وهو إنما يتحقق

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. 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 فمثل ما بقي من الأصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك) وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل (وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقي) ولم يحك خلافاً وينبغي أن تجب الدية في السن كله (ولو قال أقطع المفصل واترك ما يبس أو اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك) لأن الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود فصار كما لو شجه منقلاً فقال أشجه موضحة وأترك الزيادة. لهما في الخلافة أن الفعل في محلين فيكون جنائتين مبتدأتين فالشبهة في إحداهما لا تعدى إلى الأخرى، كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول والديه في الثاني. 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

يقول: هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل، كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده فإن مقتضى ما أسلفه يجب في الكل الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره ها هنا، اللهم إلا أن يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسألة، ومما يعضده كلام تاج الشريعة هنا حيث قال: وذكر الصدر الشهيد في الجامع على نحو ما ذكر هنا، وذكر فخر الاسلام البزدوي في مبسوطه: أجمعوا على أنه لو قطع مفصلاً من أصبع فمثل الباقي فإنه يجب في الكل الأرش ويجعل كله جنابة واحدة انتهى تدبر قوله: (ولهذا يستأنى حولاً بالإجماع) أي يؤجل سنة بالإجماع. وذكر في التتمة أن سن البالغ إذا سقط

في شخص واحد. وقوله: (وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع) جواب عما يقال: إذا قطع أصبع رجل عمداً فاضطرب السكين ووقع على أصبع أخرى فقطعها يقتضى 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. فقوله: (لأنه ليس فعلاً مقصوداً) الضمير فيه عائد إلى ذهاب العين بالسراية، وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية إن في قوله لأنه ليس فعلاً مقصوداً نظراً، وأن الصواب ما ذكره في الذخيرة أنه مقصود ولكن ليس من أثره، فإنه رجع الضمير إلى الفعل الثاني فاختلف الكلام وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكر من الدليلين: الأول بالنسبة إلى الأول، والثاني إلى الثاني وقالوا: (وزفر) تركيب غير جائز، ولو قال: وقالوا هما وزفر كان صواباً. وقوله: (والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفاً) يريد قوله ومن شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه الخ. وقوله: (أنه يجب القصاص فيهما) أي في الشجة وذهاب البصر، فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فأوجب القصاص فيهما في الأول دون الثاني، لأنه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة، بخلاف البصر فإن ذهابه إن كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة. وقوله: (بخلاف الخلافة الأخيرة) يعني قوله وإن قطع أصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى. وقوله: (الأ يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها) حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبي حنيفة والقصاص في الموضحة والأرش في العينين عندهما. وقوله: (فتأكلتا) أي صارتا واحدة بالأكل (فهو على الروايتين) أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعه (عن محمد) يعني لا قصاص على المشهور، وفيهما القصاص على رواية ابن سماعه (وهن أبي يوسف أنه إذا قلع سن بالغ فبنت مكانها أخرى يجب حكومة عدل) لمكان الألم الحاصل يقوم به هذا الألم ويقوم به هذا الألم، فيجب ما انتقص منه بسبب الألم من القيمة. وقوله: (فبنت سن الأول) يعني بغير اعوجاج، وإن بنت معوجاً تجب حكومة عدل. قوله: (ولهذا يستأنى حولاً) أي يؤجل سنة بالإجماع) وقال في التتمة: حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح، لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل قبله وليس بظاهر، وإنما الظاهر ما قال المصنف لأن الحول مشتمل على الفصول الأربعة، ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الإنسان، فلعل فصلاً منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في إنباته، ولكن قوله بالإجماع

فعلًا مقصوداً. قال: (وإن قطع أصبعاً فثقلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك) عند أبي حنيفة. وقالا هما وزفر والحسن: يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها. والوجه من الجانبين قد ذكرناه. وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الأولى وهو ما إذا شح موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص، بخلاف الخلافة الأخيرة لأن الشلل لا قصاص فيه، فصار الأصل عند محمد على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص بوجوب الاقتصاص كما لو آلت إلى النفس وقد وقع الأول ظلماً. ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسيب؛ ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسيب، بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة. قال: (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) إلا على رواية ابن سماعة (ولو أوضعه موضحتين فتأكلتا فهو على الرويتين هاتين) قال: (ولو قلع سن رجل فنبت مكانها أخرى سقط الأرش في قول أبي حنيفة، وقال: عليه الأرش كاملاً) لأن الجنابة قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى. وله أن الجنابة انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبي فنبت لا يجب الأرش بالإجماع لأنه لم يفت عليه منفعة ولا زينة (وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة عدل) لمكان الألم الحاصل (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 فآلصقها فالتحمت) لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه (ومن نوع سن رجل فانتزع المنزوعة سنة سن التازع فنبت 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

ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح، لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل، إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الأرش لأنه لا يدري عاقبته انتهى، قال صاحب العناية بعد نقل ذلك إجمالاً: وليس بظاهر، وإنما الظاهر ما قال المصنف، لأن الحول مشتمل على الفصول الأربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الإنسان، فلعل فصلاً منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في إنباته. وقال ولكن قوله بالإجماع فيه نظر، لأنه قال في الذخيرة: وبعض مشايخنا قالوا: الاستيناء حولاً في فصل القلع في البالغ والصغير جميعاً لقوله ﷺ في

فيه نظر، لأنه قال في الذخيرة: وبعض مشايخنا قالوا: الاستيناء حولاً في فصل القلع في البالغ والصغير جميعاً لقوله ﷺ في الجراحات كلها «يستأنى حولاً» وهو كما ترى ينافي الإجماع. وقوله: (فاختلفا قبل السنة) أي قال المضروب إنما سقط سني بضربك وقال الضارب بسبب آخر. وقوله: (ليكون التأجيل مفيداً) يعني أن التأجيل إنما كان ليظهر عاقبة الأمر، فلو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء. وقوله: (وإن اختلفا في ذلك) أي في سقوط السن بعد السنة. وقوله: (سنيين الوجوهين) أي وجه قوله لا شيء على الضارب ووجه حكومة الألم. وقوله: (يجب الأرش كاملاً) وقوله: (لما ذكرنا) يعني قوله لا يمكنه أن يضربه ضرباً يسود منه، ولم يفصل بين ما إذا كانت السن من الأضراس التي لا ترى أو من الأسنان التي ترى. وقالوا: يجب أن يكون الجواب على التفصيل، فإذا كانت من الأضراس فالمعتبر في وجوب كمال الأرش فقد منعة المضغ بالأسوداد دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل، وإن كانت مما يرى فالأمر بالعكس، ولم يذكر الاصفرار وهو كالأسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الأرش وعند آخرين حكومة عدل لأنه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان في بعض الإنسان، وإنما يكون فيه نوع نقص فتجب الحكومة، بخلاف الحمرة والخضرة

قوله: (وبعض مشايخنا قالوا: الاستيناء حولاً في فصل القلع في البالغ) أقول: يعني بعض المشايخ قالوا: الاستيناء حولاً إنما هو في الصغير، وأما في البالغ فلا يستأنى قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها «يستأنى حولاً») أقول: أعلم أن في سن الصبي يستأنى حولاً بالاتفاق، وفي سن البالغ خلاف أبي يوسف، والتفصيل في غاية البيان، ثم لا يخفى عليك أن ما ذكره الشارح لا يدل على نفي الإجماع في سن البالغ إلا بتكليف قال المصنف: (وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لأنه ينكر أثر فعله الخ) أقول: هذا لا يدل على كون القول للضارب إذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعدها، ويثبت ذلك بالبيينة أو بالنكول قوله: (دون

يستأنى حولاً بالإجماع، وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكفينا بالحول لأنه تنبت فيه ظاهراً، فإذا مضى الحول ولم تنبت قضيباً بالقصاص، وإذا نبت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق، إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال. قال: (ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأنى حولاً) ل يظهر أثر فعله (فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب) ليكون التأجيل مفيداً، وهذا بخلاف ما إذا شجعه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة، أما التحريك فيؤثر في السقوط فافتراقاً (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 أنه تجب حكومة الألم. وسنين الوجين

كلها يستأنى حولاً^(١) وهو كما ترى ينافي بالإجماع انتهى. أقول: نظره ساقط، لأن الذي ينافي بالإجماع مما نقله عن الذخيرة إنما هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا: أي مفهوم المخالفة، لكن مفهوم ذلك إنما هو عدم إجماع المشايخ لا عدم إجماع المجتهدين. ومراد المصنف بالإجماع في قوله يستأنى حولاً بالإجماع إنما هو إجماع المشايخ، وانتفاء أحد الإجماعين لا يستلزم انتفاء الآخر؛ ألا يرى أن المشايخ كثيراً ما يختلفون في رواية المسألة عن المجتهدين، فيعصم يروي اجتماع المجتهدين فيها وبعضهم يروي اختلافهم فيها، وما نحن فيه يشبه أن يكون من هذا القبيل، كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان، فإنه قال فيها: ونقل الناطفي في الأجناس عن نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف: رجل قلع سن رجل لا أنتظر بها حولاً، وإنما أنتظر بسن الصبي وأقضي عليه بأرشها، وذلك لأن نبات السن بعد البلوغ نادر، وإلى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره، وقال الناطفي أيضاً. قال في المجرى: لو نزع سن صبي ينبغي للقاضي أن يأخذ ضمناً من النازع للمنزوع سنة ويؤجله سنة منذ يوم نزع سنه، فإذا مضت سنة ولم تنبت اقتصر له. وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستثناء فيهما جميعاً. وإليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما، إلى هنا لفظ الغاية. والظاهر أن المصنف أيضاً ذهب إليه فقال: ولهذا يستأنى حولاً بالإجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ، وادعى الاجماع أخذاً بما ذكر في المجرى بدون رواية خلاف أحد المجتهدين. والعجب من صاحب العناية أنه جعل ما ذكره في

والسواد لأنها لا تكون لون الإنسان بحال فكان مَفْوُتاً للجمال على الكمال إذا كانت بادية. قال: (ومن شج رجلاً فالتحمت) كلامه ظاهر، وتعليل أبي حنيفة وأبي يوسف هو الموعود قبيل هذا بقوله وسنين الوجين بعد هذا. وقوله: (إلا أن أبا حنيفة يقول: إن المنافع النخ) جواب عن قول أبي يوسف فالألم الحاصل مازال، وعن قول محمد إنما لزمه أجر الطبيب ووجهه أن تحمل الألم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك، والمنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد كالإجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة، أو بشبهته كالإجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة، ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيئاً، وقوله:

الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول: ضمير فيه راجع إلى الجمال قوله: (وإن كانت مما ترى فالألم بالمعكس) أقول: مخالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة قال المصنف: (وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى:

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٩٠/٣ والبيهقي ٦٧/٨ كلاهما من حديث جابر: يستأنى بالجراحات سنة. وفي طريق الدارقطني يزيد بن عياض قال عند الدارقطني: ضعيف متروك.

وفي طريقه البيهقي ابن لهيعة وهو واو وعنه الوليد بن مسلم مدلس، وقد عنعنه.

قال البيهقي: وروي من وجهين آخرين عن جابر، ولم يصح شيء من ذلك.

وفي الباب ما أخرجه أحمد ٢١٧/٢ والدارقطني ٨٨/٣ كلاهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً وليس فيه ذكر الأجل بل فيه: «لا تعجل حتى يبرأ جرحك» وفي الباب روايات أنظر نصب الرأية ٣٧٧/٤. ٣٧٨. والدارقطني ٨٨/٣. ٨٩. ٩٠ والبيهقي ٦٦/٨. ٧٠.

بعد هذا إن شاء الله تعالى (ولو لم تسقط ولكنها اسودت بجب الأرش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله، ولا يجب القصاص) لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً تسود منه (وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي) لا قصاص لما ذكرنا (وكذا لو احمر أو اخضر) ولو اصفز فيه روايتان. قال: (ومن شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش) عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب. وقال أبو يوسف: يجب عليه أرش الألم وهو حكومة عدل، لأن الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه. وقال محمد: عليه أجره الطيب، لأنه إنما لزمه الطيب وثن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله، إلا أن أبا حنيفة يقول: إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد أو بشبهة، ولم يوجد ففي حق الجاني فلا يغرّم شيئاً. قال: (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فجرح فبراً منها فعليه أرش الضرب) معناه: إذا بقي أثر الضرب: فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة. قال:

الذخيرة منافياً للإجماع ولم يجعل ما ذكر في التهمة منافياً له حيث لم يورد النظر به مع كون منافاته إياه أظهر على تقدير حمل الإجماع على إجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور. وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومعراج الدراية: قوله ولهذا يستأنى حولاً بالإجماع يخالف رواية التهمة قوله: (ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله) قال في الذخيرة والمحيط: وأوجب محمد كمال الأرش باسوداد السن، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التي لا ترى أو من العوارض التي ترى. قالوا: يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل إن كان السن من الأضراس التي لا ترى. إن فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرش كاملاً، وإلا يجب حكومة العدل، وإن كان السن من العوارض التي ترى وتظهر كمال الأرش بالاسوداد، وإن لم تفت منفعته لأنه فوت جمالاً على الكمال انتهى. وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم إلى الذخيرة فقط، وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل أنه مخالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة انتهى. أقول: يمكن أن يجاب عنه بأن المنفعة في الأسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وإن حصلت فيها أيضاً في الجملة، وإنما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للإنسان، وما ذكروا قبيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعاً إنما هو في الأعضاء التي يقصد منها المنفعة أصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً» الحديث) قال صاحب الغاية: فيه نظر، لأنه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر آنفاً انتهى. أقول هذا النظر في غاية السقوط. أما أولاً فلأن هذا الحديث كما روي موقوفاً عن ابن عباس والشعبي، روي أيضاً مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ كما نص عليه هنا صاحب الكافي حيث قال: والأصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صالحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة»^(١) انتهى. وكذا نص عليه المصنف في

(ومن ضرب رجلاً الخ) يعني إذا ضرب رجلاً مائة سوط فجرحه فبرى منها وبقي أثر الضرب فعليه أرشه، وإن لم يجرحه فلا

على أرش الألم) أقول: يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه. وقوله فيما سبق في موضعين: وعن أبي يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية قوله: (ووجه أن تحمل الألم من المنافع) أقول: فيه تأمل قال المصنف: (وقال محمد: وعليه أجره الطيب) أقول: وعليه ثمن الأدوية لكنه غلب الأول على الثاني لاطراده دونه.

(١) باطل مرفوعاً. قال الزيلعي في نصب الراية ٣٧٩/٤: غريب مرفوعاً.

وقال ابن حجر في الدراية ٢٨٠/٢: لم أره مرفوعاً هكذا.

ثم ذكرنا أنه ورد عن الشعبي عن عمر موقوفاً. وقد أخرجه الدارقطني ١٧٧ والبيهقي ١٠٤/٨ كلاهما عن الشعبي عن عمر موقوفاً.

وقال البيهقي: وهذا منقطع، والمحفوظ عن الشعبي من قوله: ثم أسنده الدارقطني، والبيهقي عن الشعبي من قوله.

قال البيهقي: ورواه محمد بن الحسن عن ابن عباس من قوله، ثم ساقه البيهقي من طريقه، ورواه من وجه عن ابن عباس.

وأخرجه البيهقي ١٠٤/٨ باختصار عن عروة من قوله. وأسنده أيضاً عن الزهري اه وانظر نصب الراية ٣٧٩/٤ والدراية ٢٨٠/٢.

الخلاصة: هو باطل كونه مرفوعاً، والموقوف على عمر ضعيف والموقوف على ابن عباس حسن، وكذا الموقوف على الشعبي.

(ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه الدية وسقط عنه أرش اليد) لأن الجنابة من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وإنما بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتله 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» ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لأن حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل وإنما يستقر الأمر بالبرء. قال: (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل، وكل أرش وجب بالصلح فهو مال القاتل) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً» الحديث، 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: (وان 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 عامداً فلا يستحقه، ولأن المال وجب جبراً لحقه، وحقه في نفسه حال فلا ينجر بالمؤجل. ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد، وهذا لأن القياس يأبي تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل، والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد مؤجلاً لا معجلاً فلا يعدل عنه لا سيما إلى زيادة، ولما لم يجز التغليب باعتبار العمدية قدرأ لا يجوز وصفاً (وكل جنابة اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته) لما رويتنا، 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 موجبتها خمسمائة فصاعداً

كتاب المعاقل بهذا المنوال، فكان من كلام النبي ﷺ على ما روي مرفوعاً إليه بلا ريب، وهذا يكفي في صحة عبارة المصنف هنا كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأنه على ما روي موقوفاً أيضاً يحمل على الرواية عن النبي عليه الصلاة والسلام لأنه مما لا يعلم بالرأي بل يتوقف على السماع، ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابي عن الكذب والجفاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر في علم الأصول ومز في الكتاب مراراً، فصح قول المصنف في حق هذا الحديث لقوله عليه الصلاة والسلام على كل حال. والعجب من صاحب الغاية أنه قال: وقد مر أنفاً، والذي مر منه أنفاً يصير جواباً عن نظره هذا فإنه قال هناك: روى محمد بن الحسن في موطنه وقال: أخبرنا عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك^(١)» وهذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف، فحمل على أنه رواه عن النبي ﷺ لصيانته عن الكذب والجفاف، إلى هنا لفظه. وهذا صريح في الجواب عن نظره ها هنا كما

شيء عليه بالاتفاق، وإن لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة وهو سقوط الأرش عند أبي حنيفة، ووجوب أرش الألم عند أبي يوسف ووجوب أجره الطبيب عند محمد. وقوله: (لأن الجنابة من جنس واحد) لكون كل واحد منهما خطأ، وقد تقدم أقسام هذه المسألة. وقوله: (ومن جرح رجلاً جراحة) واضح. وقوله: (لأنه مال وجب بالقتل ابتداء) يعني لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح، وقوله: (وإذا قتل الأب ابنه عمداً) كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي. وقوله: (لاسيما إلى زيادة) يعني المعجل فإنه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية وهو معروف، فإيجاب المال حالاً بالقتل يكون زيادة على ما أوجب الشرع، ولما لم يجز التغليب باعتبار العمدية قدرأ لا يجوز وصفاً لأنه تابع للقدر، وقوله: (لما رويتنا) يعني قوله ﷺ «لا تعقل العاقلة عمداً ولا اعترافاً» وقوله: (عمده) أي عمد كل واحد

قوله: (وقد تقدم أقسام هذه المسألة) أقول: في أول فصل: ومن قطع يد رجل خطأ.

(١) تقدم في الذي قبله.

والمعتوه كالمجنون) وقال الشافعي رحمه الله: عمدته 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 عن الميراث على أصله لأنهما يتعلقان بالقتل. ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه جعل عقل المجنون على عاقلته، وقال: عمدته وخطؤه سواء^(١) ولأن الصبي مظنة المرحمة، والعاقل الخاطيء 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 فأني يتحقق منهما القصد وصار كالثائم. وحرمان الميراث عقوبة، وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة، ولا ذنب تستره لأنهما مرفوعا القلم.

لا يخفى قوله: (غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه العمد) أقول: إن قيد ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد، لأن المصنف قال في أوائل كتاب الجنائيات أثناء بيان أن من موجبات شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة: والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة، فلو كان الأول ما هنا مالا وجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة على مقتضى الأصل المذكور هناك مع أنه يجب على القاتل في ماله كما صرح به آنفاً. فالوجه أن يترك قيد ابتداء ما هنا فيقال لأنه مال وجب بالقتل احترازاً به عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فإنه يجب حالاً، ولقد أصاب فيما بعد حيث قال: ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون موجلاً كدية الخطأ وشبه العمد قوله: (وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين) قال صاحب العناية: كأن حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي انتهى. أقول: اعتذاره هذا ليس بسديد. أما أولاً فلأن ذكر حكم هذه المسألة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والبداية أيضاً بيان خلاف الشافعي أصلاً، فكيف يصلح بيان المصنف في شرحه خلاف الشافعي لأن يكون عذراً من ذكره حكم هذه المسألة في مئة قبل مدة ومن ذكر القدوري إياه في مختصره قبل سنين متكاثرة، وهل يتفوه العاقل بمثل ذلك الاعتذار. وأما ثانياً فلأن خلاف الشافعي ليس بمنحصر في حكم هذه المسألة المنفردة بالذكر، بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الإطلاق، فإنه لا يقول بالتأجيل في العمد أصلاً بل يخصه بالخطأ كما يفصح عنه تعليقه المذكور في الكتاب، وتلك الضابطة الكلية إنما هي في العمد، وحكمها التأجيل مطلقاً كما صرح به المصنف بقوله غير أن الأول يجب في ثلاث سنين، فقصد بيان خلاف الشافعي لا يقتضي إفراد حكم هاتيك المسألة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا تمشيه للاعتذار المذكور أصلاً.

منهم. وقوله: (ولهذا تجب الكفارة به) أي بالمال، وإنما قيد به لأنهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لا يجب عليهما. وقوله: (ويحرم عن الميراث على أصله) أي ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعي (لأنهما يتعلقان بالقتل) فعلم بهذا أنهما مطالبان بموجب القتل، فكذلك ما هنا لما تخلف عنهما أحد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله إذ الأصل ذلك.

قال المصنف: (لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً الحديث») أقول: وفي الكفاية: ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة. قوله ولا عبداً أي لا تعقل عاقلة الإنسان ما جنى على عبد فيما دون النفس، لأن الأطراف في العبد يسلك بها مسلك الأموال، والعاقلة لا تعقل الجنائيات المالية، حتى لو قتل عبد إنسان خطأ فالقيمة على العاقلة لأنها بدل الدم، ودم العبد لا يسلك به مسلك الأموال. وقد قيل: إن المراد أن العبد إذا جنى جنابة فالمولى هو الذي يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى، كذا في الأوضح انتهى، ورد في القاموس ذلك وقال: لو أريد هذا المعنى لقبيل: وعن عبد فإنه فرق بين عقلته وعقلت عنه انتهى. وسيجيء جوابه على التفصيل قوله: (كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية، لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي) أقول: وجوبه في ثلاث سنين لم يعلم منها قوله: (فإنه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية) أقول: قوله في المالية متعلق بقوله زائد.

(١) أثر علي. أخرجه البيهقي ٦١/٨ بسنده عنه وقال الزيلعي في نصب الراية ٣٨٠/٤: قال البيهقي في المعرفة: إسناده ضعيف بمره، وروي من وجه آخر ضعيف.

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

فصل الجناية في الجنين

لما ذكر أحكام الجناية المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان أحكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين. بيان ذلك ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في أصوله أن الجنين ما دام مجتناً في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكنه منفرد بالحياة معداً لأن يكون نفساً له ذمة، فباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية، وباعتبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه، فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة، ولهذا لو انقلب على مال إنسان فأتلفه يكون ضامناً له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي قوله: (وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة، وكل منهما خمسمائة درهم) أقول: في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة استدراك بعد أن قال قبله معناه دية الرجل؛ لأن عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بلا ريب، إذ قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر ديته لا محالة، وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم، فما فائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والأنثى في مجرد العبارة، وإنما كان يظهر فائدته أن لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فإنه كان يحتمل حينئذ نصف، عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور، وعن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف، ولم يتعرض قبله لتقييد عشر الدية بعشر دية الرجل قوله: (والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته) قال في العناية وكثير من الشروح تميمياً لما في الكتاب، وفعل القتل لا يتصور إلا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى. أقول: يرد على هذا البيان أنه إنما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزء فعل القتل وهو ممنوع لجواز أن يكون جزءاً إتلاف عضو من الآدمي صالح للحياة كما يجب في أتلاف سائر أعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله. والأظهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان ثانياً بقوله ولأن الجنين في حكم الأعضاء بدلالة أنه لا يكمل أرشهُ والأعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تنقوم انتهى تدبر قوله: (والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: فإن قيل: الظاهر أنه حي أو معد للحياة. قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، ولهذا لا يجب في جنين البهيمة إلا نقصان الأم إن تمكن اهـ. ورد بعض الفضلاء قوله أو معداً للحياة في تقرير السؤال حيث قال: كونه معداً للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر انتهى. أقول: ليس بسديد، فإن تيقن كونه معداً للحياة ممنوع لجواز أن يفسد الماء في الرحم فحينئذ ينتفي

فصل في الجنين

عقب أحكام الأجزاء الحقيقية أحكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الأم (وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة نصف عشر الدية) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب، وسمي بدل الجنين غرة لأن الواجب عبد والعبد يسمى غرة. وقيل لأن غرة الشيء أوله وغرة الجنين أول مقدار ظهر في باب الدية. قال المصنف (معناه) أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل، وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم لأن نصف العشر من عشرة آلاف هو العشر من خمسة آلاف: والقياس، وهو قول زفر أن لا يجب شيء لأنه لم تعلم حياته بيقين، وفعل القتل

فصل في الجنين

قوله: (غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب) أقول: والعبد والأمة الفارغة.

شيء لأنه لم يتيقن بحياته، والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق. وجه الاستحسان. ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال «في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة» ويروى «أو خمسمائة»^(١) فتركنا القياس بالأثر، وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي (وهي على العاقلة) عندنا إذا كانت خمسمائة درهم. وقال مالك: في

استعداده للحياة، ولقد أشار إليه في النهاية حيث قال نقلاً عن المبسوط: ثم الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كالحي في إيجاب ذلك الضمان بإتلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في إيجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تبصر قوله: (وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم) اعلم أن الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا القيد: أعني قوله إذا كانت خمسمائة درهم، فقال صاحب النهاية: قيد بهذا احترازاً عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شيخي، لكن هذا لا يتضح لي لأن ما وجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة درهم على ما يجيء، إلى هنا كلامه. وسائر الشراح أيضاً ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن خط شيخي، وردّه بما رده به صاحب النهاية. وقال صاحب الغاية: وقوله إذا كانت خمسمائة كأنه سهو القلم وينبغي أن يكون إذ بسكون الذال بلا ألف بعدها؛ يعني أنها إنما تجب على العاقلة لأنها مقدرة بخمسمائة درهم، والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل ما دونها انتهى. وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له برّد بعد أن نقل التوجيه الأول مع رده حيث قال: قيل قيد به احترازاً عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة. وردّ بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة على ما يجيء. وقيل لعله وقع سهواً من الكاتب وكان في الأصل إذ كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة انتهى. فكأنه ارتضى التوجيه الثاني. أقول: التوجيه الثاني أيضاً مردود عندي، إذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم، فإنه ينتقض بما يجب في جنين الأمة إذا بلغ خمسمائة درهم فإنه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا به آنفاً حيث قالوا: إن ما وجب في جنين الأمة فهو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه إلى خمسمائة درهم، وينتقض

لا يتصور إلا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك. فإن قيل: الظاهر أنه حيّ أو معد للحياة. قلنا: الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة إلا نقصان البهيمة إن تمكن (وجه الاستحسان ما روي أن النبي ﷺ قال «في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة» ويروى «أو خمسمائة» فتركنا القياس بالأثر) روى الإمام أن زفر سئل عن هذه المسألة فقال: فيه غرة عبد أو أمة، فقال السائل: ولم والحال لا يخلو من أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح، فإن مات بضربة

قوله: (وقيل لأن غرة الشيء أوله) أقول: أول الشيء الذي يجب في الأدمي الغرة وبعدها الدية، لأنه قبل إيجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شيء قال المصنف: (قال معناه: دية الرجل: أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر، وفي الأنثى عشر دية المرأة) أقول: فيه بحث، فإن نصف عشر دية الرجل يشمل الذكر والأنثى. نعم يفرق بينهما في جنين الأمة كما لا يخفى، ويعلم جوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعي حيث قال: ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالإجماع وهو الغرة. وجوابه أنا لا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الأم بل بدية نفس الجنين أن لو كان حياً فيجب نصف عشر ديته إن كان ذكراً، وعشر ديته إن كان أنثى، فكذا في جنين الأمة يجب بتلك النسبة من قيمته، لأن كل ما كان هدرًا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد، فيجب نصف عشر قيمته إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثى انتهى قوله: (إلا في محل هو حي) أقول: أي هو حي يقيناً قوله: (قلنا: الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول: كونه معداً للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر، والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما في العلقه، ولذا لم تعتبر الأعداد في قصة

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني في معجمه كما في المجموع ٦/٣٠٠ من حديث أبي المليح الهذلي عن أبيه مرفوعاً وفيه: «فيه. أي الجنين. غرة عبد، أو أمة، أو خمسمائة، أو فرس... الخبر وله قصة.

قال الهيثمي: فيه المنهال بن خليفة وثقه أبو حاتم وضعفه جماعة، وبقيه رجاله ثقات اه
قلت: جاء في التقریب في ترجمة المنهال: ضعيف. لكن ساق الزيلعي إسناد آخر للحديث، وفيه من يحتاج إلى الكشف عن حاله.
وقد أخرجه أبو داود ٤٥٨٠ عن إبراهيم وجابر عن الشعبي من قوله.

ماله لأنه بدل الجزء. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرّة على العاقلة^(١)، ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية حيث قال «دوه» وقالوا: أندي من لا صاح ولا استهل^(٢) الحديث، 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 جعله على العاقلة في سنة»^(٣). ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالألم

بكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة إلى خمسمائة درهم أيضاً فيما فوقها، فإن مثل ذلك كله في مال القاتل كما مرّ في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه أيضاً. ثم أقول: هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو، أن يكون للقيّد المذكور للاحتراز عن جنين الأمة مطلقاً بأن يكون معناه إذا كانت خمسمائة درهم على البتات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين، وهذا إنما يكون في جنين الحرة، فإن الواجب في جنين الأمة نصف عشر قيمته لو كان حياً إن كان ذكراً، وعشر قيمته حياً إن كان أنثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلاً عن أن تبلغ خمسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى قوله: (وقال مالك في ماله لأنه بدل الجزء) أقول: في تعليقه نظر، لأن مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجاني، بل لا بد من أن يكون البديل أقل من خمسمائة درهم والبديل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم، وقد مرّ قبيل هذا الفصل أن عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة، وكذا كل جنانية موجبها خمسمائة فصاعداً. ويمكن أن يقال: إن مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما إذا كان أقل من ثلث الدية كما صرحوا به، وما نحن فيه كذلك، فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تأمل تقف قوله: (ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية حيث قال «دوه»)، أقول: في الاستدلال على أنه بدل النفس تسمية النبي عليه الصلاة والسلام دية بحث، فإنه عليه الصلاة والسلام سمى كثيراً من بدل الأعضاء والأجزاء دية ألا يرى إلى ما مر فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضي الله عنه روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «في النفس الدية، وفي المارن الدية»^(٤) وهكذا كتب لعمر بن حزم رضي الله عنه، وكتب له أيضاً «وفي العينين الدية، وفي إحداهما نصف الدية»^(٥) إلى غير ذلك، فليتأمل في

تجب دية كاملة وإن لم تنفخ فيه الروح لا يجب شيء، فسكت زفر، فقال له السائل: أعتقتك سائبة، فجاء زفر إلى أبي يوسف فسأله عنه فأجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر. فحاجه بمثل ما حاجه السائل فقال: التبعيد التبعيد: أي ثابت بالسنة

زفر، ومرادنا ضمان القتل والوجوب على المحرم في كسر بيض الصيد عرف بالأثر على خلاف القياس. قوله: (فقال له السائل: أعطيتك سائبة) أقول: كانوا في الجاهلية إذا أعتقوا على أن لا ولاء للمعتق قالوا: أعتقه سائبة، أو هو من سيب الماء: أي جريه، وسبب

(١) حسن لشواهده. أخرجه أبو داود ٤٥٧٥ وابن ماجه ٢٦٤٨ كلاهما من حديث جابر وفي إسناده مجالد بن سعيد فيه كلام لا يضر لا سيما قد توبع فقد ورد من حديث المغيرة

أخرجه أبو داود ٤٥٦٨ ورجاله ثقات كلهم مشهورون سوى حفص بن عمر التمري، وهو صدوق كما في التقریب. وأخرجه أبو داود ٧٥٧٤ والنسائي ٥١/٨، ٥٢ وابن حبان ٦٠١٩ والبيهقي ١١٥/٨ كلهم من حديث ابن عباس، وفيه قصة، وإسناده ضعيف لضعف أسباط

(٢) حسن. أخرجه الطبراني كما في المجموع ٢٩٩/٦ و٣٠٠ من حديث أبي المليح الهذلي عن أبيه مرفوعاً بأتم منه، وقال الهيثمي: فيه منهال بن خليفة وثقه أبو حاتم، وضعفه جماعة.

وأخرجه الطبراني كما في نصب الرأية ٣٨٣/٤ من حديث مجاهد عن حمل بن مالك بن النابغة، وفيه محمد بن أبي ليلى ضعيف. إلا أن الحديث يتقوى بمجموع طريقه، وأصله في البخاري ومسلم.

(٣) غريب. قال الزيلعي في نصب الرأية ٢٨٣/٤: غريب.

وقال ابن حجر في الدرر النيرة ٢٨٢/٢: لم أجد من وصله.

(٤) مرسل ابن المسيب تقدم في فصل فيما دون النفس، وأنه غريب لا يوجد كما قال الزيلعي، وابن حجر.

(٥) تقدم في فصل فيما دون النفس مستوفياً.

فعملنا بالشبه الأول في حق التورث، وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة، لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة، بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين (ويستوي فيه الذكر والأنثى) لإطلاق ما روينا، ولأن في الحيين إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت

الدفع قوله: (إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة) قال صاحب الغاية: قول المصنف هذا يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة، وكأنه يقول: إذ كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة. ولنا فيه نظر، لأن في جنين الأمة لا وجوب على العاقلة أصلاً لأن الواجب في جنين الأمة على الضارب مطلقاً انتهى. أقول: نظره ساقط لأن قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة إنما يدل على أنها تعقل خمسمائة فصاعداً بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضاً في الروايات فمفهوم قوله المذكور أنها تعقل خمسمائة فصاعداً في الجملة لأنها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقص بالواجب في جنين الأمة إذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة. وقال صاحب العناية: قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة جواب عما يقال: الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة، وأنتم قديتم بقولكم إذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى. أقول: الظاهر أن مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله: ورد بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة، إلا أنك علمت سقوطه أيضاً بما بيناه في سقوط نظر صاحب غاية البيان آنفاً. ثم أقول: في تقرير مراد المصنف هنا خلل، إذ لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب. أما الأول فلأن مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله ﷺ بدية جنين الحرة على العاقلة^(١) وديته تبلغ خمسمائة درهم بالاجماع، فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة بحث لم تبلغ خمسمائة درهم تكون أيضاً على العاقلة حتى يتوجه أن يقال إنه ينافي تقييدكم بقولكم إذا كانت خمسمائة درهم. وأما الثاني فلأن الحديث المذكور لو دل على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة أو أكثر منها على العاقلة لما صلح مجرد قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة لأن يكون معمولاً به في مقالة ذلك الحديث دون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قرره قوله: (ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالألم فعملنا بالشبه الأول في حق التورث وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة) أقول: لقاتل أن يقول: لم لم يعكس الأمر: أي لم يعمل في حق التأجيل بالشبه

من غير أن يدرك بالعقل، وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان. وقال في الذخيرة: قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفاً. ويحتمل أنه رجع من أحدهما إلى الآخر، والحديث المروي دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قيل وإنما بين الشارع القيمة إشارة إلى أن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً إلا من حيث اعتبار صفة المالية. وقوله: (إذا كان خمسمائة درهم) قيل قيد به احترازاً عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة. ورد بأن يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة على ما سيجيء. وقيل لعله وقع سهواً من الكاتب وكان في الأصل

الذابة: إهمالها قوله: (وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان) أقول: أي الوجه الثابت بالاستحسان قوله: (وقال في الذخيرة: قوله وجه القياس) أقول: أي الوجه الثابت بالقياس قوله: (قيل قيد به احترازاً عن جنين الأمة) أقول: ولعل الأولى أن يقال: احتراز عنه، فإن ما يجب فيه ليس مقدراً بخمسمائة، ومعنى قوله إذا كانت خمسمائة إذا كانت مقدرة بها شرعاً قوله: (إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة) أقول: قوله لا تبلغ خمسمائة: يعني بأن لا يكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل قوله: (من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة) أقول: المضاف مقدر: أي بغير البلوغ. ثم أقول: عدم بلوغ ما يجب في الجنين إلى خمسمائة من الأمور المقررة الظاهرة إذا لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا حاجة إلى التقييد قوله: (وكان في الأصل إذ كان خمسمائة) أقول: قوله إذ يسكون الذال بلا ألف

(١) تقدم قبل أربعة أحاديث.

في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة (فإن ألقته 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»^(١) (وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين) لأنه قاتل شخصين (وإن ماتت ثم ألفت ميتاً فعليه دية الأم ولا شيء في الجنين) وقال الشافعي: تجب الغرة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتاً وهي حية. ولنلا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه

الأول وفي حق التورث بالشبه الثاني، وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب ها هنا. والأظهر في تقرير التعليل ها هنا ما ذكر في الكافي أخذاً من المبسوط حيث قال: «ولأنه إذا كان بدل النفس من حيث أنه نفس مودعة في الأم حتى ينفصل عنها حية فالجنانية عليه قبل الانفصال تعتبر الجنانية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فلا يثبت من التأجيل إلا قدر المتيقن انتهى تدبر تفهم قوله: (لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة) قال صاحب النهاية: هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب، وقوله أكثر بدون الواو بدل من أقل: أي إذا كان ذلك الأقل أكثر من نصف العشر، وفي بعض النسخ أو أكثر، وفي بعضها وأكثر، وكلاهما غير صحيح لأنه لا يبقى بدلاً حينئذ، انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح. وقال صاحب العناية: قوله لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ، وفي بعضها أو أكثر، وفي بعضها وأكثر قال الشارحون: وكلاهما غير صحيح، لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر، وهو إنما يكون إذا كان الأكثر صفة الأقل أو بدلاً منه، ولعل العطف بالواو يفيد ذلك إلى هنا لفظه. أقول: فيه

إذ كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة. وقوله: (في ماله) أي في مال الضارب (لأنه بدل الجزء) أي جزء الأدمي فصار كقطع أصبع من أصابعه. وقوله: (دوه) أي أدوا ديته، أمر لمخاطب من الودي، وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحين قال «كنت بين جارتين لي فضربت إحدهما بطن صاحبها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جينياً ميتاً، فاختصم أولياؤهما إلى رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة: دوه، فقال أخوها: أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثله دمه يطل؟ فقال عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان» وفي رواية «دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه» الحديث، ففيه التنصيص على إيجاب الدية على العاقلة. وقوله: (إلا أن العواقل) جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأتمت قيدتم بقولكم إذا كانت خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر. وقوله: (لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر) هو الصحيح من النسخ، وفي

وقوله: (لكونها على العاقلة) أقول: مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الأمة على العاقلة إذا بلغت قيمته دية الرجل، فالمخلص ما ذكرنا من ملاحظة التقدير شرعاً قال المصنف: (حيث قال: «دوه») أقول: يجوز أن يقول تعليلاً لقوله قضى النخ، أو لقوله سماه دية، والثاني أقرب، ويستفاد تعليل الأول منه أيضاً قوله: (أو بمسطح خيمة) أقول: أي عود من عيدان الخباء قوله: (فقال أخوها: أندي من لا صاح ولا استهل) أقول: يعني أنودي دية من لم يصح ولم يستهل: يعني لم يرفع صوته عند الولادة قوله: (وفي بعض الشروح أن تقيمه بالأكثر ليس بمفيد النخ) أقول: يعني غاية البيان وأجاب في الكفاية بأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلاً إلى سنة، فأولى أن يكون

(١) غريب هكذا. والذي صح هو ما أخرجه البخاري ٦٩١٠ ومسلم ١٦٨١ وأبو داود ٤٥٧٦ والنسائي ٤٨/٨ وابن الجارود ٧٧٦ وابن حبان ٦٠٢٠ والدارمي ١٩٧/٢ وأحمد ٥٣٥/٢ والبيهقي ١١٤/٨ وعبد الرزاق ١٨٣٣٨ من طرق كلهم عن أبي هريرة قال: «اقتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحدهما الأخرى، فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى النبي ﷺ، فقضى أن دية جينيتها غرة عبد أو وليدة، وقضى أن دية المرأة على عاقلتها» هذا لفظ البخاري وغيره.

وكرره البخاري ٦٩٠٩ ومسلم وغيرهما وفيه: «قضى رسول الله ﷺ في جنين امرأة من بني لحيان بقرعة عبد أو أمة...» الحديث. وورد من حديث ابن عباس. أخرجه أبو داود ٤٥٧٢ والنسائي ٤٧/٨ والدارمي ١٩٦/٢. ١٩٧. وابن ماجه ٢٦٤١ والشافعي ١٠٣/٢ وعبد الرزاق ١٨٣٣٩ وابن حبان ٦٠٢١ من طرق كلهم من حديث ابن عباس وإسناده صحيح. وليس فيه لفظ مراد صاحب الهداية وهو: «ألقته ميتاً، ثم ماتت» وإنما هو مطلق فما ذهب إليه الشافعي صواب أيضاً

يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك . قال : (وما يجب في الجنين موروث عنه) لأنه بدل نفسه فيرثه وورثته (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 : فيه عشر قيمة الأم ، لأنه جزء من وجهه ، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل . ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ، ولا معتبر في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها . وقال أبو يوسف : يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم ، وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر إن شاء الله تعالى ، فصح الاعتبار على أصله . قال : (فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق) لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق 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 تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب ، لأن الإعتاق قاطع للسرماية على ما يأتيك بعد إن شاء الله تعالى . قال : (ولا كفارة في الجنين)

شيء ، وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضاً وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة على الأول تدافعاً لا يخفى ، اللهم إلا أن يكون مراده قصر الصحة على الأول من الرواية لا من حيث سداد المعنى فحينئذ يندفع التدافع . وقال صاحب الغاية : وقوله أكثر بدون الواو العاطفة في أوله على أن صفة لقوله أقل : أي إذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية ، وكان ذلك الأقل أكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ، ولكن لنا في التقييد بالأكثر نظر ، لأنه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية إلى ثلثها يجب في سنة انتهى . ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال : وفي بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد ، لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكأنه ارتضاه . وأشار صاحب الكفاية إلى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الأولى : لكن التقريب إنما يتأتى أن لو كان نصف العشر واجباً في سنة ، لأن الغرة مقدرة بنصف العشر ، ولم يتعرض لأنه له لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلاً بسنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلاً بها انتهى . أقول : فيه نظر ، إذ لا نسلم أنه إذا كان ما هو أكثر من نصف العشر مؤجلاً بسنة فأولى أن يكون نصف العشر أيضاً مؤجلاً بسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلاً كأقل من نصف العشر أو يكون مؤجلاً بأقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى قوله : (ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يختنق إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنيناً ميتاً لاحتمال أن يكون الموت بالضرب واحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح ، ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل . وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا ، وليس ما نحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد ، وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت

بعضها أو أكثر ، وفي بعضها وأكثر . قال الشارحون : وكلاهما غير صحيح ، لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر ، وهو إنما يكون إذا كان أكثر صفة لأقل أو بدلاً منه ، ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضاً . وفي بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد ، لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك ، وقوله : (بخلاف أجزاء الدية ، لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين) صورته أن يشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطأ فإنه يجب على كل واحد منهم

نصف العشر مؤجلاً بها قوله : (صورته أن يشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطأ) أقول : فيه أن الأولى أن يقول مثلاً إذا اشترك الخ قال المصنف : (فلا يجب الضمان بالشك) أقول : وفيه أن التسبب للموت يوجب الضمان أيضاً فينبغي أن يجب . وجوابه أن إيجاب الغرة ثبت بالحديث ، على خلاف القياس فإن حياته مشكوكة ، وهذا ليس في معناه حتى يلحق به لكثرة الاحتمالات هنا دونه ، هكذا قيل ، ولك أن تقول قوله عليه الصلاة والسلام «في الجنين غرة عام» فلا بد للتخصيص من دليل فليتأمل هل يمكن التخصيص بالمباشرة بأن يقال :

وعند الشافعي تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً. ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تعداها 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 هذه الأحكام)

بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن، فلا يلحق بذلك قياساً ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان، كذا في العناية أخذاً من النهاية. وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال: لقاتل أن يقول: النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «في الجنين غرة»^(١) يشملها فلا حاجة إلى الإلحاق انتهى. أقول: هذا أمر عجيب من مثله، فإن مضمون إيرادها مع جوابه المذكور في شرح تاج الشريعة، فإن كان جوابه المذكور هناك مقبولاً عند هذا القائل فما معنى ذكر السؤال وترك الجواب، وإن لم يكن ذلك الجواب مقبولاً عنده كان عليه بيان فساده فكأنه لم ينظر إلى ما في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب إيرادها أصلاً، والذي ذكر في شرح تاج الشريعة هنا هكذا، فإن قلت: عموم قوله عليه الصلاة والسلام «في الجنين غرة، عبد أو أمة»^(٢) يتناول

نصف عشر الدية في ثلاث سنين على ما يجيء في المعامل. وقوله: (ويستوي فيه) أي في وجوب قدر الغرة بأنه عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم لإطلاق ما روينا وهو قوله ﷺ «في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم» وقوله: (ولأن في الحيين) دليل معقول على التساوي بين الذكر والأنثى في الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الأدمية في المالكية فإن الذكر مالك مالاً ونكاحاً والأنثى مالكة مالاً مملوكة نكاحاً فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الأدمية وهو معدوم في الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة. وقوله: (وإن ألقته حياً ثم مات) أول الأقسام الأربعة العقلية الحاصلة من موت أحدهما بعد الضرب، وهي أن خروج الجنين من الأم إما أن يكون في حال حياتها أو في حال مماتها أو في حال حياة الأم وممات الجنين أو العكس، والأقسام مع أحكامها المذكورة في الكتاب. وقوله: (فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنيناً ميتاً لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح، ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا، وليس ما نحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد، وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لا قياساً ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان. قال: (وما يجب في الجنين موروث عنه) كلامه واضح. وقوله: (وفي الجنين الأمة النخ) يعني جنين الأمة إذا كان ذكراً ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى. وطريق ذلك أن يقوّم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه وهيئته لو كان حياً فينظر كم قيمته، ويجب نصف عشر ذلك إن كان ذكراً، وعشرة إن كان أنثى، وإنما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لأنه لو كان منهما لزمتم الغرة لكونه حراً، فلو

المراد في قتل الجنين على حذف المضاف، والقتل إنما يستند حقيقة إلى المباشرة قوله: (وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا إلخ) أقول: لقاتل أن يقول: النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «في الجنين غرة» يشملها فلا حاجة إلى الإلحاق قال المصنف: (وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته) أقول: قال الكاكي: أي إذا كانت حاملاً من زوجها لا من مولاهما ليكون الولد رقيقاً ولا من مغرور، لأنه لو كان الحمل من مولاهما أو من المغرور تجب الغرة ذكراً أو أنثى انتهى. فلو قال المصنف: وفي الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج إلى هذا التقييد قوله: (لجواز أن لا يكون حياً فلا تجب قيمته حياً هناك بل تجب الغرة) أقول: فيه أن الدفع: أسهل من الرفع فيبعد أن لا يكون حياً وقت الضرب، ثم لا يكون الضرب مانعاً من حدوث الحياة، ويكون بعد حدوثه رافعاً له فليتأمل قال المصنف: (ولأن بهذا القدر يتميز من الملقحة والدم فكان نفساً) أقول: منقوض بالمضغة إلا أن يراد التمييز التام الكامل.

(١) هو في المتقدم.

(٢) تقدم قبل حديث واحد.

لإطلاق ما روينا، ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك، فكذا في حق هذا الحكم، ولأن بهذا القدر يتميز من العلقه والدم فكان نفسها، والله أعلم.

المتنازع فيه . قلت : لا بد من إضمار فيصير كأنه قال في إتلاف الجنين غرة، والشك واقع في ذلك انتهى، تأمل في تفصيل جوابه لعله سمته صالح قوله : (ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها) أقول : اقاتل أن يقول : إن أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليقه يكون ما ذكره هنا مناقضاً لما قاله فيما قبل من أنه أن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم، وإن أراد أنه بدل نفسه من وجه لا يكون هذا دليلاً على مدعانا دافعاً لما قاله الشافعي من أنه جزء من وجه وضمن الأجزاء يؤخذ مقدرها من الأصل فليتأمل .

ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لإنكاره الزيادة، وإن تعذر الوقوف على ذكوره وأنوته نأخذ بالمتيقن . قوله : (لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان) يعني في الأصل، ألا ترى أنه إذا قلع السن فنبئت مكانه أخرى لم يجب شيء وهاهنا بدل الجنين واجب وإن لم يظهر في الأم نقصان، فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية (فيقدر بها) أي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الأم . قوله : (وقال أبو يوسف) هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف . قال في المبسوط : ثم وجوب البدل في جنين الأمة قول أبي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبي يوسف . وعنه في رواية أنه لا يجب إلا نقصان الأم إن تمكن فيها نقص، وإن لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة . وقوله : (فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف) يعني أوجبنا القيمة اعتباراً بحالة الضرب، وأوجبنا قيمته حياً لا مشكوكاً في حياته اعتباراً بحالة التلف . لا يقال : هذا اعتبار بحالة الضرب فقط، إذ الواجب في تلك الحالة أيضاً قيمته حياً لجواز أن لا يكون حياً فلا تجب قيمته حياً هناك بل تجب الغرة . وقوله : (ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب) يعني تفاوت ما بينهما، حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمه مضروباً ثمانمائة يجب على الضارب مائتا درهم . وقوله : (على ما نذكر بيانه بعد هذا) يعني في جنابة المملوك والجنابة عليه في مسألة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك . وقوله : (وقد عرفت في النفوس المطلقة) أي الكاملة بالنص فلا يتعداها إلى غير المطلقة نظير المطلقة وهو الجنين، لأن القياس لا يجري في العقوبات، وليس غير المطلقة حتى يلحق بها دلالة؛ ألا ترى أنه لا يجب كل البدل، والباقي ظاهر لا يحتاج إلى شرح .

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قال: (ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرسناً أو بنى دكاناً فلرجل من عرض الناس أن ينزعه) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقص، 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 فليلحق ما في معناه به، إذ المانع متعنت، فإذا أضر بالمسلمين كره له

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسيبياً، وقدم الأول لكونه أصلاً لأنه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعاً فكانت أمراً حاجة إلى معرفة أحكامه قوله: (ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فليلحق به ما في معناه إذ المانع متعنت) أقول: هذا المقام محل الكلام، فإن المدعى هنا وهو إباحة الانتفاع بالأمر المذكورة أنفاً للذي عملها ما لم يضر بالمسلمين مسألة متفق عليها بين الأئمة، ودليله المذكور في الكتاب لا يتمشى إلا على أصل محمد. أما أولاً فلأن قوله فليلحق به ما هو في معناه ليس بتام على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، إذ قد صرح في الشروح وعمامة المعتبرات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً أن يمنع العامل من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع بغير إذن الامام، فلأن فيه الافتيات على رأي الامام فيما إليه تدييره، فلكل أحد أن ينكر عليه، فظهر منه أن عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على أمر منكر على أصلهما وهو الافتيات على رأي الامام فيما إليه تدييره وإن لم يضر بالمسلمين، فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلاً حتى يصح إلحاق ذلك به، وأما ثانياً فلأن قوله إذ المانع متعنت ليس بتام أيضاً على أصلهما قطعاً، إذ لو صح عندهما كون

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسيبياً، والأول أولى بالتقديم، إما لأنه قتل بلا واسطة، وإما لكثرة وقوعه. قال: (ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً الخ) الكنيف: المستراح، والميزاب معروف، والجرسن قيل هو البرج، وقال فخر الإسلام: جذع يخرج الإنسان من الحائط ليبنى عليه، والعرض بالضم: الناحية، قيل المراد به هنا أبعد الناس منزلة: أي أضعفهم وأرذلهم. وجملة الكلام في هذه المسألة في ثلاثة أشياء: في إباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به. والمبدوء به في الكتاب الخصومة، وتعرض للترغ ولم يتعرض للمنع إلا على قول محمد فإن فيه خلافاً بين العلماء. قال أبو حنيفة: لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً أن يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع بغير إذن الامام، لأن فيه الافتيات على رأي الامام فيما إليه تدييره، فلكل أحد أن ينكر عليه، وبه قال أبو يوسف، وقال محمد: ليس لأحد حق المنع إذا لم يكن فيه ضرر، لأنه مأذون في إحداثه شرعاً فهو كما لو أذن له الامام. وأما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول أبي حنيفة، وقالوا: ليس لأحد ذلك، أما على قول محمد فظاهر لأنه جعله كالمأذون من الامام فلا يرفعه أحد، وأما أبو يوسف فإنه يقول: كان قبل الوضع لكل أحد يد فيه، فالذي يحدث يريد أن يجعلها في يد نفسه خاصة، فأما بعد الوضع فقد صار في يده، فالذي يخاصمه يريد إبطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت، وأما وجه قول أبي حنيفة فهو المذكور في الكتاب. وقوله: (ويسع للذي عمله) بيان الإباحة وهو ظاهر. وقوله ﴿لا ضرر ولا ضرار في الإسلام﴾ أي لا ابتداء ولا جزاء: يعني متعدياً عن مقدار حقه في الاقتصاص، لأن الضرر بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك، وهذا الكلام فيما إذا كان الدرب نافذاً، وأما إذا كان غير نافذ فقولوه وليس لأحد من أهل

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قوله: (وتعرض للترغ ولم يتعرض للمنع) أقول: يعني أن الخصومة تارة تكون للترغ وتارة للمنع، فالمصنف تعرض للاول دون الثاني قوله: (بيان الإباحة وهو الظاهر) أقول: فإنه إذا وسعه الانتفاع به وسعه إحداثه أيضاً قال المصنف: (وإذا أشرع في الطريق روشناً)

ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام»^(١) قال: (وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كتيفاً أو ميزاباً إلا بإذنتهم) لأنها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال، فلا يجوز التصرف أضرب بهم أو لم يضر إلا بإذنتهم. وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضرب لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل، فحعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً كي لا يتعطل عليه طريق الانتفاع، ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن بقبي على الشركة حقيقة وحكماً. قال: (وإذا أشرع في الطريق روشناً أو ميزاباً أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته) لأنه سبب لتلفه متعدد بشغله هواء الطريق، وهذا من

المانع متعتناً لما ذهب إلى جواز منعه شرعاً وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذي أقاما عليه فتبصر قوله: (وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب) قال الشراح: يعني الكنيف والميزاب والجرصن^(٢). أقول: لعل قول المصنف هذا مستدرك، لأن ما مر آنفاً من لفظ مختصر القُدوري وهو قوله وإذا أشرع في الطريق روشناً^(٣) أو ميزاباً أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناًولاً لجميع ما ذكر في أول الباب. أما للميزاب فصراحة كما ترى. وأما لغير ذلك فبعموم قوله أو نحوه فلا حاجة إلى ما ذكره المصنف هنا بل لا وجه للفظ،

الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك. والدرب: الباب الواسع على السكة، والمراد به السكة هاهنا. وقوله: (لأنها مملوكة لهم) يعني في الغالب قال فخر الإسلام: المراد بغير النافذة المملوكة، وليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة، لكن ذلك دليل على الملك غالباً فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه. وقوله: (على كل حال) أي سواء كانوا متلازمين أو لم يكونوا. قوله: (وإذا أشرع في الطريق روشناً) وهو الممر على العلو بيان لوجوب الضمان وقوله: (مما ذكرنا في أول الباب) يعني الكنيف والميزاب والجرصن. وقوله: (فالضمان على الذي أحده فيهما) يعني ضمانهما على المجدث ولا ضمان على الذي عثر به لأنه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالألة وقوله: (وإن سقط الميزاب الخ) هذه المسألة على أربعة أوجه، لأنه إما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج، أو أصابه جميعاً وعلم بذلك أو لم يعلم أي الطرفين أصابه، والجملة مذكورة في الكتاب بوجهها. وقوله: (لأنه ليس بقاتل حقيقة) يعني أن الكفارة وحرمان الإرث إنما يجبان بالقتل حقيقة، وهذا ليس بقتل حقيقة وإلا لساوى الملك غيره كما في الرمي. قيل إن كان قتلاً حقيقة فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان، وإن لم يكن فالقياس عدمه فيها. والجواب أن الضمان يعتمد الإنطاف بطريق صيانة التعدي للدماء عن الهدر، وقد تحقق إحداثه في الطريق ما ليس له ذلك. وأما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمداً أو خطأ ولم يوجد شيء منهما. وقوله: (اعتباراً للأحوال) يعني يعلم بيقين أنه قتل الجراحة، ولا يعلم أنه بأي الطرفين كان، فإن كان للطرف الداخل فلا ضمان، وإن كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كأنه حصل بالطرفين. وقوله: (ولو أشرع جناحاً) ظاهر وقيل المشتري متعدد أيضاً بترك الرفع مع إمكانه شرعاً. وأجيب بأن سبب ضمان القتل إما المباشرة أو التسيب، ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به إنسان فإنه لا ضمان، لأنه ليس بمباشرة ولا متسبب. واستشكل أيضاً بالحائط المماثل إذا تقدم إنسان إلى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى

أقول: الروشن هو الرف عن الأزهرى، وعن القاضي الصدر: الممر على العلو وهو مثل الرف، كذا في المغرب، وفي القاموس الروشن: الكوة قوله: (يعني يعلم بيقين أنه قتل الجراحة) أقول: الظاهر أن يقول: قتل الميزاب.

(١) تقدم مستوفياً. وهو بمجموع طرفه، وشواهدة صحيح. لكن أكثر الروايات ليس فيها لفظ «في الإسلام» وانظر نصب الراية ٤/ ٣٨٤. ٣٨٦ ذكره باستيفاء.

(٢) الجُزُصُن: دخيل وقد اختلف فيه. فقيل البرج. وقيل: مجرى ماء يركب في الحائط. وعن البيهقي: جذع يخرج من الإنسان من الحائط لبيني عليه اه مغرب.

(٣) الرُوشُن: هو ما وقع لصاحب العلو مرتفع على نصيب الآخر، وهو الرُف. قاله الأزهرى. وعن القاضي الصدر: هو الممر على العلو، وهو مثل الرُف اه مغرب.

أسباب الضمان وهو الأصل، وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب (وكذا إذا تعثر بنقضه 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 بطرفان 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 الطرفان جميعاً وعلم اعتباراً للأحوال (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 لا 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 فوقع 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 عليهم (وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحساناً) لأنه صح الاستئجار حتى استحقوق الأجر ووقع فعلهم

وكذلك سيما بالنظر إلى الميزاب تأمل قوله: (وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة) أقول: فيه نوع تساهل، لأن جواب المسألة السابقة وجوب الدية على العاقلة، وفيما إذا عطبت به دابة يجب ضمانها في ماله صرح له في الكافي وغيره، وكلمة كذا تقتضي الاشتراك في الجواب وغير متحقق في قوله أو عطبت به دابة، اللهم إلا أن يكون المراد بكلمة كذا هنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيعم قوله إذا تعثر بنقضه إنسان. وقوله أو عطبت به دابة، لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل قوله: (ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ) قال شيخ الإسلام: هو على وجوه: إن قال مخرج الجناح للأجراء ابنوا جناحاً لي على فناء داري فإنه ملكي أو لي حق إشراع الجناح إليه من القديم ولم يعلم العملة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فأصاب شيئاً فالضمان عليهم، ويرجعون بالضمان على الأمر قياساً واستحساناً سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده، لما أن الضمان وجب على العامل بأمر الأمر فكان له أن يرجع به عليه، كما لو استأجر غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد

باع الدار من غيره ثم أصاب إنساناً فإنه لا ضمان على البائع وإن كان جانباً يترك النقص بعد التقدم إليه. والجواب أن صيرورة صاحب الحائط ضامناً بالتقدم إليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع. وصيرورة مخرج الجناح بشغل هواء طريق المسلمين تعدياً ولم يزل بالبيع. وقوله: (ولو حركته) أي الجمر، قيل فيه تلويح إلى أن الريح إن هبت بشرها فأحرقت شيئاً وجب الضمان لأن التعدي كان بوضع الجمر وهو باق في مكانه، وإليه ذهب بعض أصحابنا. وقوله: (وقيل إذا كان اليوم ريحاً يضمنه) هو اختيار شمس الأئمة السرخسي، والأول: أعتى الإطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الأئمة الحلواني. وقوله: (وقد أفضى

قوله: (وهو على وجوه أن قال المخرج، إى آخر قوله: وإنما تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل) أقول: لا يقال فرق ما بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول، فإن ما في الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة، فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ، ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسيب، لأننا نقول: إشراع الجناح مطلقاً مباشرة، فلماذا شبه بذيح الشاة، وسبجي من الشارح أيضاً بعد قال المصنف: (حتى وجب عليهم الكفارة) أقول: قال الزيلعي: بخلاف ما تقدم من المسائل من إخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف إلى الطريق فقتل إنساناً بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الإرث لأنه تسبب وهنا مباشرة انتهى. فتأمل في الفرق بين هذه المسألة وما تقدم.

عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة، وكذا إذا رش الماء أو توضع) لأنه متعدّ 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 رشّ ماء كثيراً بحيث يزلق به عادة، أما إذا رشّ ماء قليلاً كما هو المعتاد والظاهر أنه لا

الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الأمر لأنه غزه كذا هذا. وإن قال المستأجر للأجراء أشرعوا لي جناحاً على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحاً بأمره ثم سقط فأتلف شيئاً، إن سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الأجراء، ولم يرجعوا قياساً واستحساناً، وإن سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لأنه أمرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد عملوا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جاز له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الأمر، وكذا لو استأجرهم ليبنوا بيتاً في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيئاً لم يرجعوا به على الأمر. وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث إن فناء داره مملوك له من وجه، على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة، ولكنه غير صحيح من حيث أنه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه، فمن حيث إن الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل، ومن حيث إنه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملاً بهما، وإظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ، لأن أمر الأمر إنما صح من حيث أن يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، كذا ذكر جمهور الشراح هنا. أقول: هذه الوجوه في هذه المسألة بهذا التفصيل والبيان، وإن كان كما قاله شيخ الإسلام وارتضاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندي من وجوه: الأول أنهم قالوا في تحليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لأنه أمرهم لما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر، وهو إنما يتم فيما إذا أخبرهم بأن ليس له حق في ذلك لا فيما إذا لم يخبرهم بذلك، إذ لا علم لهم بفساد الأمر في هذه الصورة، وقد سؤوا في وضع المسألة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا: وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح من القديم أو لم يخبرهم. والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث أن فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه، وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل، مع أن مدخلية هذه الحيثية في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة، لأنه لم يأمرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل، بل أمرهم بالانتفاع بذلك بإشراع الجناح إليه وفعلوا ذلك، ولا شك أنه مملوك من حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من

إليها) أي إلى عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح. قوله: (ولو استأجر رب الدار الفعلة) الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه: إن قال المخرج للفعلة أخرجوا جناحاً على فناء داري فإن لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط وأصاب شيئاً قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الأمر قياساً واستحساناً لأنه وجب بأمره فلمهم أن يرجعوا به عليه، كما لو استأجره ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع له الذابح على الأمر، وإن قال أشرعوا جناحاً على فناء داري وأخبرهم أن لا حق له في ذلك أو لم يخبرهم ففعلوا فسقط وأتلف شيئاً قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الأمر قياساً واستحساناً، وإن سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لأنه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جاز له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الأمر. وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث أنه فناء مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث أنه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه، فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل، ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل

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؛ وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه (ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمن ما عطب على الأمر

هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الأمر. والثالث أنهم قالوا في الوجه الأول الضمان على الأجراء ويرجعون به على الأمر قياساً واستحساناً سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده. وقالوا في الوجه الثالث: وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر، والظاهر منه أن يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الأمر ابتداء مع أن الفقه يقتضي أولوية كون الضمان في الوجه الأول أيضاً إذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الأمر ابتداء؛ لأن الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الأمر إنه ملكي أو لي حتى ذلك الفعل من القديم، بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهما في سائر الأمور كما ترى. ثم أقول: تقرير المصنف هذه المسألة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل المنقول عن شيخ الإسلام، بل يباه جلدًا. قال المصنف: جعل المسألة على وجهين: أحدهما السقوط قبل فراغهم من العمل، والآخر السقوط بعد فراغهم منه؛ وجعل حكم أحدهما مخالفاً لحكم الآخر مطلقاً. وقال في تعليل الأول: إن التلف كان بفعلهم، وإن فعلهم انقلب قتلاً حتى وجب عليهم الكفارة، والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم إلى رب الدار فاقصر عليهم. ولا يخفى أن هذا التعليل يقتضي أن يكون الضمان عليهم، وأن لا يرجعوا به على الأمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقاً: أي في الوجه الأول أيضاً من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلاً عن شيخ الإسلام وهو ما إذا أخبرهم الأمر بأن له حقاً في ذلك، لأن فعلهم لما انقلب قتلاً وصار غير داخل في عقد الأمر ولم يتسلم إليه بل اقتصر عليهم كان إخباره لهم بأن له حقاً في ذلك، وعدم إخباره لهم بذلك سبباً قطعاً، ويقتضي أن لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكره لرجوعهم بالضمان على الأمر قياساً واستحساناً في الوجه الأول من الوجوه التي ذكرها سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لأن الضمان وجب على العامل بأمر الأمر فكان له أن يرجع به عليهم، فإن فعلهم لما انقلب قتلاً في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفاً لأمر الأمر خارجاً عن عقده فلم يكن بأمر الأمر، فما كان وجوب الضمان عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم، ويقتضي أيضاً أن لا يتم تنظيرهم الوجه الأول بما لو استأجر غيره ليذبح شاة له ثم استحقت الذبيح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الأمر في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل، فإن فعل الذابح هناك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد، فإذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الأمر بحكم التغير، بخلاف ما نحن فيه في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت آنفاً. ثم إن بعض الفضلاء قال هنا: لا يقال فرق بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول، فإن ما ذكر في الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة، فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ، ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسيب. لأننا نقول: إشرع الجناح مطلقاً مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة، وسيجيء من الشارح أيضاً:

قبل الفراغ منه عملاً بهما، وإظهار حجة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهارها قبل الفراغ، لأن أمر الأمر إنما صح من حيث أنه يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل. وقوله لأنه (صح الاستئجار) يعني بالنظر إلى أن له أن يتنفع بفناء داره، فبالنظر إلى هذا كان أمره معتبراً ووقع فعلهم عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه فكانه فعل بنفسه، ولو فعله بنفسه يقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا إذا أمر به. وقوله: (بخلاف ما إذا فعل ذلك) يعني الصب والرش والوضوء. وقوله: (كما في الدار المشتركة) يعني أنه له أن يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار

استحساناً. وإذا استأجر أجيراً لبيني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه 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 فضمانها في ماله) لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله وإلقاء التراب واتخاذ الطين بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرنا، بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لأنه ليس بمتعدّ فإنه ما أحدث شيئاً فيه إنما قصد دفع الأذى عن الطريق، حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بها إنسان كان ضامناً لتعديه بشغله (ولو وضع حجراً فتحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي فتحاه) لأن حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله، 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 بالانقياد على

يعني صاحب العناية. أقول: جوابه ليس بسديد، إذ لم يقل أحد بأن إشراع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط الفراغ من العمل، كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو من أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الأمر، فلو كان مباشرة من بعد الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعاً كما في السقوط قبل الفراغ، ولم يجب عليهم بعده شيء منهما بل وجب الضمان على الأمر وهو رب الدار استحساناً كما ذكر في الكتاب، ولو كان مباشرة من الأمر لوجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به أحد، والتشبيه بذيح الشاة إنما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لا في صورة السقوط بعده، والذي سيجيء من الشارح أيضاً لا بد وأن يحمل على كون إشراع الجناح مباشرة في الصورة الأولى لا في الصورة الثانية. وأما كون إشراع الجناح مباشرة مطلقاً لفعل ما وإن لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فبمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كما لا يخفى قوله: (ولو تعدد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) أقول: في تحرير المصنف هنا شيء وهو أن الظاهر من قوله فيما مر آنفاً، وكذا إذا رش الماء بعد قوله وكذا إذا صب الماء أن مسألة رش الماء تغاير مسألة صب الماء، وقد ذكر هنا الصب في أصل المسألة حيث قال: ولو تعدد المرور في موضع صب الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال: لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسألة وضع المسألة، ويمكن أن يعتذر عنه بأنه إنما فعل هكذا إيماء إلى اتحاد مسألتي الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد إلى العلم بمغايرتهما مما ذكره من قبل قوله: (وإذا استأجر أجيراً لبيني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأمر استحساناً) قال في العناية: لم

لحق الملك بحقيقته. وقوله: (لأنه صاحب حلة) والعلة إذا صلحت لإضافة الحكم إليها بطل غيرها. وقوله: (في فناء حانوته) قيل الفناء سعة أم البيوت، وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله: (فتعقل) أي تشبث وتعلق بالبناء. وقوله: (يجب الضمان على الأمر) لم يتعرض بأن ذلك إذا علم الأجير أن الفناء لغير الأمر أو إذا لم يعلم. وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال: وإن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً في الفناء فحفر ومات فيه إنسان أو دابة والفناء لغيره، فإن كان الأجير عالمًا به فالضمان على الأجير وإن لم يعلم الأجير أن الفناء لغير فالضمان على المستأجر لأن الأجير لم يعلم بفساد الأمر. قال: (ومن حفر بئراً في طريق المسلمين) كلامه واضح. والبالوعة: ثقب في وسط البيت، وكذلك البالوعة وذكر رواية

قوله: (والبالوعة ثقب في وسط البيت، وكذلك البالوعة) أقول: وهذا المعنى لا يلائم المقام قال المصنف: (فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لا يضمن) أقول: الأمر من السلطان إكراه، فقوله أو أجبره كالمعطف التفسيري، وإذا أذن ولم يأمر ينبغي أن لا يكون متعدياً.

رأى الأمام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة، وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لأن المعنى لا يختلف (وكذا إن حفره في ملكه لا يضمن) لأنه غير متعد (وكذا إذا حفره في فناء داره)

يتعرض المصنف بأن ذلك إذا علم الأجير أن الفناء لغير الأمر أو إذا لم يعلم. وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال: وإن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً في الفناء فحفر ومات فيه إنسان أو دابة والفناء لغيره فإن كان الأجير عالماً به فالضمان على الأجير وإن لم يعلم الأجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لأن الأجير لم يعلم بفساد الأمر انتهى. أقول: ما ذكره الإمام المحبوبي في جامعه وإن دل على أن الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أن الفناء للمستأجر إلا أنه يدل بإطلاقه على أن الجواب في موت إنسان بعد فراغ الأجير من العمل وقبله سواء، والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد فراغ الأجير ولم يتعرض له الشارح أيضاً فتبصر قوله: (وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) قال بعض الفضلاء: الأمر من السلطان إكراه؛ فقله أو أجبره كالعطف التفسيري اهـ. أقول: ليس هذا بسديد، لأن كون مجرد الأمر من السلطان إكراهاً ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال: إن مجرد أمر الإمام ليس بإكراه، فجاز أن يكون قوله في الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك مبنياً على ذلك، ولئن سلم أن كونه إكراهاً قول مختار فالظاهر أن الأمر هنا كناية عن الإذن لاستلزام الأمر الإذن، وعطف أجبر عليه قرينة على ذلك، وعن هذا قال في غاية البيان في تحليل هذه المسألة: وذلك لأن للإمام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله بإذن الإمام. وقال في العناية: وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان إذن الإمام انتهى. ولا شك أن مجرد إذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل، صرح به عامة المعبريات فيكون قوله أو أجبره عليه مسألة أخرى لا محالة، وأما كون قوله أو أجبره عليه عطفاً تفسيرياً فمما لا وجه له، لأن العطف التفسيري لم يسمع في كلمة أو ومعناها أيضاً لا يساعد ذلك، وإنما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها إياه، ولكن بقي لنا شيء في قول محمد أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك، وهو أنه إذا علم عدم ضمان الفاعل فيما إذا أمره السلطان بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعاً فيما إذا أجبره عليه فما فائدة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك. نعم لو قال فإن أجبره السلطان على ذلك أو أمره به لكان حسن لكون الثاني من قبيل الترقى تأمل تفهم قوله: (وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره) قال عامة الشراح: أراد بقوله مما ذكرناه: ما ذكره من أول الباب إلى هنا من إخراج الكنيف أو الميزاب أو الجرصن إلى الطريق وبناء الدكان فيه وإشراع الروشن وحفر البئر، وزاد صاحب الغاية: ووضع الحجر. وقالوا: أراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع، أقول: مما ذكره من أول الباب إلى هنا صب الماء في الطريق وكذا رش الماء أو التوضي فيه وكذا الخشبة فيه، ولم يذكر أحد من الشراح شيئاً من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما تركوه وما بعده، وإن زعموا أن الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما ذكروه وكان عليهم البيان والنقل. ثم إنهم جعلوا بناء الظلة من

الجامع الصغير لاشتمالها على بيان إذن الإمام. والافتيات: الاستياد بالرأي افتعال من الفتوت وهو السبق. وقوله: (وكذا الجواب على التفصيل) يعني أنه لو فعل بأمر من له ولاية لم يضمنه، ولو فعل بنفسه من غير أمر أحد ضمنه. وقوله: (مما ذكرناه) يعني من أول الباب إلى هنا من إخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان وإشراع الروشن وحفر البئر. وقوله: (وغيره) يعني ما لم يذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع. وقوله: (وكذلك إن حفره في ملكه لا يضمن) يعني كما إذا أمره الإمام فحفر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به، كذلك إذا حفره في ملكه وإن لم

لأن له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه . وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه لأنه غير متعدّ، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبب متعدّد وهذا صحيح (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً لا ضمان على الحافر) عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع. وقال أبو يوسف رحمه الله: إن مات جوعاً فكذلك، وإن مات غماً فالحافر ضامن له لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع، أما الجوع فلا يختص بالبشر. وقال محمد: هو ضامن في الوجوه كلها، لأنه إنما حدث بسبب الوقوع، إذ لولاه لكان الطعام قريباً منه. قال: (وإن استأجر أجراً فحفرها له في غير فئانه فذلك على المستأجر ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فئانه) لأن الإجارة صحت ظاهراً إذا لم يعلموا فنقل فعلهم إليه لأنهم كانوا مغرورين، فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه

غير ما ذكر في الكتاب مع أنه قد ذكر في الكتاب حيث قال: ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقه وقتل إنساناً الخ. ويمكن أن يعتذر عن الثاني بأن الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة، وقد حمل الشراح مسألة استئجار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة المذكورة في الكتاب فيما مر على ما فعل في فناء الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا، وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءها في طريق العامة، أو أنهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الإنسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعدوا ما استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الظلة مما نحن فيه هنا، وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءه بنفسه، لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لو فعله بأمر السلطان لم يضمن، ولو فعله بغير أمره ضمن متمش فيما فعل في فناء الدار أيضاً، وفيما فعل باستئجار الغير لفعله أيضاً فلا فائدة في التخصيص بل لا وجه له تفكر قوله: (وكذا إذا حفره في فناء داره) يعني وإن لم يكن الفناء ملكه؛ كذا في العناية وغيرها. أقول: يرد عليه أنه ينافي ما ذكر فيما مر من المسألة المقررة المجمع عليها وهو قوله وإذا استأجر أجنبياً لبيني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأمر استحساناً فتأمل قوله: (وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً أو كان له حق الحفر فيه) قال جمهور الشراح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضر بأحد أو أذن له الإمام في ذلك. أقول: في كل من وجهي

يأذن له الإمام. وقوله: (وكذلك إذا حفره في فناء داره) يعني وإن لم يكن الفناء ملكه. وقيل جاز له ذلك إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر بأن لا يضر لأحد أو أذن له الإمام، أما إذا لم يكن كذلك فإنه يضمن. وقوله: (هذا) يعني هذا الجواب وهو أن يضمن إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركاً إذا كان في سكة غير نافذة صحيح. وقوله: (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً) أي انخافاً بالعفونة. قال في الصحاح: يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر، وكلامه واضح، ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة أنه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فإن الفقه معه؛ ألا ترى أنه لو حبس رجلاً في بئر حتى مات غماً فإنه لا ضمان عليه، بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لأن أثر فعله وهو العمق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان. وقوله: (وإن استأجر أجراً فحفرها له في غير فئانه) يعني بأن كان الفناء للغير أو طريقاً للعامة لكنه غير مشهور، فإما أن يعلموا أنها في غير فئانه أو لا، فإن كان الثاني فالضمان على المستأجر ولا شيء على الأجراء لأن الإجارة صحت ظاهراً إذا لم يعلموا ذلك، وذلك يكفي لنقل الفعل إلى الأمر، لأنه لو توقف على صحة الأمر حقيقة تضرر الأجراء فامتنعوا عن العمل مخالفة لزوم المهدة وبالناس حاجة إلى ذلك فنقل فعلهم إليه، وهذا دليل كون الضمان على المستأجر. وقوله: (لأنهم كانوا مغرورين) دليل قوله ولا شيء على الأجراء، وصار هذا الأمر في صحته ظاهراً، وكون الأمور مغروراً كالأمر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير، إلا أن هناك يضمن الأمور ويرجع على الأمر لكونه مباشراً، وكون الأمر مسبباً والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور، وهاهنا يجب على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما متسبب والأجير غير متعدّد والمستأجر متعدّد فيرجع جانبه، وإن كان الأول فالضمان على الأجراء لعدم صحة الأمر بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعلهم إليه وليسوا بمغرورين فينتفي الضمان عنهم بقبي الفعل مضافاً إليهم. وفي عبارته تسامح لأن صحة

الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره، إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الامر لأن الذابح مباشر والأمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والأجير غير متعد والمستأجر متعد 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 فتائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا

تفسيرهم خلل. أما في الأول فلأن قول المصنف أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً الخ يأباه جداً، فإن عدم الضرر لأحد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتركاً أيضاً، وقد جعل الحكم فيها خلاف ما إذا كان له حق الحفر فيه. وأما في الثاني فلأنه إذا أذن له الإمام يجوز له التصرف في طريق العامة أيضاً فلا يضمن ما عطب فيه كما مر آنفاً، ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك، وكذلك إن حفر في ملكه لم يضمن، وكذلك إذا حفره في فناء داره هو أن الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون إذن الإمام أيضاً، وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك إن حفر في ملكه لم يضمن: يعني كما إذا أذن له فحفره في طريق المسلمين لم يضمن، كذلك إن حفره في ملكه بلا إذن الإمام لم يضمن، فلا معنى لحمل ما قيل في مسألة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان دون إذن الإمام أيضاً على التقييد بإذن الإمام كما لا يخفى. فقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام: وقيل إنما يكون له أن يحفر في فناء داره إذا كان الفناء مملوكاً له، أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره. لأنه إذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيداً بشرط السلامة لعدم التعدي. أما إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركاً كما إذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى. أقول: قد زاد ذلك الشارح نعمة في الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن قال: أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره. فاشترك مع جمهور الشراح في أن يرد عليه ما يرد على الوجه الأول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل. وقال في تعليل ذلك: لأنه إذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيداً بشرط السلامة لعدم التعدي. ويرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة. وجواب هذه المسألة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى. ثم أقول: الصواب عندي أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه إن كان له حق الاختصاص بالحق فيه بأن كان ذلك الموضوع موقوفاً عليه للانتفاع فيه أو كان مما اشتأجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك، فحينئذ ينتظم السياق واللاحق بلا غبار كما ترى قوله: (وإن علموا بذلك فالضمان على الأجراء لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافاً إليهم) قال صاحب العناية: في عبارة المصنف تسامح، لأن صحة الأمر فيما نحن فيه لا تحتاج إلى كون المأمور به في ملكه حتى يصح

الأمر فيما نحن فيه لا تحتاج إلى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له، بل المناسب أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهراً حيث علموا، وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين الأمر بإشراع الجناح، فإن الأجراء هنالك إذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الأمر وما هنا لم يضمنوا أصلاً. والجواب ما أشار إليه المصنف في ذبح شاة غيره بأن الذابح مباشر والأمر مسبب، وقد تقدم أن إشراع الجناح كذبح الشاة إذا ظهر استحقاقها (وإن قال لهم هذا فتائي) ظاهر. وقوله: (فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا) يعني قوله لانطلاق يده في التصرف الخ. فإن قيل:

إذ لا افتيات قوله: (ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول: أي من تقديم دليل قوله رحمه الله قال المصنف: (وقال أبو يوسف: إن مات جوعاً فكذلك) أقول: ما ذكر في الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وأما في ظاهر الرواية فلا يجب الضمان، قاله العلامة الإقناني نقلاً عن الإسيبجاني، فالأولى وعن أبي يوسف وعن محمد رحمهما الله قوله: (وفي عبارته تسامح الخ) أقول: لا تسامح، إذ المراد أنه لا يصح أمره حقيقة لانتهاء الملك في المأمور به، ولا ظاهراً لعدم الغرور، فقوله

ومات فيه إنسان فالضمان على الأجزاء 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 ذكرناه 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 تعدّ هو تسيب، والثاني تعدّ هو مباشرة فكانت الإضافة إلى المباشرة 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

التعليل بقوله لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له، بل المناسب أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهراً حيث علموا اه. أقول: ليس هذا بسديد، لأن مدار زعمه التسامح في عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل، ولا شك أنه داخل فيه، فقوله لم يصح أمره بما ليس بمملوك له إشارة إلى انتفاء صحة أمره حقيقة. وقوله ولا غرور إشارة إلى انتفاء صحته ظاهراً، والمعنى لم يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك في الأمور به، ولا ظاهر المعدم الغرور حيث علموا، فظهر أن ما ذكره المصنف تعليل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهراً حيث علموا كما ترى، فلم يتم القول بأن ذلك هو المناسب قوله: (فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرناه) يعني قوله لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه الخ. قال في العناية أخذاً من معراج الدراية: فإن قيل: قوله ليس لي في حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته. أجيب بأن قوله ليس لي في حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم، وهكذا لفظ المبسوط. فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى. أقول: في الجواب بحث، لأن كلمة ليس لنفي مضمون الجملة حالاً عند جمهور النحاة على ما تقرر في موضعه. فحينئذ لا يحتمل قوله ليس لي في حق الحفر غير نفي حق الحفر عنه حالاً. وأما عند بعض النحاة فكلمة ليس وإن كانت لنفي مطلقاً. إلا أن معناه أن مضمون الجملة إذا قيد في زمان من الأزمنة فهو على ما قيد به. وأما إذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحتمل الإيجاب عليه في نحو زيد قائم كذا حقه الأندلسي واستحسنه الرضي. وفيما وقع في مسألة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحتمل الإيجاب عليه قطعاً فلم يكن مشترك الدلالة، كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف في تعليل كون الضمان على الأجزاء قياساً لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم، إذ العلم بفساد الأمر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك. وأما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر أن المراد به ليس لي ذلك من القديم لكنه لي في الحال وإلا لما تم وجه الاستحسان. ثم أقول: الحق عندي في الجواب أن يقال: يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام في لي للاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة

قوله ليس لي في حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته. أجيب بأن قوله ليس لي في حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم، وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة. قال: (ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام) كلامه واضح. قوله: (لأن الأول) يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة (تعد) أما وضع الخشبة فكونه تعدياً ظاهراً وأما بناء القنطرة فلأن الباني فوت حقاً على غيره فإن التدبير في وضع القناطر على الأنهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للإمام فكان جنائياً بهذا الاعتبار والجنائية تعدّ لا محالة. قوله: (وهذا اللفظ) يعني قوله

لأن صحة الأمر لا تحتاج الخ إن أراد صحة الأمر حقيقة فغير مسلم، وقد دل عليه قوله سابقاً لو توقف على صحة الأمر حقيقة، وإن أراد صحته ظاهراً فمسلم ولا يفيد كما لا يخفى قوله: (بالنظر إلى ما ذكرناه: يعني قوله الخ) أقول: فيه بحث قوله: (فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول: فما يفعل بقول المصنف لأنهم علموا بفساد الأمر، فإنه إذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به، إذ العلم لا يجامع الاحتمال.

فعطب به إنسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين، والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة. واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحاً مطلقاً. وعن محمد أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه. قال: (وإذا كان المسجد للمشييرة فعلق رجل

المسلمين أو مشتركاً بأن كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف فيه. إذ يجوز لكل أحد التصرف في حق العامة بشرط السلامة، ولا ينافي أيضاً قول المصنف في تعليل وجه القياس لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم؟ لأن فساد الأمر مقرر على كل من الاحتمالين. أما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر أصلاً: أي على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر. وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلأن الأمر بالحفر في حق العامة أو في الحق المشترك بدون إذن الشريك فاسد لأنه تعد، ولهذا لو فعله بنفسه فتلف به إنسان أو بهيمة يجب عليه الضمان قوله: (وهذا اللفظ يشمل الوجهين) قال جمهور الشراح: أشار المصنف بقوله وهذا اللفظ إلى قوله فعطب به فهو ضامن. وأراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق. أقول: ما ذهبوا إليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين: أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الإنسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركاً محضاً. وثانيهما أنه لو كان مراد المصنف ذلك لذكر قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسألة الثانية وهي قوله وإن كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به إنسان لم يضمن، إذ لا وجه لتأخير بيان ما في المسألة الأولى عن ذكر المسألة الثانية بلا أمر داع إليه. وقال صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب إليه جمهور الشراح. وفيه نظر لأن قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على إنسان وذلك لا يشمل التعثر به. ثم قال: ولعل المصنف نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى. أقول: إن قوله ولعل المصنف نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له، لأن قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه. وأنا أتعجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المصنف ذلك المتقن التحرير على ما يأباه من له أدنى دربه بأساليب الكلام. وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن، وهو الحق الصريح عندي أيضاً فإنه مصون عن المحذورات المذكورة كلها. ورده صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال: وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن، وهو بالنسبة

فعطب به فهو ضامن (يشمل الوجهين) وهما تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه، وتلفه بالتعثر به ما وقع في الطريق، وفيه نظر لأن قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على إنسان وذلك لا يشمل التعثر به. نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به إنسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما. والفرق بين العبارتين بين. وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن، وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور، ولعل المصنف رحمه الله نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه. وقوله: (فيخرج بالتقييد بما ذكرناه) يعني بوصف السلامة. وقوله: (ما لا يلبسه عادة) يعني مثل اللبد والجواثق ودرع الحرب في غير موضع الحرب، وكذا إذا لبس زيادة على ما يحتاج إليه على رواية ابن

قوله: (وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد) أقول: ولك أن تقول: قوله فسقط فعطب به إنسان: يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين، بخلاف قوله فسقط على إنسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسها مع قطع النظر عن الغير، ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس

منهم فيه قنديلاً أو جعل فيه بوارى أو حصة فعطب به رجل لم يضمن، وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيبة ضمن) قالوا: هذا عند أبي حنيفة، قالوا: 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 وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولي وفتح بابهِ وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعدياً أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة، وقصد القرية لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق 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، وقالوا: لا يضمن على كل حال، ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في

إلى الرداء فاسد، لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى. أقول: رده مردود، إذ لا يخفى أنه يتصور أن يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير أيضاً في حالة النوم بل في حالة اليقظة أيضاً فيختنق بذلك فيموت. نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر، لكن إمكان وقوعه كاف في تعميم المسألة كما لا يخفى. ثم إن بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال: ولك أن تقول: قوله فسقط فعطب به إنسان: يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين، بخلاف قوله فسقط على إنسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسها مع قطع النظر عن الغير، ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً لا خصوصه؛ ألا يرى إلى دليله إلى هنا لفظه. أقول: كل من مقدمات كلامه كاسد. أما قوله يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على إنسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسها مع قطع النظر عن الغير، فلأن الفرق بين اللفظين نفسها بدون أن يكون له تأثير فيما نحن فيه من المسألة يكون خارجاً من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ها هنا، ومثله لا يليق بمن له أدنى تمييز فضلاً عن المصنف الذي هو علم في التحقيق. وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً لا خصوصه، فلأن المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه. وأما قوله ألا يرى إلى دليله فلأن عموم الدليل لا يقتضي عموم المسألة؛ ألا يرى أن كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الأول مع كون النتيجة خاصة قوله: (وقالوا: لا يضمن في الوجهين جميعاً) أي فيما فعل ذلك أحد من العشيبة، وفيما إذا فعله أحد من غير العشيبة. قال صاحب معراج الدراية: قوله وقالوا لا يضمن في الوجهين وهما إذن الإمام أو العشيبة أو عدم إذنهما، وتبعه الشارح العيني.

سماحة عن محمد رحمهما الله لعدم عموم البلوى به. وقوله: (للعشيبة) يعني أهل المسجد. وقوله: (ضمن) يعني إذا فعل ذلك بغير إذن أحد من العشيبة بدليل قوله من بعد كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد. وقوله: (كنصب الإمام) يعني إذا لم يكن الباني موجوداً، أما إذا كان فنصب الإمام إليه وهو مختار الإسكاف رحمه الله: قال أبو الليث رحمه الله: وبه تأخذ إلا أن ينصب شخصاً والقوم يريدون من هو أصلح منه، ويجوز أن يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام إن القوم أولى بنصب الإمام والمؤذن، والباني أولى بالعمارة. وقوله: (وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله) فلهم تكرار الجماعة، بخلاف ما إذا سبقوا بها فإنه ليس لغيرهم أن يكرر الجماعة. وقوله: (وقصد القرية لا ينافي الغرامة) جواب عن قولهما لأن هذه من القرب. وقوله: (كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا) فإنه قصد القرية لكن أخطأ الطريق، فإن شرطها أن يكون الشهود

مجازاً لا خصوصه ألا يرى إلى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل الدرع، ولا يبعد موت الإنسان مثل الصغار بسقوطه عليه، ولا يبعد حمل قول الشارح ولعل المصنف نظر إلى المعطوف الخ على هذا فتأمل قال المصنف: (وقالوا: لا يضمن في الوجهين جميعاً) أقول: قال الكاكي: وهما إذن الإمام أو العشيبة أو عدم إذنهما، وبه قال الشافعي في وجه مالك وأحمد. قال الحلواني: وأكثر مشايخنا أخذوا بقولهما في هذه المسألة، وعليه الفتوى، كذا في الذخيرة انتهى كلام الكاكي. وقوله وهما إذن الإمام الخ محل كلام قوله: (بل كان قاعداً لغيرها) أقول: قوله بل كان قاعداً لغيرها لا يطابق المشروح، فإن القعود لها محل الاختلاف أيضاً على تقرير المصنف، فالأولى القصر على قوله أو لم يكن فيها.

أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف، وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف، وقيل لا يضمن بالاتفاق. 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

أقول: تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذلك الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة قوله: (ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم: أي تعليم الفقه أو الحديث أو للصلاة: يعني منتظراً لها أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث قال المصنف: فهو على هذا الاختلاف، وهو اختيار بعض أصحابنا، واختاره أبو بكر الرازي، وقال بعضهم، وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني: ليس فيها خلاف، بل لا ضمان فيه بالاتفاق انتهى. أقول: في تقريره خلل، فإن الاختلاف بين أصحابنا، واختيار أبي بكر الرازي قول بعضهم وأبي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر إنما هو فيما إذا قعد للعبادة بأن كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد يذكر الله أو يسبحه أو يقرأ القرآن فعثر به إنسان فمات، وأما فيما إذا قعد لحديث أو نام فيه أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً فعثر به إنسان فمات ففيه اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لأحد من أصحابنا على ما بين. وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية أيضاً نقلاً عن الذخيرة، ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنا من الصور فقال: فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الإطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا إلى آخر كلامه، ثم قال صاحب العناية: 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 الجامع

أربعة ممن تسمع شهادته، فإذا انقضت انقلبت قذفاً واستوجب الحد. قال: (وإن جلس فيه رجل منهم فخطب به رجل الخ) وإن جلس في المسجد رجل من العشيرة فخطب به رجل فإما إن كان في الصلاة أو لم يكن فيها، فإن كان في الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضاً أو نقلاً لأن النفل بالشروع يصير فرضاً، وإن لم يكن فيها بل كان قاعداً لغيرها ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا: لا يضمن على كل حال (ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم) أي لتعليم الفقه أو الحديث (أو للصلاة) يعني منتظراً لها (أو نام في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث) قال المصنف رحمه الله (فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا، واختاره أبو بكر الرازي. وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف، بل لا ضمان فيه بالاتفاق. ولقائل أن يقول: في عبارة الكتاب تكرار، 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 جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان ذلك 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 قيل على هذا الاختلاف وقيل

قال المصنف: (فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي. وقال بعضهم: وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف الخ) أقول: نظم الكلام في سبط واحد وفي تفصيل، فإنه ذكر شمس الأمانة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة الجالس بانتظار الصلاة لا يضمن، وإنما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث. وذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض: سمعت أبا بكر يقول: إن جلس لقراءة القرآن أو معتكفاً لا يضمن بالإجماع. وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد أنه إن جلس للحديث يضمن بالإجماع. وذكر في الذخيرة أنه إذا قعد فيه لحديث؛ أو نام أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً ضمن عنده، وقال: لا يضمن وإن قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو للذكر اختلف المتأخرون فيه على قوله؛ فقال بعضهم يضمن وإليه ذهب أبو بكر الرازي. وقال بعضهم لا يضمن وإليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني، كذا في النهاية وغيره، ويعلم منه ما في كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه اتفاقاً (هذا المذكور كله) أقول: فيه أنه لا يشمل المرور بل النوم فيها، فإن المستتر في كان ضمير الجلوس أو الرجل الجالس، إلا أن يقال: للأكثر حكم الكل.

بالحديث فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة. وله أن المسجد إنما بني للصلاة، وهذه الأشياء 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 العشييرة فيه للصلاة فتمقل به إنسان ينبغي أن لا يضمن) لأن المسجد بني للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفروضاً إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده.

الصغير، وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى. أقول: في كل واحد من سؤاله وجوابه سقامة، أما في الأول فلأن وضع المسألة فيما قال وإن كان في غير الصلاة إنما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله، ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة والمرور فيه ماراً. أما في الثاني فلأن لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد، ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفاً فكيف يكون هذا بياناً لذلك. ثم قال: وقوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك، بل هو على الاختلاف كما رأيت. أقول: لا نسلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز أن يكون مختار المصنف أيضاً ما اختاره أبو بكر الرازي، فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر، ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات المشايخ. ثم قال: وكان من حق الكلام أن يقول: فقد قيل على هذا الاختلاف، وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى. أقول: لعل سرّ أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضاً، ولم يقل أحد بأنه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل، فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختلاف كلامه كاختلاف كلام ذلك الشارح في شرحه كما مرّ حيث يلزم أن يدرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضاً فقال: وهو على هذا الاختلاف بالبتات جريباً على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختياراً لما اختاره أبو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تأمل. فإن هذا معنى لطيف وتوجيه حسن قوله لهما: (أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس مباحاً الخ) أقول: هذا التعليل قاصر على إفادة مدعاهما في بعض من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود فيه لحديث: فإن شيئاً منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب.

لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف. وقوله: (لهما أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر) قال الله تعالى ﴿في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له بالغدو والآصال﴾ وقوله تعالى ﴿وأنتم عاكفون في المساجد﴾ وقوله: (وله أن المسجد إنما بني للصلاة) لأن المسجد موضع السجود؛ ألا يرى أن المسجد إذا ضاق على المصلي كان له إزعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لأنه يطلب موضوعه الأصلي دون العكس، وما عرف الناس المسجد إلا لأجل الصلاة فيه، ولا دلالة لما ذكرنا من الآيتين على ما سوى الإذن والعكوف به وليس الكلام فيه، وكونها من ضرورات الصلاة مسلم لكن لا بعد من التفرقة بين الموضوع الأصلي وما ألحق به، والباقي واضح.

قال المصنف: (لهما أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر، ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحاً لأنه من ضرورات الصلاة) أقول: لا يخفى عليك أخضية الدليل من المدعي إلا أن يلحق سائر المباحات مثل المرور والقعود للحديث، لأن المناط هو الإباحة؛ ألا يرى إلى قوله فكان الجلوس مباحاً وفيه تأمل فإنهما حينئذ يحتاجان إلى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة وأما المذكور في الكتاب فهو إباحة معللة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج إلى الفرق، لأن المناط ليس مطلق الإباحة، بل الإباحة المقيدة المعللة بما ذكر قوله: (لأن المسجد موضع السجود) أقول: هذا دليل لغوي قوله: (ألا يرى) أقول: هذا دليل شرعاً قوله: (وما عرف الناس الخ) أقول: هذا دليل عرفي.

فصل في الحائض المائل

قال: (وإذا مال الحائض 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. وجه الاستحسان أن الحائض لما مال إلى الطريق فقد اشتمل 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 فيقطع المارة حذراً على أنفسهم فيتضررون به، ودافع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائض فيتعين لدفع هذا الضرر، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه، ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتحميلها العاقلة، لأنه في كونه جنائياً دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدي إلى استئصاله والاجحاف به، وما تلف به من الأموال كالذباب 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: شهدوا أنني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا، ولا

فصل في أحكام الحائض المائل

لما ذكر أحكام القتل الذي يتعلق بالإنسان مباشرة أو تسبياً شرع في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائض. المائل، وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع الحيوانات تقديماً للحيوان على الجماد، إلا أن الحائض المائل لما ناسب الجرح والروشن والجناح والكنيف^(١) وغيرها ألحق مسائله بها ولهذا أتى بلفظ الفصل لا بلفظ الباب، كذا في النهاية وغيرها قوله: (والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائض وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه) أقول: لقائل أن يقول: ينتقض هذا الأصل بما سيأتي في الكتاب من أنه يصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائض وحده. ويمكن الجواب عنه بوجهين: أحدهما أنه يجوز أن يكون هذا الأصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان. ووجهه ما

فصل في الحائض المائل

لما كان الحائض المائل يناسب الجرح والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائله بها في فصل على حدة. قال: (وإذا مال حائض إلى طريق المسلمين الخ) أخذ الشافعي رحمه الله في هذه المسألة بوجه القياس ولم يوجب الضمان، وعلماؤنا رحمهم الله استحسنا أن يوجب الضمان وهو مروى عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين رحمهم الله، والوجه من الجانبين المذكور في الكتاب. وقوله: (وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام) كالرامي إلى الكفار وإن تزسوا بالمسلمين وقطع العضو للأكلة عند خوف هلاك النفس. وقوله: (وتتحملها العاقلة) قال محمد رحمه الله: إن العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء: على التقدم إليه في النقد، وعلى أنه مات من سقوطه عليه، وعلى أن الدار له، لأن كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير. وقوله: (والشرط التقدم إليه) وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائض إن حائطك هذا مخوف أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئاً. ولو قال ينبغي أن تهدمه فذاك مشورة، ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلماً كان أو ذمياً أو صيباً أو امرأة

فصل في الحائض المائل

قوله: (مسلماً كان أو ذمياً أو صيباً) أقول: أي مأذوناً أو عبداً كذلك.

(١) الكنيف: المستراح اه مغرب.

وفي المصباح: هو الحظيرة، والساتر أيضاً، وقيل للمرحاض كنيفاً لأنه يستر صاحبه.

يصح الإشهاد قبل أن يبهي الحائض لانعدام التعدي. قال: (ولو بني الحائض مائلاً في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد) لأن البناء تعد ابتداءً 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 النقض ليصير بتركه 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 فيتفرد كل صاحب حق به. قال: (وإن مال 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 هواها، ولو أجله صاحب الدار أو أبراه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز، ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائض 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 بعد ما أشهد عليه وقيضها المشتري يرى من ضمانه لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع، بخلاف إشراع الجناح لأنه كان جانياً 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 بعد ما طوّل به، والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائض وتفريغ الهواء، ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه كالمترهن والمستأجر والمودع وساكن الدار، ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكك وإلى الوصي وإلى أبي اليتيم وأمه في حائض الصبي لقيام الولاية، وذكر الأم في الزيادات والضمنان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء كفعله، وإلى المكاتب لأن الولاية له، وإلى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لأن

ذكر هناك. وأما جواب القياس فيه فهو أن لا يضمن أحد من الورثة شيئاً، أما الذي تقدم إليه فلعدم تمكنه من النقض، وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم، وقد صرح بذلك في المبسوط، وذكر في الشروح أيضاً فيما سيجيء. وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد هنا بمن يتمكن من نقض الحائض من يتمكن منه وحده أو مع مشاركة غيره، وبمن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه أصلاً، وأحد الورثة في المسألة الآتية وإن لم يتمكن من نقض الحائض وحده إلا أنه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا انتقاض قوله: (والضمنان في مال اليتيم) أقول: وفي هذا الإطلاق نوع قصور، لأن ما تلف بالحائض المائل إن كان من النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائض لا في

إن مال إلى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها وصاحب الدار أو سكانها إن مال إليها، وأن يكون إلى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو إعارة فلم ينقض حتى سقط على إنسان فلا ضمان على أحد. وقوله: (والشرط هو التقدم دون الإشهاد حتى لو اعترف صاحبه أنه طوّل بنقضه وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه. وقوله: (لأن فعل هؤلاء كفعله) أي فعل الوصي والأب والأم كفعل الصبي، والتقدم إليهم كالتقدم على الصبي بعد بلوغه. فإن قيل: لو كان كذلك لما هدر القتل بسقوط الحائض إذا بلغ الصبي بعد التقدم إلى الأب والوصي. أجب بأن التقدم إليهما جعل كالتقدم إلى الصغيرة ما دامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير، ثم إنهما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله. فإن قيل: الوصي إذا ترك النقض بعد التقدم إليه ألحق ضرراً بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه. أجب بأن في ترك النقض دفع مضرة متحققة وهي مضرة مؤنة النقض وبنائه ثانياً، وفي نقضه دفع مضرة موهوبة لجواز أن لا يسقط وإن سقط لا يهلك به شيء فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان. وقوله: (في هتق العبد) يعني يباع فيه كما يباع في ديون تجارته، وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس، ولكننا استحسنا الفرق بينهما فقلنا: العبد في ضمان التزام المال كالحزّ فإنه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب

قال المصنف: (ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه) أقول: الأظهر أن يقال: لأنه لم يتقدم إليه:

ولاية النقص له، ثم التلف بالسقوط إن كان مالاً فهو في عتق العبد، وإن كان نفساً فهو على عاقلة المولى لأن الإسهاد من وجه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى، ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائظ وحده لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضي (ولو سقط الحائظ المائل على إنسان بعد الإسهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمته) لأن التفرغ عنه إلى الأولياء لا إليه (وإن عطب بالنقص ضمنه) لأن التفرغ إليه إذ النقص ملكه والإسهاد على الحائظ إسهاد على النقص لأن المقصود امتناع الشغل (ولو عطب بجزء كانت على الحائظ فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه) لأن التفرغ إليه (وإن كان ملك غيره لا يضمته) لأن التفرغ إلى مالكها قال: (وإن كان الحائظ بين خمسة رجال أشهد على أحدهم قتل

ماله، وإن كان من الأموال كالذوآب والعروض يجب ضمانها في ماله، وقد مرّ هذا كله في الكتاب، فيكون الضمان في مال اليتيم إنما يتصور في تلف الأموال لا في تلف النفوس فما معنى الحكم هنا بكون الضمان في مال اليتيم على الإطلاق قوله: (لهما أن التلّف بنصيب من أشهد عليه معتبر وينصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسامين

ذلك، وفي التزام ضمان الجناية على النفس كالمحجور عليه لأن فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى. وقوله: (لأن الإسهاد على المولى من وجه) أما إذا لم يكن على العبد دين فظاهر لأن الملك في الدار للمولى ربة وتصرفاً والعبد خصم من جهته؛ ألا ترى أنه لو ادعى إنسان حقاً في دار بيد مآذون له ينتصب خصماً فكان الإسهاد عليه إسهاداً على المولى من وجه. وأما إذا كان عليه دين فعندهما ظاهر، وعند أبي حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدماً إلى المولى من وجه وتقدماً إلى العبد من وجه، فاعتبر في ضمان الأئس تقدماً إلى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك، وفي ضمان الأموال تقدماً إلى العبد لأنه كالحزّ فيه كما مر، وقوله: (ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه) يعني لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه، وهذا جواب الاستحسان، ووجه ما ذكر في الكتاب. وأما جواب القياس فهو أن لا يضمّن أحد منهم شيئاً، أما الذي تقدم إليه فلعدم تمكنه من النقص فلم يكن التقدم إليه مفيداً، وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفرغ. والجواب أن الإسهاد على جماعتهم يتعدى عادة، فلو لم يصح الإسهاد على بعضهم في نصيبه أدى إلى الضرر وهو مدفوع. وقوله: (فعطب لا يضمته) أي لا يضمّن صاحب الحائظ القاتل الثاني (لأن التفرغ عنه) أي القاتل الأول برفعه مفوض إلى أوليائه لأنهم الذين يتولون دفنه، وطولب بالفرق بينهما وبين ما إذا وقع الجناح في الطريق فتعثر إنسان بنقصه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات فإن دية القتيلين جميعاً على صاحب الجناح. وأجيب بأن إشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه فكان حصول القاتل في الطريق مضافاً إلى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن ألقى شيئاً في الطريق كان ضامناً لما عطب به وإن لم يملك تفرغ الطريق عنه بخلاف مسألة الحائظ فإن نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانباً لكن جعل كالفاعل بترك النقص في الطريق مع القدرة على التفرغ والترك مع القدرة وجد في حق النقص لا في حق القاتل فلذلك جعل فاعلاً في حق القاتل الأول لا في حق القاتل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقص وقد ذكره في الكتاب واضحاً. وقوله: (فسقطت) يعني الجرة بسقوط الحائظ، يشير إلى أنه لو وقعت الجرة وحدها فأصابت إنساناً فلا ضمان عليه لأنه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعدياً فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائظ مائلاً أو غير مائل، كذا في المبسوط. وقوله: (فعلية) أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط. وقوله: (وله) أي لأبي حنيفة رضي الله عنه أن الموت حصل بعلّة واحدة وهو الثقل المقدر: يعني في الحائط، والعمل المقدر: يعني في البئر (لأن أصل ذلك) أي أصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى ﴿عوان بين ذلك﴾ (وهو القليل) أي ذلك الأصل: يعني أن الجزء اليسير ليس

قوله: (فكان تركه أنظر للصبى فلا يلزم الوصي ضمان) أقول: فإن قيل: ينبغي أن لا يقدر الوصي على النقص لأن علمه أنظر. قلنا: المراد هو الأنظرية من وجه قوله: (فلو لم يصح الإسهاد على بعضهم في نصيبه الخ) أقول: هو يتمكن من إصلاح نصيبه بطريقه فيكون التقدم إليه مفيداً كما ذكره المصنف.

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 فمطب به إنسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته، وهذا عند أبي حنيفة، 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 بعلقة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر، لأن أصل ذلك ليس بعلقة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل، 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 المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية، والله أعلم.

فانقسم نصفين كما في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل) أقول: كان مدعاهما عاماً للفصلين أي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقالوا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين، والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص للفصل الأول فكان قاصراً في الظاهر عن إفادة تمام المدعي، وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبلهما، وفي مسألة البئر تلف النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين اهـ. والجواب من جانب المصنف هنا هو أن الدليل الذي ذكره من قبلهما وإن كان يخص الفصل الأول بعبارة إلا أنه يعم الفصل الثاني أيضاً بدلالته كما لا يخفى على ذي فطنة، فاكتمى بذلك، ولو لم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام تمام المراد لكان ما زاده صاحب الكافي أيضاً قاصراً عن إفادة تمام المدعي هنا، لأن الفصل الثاني ليس مسألة البئر وحدها. بل هو مسألة حفر البئر وبناء الحائط جميعاً، وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى.

بمهلك (حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك) ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعاً ثم سقط على إنسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فيتترك الإشهاد في حق الباقي لا يزداد الواجب على من أشهد عليه، وعلى هذا تخرج مسألة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان. أحدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره، والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنساً والمهدر جنساً فيلزمه نصف الضمان. ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين. وقوله: (بخلاف الجراحات) جواب عن قولهما كما مر في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل. وقوله: (إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية) يضاف إليه وإذا أضيف إلى الكل وبعضها معتبر في إضافة الضمان إليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئاً واحداً وإن تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحدهما وأهدر الآخر، والله تعالى أعلم.

قوله: (أي فعل كل واحد منهما من حافر البئر وباني الحائط) أقول: والأولى أن يقول: على ذلك الأحاد إذ مرجع الضمير هو لفظ أحدهم.

باب جناية البهيمة والجنانية عليها

قال: (الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت، وكذا إذا صدمت ولا يضمن ما نفخت برجلها أو ذنبها) والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه

باب جناية البهيمة والجنانية عليها

لما فرغ من بيان أحكام جناية الإنسان شرع في بيان أحكام جناية البهيمة، ولا شك في تقدم الإنسان على البهيمة رتبة، فكذا ذكراً، كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية. أقول: يرد عليه أنه لم يفرغ من بيان أحكام جناية الإنسان مطلقاً بل بقي منها أحكام جناية المملوك، ولا شك أن المملوك من الإنسان أيضاً مقدم على البهيمة رتبة فكان ينبغي أن يقدم عليها أيضاً ذكراً، فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافياً في إفادة حق المقام. وقال في غاية البيان، وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق في المملوك، ولكن لما كانت البهيمة ملحقاً بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق ألحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجرح ونحو ذلك اهـ. أقول: يرد عليه أيضاً لو كان هذا الباب ملحقاً بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحيثة المذكورة لما ذكرت مسائل هذا الباب في باب مستقل بل كان حقها أن تذكر في فصل كما قالوا في فصل الحائظ المائل تدبر قوله: (ولا يضمن ما نفخت برجلها أو ذنبها) قال الشراح قاطبة: يقال نفخت الدابة شيئاً إذا ضربته بحذ حافرها. وقال صاحب النهاية بعد ذلك: كذا في الصحاح والمغرب، واقتضى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية.

باب جناية البهيمة والجنانية عليها

ذكر جناية البهيمة والجنانية عليها عقيب جناية الإنسان والجنانية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج إلى بيان. وقوله: (لما أوطأت الدابة) الصحيح: لما وطئت الدابة. وقيل يجوز أن يكون مفعولاً للإطباء محذوفين، وتقديره: أوطأت الدابة يدها أو رجلها إنساناً فيكون من باب فلان يعطي. وقوله: (ما أصابت) بدل من قوله لما أوطأت الدابة، والكرم: العضم بمقدم الأسنان. والخبط: الضرب باليد. والصدم: هو أن تضرب الشيء بجسديك، ومنه اصطدام الفارس إذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه ويقال نفخت الدابة الشيء إذا ضربته بحذ حافرها. واعلم أن جناية الدابة لا تخلو من أوجه ثلاثة: لأنها إما أن تكون في ملك صاحبها، أو في ملك غيره، أو في طريق المسلمين، فإن كانت في ملك صاحبها ملكاً كاملاً أو مشتركاً متساوياً أو متفاضلاً؛ فإما أن يكون صاحبها معها أو لا يكون، فإن كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة أو سائرة وطئت بيدها أو برجلها أو نفخت أو كدمت، وإن كان الأول فإما أن يكون سائقاً لها أو قائداً، وإما أن يكون راكباً عليها أو لا، فإن كان الأول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها أتلفت نفساً أو مالاً، لأن صاحبها في هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة، والمتسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً، ولا تعدى في إيقاف الدابة أو تسييرها في ملكه. وإن كان الثاني وهو يسير فإن وطئت بيدها أو برجلها ضمن، وإن كدمت أو نفخت بيدها أو برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان لأن في الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف لأن ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكانهما وطناً جميعاً، والمباشر ضامن متعدياً كان أو لم يكن، وفي الثاني متسبب غير متعدٍ وإن كانت الجناية في ملك غير صاحبها، فإما أن أدخلها صاحبها فيه أو لا، فإن كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لأنه ليس بمتسبب ولا مباشر، وإن كان الأول فعليه الضمان على كل حال

باب جناية البهيمة والجنانية عليها

قوله: (ذكر جناية البهيمة والجنانية عليه الخ) أقول: فإن قيل: ما ذكر في هذا الباب جناية إنسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على عاقلته. قلنا لما أودع الله سبحانه وتعالى في البهائم إرادة وإدراكاً صح إضافة الجناية إليها، ولزوم الضمان على غيرها لا ينافي تلك الإضافة كما في الجناني والعاقله قوله: (وقيل يجوز أن يكون مفعولاً للإطباء محلوفين) أقول القائل هو الإيتقاني قوله: (وإن كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما أتلفت في الوجوه كلها) أقول: هذا إذا أوقفها لغير البول والروث.

يصرف 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 التصرف وسد بابيه وهو مفتوح، والاحتراز عن الإيطاء وما يضاويه ممكن، فإنه ليس من ضرورات التيسير فقيدناه بشرط السلامة عنه، والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فإن أوقفهما في الطريق ضمن النفحة أيضاً) لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف وإن لم يمكنه عن النفحة فصرل متعدياً في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه. قال: (وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقا عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمن، وإن كان حجراً كبيراً ضمن) لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرز عنه، إذ سير الدواب لا يعرى عنه، وفي الثاني ممكن لأنه ينفك عن السير عادة، وإنما ذلك بتعنيف الراكب

أقول: كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فإنه قال فيه: ففتحته الدابة ضربته بحدّ حافرها. وأما كون المذكور في الصباح كذلك فممنوع، إذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحدّ الحافر بل قال فيه: ونفحت الناقة ضربت برجلها. ثم أقول: بقي إشكال في عبارة الكتاب وهو أن الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة ومما ذكره الشراح هنا أن لا تكون النفحة إلا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله أو ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها لأن يقتضي أن تكون النفحة بالذنب أيضاً بل يلزم أيضاً استدراك قوله برجلها لأن الضرب بالرجل كان داخلاً في مفهوم النفحة. لا يقال: ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجريد. لأننا نقول: اعتبار التأكيد والتجريد معاً بالنظر إلى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتنافي بينهما كما لا يخفى على الفطن، بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكورة في الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز، فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا إشكال تأمل قوله: (والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها) هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف: والمراد النفحة. وقال صاحب النهاية في شرحه: أي من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها؛ وقال: إنما فسر بهذا لأنه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت بيدها أو رجلها الوطاء، وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد، وإنما الاختلاف في النفحة، ولم يفسر بهذا لكان للمؤول أن يؤول ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك ا هـ. واقتفى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية. أقول: فيه خلل:

سواء كان معها سائقها أو قائدها أو لا واقفة أو سائرة، لأن صاحبها إما مباشر أو متسبب متعّد، إذ ليس له إيقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير إذنه، وإن كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما تلف في الوجوه كلها لأنه بالإيقاف متسبب متعّد، إذ ليس له شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة فيه، وإن كانت سائرة، فإما أن يكون صاحبها معها أو لم يكن، فإن لم يكن فإما إن سارت بإرساله أو انفلتت فإن كان الأول ضمن ما أتلفت ما لم تتحول عن جهة الإرسالة يمنة أو يسرة لأن إرسالها بلا حافظ سبب للإتلاف وهو فيه متعّد، وإن كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها، وإن كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت ركباً كان أو سائقاً أو قائداً إلا النفحة بالرجل أو الذنب لأنه مباشر أو متسبب متعّد. والغرض من هذا الإسهاب بيان قول المصنف رحمه الله: الراكب ضامن لما أوطأت الدابة، إلى قوله: وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه، لأن هذا الجواب إن استقام في قوله ما أصابت بيدها أو برجلها لا يستقيم في قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما إذا كان في ملكه على ما مر آنفاً، وذكر الأصل الذي ينبني عليه هذه الفروع فقال: (والأصل أو المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس) أما أنه يتصرف في حقه فلأن الإنسان لا بد له من طريق يمشي فيه لترتيب مهماته، فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع. وأما أنه يتصرف في حق غيره فلأن غيره فيه كهر في الاحتياج، فالنظر إلى حقه يستدعي الإباحة مطلقاً، وبالنظر

قوله: (وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه) أقول: يعمل كونه محمولاً على ما إذا كان الراكب في الطريق مما ذكره المصنف في معرض التعليل.

والمترد في فيما ذكرنا كالراكب لأن المعنى لا يختلف . قال : (فإن رأيت أو باليت في الطريق وهي تسير فعطبت به إنسان لم يضمن) لأنه من ضرورات السير فلا يمكن الاحتراز عنه (وكذا إذا أوقفها لذلك) لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف ، وإن أوقفها لغير ذلك فعطبت إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ، ثم هو أكثر ضرر بالمآزة من السير لما أنه أدوم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها) والمراد النفحة . قال رضي الله عنه : هكذا ذكره القدوري في مختصره ، وإليه مال بعض المشايخ . ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكن الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكن التحرز عنه . وقال أكثر المشايخ : إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً وإن كان يراها ، إذ ليس

أما أولاً فلأن الظاهر من قولهم : أي من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها أن يكون المراد بالإصابة بيدها وبالإصابة برجلها كليهما هو النفحة ، وليس كذلك إذ لا يطلق على الإصابة باليد النفحة وإنما يطلق عليها الخط إذا ضربت باليد ، ولو سلم إطلاق النفحة عليها أيضاً بطريق التجوز فلا يجدي هنا ، إذ لا فرق بين الوطء باليد والخطب الذي هو الضرب باليد ، ولو سلم إطلاق النفحة عليها أيضاً بطريق التجوز فلا يجدي هنا ، إذ لا فرق بين الوطء باليد والخطب هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف أحد ، فلا معنى لأن يكون المراد أحدهما دون الآخر . وأما ثانياً فلأن القدوري لم يذكر الخلاف في مسألة السائق أصلاً حتى يلزم من توهم أن يكون المراد بقوله لما أصابت بيدها أو رجلها هو الوطء إثبات الاختلاف في الوطء ، وإنما الذي بين الخلاف في هاتيك المسألة هنا هو المصنف وذا فرع تفسيره مراد القدوري بالنفحة لا منشأ هذا التفسير كما يوهمه كلامهم . ثم أقول : الحق عندي أن معنى قول المصنف والمراد النفحة هو أن مراد القدوري بقوله أو برجلها في مسألة السائق وبقوله دون رجلها في مسألة القائد هو النفحة ، وأنه إنما فسر بذلك لئتم قوله في مسألة القائد دون رجلها ، إذ لو كان المراد الوطء لم يتم ذلك فإن وطء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد أيضاً فلا خلاف أحد قوله : (ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكن الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكن التحرز عنه) أقول : لقائل أن يقول : إن يد الدابة أيضاً غائب عن بصر القائد إذ القود لا يتيسر إلا بالنظر والالتفات إلى القدم فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكن التحرز عما أصابته بيدها أيضاً فينبغي أن لا يضمن ذلك أيضاً فليتأمل في الدفع قوله : (وقال أكثر المشايخ : إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً وإن كان يراها ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكن التحرز عنه) أقول : ولقائل أن يقول : ليس على يدها أيضاً ما يمنعها به كما كان في فمها

إلى حق غيره يستدعي الحجر مطلقاً ، فقلنا بإباحة مقيدة بشرط السلام عملاً بالوجهين وبقية كلام واضحة وقوله : (والمترد في فيما ذكرنا) يعني في موجب الجنابة (كالراكب لأن المعنى) أي المعنى الموجب وهو المباشر والتصرف في الدابة بالتسير على ما أراد (لا يختلف) لأنهما في أيديهم وتحت تصرفهم . وقوله : (ثم هو) يعني الإيقاف (أكثر ضرراً بالمآزة) جواب عما يقال : سلمنا أن الإيقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفاً في الدابة فليتحقق به ، ووجهه أنه أضر منه (لما أنه) أي الإيقاف (أدوم من السير فلا يلحق به) وقوله : (والسائق ضامن) لما فرغ من بيان أحكام الراكب بين أحكام السائق والقائد . وقوله : (والمراد النفحة) أي من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها ، وإنما فسر بذلك لئلا يتوهم أن المراد به الوطء فإنه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لأحد فيه . وقوله : (وإليه مال بعض المشايخ رحمهم الله) يعني العراقيين . وقوله : (فيمكن الاحتراز عنه) يعني بإبعاد الدابة عن المتلف أو بإبعاده عنها . وقوله : (وقال أكثر المشايخ رحمهم الله) يريد مشايخ ما وراء النهر .

قوله : (وقوله لما ذكرناه) يعني قوله فلا يمكن التحرز . أقول : وقوله أيضاً فلا يستفيد فيما لا يمكن الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابه حتى يتم جواباً . وحجة الشافعي في الراكب والقائد والسائق قوله : (ومع ذلك لا يخلو عن ضعف) أقول : فإنه إذا

على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه، بخلاف الكدم لإمكانه كبجها بلجامها. وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح. وقال الشافعي: يضمون النفحة كلهم لأن فعلها مضاف إليهم، والحجة عليه ما ذكرناه، وقوله عليه الصلاة والسلام «الرجل جبار» ومعناه النفحة بالرجل، وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكروه وهذا تحويف بالضرب. قال: (وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فينتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب (إلا أن على الراكب الكفارة) فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها (ولا كفارة عليها) ولا على الراكب فيما وراء الإبطاء، لأن الراكب مباشر فيه لأنه التلف بثقله وثقل الدابة تبع له، لأن سير الدابة مضاف إليه وهو آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل مهما 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 لأن يختص بالمباشرة (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)

وقوله: (ما ذكرناه) يعني قوله فلا يمكنه التحرز. وقوله: (وقوله عليه الصلاة والسلام «الرجل جبار»^(١)) معطوف على قوله ما ذكرناه. ومعنى جبار: هدر ومعناه النفحة بالرجل لأن الوطء مضمون بالإجماع. وقوله: (وانتقال الفعل) جواب عن قول الشافعي رحمه الله لأن فعلها مضاف إليهم: يعني أن ذلك يكون بالقياس على الإكراه، ولا يكاد يصح لأن هناك الانتقال بتخويف القتل وهنا تخويف بالضرب فلا يلحق به، قيل وفيه ضعف لأنه لم يقل بذلك قياساً على الإكراه، وإنما قال بناء على أصل آخر وهو أن سير الدابة مضاف إلى راجعها ولا كلام فيه وإنما الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف. والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه، وقوله عليه الصلاة والسلام «الرجل جبار»^(٢) وأتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله: (لما ذكرناه) إشارة إلى قوله لأن التلف بثقله. وقوله: (على ما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء. وقوله: (لأن كل ذلك سبب الضمان) يعني أن كل واحد منهما بانفراده عامل في الإلتلاف فإن السوق لو انفرد عن الركوب أوجب ضماناً ما أتلفت بالوطء، وكذلك الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق في الإلتلاف إلى الركوب، بل كان التلف مضافاً إليهما نصفين، والمسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان سبباً لا يعمل في التلف عند انفراده، كالحفر فإنه لا يوجب التلف منفرداً عن الدفع الذي هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل ومخلصه فإنه من مظانه. وقال: (إذا اصطدم فارسان الخ) أي ضرب أحدهما الآخر بنفسه، وحكم الماشيين حكم

كان سير الدابة مضافاً إلى راجعها تكون النفحة مضافة إليه أيضاً قوله: (والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرنا / أقول: جواب بطريق المعارضة قال المصنف: (وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان) أقول: قال الزيلعي: ألا يرى أن محمداً ذكر في الأصل أن الراكب إذا أمر إنساناً فنخس الأمور الدابة ووطئت إنساناً كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان والناخس سائق والأمر راكب، فتبين بهذا أنهما يستويان. والجواب أن المسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الإلتلاف كما في

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٥٩٢ والدارقطني ١٥٢/٣ والطبراني في الصغير ٧٤٢ والبيهقي ٣٤٣/٨ كلهم من حديث أبي هريرة قال الطبراني: لم يروه عن الزهري إلا سفيان بن حسين اه قال الزيلعي في نصب الراية ٣٨٧/٤: قال الخطابي: تكلم الناس في هذا الحديث، وقيل: إنه غير محفوظ، وسفيان بن حسين معروف بسوء الحفظ وقال الدارقطني: لم يروه غير سفيان، وهو وهم لم يتابعه عليه أحد. وقال المنذري في مختصره: سفيان بن حسين السلمي استشهد به البخاري، وأخرج له مسلم في المقدمة، ولم يحتج به واحد منهما، وفيه مقال اه فهذا يكون الحديث ضعيفاً.

(٢) هو الحديث المتقدم

وقال زفر والشافعي: يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه^(١)، ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه، لأنه بصدمة ألم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه، كما إذا كان الاصطدام عمداً، أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حرقاً على قارعة الطريق بترأ فإنها عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا. ولنا أن الموت يضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضامن، كالماشي إذا لم يعلم بالبر وقوع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحاً، لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالتائم إذا انقلب على غيره. وروي عن علي رضي الله عنه أن أوجب على كل واحد منهما كل الدية^(٢) فتعارضت رواياته فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر

من اللجم فلا يمكنه التحرز عما أصابت بيدها أيضا فينبغي أن لا يضمه أيضا فليتأمل في الجواب قوله: (وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) قال في النهاية: وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله وإذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة، فإن الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط، سوى أن موت المصطدمين في الغالب إنما يكون في الفارسين اهـ. وقال في العناية أخذاً من النهاية: حكم الماشيين حكم الفارسين، لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصمها بالذكر اهـ. وقال في معراج الدراية: وكذا الحكم إذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقي أو بحسب الغالب اهـ. وتبعه الشارح العيني. أقول: عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين نيراً، فإن الباب الذي نحن فيه باب جنابة البهيمة والجنابة عليها. ولا يخفى أن اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجاً من مسائل هذا الباب قوله: (وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية^(٣)) فتعارضت رواياته فرجحنا بما ذكرنا) قال في العناية أخذاً من شرح تاج الشريعة: فيه بحث من وجهين: أحدهما أن الخصم أيضاً ترجح جانبه بما ذكره من المعنى. والثاني أن ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحاً. والجواب عن الأول أن ما ذكره منقوص في

الفارسين، لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصمها بالذكر، وما ذكر زفر والشافعي رحمهما الله وجه القياس، وما قلنا وجه الاستحسان، وقد روي عن علي رضي الله عنه كلا الوجهين فتعارضت رواياته فرجحنا قولنا بما ذكرناه:

الحفر مع الإلقاء فإن الحفر لا يعمل بدون الإلقاء، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فإن السوق متلف وإن لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فإنه ليس بمتلف بلا إلقاء، وعند الإلقاء وجد التلف بهما فأضيف إلى آخرهما كمسألة السفينة، إذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده، وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان انتهى. وقرر صاحب الكفاية تعليل وجوب الضمان عليهما بقوله ذكر محمد في الأصل أن الراكب إذا أمر آخر فنخس الدابة فإن وطئت إنساناً كان الضمان عليهما، وعلل فقال: لأن الناحس سائق والآخر راكب، فقد بين بما ذكر أن الراكب والسائق في ضمان ما وطئت الدابة يشتركان ولا يختص به الراكب انتهى، وأنت خير بأن ما ذكره الزيلعي في معرض الجواب بمعزل عن هذا التقرير مع أنه لا يصلح جواباً عما ذكر في الأصل، بل هو تحقيق وتفصيل له، وكيف لا واللازم منه وجوب الضمان على السائق وهو قد صحح عدم الوجوب فهذا من مثله غريب قوله: (لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصمها بالذكر) أقول: ولعل الأولى أن يقال: إنما خصمها بالذكر لأن اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالبهيمة قال المصنف: (فتعارضت رواياته فرجحنا بما ذكرنا) أقول: فيه بحث من وجهين: أحدهما أن الخصم أيضاً ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح، والثاني أن ما ذكرتم قياس، والقياس يصلح حجة، وما صلح حجة لم يصلح مرجحاً، والجواب عن الأول أن

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣٨٦/٤

(٢) موقف: أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٣٨٦/٤ عن الحكم عن علي أن رجلين صدم أحدهما صاحبه فضمن كل واحد منهما صاحبه. يعني الدية.

(٣) هو المتقدم.

من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق. هذا الذي ذكرنا إذا كانا حرين في العمد والخطأ، ولو كانا عبدین يهدر الدم في الخطأ لأن الجنابة 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 حراً والآخر عبداً ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر، ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لأن أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذ ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف. وفي العمد يجب 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 فوقع السرج على رجل فقتله ضمن، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه، وكذا ما يحمل عليها) لأنه متعد في هذا التسيب، لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام فيه، بخلاف الراد 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، قال: (ومن قاد قطاراً فهو ضامن لما أوطأ، فإن وطىء 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، وإلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله (وإن كان معه سائق فالضمان عليهما) لأن قائد الواحد قائد للكل، وكذا سائقه لاتصال

البئر بمشيه فيكون فاسداً، وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة اهـ. أقول: إن الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشيء لأن القياس إنما لا يصلح حجة في مقابلة النص إذا لم يكن ذلك النص متروك العمل به بأن عارضه نص آخر. وأما إذا كان متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وتساقت كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابلته قطعاً، ألا يرى إلى ما تقرّر في أصول الفقه أن الدليلين إذا تعارضا وتساقتا يصار من الكتاب إلى السنة ومن السنة إلى القياس، وقول الصحابي إن أمكن ذلك، ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقت إلى القياس إذ يكون القياس إذ ذاك في مقابلة السنة لا محالة. والصواب في الجواب عن الثاني أن يقال: مراد المصنف بقوله فرجنا بما ذكرنا أنا رجحنا قولنا لما ذكرناه من المعقول الذي مآله القياس بعد أن تعارضت روايته، لا أنا رجحنا إحدى الروايتين بما ذكرناه من

يعني قوله لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الخ، وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن الخصم أيضاً ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح. والثاني أن ما ذكر ثم قياس، والقياس يصلح حجة، وما صلح حجة لم يصلح مرجحاً. والجواب عن الأول أن ما ذكره منقوض بالواقع في البئر بمشيه فيكون فاسداً، وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة. وقوله: (وفيما ذكر) جواب عن المسائل المذكورة في جهتهما، وذلك لأن الفعل لما كان محظوراً كان موجباً للضمان، ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط لإيجابه الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية، وأما فيما نحن فيه فالشيء مباح محض فلم يتعقد موجباً للضمان في حق نفسه أصلاً فكان صاحبه قاتلاً له من غير معارضة أحد له في قتله، فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر، كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وإن كان السقوط بالحفر والمشى جميعاً، لكن لما كان المشي مباحاً لم يعتبر. وقوله: (هذا الذي ذكرنا إذا كانا

ما ذكره منعه بالواقع في البئر بمشيه فيكون فاسداً. وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة، كذا في شرح أكمل الدين وشرح شاهان. وقال صاحب الكفاية: فإن قيل: القياس لا يصلح مرجحاً لأنه علة ثبت به الحكم، والترجيح إنما يكون بما ليس بعلة. قلنا: معناه فتعارضت روايته فتساقتا فرجنا قولنا بما ذكرنا من الدليل. أو نقول: القياس إنما يكون علة عند عدم النص، فأما عند وجود النص فلا يصلح علة، وما هنا النص موجود، فإذا لم يصير علة يصبح به الترجيح. أو نقول: ما روي أنه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضاً انتهى.

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 خلف السائق لانفصام الزمام، والسائق يسوق ما يكون قدامه. قال: (وإن ربط رجل بعبيراً إلى القطار والقائد لا يعلم فوطيء 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 يسير 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 بعير غيره بغير إذنه لا صريحاً رلاً 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 فورهِ لم يضمن) والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطيور لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة، وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائقاً لم يضمن، ولو أرسله

الدليل العقلي حتى يتجه عليه أن ما يصلح حجة لا يصلح مرجحاً. بقي ها هنا شيء، وهو أنهم صرحوا بأن ما ذكره زفر والشافعي جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان. وإذا تعارضت الروايتان عن علي رضي الله عنه وتساقطنا فكان مصيرنا في إثبات قولنا إلى ما ذكرناه من المعقود الذي ماله القياس لزم أن يكون ما قلناه جواب القياس أيضاً، فما معنى قولهم إنه جواب الاستحسان؟ والجواب أن الاستحسان لا ينحصر في النص، بل قد يكون بالنص كما في السلم والإجارة وبقاء الصوم في النسيان، وقد يكون بالاجماع كما في الاستصناع، وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الحيض والآبار، وقد يكون بالقياس الخفي وهو الأكثر كما صرح بذلك كله في كتب الأصول، فالمراد بالاستحسان في قولهم هنا وما قلناه جواب الاستحسان هو القياس الخفي المقابل للقياس الجلي فلا إشكال قوله: (أما الإرسال للاصطياد فمباح) قال بعض الفضلاء: نعم إلا أنه لم لا يكن مقيداً بشرط السلامة اهـ. جوابه يظهر بقول المصنف رحمه الله ولا تسبب إلا بوصف التعدي، فإن كون الفعل المباح مقيداً بشرط السلامة إنما هو

حزّين في العمد والخطأ) أي وجوب تصيف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما، وفي الخطأ الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب، إلا أنه ذكر الخطأ في وضع المسألة والعمد في بيان قوله الخصم. وقوله: (فياخذها) أي قيمة العبد ورثة المتقول الحرّ، قيل ينبغي أن تسقط عن العاقلة لأن الدية أولاً تثبت للميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون ها هنا موجب جنابته، فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم، كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجها على اليد وما يحدث منه فإن الدية تصير مهراً وتسقط عن العاقلة. وأجيب بأن السقوط إنما يكون فيما إذا كان الراجع هو الجاني وها هنا الراجع وارثه فبالنظر إلى أن المستحق أولاً هو الجاني يسقط وبالنظر إلى أن الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك، والباقي واضح. وقوله: (لأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء) يعني السرج وسائر الأدوات كما في المحمول على عاتقه إذا وقع على شيء فأنتفه فإن يجب الضمان، بخلاف اللباس فإن لا يقصد حفظه. وقوله: (على ما مر من قبل) أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق. وقوله: (ومن قاد قطاراً) القطار: الإبل تقطر على نسق واحد والجمع قطر، وكلامه واضح. قال: (وإن ربط رجل بعبيراً إلى القطار الخ) رجل ربط بعبيراً إلى قطار يقوده رجل، فإما أن يعلم بربطه القائد أو لم يعلم، فإن كان الثاني وقد وطىء المربوط إنساناً فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لإمكان تحرزه عن ربط الغير، فإذا ترك ذلك صار متسبباً متعدياً والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم ترجع عاقلة القائد بما ضمنوا الدية على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة، كذا في الجامع الصغير، ووقع في رواية المبسوط: ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير، ووفق الإمام المحبوبي رحمه الله بينهما بأنه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان، فإنه في الحقيقة على القائد والرابط، إلا أن العواقل تعقل عنهما، واعتبر في الجامع الصغير حال الضمان وقراره وهو على العاقلة، وإن كان الأول لم يرجعوا لأن القائد حين علم بالربط فقد رضي بمال

إلى صيد ولم يكن له سائفاً فأخذ الصيد وقتله حل. ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها، هذا هو الحقيقة، إلا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواء ولا حاجة في حق ضمان العدوان. وروي عن أبي يوسف 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 سواء وكذا إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد، لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد، وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فيقطع حكم الإرسال، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فورها لا يضمنه من أرسله، وفي الإرسال في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعذ فيضمن ما تولد منه، أما الإرسال للاصطياد فمباح ولا تسبب إلا بوصف التعدي. قال: (ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فورها ضمن المرسل) وإن مالت يمنياً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر، ولو انفلتت الدابة فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً (لا ضمان على صاحبها) لقوله عليه الصلاة والسلام «جرح العجماء جبار»^(١) وقال محمد رحمه الله: هي المنفلتة، ولأن

فيما وجد فيه التعدي كما في المرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة. وأما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الإرسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة، لأن الضمان في أمثال ذلك إنما يتصور بالتسبب ولا تسبب إلا بوصف التعدي، وحيث لم يوجد التعدي لم يتصور التسبب فلا ضمان أصلاً. وقد أوضح الفرق بين إرسال الدابة في الطريق وبين إرسال الكلب أو البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال: وجه الفرق أن إرسال الدابة في الطريق إذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعذ من صاحبه. فما تولد منه يكون مضموناً عليه، وأما إرسال الكلب أو البازي من غير اتباع معه فليس بتعذ منه لأنه لا يمكنه الاتباع، والمتسبب في الإلتلاف لا يضمن إلا إذا كان متخدياً اه تبصر قوله: (ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته) وهي السوق والقود والركوب، كذا في عامة الشروح. وقال في النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان من حق اللفظ أن يقول: من الإرسال وأمثاله، أو يقول: من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة، إذ السوق أو القود لما كان أختاً لا أختاً للإرسال كان الإرسال أختاً أيضاً، وإلا يلزم جعل بعض أسباب التعدي أختاً وبعضها أختاً من

يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشيء ولم يذكره لظهوره. وقوله: (وإنما لا يجب الضمان عليهما ابتداء) ظاهر. وقوله: (قالوا) يعني أن لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف، والمشايخ رحمهم الله قالوا هذا: أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط إذا ربط والقطار يسير. أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها فإنه يضمنها القائد بلا رجوع على أحد، والوجه ما ذكره في الكتاب. وقوله: (ومن أرسل بهيمة) يريد كلباً لقوله بعده وكذا لو أرسل كلباً، ومعنى سوقه إياه أن يمضي خلفه (ولو أرسل طيراً) أي بازياً وساقه فأصاب في فورها بأن قتل صيداً مملوكاً لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار السوق والإرسال فيه في حق الضمان، حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شيء. وقوله: (انقطع حكم الإرسالة إلا إذا لم يكن له طريق سواء) أي سوى طريق اليمنى واليسرى بأن كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لا ينقطع حكم

قوله: (بأن كان على الجادة ماء أو وحل الخ) أقول: فيه بحث قال المصنف: (أما الإرسال للاصطياد فمباح) أقول: نعم، إلا أنه لم لا يكون مقيداً بشرط السلامة.

(١) صحیح. أخزجه البخاري ١٤٩٩ ومسلم ١٧١٠ وأبو داود ٣٠٨٥ والترمذي ٦٤٢ والنسائي ٤٥/٥ وابن ماجه ٢٥٠٩ والطيالسي ٢٣٠٥ وأحمد ٢٢٨/٢ و٢٣٩، ٢٥٤، ٢٧٤، ٢٨٥، ٣١٩، ٣٨٦، ٤١١، ٤١٥ كلهم من حديث ابن هريرة ولفظة. العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الرّكاز الخمس.

الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته. قال: (شاة لقصاب فقتت عينها فيها ما نقصها) لأن المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر إلا النقصان (وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة، وكذا في عين الحمار والبغل والفرس) وقال الشافعي: فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة. ولنا ما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة»^(١) وهكذا قضى عمر رضي الله عنه^(٢)، ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل، فمن هذا الوجه تشبه الأدمي وقد تمسك للأكل، فمن هذا الوجه تشبه

غير دليل ا هـ. وقال صاحب العناية بعد نقل هذا في النهاية: وليس بشيء لأنه ليس هنا مؤنث معنوي خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك ا هـ. أقول: ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية. فإنه لم يقل كان من حق اللفظ أن يؤتى بأداء التأنيث البتة حتى يقال: ليس هنا مؤنث معنوي يقتضي الإتيان بأداة التأنيث، بل قال: كان حقه أن يجعل أسباب التعذي في قرن واحد من التذكير والتأنيث بأن يقال من الإرسال وأمثاله، أو يقال من الإرسال وأخواتها، وإلا يلزم جعل بعضها مذكراً وبعضها مؤنثاً من غير أمر يدعو إليه، وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لا محالة. ثم أقول: الوجه في دفع ذلك أن يقال: لما جاز تذكير كل واحد من تلك الأسباب باعتبار ما في طاهر لفظ كل واحد منها وفي معناه من التذكير وجاز تأنيث كل واحد منها بتأويل لفظ بالكلمة أو تأويل معناه بالفعل صحت في كل واحد منها الوجهان. ثم إن المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين المتضادين كما في قوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ البقرة (١٧٩)، على ما عرف ذكر بعض تلك الأسباب وأنت بعضها فقال من الإرسال وأخواته تدبر تقف قوله: (ولنا ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة) قال في العناية: فإن قيل: يجوز أن يكون قضاء رسول الله ﷺ فيما لا يؤكل لحمه. فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به ا هـ. أقول: في الجواب نظر، إذ لمانع أن يمنع أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير مأكول اللحم تلك الأمور المذكورة وحدها لجواز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلاً كما يقصد ذلك من الشاة داخلاً في كون ذلك المعنى أيضاً وهو غير موجود في مأكول اللحم، إذا قد يقصد منه اللحم كما تقصد تلك الأمور المذكورة أيضاً فلا يتم الإلحاق كما لا يخفى قوله: (لأن فيها مقاصد سوى اللحم الخ) أقول: فيه كلام. أما أولاً فلأن هذا الدليل لا يتمشى في غير مأكول اللحم كالحمار والبغل والفرس، بل هو بحكم انعكاسه يقتضي أن يكون الجواب في غير مأكول اللحم غير الجواب

الإرسال كما لو لم ينعطف يمنة ويسرة. وقوله: (وكذلك إذا وقفت ثم سارت) أي ينقطع حكم الإرسال. وقوله: (وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما إذا أوقفت لأن حكمها مخالف لحكم أصل المسألة، وتبين به الفرق بين الإرسالين كما بين بقوله بخلاف ما إذا وقفت الفرق بين الوقتين. وقوله: (على فوره) أي فور الإرسال وهو أن لا تميل يميناً ولا شمالاً. وقوله: (لما مر) إشارة إلى قوله انقطع حكم الإرسال. وقوله: (قال محمد رحمه الله: هي المنفلتة) أي العمماء التي أهدر النبي ﷺ فعلها هي المنفلتة لا التي أرسلت، فإن إفسادها إذا كان في فور الإرسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفاً فكان تفسيره احترازاً عن الأجزاء على عمومها. وقوله: (من الإرسال وأخواته) يعني السوق والوقد والركوب. قال في النهاية: كان من حق

قوله: (أو يقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة) أقول: الأظهر بتأويل الفعلة، إذ ليس المراد بالإرسال وأخواتها الألفاظ بل معانيها قوله: (والركوب) أقول: البقر ما خلقت للركوب والحمل، إلا أن يقال: لا قائل بالفصل بين البقر والإبل.

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني كما في المجموع ٦/٢٩٨ من حديث زيد بن ثابت قال: «لم يقض رسول الله ﷺ إلا ثلاث قضيات: في الأمة، والمنقلة، والموضحة في الأمة ثلاثاً وثلاثين، وفي المنقلة خمس عشرة، وفي الموضحة خمساً، وقضى رسول الله ﷺ في عين الدابة ربع ثمنها» قال الهيثمي: وفيه أبو أمية بن يعلى، وهو ضعيف اهـ ورواه العقبلي في ضعفاته، وأعله بإسماعيل أبي أمية.

(٢) موقوف. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٤/٣٨٨ عن شريح أن عمر كتب إليه. أن في عين الدابة ربع ثمنها

المأكولات فعملنا بالشبهين يشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبهة الآخر في نفي النصف، ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها. قال: (ومن سار على دابة في الطريق فضر بها رجل أو نخسها فنفتحت رجلاً أو ضرته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) هو المروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما^(١)، ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده، ولأن الناخس متعدّ في تسببه والراكب في فعله غير متعدّ فيترجح جانبه في التفرغيم للتعدي، حتى لو كان واقفاً دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه معدّ

في مأكول اللحم مع أن الجواب فيهما متحد وإن كان كلاهما داخل في المدعي هنا. وأما ثانياً فلأن قوله بشبه الآدمي في إيجاب الربع: يعني عملنا بشبه الآدمي في إيجاب الربع ليس بواضح، لأن شبه الآدمي لا يقتضي إيجاب الربع بل يقتضي إيجاب النصف، لأن الواجب في الآدمي في الجنابة المزبورة هو النصف، وإنما مقتضى الإيجاب الربع مجموع الشبهين، كيف ولو كان المقتضى لإيجاب الربع شبه الآدمي فقط لما احتيج إلى العمل بالشبهة الآخر كما لا يخفى. فالظاهر في الأداء أن يقال: فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب المقدر من غير اعتبار نقصان، وبالشبه الآخر في نفي النصف الواجب في عين الآدمي فوجب الربع عملاً بهما، وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال: فأشبه الإنسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الإنسان عملاً بهما هـ. نعم مراد المصنف أيضاً هذا المعنى لكن عبارته لا تساعده كما ترى قوله: (ولأن الراكب والمركب مدفوعا بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده) أقول: يرد عليه ما ذكره فيما مر في مسألة السائق والقائد جواباً عن الشافعي بقوله وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكروه، وهذا تخويف بالضرب. وجه التورود غير خاف على الفطن

الكلام أن يقول من الإرسالة وأمثاله أو يقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة إذ السوق والقود لما كان أختاً لا أختاً للإرسال كان الإرسال أختاً أيضاً، وإلا يلزم جعل بعض أسباب التعدي أختاً وبعضها أختاً من غير دليل، وليس بشيء لأنه ليس ها هنا مؤنث معنوي خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك. قال: (شاة لقصاب فقتت عينيها) الجزر: القطع، وجزر الجزور نحرها، والجزور ما أعد من الإبل للنحر يقع على الذكر والأنثى وهو مؤنث، وإنما قال: وجزوره ربع القيمة ولم يقل ويعيره ليتبين أن البقر والإبل وإن أعد اللحم كالشاة لا يختلف الجواب فيهما، بل سواء كان معدّين للحم أو للحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لا يؤكل لحمه كالبلغل والحمار. وقال الشافعي رحمه الله: فيه النقصان واعتباره بالشاة عمل بالظاهر. ولنا ما روى خارجه بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله ﷺ أوجب ذلك، وروي عن عمر رضي الله عنه أن قضى بذلك فتركنا القياس، فإن قيل: يجوز أن يكون قضاء رسول الله ﷺ فيما لا يؤكل لحمه. فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال، والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به. وقوله: (ولأن فيها مقاصد سوى اللحم) دليل معقول على ذلك وهو واضح. وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فإن المقصود منها اللحم وقرء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فليزيم نقصان المالية. وقوله: (ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها) دليل آخر. وهو أيضاً واضح لكن الاعتماد على الأول؛ ألا ترى أن العينين لا يضمنان بنصف القيمة، كذا قاله فخر الإسلام

قوله: (والجمال والعمل موجود الخ) أقول: فيه بحث قوله فإن قيل: (القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشراً) أقول: ممنوع بل سبب هنا، ويجوز أن يقال: أشار إلى هذا الشارح بقوله إن فرض مباشراً قال المصنف: (فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده) أقول: مخالف لما أسلفه في هذا الباب مجيباً عن الشافعي وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكروه، وهذا تخويف بالضرب تأمل قوله: (ها هنا تسمع لأن شرطه الخ) أقول: أي شرط سببية لفعل الراكب للضمان وهو التعدي، والضمير راجع إلى فعل

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣٨٨/٤ ولكن روى عبد الرزاق في مصنفه عن القاسم بن عبد الرحمن قال: «أقبل رجل بجارية من القادسية فمر على رجل واقف على دابة، فنخس رجل الدابة، فرفعت رجلها، فلم يخط عين الجارية، فرفع إلى سلمان بن ربيعة الباهلي، فضمن الراكب، فبلغ ذلك ابن مسعود، فقال: على الرجل إنما يضمن الناخس»

في الإيقاف أيضاً. قال: (وإن نفتح الناخس كان دمه هدراً) لأنه بمنزلة الجاني على نفسه (وإن أُلقت الراكب فقتلته كان ديتة على عاقلة الناخس) لأنه متعدّد في تسببه وفيه الدية على العاقلة. قال: (ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) لما بيناه، والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء، وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين، لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة، والثاني مضاف إلى الناخس فيجب الضمان عليهما، وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها، ولا ضمان عليه في نفتحها لأنه أمره بما يملكه، إذا النخس في معنى السوق فصح أمره به. وانتقل إليه لمعنى الأمر. قال: (ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعاً إذا كانت في فورها

الناظر في المقامين قوله: (ولأن الناخس متعدّد في تسببه والراكب في فعله غير متعدّد فيترجح جانبه في التفرغيم للتعدي) قال صاحب العناية: فيه نظر، لأن الراكب إن كان فعله معتبراً فهو مباشر، والتعدي ليس من شرطه، وإن لم يكن معتبراً لكونه، مدفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الأول. ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما إذا تلف بالوطء لأنه يحصل التلف بالثقل كما تقدم، وليس الكلام هنا في ذلك وإنما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجح الناخس في التفرغيم للتعدي اهـ كلامه. أقول: في الجواب نظر، لأن حاصله اختيار الشق الأول من التردد ومنع كون الراكب مباشراً فيما نحن فيه، فيصير حينئذ مدار هذا الدليل أن يكون فعل الراكب معتبراً فيلزم أن يكون مضمون هذا الدليل منافياً لمضمون الدليل المتقدم عليه، لأن مداره أن لا يكون فعل الراكب معتبراً لكونه مدفوعاً بدفع الناخس فيتدافعان، اللهم إلا أن يحمل أحدهما على الفرض والآخر على التحقيق فتأمل قوله: (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 فيصبح أمره به وانتقل إليه لمعنى الأمر) أقول: لقاتل أن يقول: هب أن النخس في معنى السوق وأن الراكب كان يملكه فأمر الناخس به، ولكن الأمر به إنما يتناول من حيث أنه سوق لا من حيث أنه إتلاف كما سيجيء التصريح به في المسألة الآتية، فمن حيث أنه إتلاف ينبغي أن يقتصر على الناخس ولا ينتقل إلى الراكب فيجب على الناخس الضمان لتعديّه في الإتلاف كما في المسألة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات قوله: (ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما جميعاً إذا كانت في فورها الذي نخسها، لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما) أقول: ولقاتل أن يقول: الراكب

رحمه الله، وإنما قال ذلك لأن المعمول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه. وقوله: (أو نخسها) يعني بغير إذن الراكب والنخس هو الطعن، ومنه نخاس الدواب دلالتها. فإن قيل: القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشراً وإن لم يكن متعدّياً لأن التعدي ليس من شرطه، فإن لم يختص به فلا أقل من الشركة. فالجواب أن القياس يترك بالأثر، وفيه أثر عمر وابن مسعود رضي الله عنهما، وقد أشار المصنف رحمه الله إلى الجواب بقوله ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس، لأن فعل الراكب قد انتقل إلى الدابة لأن الوثبة المهلكة إنما كانت منها فكان مضطراً في حركته، وفعل الدابة قد انتقل إلى الناخس لكونه الحامل لها على ذلك ملجئاً فكان الناخس بمنزلة الدافع للذابة والراكب معاً

الراكب، والشرط ليس شرطاً له نفسه، بل لاعتباره في التفرغيم فيؤول المعنى إلى ما ذكرنا قوله: (لا يصلح معارضاً) أقول: أي لا يصلح فعل الراكب معارضاً لفعل الناخس قوله: (ولعل معناه الخ) أقول: فيه بحث قوله: (وليس بشيء فتأمل) أقول: لورود النظر المذكور أنّما قال المصنف: (إذا كانت في فورها الذي نخسها) أقول: قوله الذي بدل من الضمير المضاف إليه، وتذكير اسم الموصول بنوع تأويل أو صفة له على مذهب الكسائي قوله: (يعني ونخس بغير إذن الراكب الخ) أقول: فيه بحث، فإنه إذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية، وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه على ما صرحوا به إذا كان النخس بإذن الراكب. قال العلامة الكاكي: إلا أن المولى يرجع على الأمر بالأقل من قيمة العبد ونصف الدية لأنه صار غاصباً للعبد باستعماله إياه في نخس الدابة، وإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اهـ.

الذي نخسها) لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما، والإذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث أنه إتلاف، فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب، وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة، كمن جرح إنساناً فوقع في بثر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا. ثم قيل: يرجع الناحس على الراكب بما ضمن في الإبطاء لأنه فعله بأمره. وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه، لأنه لم يأمره بالإبطاء والنخس 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 الناحس إنما يضمن إذا كان الإبطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه، وإذا لم

مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعاً كما صرحوا به، والناخس مسبب كما مر في الكتاب، وإذا اجتمع المباشر والمسبب بالإضافة إلى المباشر أولى كما صرحوا به شيماً في مسألة الراكب والسائق، فما بالهم خرموا هنا بإضافة الفعل إلى الراكب والناخس معاً وحكموا بوجود الدية عليهما جميعاً فتدبر قوله: (والإذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله من حيث أنه إتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه) قال في النهاية: أي يقتصر الضمان على الناحس. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، إذ مقتضى هذا الوجه وهو حيثية كون فعل الناحس إتلافاً أن يكون الناحس متعدياً بكونه مسبباً لجناية الدابة، ولا يلزم منه أن لا يوجد هناك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناحس وقد يوجد في مسألتنا، فإن الراكب فيها مباشر، ولا أقل من أن يكون أيضاً مسبباً فلا يقتصر الضمان على الناحس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعاً كما هو جواب المسألة. فالصواب أن مراد المصنف بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه: أي فيمن هذا الوجه يقتصر فعل الناحس وهو النخس على الناحس: أي لا ينتقل إلى الأمر وهو الراكب، كما ينتقل إليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوقاً كما في المسألة الأولى، فحيثيئذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوي الأفهام قوله: (والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته) قال في العناية: قوله والناخس إذا كان عبداً: يعني ونخس بغير إذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفديها هـ. وقال بعض الفضلاء. فيه بحث، فإنه إذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية، وفي عنق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ما صرحوا به إذا كان النخس بإذن الراكب هـ. أقول: بحثه ساقط، فإن مراد صاحب العناية أن جواب هذه المسئلة على وجه الإطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب إنما هو فيما إذا نخس بغير إذن الراكب، لأنه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شيء من الصور إلا إذا كان نخس بغير إذن الراكب، لا أنه يتصور حتى يتجه عليه أن في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على العاقلة الراكب نصف

على ما فعل في الدابة، والمدفوع إلى الشيء وإن كان مباشراً لا يعتبر مباشراً كما في لإكراه الكامل، فلا يجب عليه جزاء المباشرة إن فرض مباشراً ولا التسبب أيضاً لأنه يعتمد التعدي وهو مفقود. فإن قيل: ما بال النفحة أوجبت الضمان على الناحس دون الراكب والسائق أيضاً عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب أنها لا توجه على السائق إذا كان بالإذن وها هنا بلا إذن، فلو نخس وهو مأذون كان سائقاً، وإمكان التحرز إنما يمكن في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعدد فلا يعتبر. وقوله: (ولأن الناحس متعدٍ في تسببه) دليل آخر، وفيه نظر لأن الراكب إن كان فعله معتبراً فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه، وإن لم يكن معتبراً لكونه مدفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الأول. ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما إذا أتلف بالوطء لأنه يحمل التلف بالثقل كما تقدم، وليس الكلام ها هنا في ذلك، وإنما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكان متسبباً، وترجح الناحس في التفرغيم للتعدي، وفي استعمال الترجيح ها هنا تسامح، لأن شرطه إذا كان مفقوداً لا يصلح معارضاً حتى يحتاج إلى الترجيح، ولعل معناه اعتبر موجباً في التفرغيم لأن الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وإرادة المسبب، وقوله: (لما بيناه) إشارة إلى قوله ولأن الراكب

يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافاً إلى الراكب على الكمال (ومن ناد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه مضاف إليه، والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته، وإن كان صبيّاً ففي ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهم) ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفتحت إنساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعدّد بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله، والله أعلم.

الدية وفي رقبة العبد نصفها إذا كان النخس بإذن الراكب كما صرحوا به، ويرشد إلى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه أن صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته، هذا إذا نخسه بغير إذن الراكب، وأما إذا نخسه بإذن الراكب فلا يخلو إما إن كانت من الدابة نفة أو وطء فقد ذكر حكمها في المبسوط. وقال: إذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبد الغير فنخس دابته فنفتحت فلا ضمان على واحد منهما، لأن فعل المأمور كفعل الأمر عبداً كان المأمور أو حراً، وإن وطئت في فورها ذلك إنسان فقتله فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاة أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب، إلا أن المولى يرجع على الأمر بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لأنه صار غاصباً للعبد باستعماله إياه في نخس الدابة، فإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له اهـ. تأمل.

والمركب مدفوعان، وفي النهاية هو قوله لأنه متعدّد في تسببه وليس بشيء فتأمل. وقوله: (والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء) يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال، وقيد بملكه احترازاً عما تقدم من الإيقاف في غير الملك فإنه يتنصف الضمان هناك على عاقلتهما. وقوله: (والثاني) أي الوطاء (مضاف إلى الناخس) لأنه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما وطئته الدابة، وهذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله. وقوله: (مضاف إليهما) أي إلى الراكب والناخس. وفي بعض النسخ إليها: أي إلى النخسة. وقوله: (ولا يتناولها من حيث أنه إتلاف) لوجود انفصال السوق عن الإتلاف فليس عينه ولا من ضروراته. وقوله: (يقتصر عليه) أي على الناخس لأن الراكب أذن له بالسوق لا بالإيطاء والإتلاف. وقوله: (والركوب وإن كان علة) جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة، ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس، والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطاء، والإضافة إلى العلة أولى. ووجهه أن الركوب وإن كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب، بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء، فكان الوطاء ثابتاً بعلتين فيجب الضمان عليهما، وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله: (وصار كما إذا أمر صبيّاً يستمسك) إنما قيد بذلك لأنه إذا لم يستمسك فلا ضمان على أحد، أما على الصبيّ فلأن مسكه بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير إليه وأما على الرجل فلأنه لم يسيرها، وإذا لم يصف سيرها إلى أحد كانت منفلة وفعلها جبار. وقوله: (والناخس إذا كان عبداً) يعني ونخس بغير إذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفدي، والباقي ظاهر إلى آخره والله أعلم.

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال: (وإذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تفديه) وقال الشافعي: جنايته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق. والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم. له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف لأنه هو الجاني، إلا أن العاقلة تتحمل عنه، ولا عاقلة للعبد لأن العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين، ويتعلق برقبته يباع فيه

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد، وأخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر، كذا في الشروح. أقول: فيه شيء، وهو أن لقائل أن يقول: ما وقع الفراغ من بيان أحكام جناية الحرّ مطلقاً بل بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو إنما يتبين في هذا الباب، وكذا ما وقع الفراغ من بيان أحكام الجناية على الحر مطلقاً بل بقي منه بيان حكم جناية العبد على الحر، وهو أيضاً إنما يتبين في هذا الباب، فالأظهر أن يقال لما فرغ من بيان جناية الحرّ على الحرّ شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه، ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب آخره لانحطاط رتبة المملوك عن المالك. ثم قال صاحب العناية: لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أحر باب جنايته عن باب جناية البهيمة، لأن جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهو ملاك اهـ. أقول: فيه أيضاً شيء. إذ لقائل أن يقول: إن أراد أن جناية البهيمة كانت البتة باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فإن جنائتها بطريق النفحة برجلها أو ذنبها وهي تسيير لا يكون باعتبار أحد منهم. وإلا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة، وليس كذلك كما عرف في بابها، وكذا الحال فيما إذا أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقاً عين إنسان أو أفسد ثوبه. وكذا إذا انقلت فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً كما عرف كل ذلك أيضاً ذلك في بابها، وإن أراد أن جنائتها قد تكون باعتبار أحد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب. ويمكن أن يقال: الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على أحد بل يكون فعلها هدراً مما لا يترتب عليه حكم من أحكام الجناية في الشرع، وإنما ذكرت في بابها استطراداً، وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الأحكام الشرعية فيتم التقريب قوله:

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحرّ والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد، وأخره لانحطاط رتبته عن رتبته. لا يقال: العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أحر باب جنايته عن باب جناية البهيمة، لأن جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم ملاك. قال: (وإذا جنى العبد جناية خطأ) اعلم أن التقييد بالخطأ هنا مفيد في الجناية في النفس، لأنه إذا كان عمداً يجب القصاص، وأما فيما دون النفس فلا يفيد لأن خطأ العبد وعدمه فيما دون النفس سواء فإنه يوجب المال في الحالين، إذ القصاص لا يجري بين العبد والعبد ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس وقوله: (قيل لمولاه إما تدفعه بها أن تفديه) يعني بعد الاستيفاء، فإنه لا يقضي على المولى بشيء في ذلك حتى يبريء المجنى عليه اعتباراً لجناية العبد بجناية الحر، وقد بينا أنه يستأنى في جناية الحرّ لأن موجبهما يختلف بالسراية وعدمها، والقضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز. وقوله: (وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجنى عليه بعد العتق، وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لأنه بالعتق صار مختراً للفداء وقوله: (والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا، قال: إذا جنى

باب جناية المملوك والجناية عليه

قوله: (فمن ابن عباس مثل مذهبنا قال: إذا جنى العبد) أقول: يعني قال ابن عباس: إذا جنى العبد الخ.

كما في الجناية على المال. ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني تحرزاً عن استئصاله والإجحاف به، إذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية، وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة،

(والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم)^(١) قال في الكافي والكفاية: فعن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهبنا، وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه. وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضي الله عنه كما هو مذهبنا، وعن عمر وعلي رضي الله عنهما كما هو مذهبنا، فإنهما قالا: عبيد الناس أموالهم، وجنايتهم في قيمتهم: أي أثمانهم، وقال في غاية البيان: روى أصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: إذا جنى العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه. وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: عبيد الناس أموالهم، وجنايتهم في قيمتهم وعن علي رضي الله عنه مثله. وقال في معراج الدراية: روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: عبيد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في رقاب الناس كمذهبنا، وهكذا روي عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم. وروي عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبه، فإنه قال: عبيد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في قيمتهم: أي في أثمانهم، لأن الثمن قيمة العبد اهـ. أقول: قد اضطرت كلماتهم في الرواية عن علي رضي الله عنه. فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى، ثم أقول: قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال: ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإنه روي عن علي وعبد الله بن عباس مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، ولم ينقل الإنكار عليهما من إحد منهم إجماعاً منهم اهـ. ولا يخفى أنه يخالف قول العامة والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم قوله: (ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي في حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني الخ) قال صاحب العناية: فيه بحث، وهو أن الحكم في المسألة مختلف، فإن حكمها عندنا على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر. ويمكن أن يقال: الشافعي رحمه الله تعالى جعل وجوب موجب جنائته في ذمته كوجوب الدين في ذمته كوجوب الجناية على المال، فنحن إذ بينا الفرق بينهما بقي أصله فبطل. وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي فإنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر. وقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته، وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستنداً إلى النص الذي لا يعقل إبطاله

العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه، وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما وغيرهما. وروي عن علي رضي الله عنه مثل مذهبه. قال: عبيد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في قيمتهم: أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد. وقوله: (فتجب في ذمته) أي في ذمة العبد كما في الدين، فإن الدين في ذمته يكون شاغلاً لمالية رقبته يباع فيه إلا أن يقضي المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكذا في الجناية على المال، وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني إذا قتل الذمي رجلاً خطأ تجب دية في ذمته لا على عاقلته كما في إتلاف المال. وقوله بعد هذا بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة. وقوله: (ولنا أن الأصل الخ) ظاهر، وفيه بحث، وهو أن الحكم في المسألة مختلف. فإن حكمهما عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا، وهو بناء على أصل ونحن على أصل، فمن أي يقوم لأحدنا حجة على الآخر. ويمكن أن يقال: الشافعي رحمه الله جعل موجب جنائته في ذمته كوجوب الدين في ذمته كوجوب الجناية على المال، ونحن إذ بينا الفرق بينهما بقي أصله بلا أصل فبطل، وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذمي فإنهم لا يتعاقلون فيما بينهم

قوله: (وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستنداً إلى النص لا يعقل إبطاله) بل النص يدل على خلافه وهو حديث «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً الحديث».

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٨٩. روى ابن ابن شيبة في مصنفه عن علي قال: ما جنى العبد ففي رقبته، ويخير مولاه، وإن شاء فداه، وإن شاء دفعه.

والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به، والأصل في العاقلة عندنا النصره حتى تجب على أهل الديوان، بخلاف الذمي لأنهم لا يتعقلون 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 يتنازل، 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 فداءه فداء بأرشها وكل ذلك يلزمه حالاً) أما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان باطل وعند اختياره الواجب عين، وأما الفداء فلأنه جعل بدلاً عن العبد في الشرع

ليس بمقيس على ما يبطل بإبداء الفارق، إلى هنا كلامه. أقول: جوابه ليس بتام. أما أولاً فلأنه لا شك أن مدار دليل الشافعي ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد في ذمته على وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم الفرق بين المقيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بلا أصل، بل مدار دليله على أن لا عاقلة للعبد بناء على أن العقل عنده بالقرابة لا غير، وإنما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لمجرد التنظير كما يرشد إلى ذلك كله تقرير المصنف، فلا يلزم من بيان الفرق بين مسألتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء أصله بلا أصل كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأن للشافعي أن يقول: أصلنا مستند إلى النص كما أن أصلكم مستند إلى النص، وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس بمقيس على ما يبطل بإبداء الفرق، ثم أقول: الحق في الجواب عن البحث المذكور أن يقال: الكلام في تعليل هذه المسألة من قبيل رد المختلف إلى المختلف وهو أن العاقلة من هي؟ فقال الشافعي هي أهل العشيبة، وقلنا هي أهل النصره، وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعامل مدلاً ومفضلاً، وقد قامت لنا حجة على الشافعي هناك فاكتفينا هنا بجعل ذلك المختلف أصلاً لهذا

فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر، ويقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال فتجب في ذمته. وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستنداً إلى النص الذي لا يعقل إبطاله ليس بمقيس على أصل يبطل بإبداء الفارق، على أن قوله إن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف يبطل أيضاً بقولنا الأصل ذلك في موجب الجناية العمدة أو الخطأ والأول مسلم ولا يفيد، إذ الكلام في الخطأ والثاني عين النزاع. وقوله: (لأنه هو الجاني غير مفيد) لأنه يحتاج أن يقول: والأصل في الجاني أن يكون موجب جنائته على نفسه لأنه المتلف فهو مصادرة على المطلوب. وقوله: (إلا أنه يخير) استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيراً كما في سائر العواقل. ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب، وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف، ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يوجب الإجحاف، وأما ما هنا فالمولى واحد فأظهرناه فيه بإثبات الخيار. وقوله: (غير أن الواجب الأصلي هو الدفع) جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخبير لما سقط بموت العبد كما في الحرّ الجاني إذا مات فإن العقل لا يسقط عن عاقلته. ووجهه أن الواجب الأصلي هو الدفع، وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة فإن الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب، وللمالك أن ينتقل إلى القيمة (ولهذا) أي ولكون الواجب الأصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل. وقوله: (في الصحيح) احتراز عن رواية أخرى ذكرها التمرثاشي رحمه الله أن الدية هو الأصل، ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني، وإنما كان ذلك صحيحاً لما ذكر في الأسرار أن بعض مشايخنا رحمهم الله ذكر أن الواجب الأصلي هو الأرش على المولى وله المخلص بالدفع. ثم قال: والرواية بخلاف هذا في غير موضع، وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد. وقوله: (بخلاف موت الحرّ الجاني) جواب عما يذكرها هنا مستشهداً به كما ذكرناه آنفاً، ووجهه أن الواجب لا يتعلق بالحرّ استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر في أنها تجب عن العبد على

قال المصنف: (والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به) أقول: ليس يخالف ما قلنا لحديث «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً» قوله: (والقسمة على وجه لا يورث الإجحاف) أقول: الظاهر أن يقال: لا يؤثر الإجحاف.

وإن كان مقدراً بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالاً كالمبدل (وأيهما اختاره وفعه لا شيء لولي الجناية غيره) أما الدفع فلأن حقه متعلق به، فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط، وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش، فإذا أوفاه حقه سلم العبد له، فإن لم يختَر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل

المختلف كما ترى قوله: (والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به) قال بعض الفضلاء: ليس يخالف هذا حديث «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً»^(١) اهـ. وقال صاحب التسهيل: يشكل هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد إذا جنى على الحرّ لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه اهـ. وذكره أيضاً بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذاً من التسهيل كما هو حاله في أكثر إيراداته في تلك الحاشية. أقول: في الجواب عما ذكره كلهم هنا أن لفظة العاقلة إنما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضاً، فإن الفقهاء قالوا: العاقلة الذين يعقلون: أي يؤدون العقل وهو الدية كما سيجيء في الكتاب. وفي المغرب: العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية، وهم عشيرة الرجل أو أهل ديوانه: أي الذين يرتزقون من ديوان على حدة اهـ. وقال في الصحاح: وعاقله الرجل عصبته. وهم القرابة من قبل الأب الذين يعطون دية من قتله خطأ، وقال أهل العراق: هم أصحاب الدواوين اهـ. إلى غير ذلك من المعبريات. فإذا تقرر هذا تبين أن المراد بما في الحديث أن العواقل التي هي الجماعات لا تعقل عبداً كما تعقل حراً، وأن مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو أن العبد إذا جنى على الحرّ لا تعقله العاقلة: أي الجماعة بل يغرم مولاه جنائته، فقول المصنف وغيره هنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ، ومعناه والمولى كعاقلته لأن العبد يستنصر الحرّ بعاقلته يرشد إليه قول صاحب الكافي في كتاب المعامل: لا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حرّ لأن المولى في كونه مخاطباً بجنابة العبد بمنزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لا يتحمل جنابة العبد عاقلة مولاه اهـ. فلا يخالف ما ذكروا هنا حديث «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً»^(٢) ولا يشكل هذا على مذهب أئمتنا من أن العبد إذا جنى على الحرّ لا تعقله العاقلة فتبصر قوله: (وأما الفداء فلأنه جعل بدلاً عن البعد في الشرع وإن كان مقدراً بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه يأخذ حكمه فلهذا وجب حالاً كالمبدل) قال في العناية قيل كون الشيء لا بد عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم؛ ألا يرى أن المال قد يقع بدلاً عن القصاص ولم يتحد في الحكم فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار مالاً تعلق به، وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل دون ذلك. وأجيب أن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والأرش وهما يثبتان مؤجلاً وذلك يقتضي كون الفداء كذلك، ولما اختاره المولى كان ديناً في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك، أي كسائر الديون حالاً، لأن الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت إلا بالشرط كما تقدم، فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح

المولى ولا تسقط بموت العبد قال: (فإن دفعه ملكه ولي الجناية) فإن دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه (وإن فداء فداء بأرش الجناية) وكل ذلك يلزمه حالاً، أما الدفع فلأن الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر، فالتأجيل في الأعيان باطل لأن التأجيل شرع للتحصيل ترفها وتحصيل الحاصل باطل، وأما الفداء فإنه لما جعل بدلاً عن العبد في الشرع قام مقامه ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه. قيل كون الشيء بدلاً عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم، ألا ترى أن المال قد يقع بدلاً عن القصاص ولم يتحد في الحكم، فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار مالاً تعلق به، وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل وغير ذلك، وأجيب بأن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والأرش وهما يثبتان مؤجلاً وذلك يقتضي كون الفداء كذلك، ولما اختاره المولى كان ديناً في ذمته كسائر الديون وذلك

(١) تقدم في أواخر الفصل في الأطراف دون الرأس

(٢) هو المتقدم. والصواب أنه موقوف غير مرفوع.

حقه على ما بيناه، وإن مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحوّل الحق من رقة العبد إلى ذمة المولى. قال: (فإن عاد فعنى كان حكم الجنابة الثانية كحكم الجنابة الأولى) معناه بعد الفداء لأنه لما طهر عن الجنابة بالفداء جعل كأن لم تكن، وهذا ابتداء جنابة. قال: (وإن جنى جنابتين قيل للمولى إما أن تدفعه إلى ولي الجنابتين يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن تفديه بأرش كل واحد واحد منهما) لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة؛ ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجنابة فحق المجنى عليه الأول أولى أن لا يمنع، ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرش جنابتهما (وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وإن فداه بجميع أروشهم) لما ذكرنا (ولو قتل واحداً وفقاً عين آخر يقتسمانه أثلاثاً) لأن أرش العين على النصف من أرش النفس، وعلى هذا حكم الشجات (وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنابات المختلفة، بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن

جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقه بين الأصل وفرعه، وهذا كلام حسن وإن لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به اهـ. أقول: بل هو كلام قبيح، لأن الموافقة في الحكم بين الأصل وفرعه إن كانت أمراً لازماً أو راجحاً يرتفع السؤال عن أصالة، ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه. ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركاً جداً، وإن لم تكن أمراً لازماً ولا راجحاً فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال، وقال في العناية: ويجوز أن يقال: الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمر ضرورية، فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمر ضرورية، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لأن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به، والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من إلحاق النية به ليكون مطهراً شرعاً، بخلاف الماء، وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقاً به اهـ. أقول: فيه بحث، إذ كان حاصل السؤال أن كون الشيء بدلاً عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمر ضرورية، هو أن الأصل أن لا يفارقه في الحكم إلا بأمر ضرورية، ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا

يقتضي كونه كذلك: أي كسائر الديون حالاً، لأن الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت إلا بالشرط كما تقدم، فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه، وهذا كلام حسن وإن لم يكن في لفظ المصنف رحمه الله ما يشعر به، ويجوز أن يقال الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمر ضرورية، فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمر ضرورية، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك، وهو أن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من إلحاق النية به ليكون مطهراً شرعاً بخلاف الماء، وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقاً به. لا يقال: قد يتضرر بوجوبه حالاً فهو ضرورة، لأن ذلك لزمه باختباره على الدفع فهو ضرر مرضي. وقوله: (على ما بيناه) إشارة إلى قوله غير أن الواجب الأصلي هو الدفع الخ (وإن مات) أي العبد الجاني بعد ما اختار المولى الفداء قولاً أو فعلاً لم يبرأ بموت العبد عن الفداء، وطولب بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فإن الحادث غير مخير، وإن عين أحدهما قولاً لم يتعين وها هنا قد تعين. وأجيب بأن حقوق العباد أوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولاً وفعلاً، وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به. وقوله: (لأن تعلق الأولى) أي الجنابة الأولى برقبته لا يمنع تعلق الجنابة الثانية. فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين الرهن فإن تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به، حتى أن الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الأول برقبته غيره وها هنا لم يمنع. وأجيب بأن في الرهن إيفاء أو استيفاء حكماً فكان المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره، وليس في الجنابة كذلك. وقوله: (على قدر أرش جنابتهما) لأن المستحق إنما يستحق عوضاً عما فات عليه فلا بد من أن يقسم على قدر المعروض. وقوله: (لما ذكرنا) يعني قوله لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية. وقوله: (وعلى هذا حكم الشجات) يعني لو شخ

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 بالجنائية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها، وإن أعتقه بعد العلم بالجنائية وجب عليه الأرض) 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 الجنائية، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه، وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع وأخواته لأنه ملكه في الظاهر فاستحقه المقر له بإقراره فأشبهه بالبيع، 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 للبايع ونقصه، وبخلاف العرض على البيع لأن الملك ما زال، ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصير مختاراً حتى يسلمه لأن الزوال به، بخلاف الكتابة الفاسدة لأن موجبها يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختاراً، ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار،

بأمور ضرورية. إذ الظاهر أن معنى كون الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها إلا بالضرورة، لا كون عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير حكمها بعد أن تغيرت نفسها إلا بالضرورة، والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول فلا يتم التقريب فتأمل تفهم قوله: (وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرض) أقول: فيه إشكال سيما في الحصر. إذ قد تقرر فيما قبل أن الواجب الأصلي في جناية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب، إلا أنه كان للمولى حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة، فإذا كان حق ولي الجنائية منحصراً في الدفع على ما هو الواجب الأصلي في جناية العبد، فإن لم ينحصر فيه فما معنى حصره في الأرض بقوله لا حق إلا الأرض، وهذا يكون مناقضاً لما ذكره قبيله بقوله أما الدفع فلأن حقه يتعلق به قوله: (وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها)

رجلاً موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى 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 فيقسمون الرقبة هكذا. وقوله: (وهي الجنائيات المختلفة) يعني فجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم. وقوله: (والحق يجب للمقتول) جواب عما يقال: الحق وإن كان متحداً بالنظر إلى السبب فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسألة مثل الأولى. ووجهه أنا لا نسلم أن المستحق متعدد بل هو واحد، لأن الحق يجب للمقتول الخ. لا يقال: الملك يثبت للوارث حقيقة وحكماً وللميت حكماً فقط، لأنه ليس من أهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث، لأن ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الأصل أولى. قال: (فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجنائية) الأصل في جنس هذه المسائل أن المولى إذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فإن تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختاراً للفداء وإلا فلا، وإذا لم يعلم بالجنائية لم يكن مختاراً للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن أرش الجنائية، وعلى هذا تخرج الفروع المذكورة في الكتاب. وقوله: (وعلى هذين الوجهين) يعني قبل العلم وبعده. وقوله: (بخلاف الإقرار على رواية الأصل) يعني إذا جنى العبد جنابة فقال وليها هو عبدك فادفعه أو افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندي أو عارية أو إجارة أو رهن لا يصير مختاراً للفداء لما ذكر في الكتاب، ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بيته، فإن أقامها أحر الأمر إلى قدم الغائب، وإن لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختاراً للدية مع تمكنه من الدفع، وقوله: (وألحقه الكرخي بالبيع وأخواته) في صيرورته مختاراً لما ذكر في الكتاب. قال في الإيضاح: وهو رواية خارجة عن الأصول، وقوله: (وإطلاق الجواب) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها الخ. وقيل يريد به قوله في أول الباب وإذا جنى العبد جنابة خطأ فإنه ينتظم النفس وما دونه. وقوله: (وكذا المعنى لا يختلف) لأن كل واحد مال. وقوله: (لأنه يزيل الملك) لا خلاف في ذلك، وإنما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس بمحتاج إليه ها هنا، وقوله: (بخلاف ما إذا كان

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 ذكرناه، لأن فعل المأمور مضاف إليه، ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية لأنه حبس جزءاً منه وكذا إذا كانت بكرأ فوطئها وإن لم يكن معلقاً لما قلنا بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم، وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غير إعتاق؛ وبخلاف الاستخدام لأنه لا يختص بالملك، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر من الروايات، وكذا بالإذن في التجارة وإن ركه دين، لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة، إلا أن لولي الجناية أن يمنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته. قال: (ومن قال لعبد إن قتلت فلاناً أو رميته أو شججته فأنت حرّ فهو مختار للفداء إن فعل ذلك) وقال زفر: لا يصير مختاراً للفداء لأن وقت تكلمه لا جناية ولا علم له

يريد قوله ضمن الأقل من قيمة ومن أرشها. وقيل يريد به قوله في أول الباب وإذا جنى العبد جناية خطأ فإنه ينتظم النفس وما دونها، كذا في العناية. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكر ثانياً، لأن تأخير التعرض لإطلاق في ما في أول الباب إلى هنا مع كونه بعيداً عن نهج السداد في نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف وإطلاق الجواب، لأن الإطلاق هناك في المسألة لا في الجواب كما لا يخفى على ذوي الأبواب فالمراد هو الأول لا غير قوله: (وكذا بالإذن في التجارة وإن ركه دين، لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة) أقول: في التعليل شيء وهو أنه إن أراد أن الإذن في التجارة وإن ركه دين لا يفوت الدفع بغير رضا ولي الجناية فهو

الخيار للبايع ونقصه، وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يصير مختاراً للفداء بهما لأن الملك ما زال، قبل المشتري بشرط الخيار إذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزاً للبيع والبايع بشرط الخيار لنفسه إذا عرض على البيع كان فاسخاً للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختاراً للفداء؟ وأجيب بأن ثمة ضرورة لم تتحقق ما هنا، وهي أنه لو لم يجعل مجيزاً وفاسخاً هناك لكان تصرفه واقعاً في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الأولى وتقدير الإجازة في الثانية، وأما ما هنا فلو لم يجعل مختاراً للفداء بهذا التصرف لم يبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافتقر. وقوله: (بخلاف الكتابة الفاسدة) بأن كاتب المسلم عبده الجاني على خمر أو خنزير فإنه يصير مختاراً للفداء لأن موجه يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالأداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض.

وقوله: (فيما ذكرناه) قيل يعني في اختيار الفداء، وقيل في العلم بالجناية وعدمه. وقوله: (ولو ضربه فنقصه) يعني بأن أثر فيه حتى صار مهزولاً أو قلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية لأنه حبس جزءاً منه، وأما إذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرض إلا أن يرضى وليّ الدم أن يأخذه ناقصاً، ولا ضمان على المولى لأنه لما رضي به ناقصاً صار كأن النقصان حصل بأقّة سماوية. وقوله: (وكذا إذا كانت بكرأ فوطئها) يعني يصير به مختاراً للفداء، وإن لم يكن الوطء معلقاً لما قلنا إنه حبس جزءاً منه. وقوله: (بخلاف التزويج) يعني لا يصير به مختاراً للفداء لأنه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع، وعلل المصنف رحمه الله بقوله: (لأنه عيب من حيث الحكم) وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو أقر عليها بالسرقة عالماً بالجناية، فإن بهذا الإقرار يدخلها نوع عيب، ولكن لما كان حكماً لم يثبت به اختيار الفداء، وفيه إشارة إلى ردّ طعن عيسى حيث قال: التزويج تعيب وبالتعيب ثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على يديها وعيها، وذلك لأن التعيب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لأن فيه حبس جزء منها، وأما الحكمي فليس كذلك. وقوله: (وبخلاف وطء الثيب) فإن به لا يصير المولى مختاراً للفداء ما لم يكن معلقاً في ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غير إعتاق. وقوله: (على ظاهر الرواية) احتراز عما روّي عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختياراً لأن الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلاً على إمساك العين، فإن قيل: ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار؟ فإن الوطء هناك فسخ للبيع

قوله: (والراهن يتمكن من قضاء الدين الخ) أقول: تعلق حق المجني عليه: يعني العبد سابقاً على تعلق حق الراهن بوجوب صحة فسخ الرهن وإن نقص الدين على ما صرحوا به قوله: (وإنما قلنا بجناية توجب الدية، لأنها لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ)

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 يحدث في يمينه تلك، كذا هذا. ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية؛ ألا يرى 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 فارقاً لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض، بخلاف ما أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه، إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه، ولأنه حرصه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه والظاهر أنه يفعله، فهذا دلالة الاختيار. قال: (وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يعتقه رد على المولى وقيل للأولياء اقتلوه أو اغفوا 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 فيبطل والباطل لا يورث الشبهة، كما إذا وطئ المطلقة

ممنوع، كيف وقد قال متصلاً به إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله، وإذا كان له ذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعاً، وإن أراد أنه لا يفوت الدفع برضا ولي الجناية فهو مسلم، لكن يلزم حينئذ أن ينتقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجاني فنقصه فإنه يصير مختاراً للفداء هناك إذا كان عالماً بالجناية كما مر آنفاً، مع أنه يجري أن يقال هناك أيضاً: إن الضرب وإذا نقصه لا يفوت الدفع برضا ولي الجناية، فإنه إذا رضي أن يأخذه ناقصاً ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به. ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل، ففي صورة ما إذا ضربه فنقصه إن لم يفت الدفع برضا ولي الجناية نقصت الرقبة، فالتعليل المذكور هنا لم يجر بتمامه هناك فلم ينتقض

وإن لم يكن معلقاً، وما هنا لا يكون اختياراً إلا إذا كان معلقاً. أوجب بأنه لو لم يجعل فسخاً للبيع وقع الوطء حراماً، لأنه إذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها، فتبين أن الوطء حصل في غير ملكه فللتحيز عن ذلك جعلناه فسخاً، وما هنا إذا دفعها بالجناية يملكها ولي الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها فلا يتبين أن الوطء كان في غير ملكه وقوله: (وبخلاف الاستخدام) يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختاراً للفداء، حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لأن الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختاراً بالإجارة، والرهن في الأظهر لأن الإجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذراً في نقض الإجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختياراً للفداء. وقوله: (في الأظهر) احترازاً عما ذكر في بعض نسخ الأصل أنه يكون مختاراً للإجارة والرهن لأنه أثبت عليه يداً مستحقة فصار كالبيع. وقوله: (وكذا بالإذن في التجارة) يعني لا يكون به مختاراً لأنه لا يعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبة (إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى) وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له، لأن الغرماء يتبعون ولي الجناية إذا دفع إليه فله أن يمتنع من قبوله. قال: (ومن قال لعبد إن قتلت فلاناً) ومن علق عتقه عبده بجنائية توجب الدية لا مثل أن يقول: إن قتل فلاناً أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك خلافاً لزفر رحمه الله، لأن اختيار الفداء إنما يكون بعد الجناية والعلم بها، وعند التكلم ليس شيء منها موجود، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً، واستشهد بالمسألة المذكورة في الكتاب. وقوله: (ولنا) ظاهر. وقوله: (ولأنه حرصه) دليل آخر، ومعناه أن المولى حرص العبد على مباشرة الشرط وهو القتل أو الرمي أو الشجج (بتعليق أقوى الدواعي إليه) أي إلى الشرط

أقول: لا يلزم مما ذكره المصنف وجوب التعليق بجنائية توجب الدية، بل إذا كان بالأعم مثل أن يقول: إن قتلت بلا تقييد ووجد منه ما يوجب الدية كالقتل بالمثل أو القتل خطأ يكون الجواب كذلك قوله: (والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ) أقول: الظاهر أن يقول: لم يقع الصلح عنه قوله: (بعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى الخ) أقول: يعني الإقتاني.

الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص، بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له إلا وأن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلاً فيرد العبد إلى المولى والأولياء على 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 فالعبد صلح بالجنائية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية. وهذا الوضع يرد إشكالاً فيما إذا عفا عن

بذلك، نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما إذا ركبه دين كلام، لأن وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لأن الغرماء يتبعون ولي الجناية إذا دفع العبد إليه فيتبعونه بديونهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى. وعن هذا قال صاحب الكافي: ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الإذن فكان لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصاً فيلزم المولى قيمته اه فتأمل قوله: (ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه تبين أن الصلح وقع باطلاً) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح: أي الدفع وقع باطلاً وسماه صلحاً بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية اه. واقتضى أثره الشارح العيني. أقول: فيه نظر، لأن المصنف صرح فيما مر بأن الموجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وقال: ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع هنا صلحاً على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قيل، وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا، حتى أن صاحب الأسرار بعد أن ذلك ما اختاره بعض المشايخ من أن الواجب الأصلي هو الأرش قال: والرواية بخلاف هذا في غير موضع، وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى. ثم أقول: الحق عندي أن يحمل تسمية الدفع هنا صلحاً على المشاكلة بأن عير عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في صحبة ما هو صلح وما هو إذا أعتقه تدبر ترشد قوله: (والباطل لا يورث الشبهة كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه) أقول: فيه بحث، وهو أنه إن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة فيما إذا علم بطلانه كما هو

وهو الحرية (والظاهر أنه يفعل) رغبة منه في الحرية (وهذا دلالة الاختيار) وإنما قلنا بجنائية لأنه لو علقه بغيرها مثل أن يقول لعبده إن دخلت الدار فأنت حرّ ثم جنى ثم دخل الدار فإن المولى لا يصير مختاراً للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجنائية عند التعليق، بخلاف ما إذا علق بالجنائية فإنه علق بها أقوى الدواعي إليه، والظاهر وجودها فكان عالماً بها ظاهراً، وإنما قلنا بجنائية توجب الدية لأنها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وإنما هو على العبد، وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئاً. وقوله: (ووجه ذلك) يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق (أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) أي الدفع (وقع باطلاً) وسماه صلحاً بناء على ما اختاره بعض المشايخ رحمهم الله أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به، وإنما وقع باطلاً لأنه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الأحرار والعبيد، وإذا سرى تبين أن المال لم يكن واجباً، وإنما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعاً بغير بدل: يعني المصالح عنه، لأن الذي كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال، والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل، والباطل لا يورث شبهة، كما إذا طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص، بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح، لأن الظاهر من حال العاقل أنه إذا أقدم على تصرف يقصد تصحيحه، ولا صحة لهذا الصالح إلا بجعله صلحاً عن الجنائية وما يحدث منها فيجعل مصالحاً عن ذلك مقتضى الإقدام على الإعتاق، ويجعل المولى أيضاً كذلك دلالة، لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً

اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك، وها هنا قال يجب، قيل ما ذكرها هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان. وقيل بينهم 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 هنا الصلح لا يبطل الجنابة بل يقرها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم يبطل الجنابة لم تمتنع العقوبة، هذا إذا لم يعتقه، إما إذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل. قال: (وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجنابة فعليه قيمتان: قيمة لصاحب الدين، وقيمة لأولياء الجنابة) 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 الجنابة ثم يبيع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء، لأن الأجنبي إنما

الظاهر مما ذكره في تنظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم، لكن لا يجدي نفعاً هنا لأن الدافع لم يعلم أن القطع يسري فيكون موجه القود، بل ظن أنه لا يسري وكان موجه المال، وإن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وإن لم يعلم بطلانه فهو ممنوع؛ ألا يرى أنه إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن أنها تحل له فإنه يورث الشبهة فيدراً الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود. وفهم أيضاً ما هنا من قوله مع العلم بحرمتها عليه قوله: (أما ما هنا الصلح لا يبطل الجنابة بل يقرها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم تبطل

عن القليل كان بكونه عوضاً عن الكثير أرضى، وشرط صحة الاقتضاء وهو أماكن المقضي موجود، ولهذا لو نص على ذلك ورضي به المولى صح، فتبين أنه إذا أعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء، والصلح الأول وقع باطلاً فيرد العبد إلى المولى والأولياء على غيرتهم في العفو والقتل. وقوله: (وذكر في بعض النسخ) قال الإمام فخر الإسلام رحمه الله: وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب: أي كتاب الجامع الصغير هذه المسألة على خلاف هذا الوضع، وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية، وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة. وقوله: (إلى آخر ما ذكرنا) يعني وإن لم يعتقه رد إلى مولاه ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو. وقوله: (وهذا الوضع يرد إشكالاً) قيل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة، وإنما خص هذا الوضع بورود الإشكال لأنه دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لأنه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو، ولا كذلك الوضع الأول لأن الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع، فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حظ شيء فلا يرد إشكالاً على مسألة العفو. وقيل هذا الوضع: أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد إشكالاً فيما إذا عفا عن اليد وسرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك، وها هنا قال يجب. واختلف المشايخ رحمهم الله في الجواب عن ذلك، فقال بعضهم: ما ذكرها هنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان: يعني وجوب القصاص في هذه المسألة على النسختين جواب القياس، وفي الاستحسان تجب الدية، وفي مسألة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان، وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسألة وتلك على القياس والاستحسان، فاندفع التدافع وحصل التوافق، وقال بعضهم: بينهم فرق، وهو أن العفو عن اليد صح ظاهراً، لأن الحق له كان في اليد من حيث الظاهر (فيصح العفو ظاهراً) وتبطل به الجنابة كذلك لأن العفو عنها يبطلها (فبعد ذلك وإن بطل العفو بالسراية حكماً يبقى موجوداً حقيقة) وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما ما هنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقرها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم تمتنع الجنابة لم تمتنع العقوبة، هذا إذا لم يعتقه، أما إذا اعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل) وهو قوله لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده الخ وقوله: (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجنابة) يعني إذا كانت القيمة أقل من الأرش. وقوله: (أتلف حقين) واضح. وقوله: (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضموناً بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الإتلاف وارداً عليهما، ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضاً من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجنابة ثم يبيع للغرماء فيكون الإتلاف

يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لأنه دونه، وهاهنا 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 جناية لم يدفع الولد معها) والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقيبتها استيفاء فيسري إلى الولد كولد المرهونة، بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها، وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي 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 الزاعم 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 فاقول قول العبد) لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه، والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو فداء،

الجناية لم تمتنع العقوبة) أقول: يزداد عليه أنه إن أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقرها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يقيه على حاله فهو ممنوع، كيف وقد صرحوا في صدر كتاب الجنایات بأن موجب القتل العمد القرد إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا، فقد جعلوا الصلح، كالعفو في إسقاط موجب الجناية، وإن أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل بل يقر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال، وإن سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم، لكن لا يتم حينئذ قولهم فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة، إذ لا يلزم من عدم بطلان

وارداً عليهما فيضمنهما به، والأصل أن العبد إذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء، فإن دفع بيع في دين الغرماء، فإن فضل شيء كان لأصحاب الولاء، وإنما بدأنا بالدفع لأن به توفير الحقين فإن حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لأرباب الديون، ومتى بدأنا بدفعه في الدين تعذر الدفع بالجناية لأن تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية. فإن قيل: ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجباً؟ أجيب بأنها إثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين، فإن للناس في الأعيان أغراضاً، وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لأن موجبها صيرورته حراً، فإذا كان مشغولاً وجب دفعه مشغولاً، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف إلى أولياء الجناية لأنه يبيع على ملكهم، وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الأول، وإنما قيد المسألة بعدم العلم ليبي عليه قوله فعليه قيمتان، لأنه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأولياءها، وقيمة العبد لصاحب الدين لأن الإعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الأرش دون القيمة وقد مر. وقوله: (بخلاف ما إذا أئلفه أجنبي) واضح وقوله: (فلا يظهر في مقابلته الحق) يعني حق الدفع (لأنه دونه) أي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك موحواً. قال: (وإذا استدان الأمة المأذون لها ثم ولدت) فرق بين ولادة الأمة بعد استدانها وبين ولادتها بعد جنيتها في أن الولد يباع معها في الأولى دون الثانية، فإن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقيبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعاً من التصرف في رقيبتها بيع أو هبة أو غيرها فكانت من الأوصاف الشرعية القارة في الأم فتسري إلى الولد كالكتابة والتدبير والرهن.

وأما موجب الجناية فالدفع أو الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعاً من التصرف في رقيبتها بيع أو هبة أو استخدام (وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع) فلا يسري إلى الولد لكونه وصفاً غير قازٍ حصل عند الدفع. وقوله: (والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية) بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل إلى غيره، وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحول بتحوّله. واعترض بوجهين: أحدهما لا نسلم أن دين الأمة في ذمتها، فإن المولى إن أعتقها ضمن قيمتها، ولو كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديون إنساناً فإنه لا يضمن دينه. والثاني أن ما ذكرتم لو كان صحيحاً لما سرى أثر الدفع إلى أرش استحقته بجناية جنى بها عليها جان ودفعه إليها بطريق الأولى لما أن ولدها جزؤها وأرشها ليس كذلك، ولما لم يسر إلى جزئها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسري إلى ما ليس بجزء منها. وأجيب عن الأول بأن وجود ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعاً واستيفاء من

قوله: (وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ) أقول: الظاهر أنه كان يكفي أن يقول: وإنما لا يضمن القاتل الدين لأنه لم يفوته.

وصار كما إذا قال البالغ العاقل ظللت امرأتي وأنا صبيّ أو بعث داري وأنا صبيّ، أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون أو بعث داري 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 العقل 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 فلها يؤمر

الجناية بمعنى ثبوتها في الأصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه، بل لا يتم حينئذ الفرق رأساً بين صورتَي العفو والصلح، إذ العفو أيضاً لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل قبل العفو كما لا يخفى قوله: (ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت بل قطعتها وأنا حرة فالقول قولها) قال صاحب العناية: هذه المسألة أيضاً بمنها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان، أقول: ليس هذا بسديد، لأن مبنى هذه المسألة التي جوابها كون القول قولها ليس على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان كما في المسألة الأولى، وإلا لما كان القول قولها، بل كان يجب أن يكون القول قول المقر كما في المسألة الأولى، وإنما مبنى

ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى، وإلا لوجب عليه إيفاء الديون لا ضمان قيمة العبد، وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم الماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابل: من المئين ضماناً، وضمان العدوان يعتمد الماثلة وهي مسألة تقوم المنافع وهي معروفة. لا يقال: هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لأن الإتلاف هناك لاقى محلاً يمكن الاستيفاء من ثمنه، بخلاف صورة النقص، فإن قيل: إن كان تخصيص العلة. قلت: مخلصه معلوم. وعن الثاني أن الأرض بدل جزء متصل فات بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الأجزاء بعوض قام العوض مقامه، كما لو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها إلى ولي الجناية اعتباراً للجزء بالكل، بخلاف الولد فإنه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلاً عن جزء. وقوله: (وإذا كان العبد لرجل) صورته المذكورة ظاهرة، وذكر في الكتاب الإقرار بالحرية قبل الجناية. وفي المبسوط بعدها، ولا تفاوت في ذلك. وقوله: (وإبراء العبد) يعني من كل الدية لا من قسطه فيها، وإبراء المولى لأنه لم يدع عليه بعد الجناية إعتاقاً حتى يصير به مختاراً للفداء إن علم بذلك أو مستهلكاً حق المجني عليه إن لم يعلم، وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الإقرار ولا على المولى بشيء ولا على العاقلة إلا بحجة. وقوله: (وإذا أعتق العبد) يعني إذا أعتق عبد معروف بالرق (فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر بل قتلتك وأنت حرّ فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان) لأنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان عليه، إذ الكلام في عبد معروف بالرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو فداء. واعترض بأن العبد قد ادعى تاريخاً سابقاً في إقراره والمقرّ له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله. وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الإقرار، وما هنا هو منكر لأصله فصار كمن يقول لعبدته أعتقت قبيل أن تخلق أو أخلق. وقوله: (كان القول قوله) يعني مع يمينه. وقوله: (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه منكر للضمان. قال: (ومن أعتق جارية ثم قال لها) هذه المسألة أيضاً بمنها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان. ومعنى وقوله: (إلا الجماع والغلة) أن يقول لها جامعتك وأنت أمتي أو أخذت منك غلة عمك وأنت أمتي وقالت بل كان ذلك بعد العتق فإن القول قول المقرّ الذي هو المولى استحساناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد: لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه، فإنه يؤمر برده عليها: يعني لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فإن الردّ فيه مجمع عليه، بناها محمد رحمه الله على الأصل المذكور، وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بأنه أقرّ بيده: أي بيد المأخوذ منه (حيث اعترف بالأخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلها يؤمر بالردّ

قوله: (فإن قلت: إذا كان تخصيص العلة) أقول: كيف يكون تخصيص العلة والمضمون هنا ليس هو الدين بل العين الذي أتلفه قال المصنف: (وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً) أقول: سبق في كتاب المأذون أن للمولى أن يأخذ غلة مثله بعد الدين.

بالرد إليها. ولهما أنه أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقتت وقال المقرّ له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فإن القول قول المقرّ له، وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لوق قطعها وهي مديونة، وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن، بخلاف الوطاء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر، وكذا أخذه من غلتها، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان. قال: (وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيّاً حرّاً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبيّ الدية) لأنه هو القاتل حقيقة، وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل (ولا شيء على الأمر) وكذا إذا كان الأمر صبيّاً لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما

هذه المسألة على أنه أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله إلا بحجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تحليل جواب هذه المسألة، نعم مبناها على قول محمد إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان، إلا أن قوله ليس بمطابق لجواب هذه المسألة، وإنما ذكر هنا بطريق الاستطراد لا الأصلة فما معنى بناء هذه المسألة التي كان جوابها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها قوله: (وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن) قال صاحب العناية: ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع لكنه ذكره بياناً لمسألة أخرى، صورتها: مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالاً وأنت حربي فقال بل بل أخذت مني وأنا مسلم فإنها على الخلاف، كذا قيل، فإن صح ذلك فوجه قول محمد أنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان، ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربي قد يضمن إذا أخذا أخذه ديناً فكان قد أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع إلا بحجة، إلى هنا كلامه، أقول: فيه نبذ من الاختلال أما أولاً فلأن قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع ممنوع، فإنه وإن لم يكن داخلاً في مسألة القطع نفسها إلا أنه نظير لها لاشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان عندهما: وكونه نظيراً لما نحن فيه تعلق محض به، فإن التنظير كثير الوقوع في استدلالاتهم شائع فيما بينهم، فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن بمنزلة قوله فيما قبل كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الخ. وأما ثانياً فلأن قوله ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربي قد

عليها. قولهما أنه أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله) وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة، بخلاف الوطاء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر، وكذلك إذا أخذ من غلتها وإن كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل فيهما الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان، بخلاف غيرها (لأنه بمنزلة ما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقتت) يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصاً وأرشاً وقال: (المقرّ له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة) يريد به وجوب نصف الدية عليه، وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف إن كان صحيحاً حال الإتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا رحمهم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين، وله العدول إلى المال قبيل العدول إذا فات المحل بطل الحق. واعترض بأن ذلك فيما يجب فيه القصاص، كما إذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقء العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الأصل المذكور. وأجيب بأن المراد فقء ذهب به نورها ولم تنخسف والقصاص فيه جار. وقوله: (وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن) ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع: لكنه ذكره بياناً لمسألة أخرى صورتها: مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالاً وأنت حربي فقال بل أخذت مني وأنا مسلم فإنها على الخلاف، كذا قيل، فإن صح ذلك فوجه قول محمد رحمه الله إنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان. ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربي قد يضمن إذا أخذه ديناً فكان قد أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع إلا بحجة، والله أعلم. والحاصل أن هذه المسائل على ثلاثة أوجه: في وجه يكون القول قول المولى وهو ما إذا أخذ الغلة أو وطئها، وفي وجه

اعتبر قولهما، ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر أبداً، ويرجعون على العبد الأمر بعد الإعتاق لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان 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 خطأً، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل صغيراً لأن عمده خطأً، أما إذا كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحرّ والعبد. قال: (إذا قتل العبد رجلين عمداً ولك 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 خطأً فعفا أحد وليي العمد فإن فداء المولى فداء بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ) لأنه لما انقلب العمد مالاً كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف، ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفاً (وإن دفعه إليهم أثلاثاً: ثلثاه لوليي الخطأ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة وقالوا: يدفعه أربعاً: ثلاثة أربعاه لوليي الخطأ، وريعه لولي العمد) فالقسمة عندهما

يضمن إذا أخذه ديناً ليس بشرح مطابق للمشروح، وإنما المطابق له أن يقال: لأن مال الحربي قد يضمن إذا أخذه وهو مستأمن تدبر قوله: (وإن دفعه إليهم أثلاثاً: ثلثاه لوليي الخطأ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: يدفعه أربعاً الخ) قال صاحب النهاية: وأصل هذا ما اتفقوا عليه، وهو أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة، لأنه لا تضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه، أما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب

يكون القول قول الجارية وهو ما إذا أقر المولى أنه أخذ منها مالاً وهو قائم في يده، وفي وجه اختلافها وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها، وقد اتفقوا على أصلين: أحدهما أن الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به. والآخر أن من أقر بسبب المضان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه إلا بحجة، فالوجه الأول مخزج على الأصل الأول بالاتفاق، والوجه الثاني مخزج على الأصل الثاني بالاتفاق، والوجه الثالث خرج محمد رحمه الله على الأول وهما على الثاني. وقوله: (وإذا أمر العبد المحجور) على الوجه الذي ذكره ظاهر. وقوله: (على ما بينا من قبل) إشارة إلى ما ذكره قبيل فصل الجنين. وقوله: (لأنه غير مضطر في دفع الزيادة) أي لا ضرورة في إعطاء الزيادة لأنه يتخلص عن عهدة الضمان بإعطاء الأقل من الفداء أو قيمة العبد لأنه إنما أتلف بأمره ما هو الأقل منهما. قال: (وإذا قتل العبد رجلين عمداً) كلامه واضح. إلى قوله: وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثاً: ثلثاه لوليي الخطأ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله، وأصل هذا ما اتفقوا عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة، فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه. وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسألة بيع الفضولي وهي أن فضولياً لو باع عبد إنسان كله وفضولياً آخر باع نصفه وأجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين أربعاً فكانت القسمة بطريق المنازعة، لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة، لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال، وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله:

قال المصنف: (ويجب أن يرجع بعد العتق) أقول: قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: وإنما قال: ويجب أن يرجع بعد العتق الخ إذ لا رواية لذلك. أقول: ينبغي أن لا يرجع بشيء لأن الأمر لم يصح والأمر لم يقع في هذه الورطة لكمال عقل المأمور، بخلاف ما إذا كان المأمور صبياً انتهى. أجيب بأن أمره استخدام وإتلاف بسببه مال المولى، وإذا استخدم العبد فعطب ضمن المستخدم، كذا هذا فليأتمل قوله: (فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه) أقول: مخالف لما أسلفه في باب ما يدعيه الرجلان

بطريق المنازعة، فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة، واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتصرف، فلهذا يقسم أربعاً. وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثاً، لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف، ولهذه المسألة نظائر وأصداد ذكرناها في الزيادات. قال: (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) أي قريباً لهما (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة، وقالوا: يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية) وذكر في بعض النسخ قتل ولياً لهما، والمراد القريب أيضاً. وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة، وذكر في الزيادات: عبد قتل مولاة وله ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب، ولم يذكر اختلاف الرواية. لأبي

دين في الذمة كما في مسألة بيع الفضولي وهو أن فضولياً لو باع عبد إنسان كله وفضولياً آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين أربعاً وكانت القسمة بطريق المنازعة، لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة، لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال، ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في مسألتنا هذه: ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ، وربعه للساكت من وليي العمدة، لأن حق وليي العمدة كان في جميع الرقبة، فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق وليي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة، بقي النصف الآخر واستوت منازعة وليي الخطأ والكاكاتب من وليي العمدة في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين، فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أربعاً كما في مسألة الفضوليين. ولأبي حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرض الذي هو بدل المتلف، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة، وهذا لأن حق وليي الخطأ في عشرة وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصة، كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف لرجل وألفان لآخر مات المديون وترك ألفاً كانت التركة بين

في هذه المسألة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه للساكت من وليي العمدة، لأن حق وليي العمدة كان في جميع الرقبة، فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق وليي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة، بقي النصف الآخر واستوت منازعة وليي الخطأ والساكت من وليي العمدة في هذا النصف، فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أربعاً كما في مسألة الفضوليين، ولأبي حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرض الذي هو بدل المتلف، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة، وهذا لأن حق وليي الخطأ في عشرة آلاف وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته، كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألفان لرجل وألف لآخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء. وقوله: (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) فسره المصنف رحمه الله بقوله: أي قريباً لهما، قال الله تعالى ﴿وإني خفت الموالي من ورائي﴾ أي الأقارب ويحتمل أن يراد به عبد لهما أعتقه فعفا أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعاً عند أبي حنيفة رحمه الله: وقالوا: يقال للعافي ادفع نصف نصيبك إلى شريكك أو افده بربع الدية. وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله،

فراجع قوله: (وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء) أقول: ولم يكن تعلق الحق بالعين على وجه الشيوخ لكل واحد في البعض، ولا بد من هذا التقييد على ما صرحوا فإنه إذا كان ثبوت حق في العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعندهما أيضاً لا بد من التقييد بأن لا يكون تعلق الحقين على وجه الشيوخ في وقت واحد ولا تكون القسمة عولية قوله: (فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت الخ) أقول: فيه بحث قوله: (ولأبي حنيفة أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرض الذي هو بدل المتلف، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة) أقول: سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح، وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء، وما ذكره الشارح يخالفه كما لا يخفى. ثم قول المصنف هنا لأن الحق تعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضاً، إلا أن يراد بالرقبة الذمة مجازاً.

يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوخ، 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 فلماذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افتده بربع الدية. ولهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه، ولهذا تقضى منه ديونة وتنفذ به وصاياه، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا تخلفه الورثة فيه.

صاحبي الدين أثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلاثها لصاحب الألفين وثلاثها لصاحب الألف، فكذا ها هنا بخلاف بيع الفضولي، لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء، إلى هنا أشار الإمام قاضيخان والمحجوبي في الجامع الصغير، إلى هنا كلامه، واقتضى أثره في هذا الشرح والبيان صاحبنا العناية ومعراج الدراية، أقول: فيه نظر، لأن المصنف صرح في أوائل هذا الباب بأن الواجب الأصلي في جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة، وصرح به أيضاً عامة الفقهاء في كتبهم فما معنى بناء قول أبي حنيفة في هذه المسألة على أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرض، وهلا يقتضي هذا أن يكون الواجب الأصلي في جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد، ثم إن قول المصنف في بيان طريقة أبي حنيفة رحمه الله ها هنا لأن الحق تعلق بالرقبة ينبو عما ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة.

والأشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله. قال أبو يوسف ومحمد: إن حق كل واحد من الموليين في نصف القصاص شائعاً، لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له، لأن العبد في حق الدم يبقى على أصل الحرية والمولى في دمه كأجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقاً له بالملك، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه. فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وما كان في نصيب صاحبه بقي هو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع أو يفديه بربع الدية. ولأبي حنيفة رحمه الله أن نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل أن يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا، ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلاً، ويحتمل أن يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا، فلما احتمل هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا لأن المال لا يجب بالشك. ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضوع اختلاف كثير، والتعويل على المسموع.

قال المصنف: (لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له) أقول: قال العلامة الإيتاني: 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 فلماذا يقال ادفع نصف نصيبك أو ادفع بربع الدية. ولهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونة وينفذ به وصاياه، ثم الورثة يخالفونه فيه عند الفراغ من حاجته، والمولى يستوجب على عبده ديناً فلا يخلفه الورثة فيه، إلى هنا لفظ صاحب الهداية فيها في بعض نسخها، ولم يكتب هذه النسخة في أكثر نسخها. والحق أن يكتب: لأنه إذا لم يكتب تخلو مسألة الجامع الصغير عن الدليل أصلاً انتهى. وأنت خبير بأن التعليل المذكور يختص بوضع الديات، وتبقى مسألة الجامع الصغير خالية عن التعليل البتة.

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. وقال أبو يوسف والشافعي: تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو غصب 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 ويقاؤه ببقاء المالية أصلاً أو بدلاً وصار كقليل القيمة

فصل في الجناية على العبد

لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان أحكام الجناية على العبد، وقدم الأولى ترجيحاً لجانب الفاعلية، كذا في العناية وهو حق الأداء. وقال في النهاية وغاية البيان: إنما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لأن الفاعل قبل المفعول وجوداً فكذا ترتيباً، أقول؛ فيه بحث، لأنه إن أريد أن ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجوداً فهو ممنوع، إذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة، مثلاً يجوز أن يكون عمر المجني عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل، وإن أريد أن فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجوداً فهو أيضاً ممنوع فإن المفعولية والفاعلية توجدان معاً في آن واحد وهو آن تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه، إذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية، وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد قوله: (ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى: «ودية مسلمة إلى أهله» النساء (٩٢) أو جها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية) وجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقاً فيمن قتل خطأ حرّاً كان أو عبداً، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية، كذا في العناية وغيرها، أقول: لقاتل أن يقول: لو كان الواجب فيمن قتل العبد أيضاً خطأ هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي أن لا تتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساويهم في الآدمية، كما لا تتفاوت ديات الأحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وإن كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى، مع أن ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل قوله: (ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والآدمية، أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً بلا خلاف، وفيه معنى

فصل

لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان أحكام الجناية على العبد وقدم الأول ترجيحاً لجانب الفاعلية (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم إلا عشرة. وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولاً (وقال أبو يوسف) آخرأ وهو قول الشافعي رحمه الله (تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع. لهما أن الضمان بدل المالية) وبدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة، أما أنه بدل المالية فلأنه (يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد ويقاؤه ببقاء المالية أصلاً) إن بقي العين (أو بدلاً) إن هلك (وصار كقليل القيمة وكالغصب) وأما أنه بدل المالية بالقيمة فظاهر، وهذا كما ترى ترجيح لجانب المالية على الآدمية لأن المماثلة واجب الرعاية،

فصل ومن قتل عبداً خطأ

قوله: (لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها، وفي إهدار الأصل إهدار التابع) أقول: منقوض بصورة الغصب فإن فيها إهدار الأصل دون التابع قوله: (ولا بالكفارة فلماذا كان الواجب الخ) أقول: فيه بحث.

وكالغصب. ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ أوجبها مطلقاً، وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً، وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما، فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر 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

المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية أعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما إذا العكس يفضي إلى إهدارهما جميعاً، لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها، وفي إهدار الأصل إهدار التابع، وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما انتهى، واعترض عليه بعض الفضلاء بأنه منقوض بصورة الغصب فإن فيها إهدار الأصل دون التابع انتهى. أقول: ليس هذا بوارد، فإن إهدار أحدهما إنما يتصور فيما إذا وجد إتلافهما معاً فاعتبر أحدهما وأهدر الآخر بأن يعطى لإتلاف أحدهما حكم شرعي دون إتلاف الآخر كما فيما نحن فيه، فإن في قتل العبد إتلاف آدمية ومالية معاً، بخلاف الغصب إذ ليس في إتلاف الآدمية أصلاً، وإنما الحاصل به إتلاف المالية بإزالة اليد المحققة عنه وإثبات اليد المبطللة فيه، كما أشار إليه المصنف بقوله وضمنان الغصب بمقابلة المالية، إذ الغصب لا يرد إلا على المال فحيث لم يوجد فيه إتلاف الآدمية لم يلزم فيه إهدار الأصل الذي هو الآدمية، فإن معنى إهداره أن لا يعطى لإتلافه حكم شرعي، فإذا لم يوجد إتلافه لم يتصور أن يترتب عليه حكم شرعي فمن أين يلزم إهداره تفكر قوله: (وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً) أقول: فيه إشكال، إذ قد تقرر في علم الأصول وشاع في علم الفروع أيضاً أن الرأي والقياس لا يجريان في المقادير، بل إنما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأي من غير سمع؟ وأيضاً أن العبيد لا يتفاوتون في نفس الآدمية لا محالة، وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية، كالتكليف بالإيمان والصلاة والصوم غيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به، فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم قوله: (وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده

والرعاية في ذلك أكثر لأن المال وإن كثر لا يماثل النفس ويمائل المال (ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾) ووجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقاً فيمن قتل خطأ حراً كان أو عبداً (والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً) بلا خلاف (وفيه معنى المالية) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف (والآدمية أعلاهما) لا محالة (فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) إذ العكس يفضي إلى إهدارهما جميعاً لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها، وفي إهدار الأصل إهدار التابع، وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما. فإن قيل: لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر بل بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما. أوجب بأن الجمع إنما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة، وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الإجماع. وقوله: (وضمنان الغصب) جواب عن قولهما وكان كالغصب. وقوله: (وبقاء العقد) جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع. وقوله: (وفي قليل القيمة) جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة. وقوله: (بأثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه) وقع في بعض النسخ: ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما روي عنه: لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم، والأول أصح لموافقته لأكثر النسخ. واعترض بأن أثر ابن مسعود رضي الله عنه معارض بما روي أن عمر وعلياً وابن عمر رضي الله عنهم أوجبوا في قتل العبد قيمة بالغة ما بلغت. وأوجب بأن المروى عن ابن مسعود رضي الله عنه أرحج، لأن فيه ذكر المقدار وهو ما لا يهتدي إليه العقل، وليس فيما روي عن غيره ذلك، بل فيه قياس سائر الأموال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولاً على أنهم قالوا بالرأي، ومثله لا يعارض ما هو يمتزلة المسموع من رسول الله ﷺ. وقوله: (لا يزداد على خمسة آلاف إلا خمسة) أي لا يزداد على هذا المقدار قال في النهاية: هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية، لأنه ذكر في المبسوط، فأما طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه المالية لأنه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلماذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت، إلا أن محمداً رحمه الله قال في بعض الروايات. القول

منها في العبد إظهاراً لانحطاط رتبته، وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما^(١). قال: (وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف إلا خمسة) لأن اليد من الأدمي 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 قررناه، 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 اقتصر منه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: 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، لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار

فعليه تمام قيمتها) أقول: لقائل أن يقول: ذكر هذه المسألة مرة فيما قبل حيث قال: ولو غضب عبداً قيمته عشرون ألفاً وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع فما وجه الإعادة هنا، وتكرار مسألة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى، ويمكن أن يقال: أصل المسألة ما ذكر هنا فإنه المذكور في الجامع الصغير والبداية، والذي ذكر فيما قبل إنما هو بطريق الاستطراد فرقاً بين مسألة قتل العبد خطأ وبين مسألة غضبه في الحكم، حيث يجب في الأول أقل من عشرة آلاف درهم إذا زادت قيمته على دية الحر عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف والشافعي، ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع وجمعاً لدليلي تينك المسألتين في البيان في موضع واحد قوله: (وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول لاشتباهه من له الحق، لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه الخ) واعترض عليه بعض العلماء بأنه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما لو ضرب الأمة الحاملة فأعتق المولى الأمة ثم ألقته حياً فمات الولد بأن المعتبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية اهـ. ليس هذا بشيء إذ قد صرحوا في بيان تلك المسألة بأننا اعتبرنا حالتي الضرب والتلف معاً، فأوجبنا القيمة دون الدية اعتباراً لحالة الضرب، وأوجبنا قيمته حياً اعتباراً لحالة التلف، وقد مر ذلك في الكتاب وشروحه مفصلاً في أواخر فصل الجنين فكان ذلك البعض حفظ بعض ما ذكر هناك ونسي بعضه فزعم أن المعتبر هناك حالة الضرب فقط قوله: (وفيه الكلام) قال صاحب النهاية: أي الكلام فيما إذا كان للعبد ورثة سوى المولى. وقال: ووصل شيخي بخطه الضمير في وفيه إلى وتعذر الاستيفاء لكن مآل ذلك إلى ما قلنا اهـ. وقال صاحب الكفاية: قوله وفيه الكلام: أي في وجوبه على وجه يستوفى، ولا كلام في أصل الوجوب لأن الوجوب لإفادة الاستيفاء، فإذا فات المطلوب منه سقط اعتباره اهـ. وقال صاحب الغاية: قوله وفيه الكلام: أي كلامنا في تحقق اشتباهه من له حق استيفاء القصاص: يعني أن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباهه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء اهـ. واختار صاحب

بهذا يؤدي إلى أنه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله إلى أن قال: فلهذا قال: لا يزداد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف إلا خمسة. وقوله: (لأن القيمة في العبد كالدية في الحر) يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لأنه يجب في الحر نصف عشر الدية (إذ هو) أي القيمة (بدل الدم على ما قررنا) إشارة إلى قوله ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ وقوله: (وإن غضب أمة) ظاهر. قال: (ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى) صورة المسألة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب. وقوله: (في الوجه الأول) يعني فيما إذا كان له ورثة غير المولى. وقوله: (لاشتباهه من له الحق) يعني المستوفي وجهاته تمنع القصاص وقوله: (وفيه الكلام) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى، وقيل

(١) موقوف. قال الزيلعي في نصب الراية ٣٨٩/٤: غريب وأخرج عبد الرزاق، وابن أبي شيبة في مصنفيهما عن النخعي والشعبي قالا: لا يبلغ دية العبد دية الحر.

الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفي وفيه الكلام، واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لأن الملكين 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 في الخلافة وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار إحدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى، فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما إذا قال لآخر بعنتي هذه الجارية بكذا فقال

العناية من بين تلك الأقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال: قوله وفيه الكلام: أي وفيما إذا كان له ورثة غير المولى، ونقل سائر الأقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال: قوله وفيه الكلام: أي وفيما إذا كان له ورثة غير المولى، ونقل سائر الأقوال بقوله وقيل وقيل وقيل. أقول: ما ذهب إليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف هنا واختاره صاحب العناية ليس بشيء عندي، لأن المصنف بعد أن قال فيما قبل وإنما لا يجب القصاص في الوجه الأول يريد به ما إذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح قاطبة كيف يحتاج هنا إلى أن يقول والكلام فيما إذا كان له ورثة غير المولى، وهلا يكون هذا لغواً من الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة. وأما ما ذهب إليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب إليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركافة، بل عن اللغوية أيضاً كما يدركه الذوق الصحيح، وإنما الحق الصريح هنا ما ذهب إليه صاحب الكفاية، إذ يتنظم المعنى حينئذٍ جداً ويتعلق الكلام بقرابه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى قوله: (فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه) قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاط فيه: أي الذي لا يثبت بالشبهات، وقالوا: فإنه يحترز بهذا عن قول لآخر لك علي ألف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فإنه يقضي بالمال وإن اختلف السبب، لأن ذلك من الأموال والأموال مما يقع فيها البدل والإباحة فلا يبالي باختلاف السبب اهـ. وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح: فيه نظر، لأن الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات إنما يكون عما يثبت بالشبهات والأموال ليست كذلك اهـ. أقول: هذا النظر ساقط جداً، إذ لا شك أن الأموال مما يثبت بالشبهات؛ ألا يرى إلى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من أن في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات من الحدود والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت أو غير مال. ثم قال صاحب العناية: والأولى أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج، فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات اهـ. أقول: فيه خلل أما أولاً فلأن المصنف ما استشهد بعده بحل الوطء وإنما استشهد بعدم حله كما ترى. وأما ثانياً فلأن حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعاً. نعم لا يجب الحد بالوطء بشبهة الملك أو شبهة المحل، لكن لا يحل الوطء بشيء من ذلك كما عرف في كتاب الحدود، فإن وجه الخلل الأول بتقدير المضاف بأن يكون الأصل بعدم حل الوطء يبقى الخلل الثاني

أي في وجوبه على وجه يستوفي لا على أصل الوجوب لأنه لإفادة الاستيفاء فإذا فات المقصود سقط اعتباره، وقيل: أي في عذر الاستيفاء، وقيل أي في تحقق اشتباه من له القصاص، ومعناه أن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء. وقوله: (واجتماعهما لا يزيل الاشتباه) جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبّه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما. ووجهه أن اجتماعهما لا يزيله لأن الملك في الحالين مختلف، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس، وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيداً (بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر) فإن كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لأن الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة، لأن الرقبة فاتت إلى بدل فلا يملك إبطال حقه عليه، ولكن إذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه، وقوله: (على اعتبار إحدى الحالتين) وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الأخرى هي حالة الموت بعد العتق. وقوله: (فيما يحتاط فيه) يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فإنه يحترز بهذا عن قول لآخر لك علي ألف من قرض

المولى زوّجتها 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 فيستوفيا وهذا لأن المقضي له معلوم والحكم متحد

بلا تحمل توجيه، ثم إن بعض الفضلاء قال في نقل عبارة العناية: وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات، وقال لفظه «ما» نافية. أقول: نسخ العناية التي رأيناها لا توافق ما ذكره، وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الإشكال عن كلام صاحب العناية هنا، لأنه لما فسر ما يحاط فيه بالدماء والفروج لزم أن يحترز به عن الأموال بالضرورة لأنها ليست من الدماء ولا من الفروج، فإن كان عبارة العناية فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات وكان لفظه ما نافية لزم أن يرد عليه مثل النظر الذي أورده على سائر الشروح بأن يقال: الأموال أيضاً لا تثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به، فما معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحاط فيه بالدماء والفروج فيلزم أن يكون ما عده أولى مشترك الإلزام تأمل تفهم قوله: (ولأن الإعتاق قاطع للسراية، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص) هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله تعالى، وذلك لأن الإعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص؛ ألا يرى أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة، وإنما يضمن التقصان؛ فإن كان خطأ فبالاتفاق، وإن كان عمداً فعند محمد رحمه الله تعالى، لأن الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بأفة سماوية، كذا في العناية وكثير من الشروح. وقال في العناية بعد ذلك: فإن قيل: ينبغي أن أرض اليد للمولى لكونه جرحاً بلا سراية. أجب بأنه لا يجب نظراً إلى حقيقة الجنابة وهو القتل، لأنه إذا سرى تبين له أن الجنابة قتل لا قطع اهـ. أقول: فيه بحث، وهو أنه وإن أراد بقوله في السؤال ينبغي أن يجب أرض اليد للمولى أنه ينبغي أن يجب ذلك في مسألة الكتاب كما هو الظاهر من قوله أرض اليد دون أن يقول أرض الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصلاً، إذ يجيء أرض اليد للمولى عند محمد في مسألة الكتاب على ما صرح به في الكتاب، فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغي على مقتضاه أن يجب أرض اليد للمولى، وإن أراد به أنه ينبغي أن يجب ذلك في المسألة التي ذكروها ها هنا على سبيل التنوير، وهي أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فللسؤال المذكور ورود، ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسألة الكتاب فإنه يجري فيها أيضاً مع أنه يجب فيها أرض اليد عند محمد كما تحققت تدبر قوله: (وذلك

فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فإنه يقضي بالمال وإن اختلف السبب، لأن ذلك من الأموال والأموال مما يقع البدل والإباحة فيها فلا يبالي باختلاف السبب، كذا في الشروح، وفيه نظر، فإن الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات إنما يكون عما يثبت بالشبهات والأموال ليست كذلك. والأولى أن يفسر ما يحاط فيه بالدماء والفروج فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات أو يفسر بالذي لا يجزي فيه البدل، وهو راجع إلى الأول. وقوله: (ولأن الإعتاق قاطع للسراية) دليل آخر، وذلك لأن الإعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية، وذلك يمنع القصاص؛ ألا ترى أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة، وإنما يضمن التقصان، فإن كان خطأ فبالاتفاق، وإن كان عمداً. فعند محمد رحمه الله لأن الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بأفة سماوية. فإن قيل: ينبغي أن يجب أرض اليد للمولى لكونه جرحاً بلا سراية. أجب بأنه لا يجب نظراً إلى حقيقة الجنابة وهو القتل لأنه إذا سرى تبين أن الجنابة قتل لا قطع (ولهما أنا تيقنا) ثبوت ولاية

قوله: (والأموال ليست كذلك) أقول: فيه بحث، بل هي كذلك؛ ألا يرى أنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين على ما مر تفصيله، ولعل الشبهة إنما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فإنها لا تثبت بالثاني دون الأول فتأمل قوله: (فإنه استشهد بعده بحل الوطء) أقول: أي بعدم حل الوطء فالمضاد مقدر قوله: (وما يثبت بالشبهات) أول: لفظه «ما» نافية.

فوجب القول بالاستيفاء، بخلاف الفصل الأول، لأن المقضي له مجهول، ولا معتبر باختلاف السبب ها هنا لأن الحكم لا يختلف، بخلاف تلك المسألة لأن ملك اليمين يفاير ملك النكاح حكماً، والإعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباهاً من له الحق، وذلك في الخطأ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرية فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فجاه الاشتباهاً. أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه، وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه إذ لا وارث له سواء فلا اشتباهاً فيمن له الحق، وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب أرش اليد، وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل، وعندهما الجواب في

في الخطأ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرية فجاه الاشتباهاً) أقول: في هذا المقام ضرب من الإشكال لأن الحق على اعتبار حالة الموت وإن كان للميت، إلا أنه لا يتقرر عليه بل ينتقل إلى المولى بالوراثة، فكان من له الحق في الحال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباهاً؛ ألا يرى إلى قول المصنف في صورة العمد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه، إذ لا وارث سواء فلا اشتباهاً فيمن له الحق، وإن ادعى أن اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقق الاشتباهاً المقضي لقطع الإعتاق السراية واتحاده بالنظر إلى الانتهاء. والمال غير مفيد في دفع ذلك يتجه الإشكال على صورة العمد، فإن حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد مبقى على أصل الحرية في حق القصاص كما صرحوا به، وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من أن حق استيفاء القصاص ثابت للوراث ابتداء من غير أن ينتقل إليه بطريق الوراثة كما في الدية، لأن ملك القصاص إنما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لأنه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت، بخلاف الدية لأن الميت من أهل الملك في الأموال، كما إذا نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته على ما تقرر كله في أول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنائيات فيلزم اشتباهاً من له الحق ابتداء في صورة العمد أيضاً على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لا يظهر الفرق بين صورتى الخطأ والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله في مسألتنا فليتأمل في الدفع قوله: (ويعد الشجة بقي محلاً للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما) أقول: لقاتل أن يقول: الظاهر المطابق لوضع المسئلة أن يقال: فاعتبر إنشاء في حق من أوقع العتق عليه وهو أحدهما المتعين بالبيان فتأمل في التوجيه قوله: (ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف

الاستيفاء في العمد للمولى فيتسوفيه (لأن المقضي له) وهو المولى (معلوم والحكم) وهو استيفاء القصاص (متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الأول) يعني ما إذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق (لأن المقضي له مجهول) لأننا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو المولى، ولو اعتبرنا حالة الموت كان الوراثة (ولا معتبر باختلاف السبب هنا) أي في الفصل الثاني وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى في العمد، لأن الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى، بخلاف تلك المسألة: يعني المستشهد بها بقوله كما إذا قال لآخر يعني هذه الجارية الخ فإن الحكم فيها مختلف (لأن ملك اليمين يفاير ملك النكاح حكماً) لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصوداً وملك اليمين قد لا يثبت ولو أثبت لم يكن مقصوداً، واختلف الحكم كما اختلف السبب. وقوله: (والإعتاق لا يقطع السراية) جواب عن قوله ولأن الإعتاق قاطع للسراية، ومعناه الإعتاق قاطع للسراية في صورة الخطأ دون العمد، وذلك لأنه لا يقطع السراية (لذاته بل لاشتباهاً من له الحق، وذلك في الخطأ لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق (وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرية فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاه الاشتباهاً، أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه، إذ الفرض أنه (لا وارث سواء فلا اشتباهاً فيمن له الحق) والحاصل من هذا كله أن صور من قطع يد عبد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا تزيد

الفصل الأول كالجواب عند محمد في الثاني . قال : (ومن قال لعبيده أحدكما حرّ ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما فأرشمها للمولى) لأن العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة (ولو قتلها رجل تجب دية حرّ وقيمة عبد) والفرق أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف، وبعد الشجة بقي محلاً للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان فاعتبرناه إظهاراً محضاً، وأحدهما حرّ بيقين فتجب قيمة عبد ودية حرّ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين، لأننا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرّاً وكل منهما ينكر ذلك، ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لأنه لا يفيد فائدة، وإنما

للسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه) قال جمهور الشراح في حل هذا المقام: يعني أن المالية معتبرة في حق الأطراف كما أنها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق الذات قصراً عليه: أي لأن اعتبار المالية في حق الذات مقتصر على ساقط بالإجماع: يعني لم يقتصر اعتبار المالية على الذات فحسب، بل اعتبرت في حق الذات والأطراف جميعاً، هذا زبدة ما قالوا. أقول: فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافياً لما ذكره في تحليل المسألة المازة في صدر هذا الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حيث قال: ولأن فيه: أي في العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما اهـ. فإن مدلول ما قاله هناك أن المالية التي هي أدنى من الآدمية مهدرة في حق ذات العبد لتعذر الجمع بينهما وبين الآدمية، وإنما المعتبرة فيه هي الآدمية عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ومدلول كلامه هنا

على أربع، لأنه إما أن قطع عمداً أو خطأ، فإن كان الأول فإما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن، فإن كان يقطع الإعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به، وإن لم يكن لا يقطعها عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله، وإن كان الثاني فالإعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن، فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر. قال: (ومن قال لعبيده أحدكما حرّ ثم شجا) إذا قال لعبيده أحدكما حرّ ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما: أي بين ذلك المبهم بالتعيين في أحدهما، وإنما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الأرض معينا وإن كان ظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل، فإنه إذا قال أحدكما حرّ فمات أحدهما أو قتل تعين العتق للآخر (فأرشمها للمولى لأن العتق غير نازل في المعين، والجشة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة) فيكون أرشمها للمالك (ولو قتلها رجل تجب دية حرّ وقيمة عبد) لا قيمة عبيدين ولا دية حرين (والفرق أن البيان وهو تعيين العتق المبهم في أحدهما إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف) في أصول الفقه أن البيان إنشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء، فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح، وإظهار من وجه حتى يجبر عليه، ولو كان إنشاء من وجه لما أجبر عليه إذا المرء لا يجبر على إنشاء العتق والعبد (بعد الشجة محل للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلاً له فاعتبرناه إظهاراً محضاً، وأحدهما حرّ بيقين فتجب قيمة عبد ودية حرّ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل) والأصل في هذا أن القاتل إما أن يكون واحداً أو اثنين، فإن كان واحداً فإما أن قتلها معاً أو متعاقبا؛ فإن كان الأول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة، فإن لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر، وإن كانت فكل واحد منهما تجب ديته في حال وقيمته في حال، ويقسم ذلك باعتبار الأحوال، وهذا إذا استوت القيمتان. وأما إذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حرّ لأننا نتيقن أنه قتل عبداً وحرّاً وقتل الحر يوجب الدية، وليس أحدهما أولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما، ونصف دية كل واحد منهما وإن كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الأول، فكان على القاتل قيمة الأول للمولى ودية الثاني للورثة، وإن كان القاتل اثنين فإما أن قتل معاً أو متعاقبا، فإن كان الأول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لأن كل واحد من القاتلين إنما قتل أحدهما بعينه، والعتق في حق العين كأنه غير نازل وإنما هو نازل في المنكر، ولا يتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة، ولم يبين في المبسوط أن ذلك للمولى أو لورثتها. وقيل هذا والأول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة، فإن العتق في حق المولى ثابت في أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين، وإن لم يدر

صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الأطراف بقبلي مملوكاً في حقها. قال: (ومن فقاً عيني عيد، فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه، ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة، وقالوا: إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعي: يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لأنه يجعل الضمان مقابلاً بالفئات بقبلي 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 قصراً عليه. وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة، بخلاف ما إذا فقاً عيني حرّ لأنه ليس فيه معنى المالية، وبخلاف عيني المدبر لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، وفي قطع

على المعنى المذكور أن المالية معتبرة في حق ذات العبد وأطرافه جميعاً عند أئمتنا فبينهما تدافع لا يخفى. ثم إن صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور قال في تقرير المعنى المذكور: ونحن نقول إن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف، لأن اعتبارها في حق الذات: أي في جميع البدن وحده مقتصر على ساقط بالإجماع، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف اهـ. أقول: فيه خلل زائد. أما أولاً فلأنه فسر الذات بجميع البدن، وليس بصحيح لأن جميع البدن من الأطراف. قال في الصحاح: بدن الإنسان جسده، وقوله تعالى: ﴿فاليوم ننجيك بيدنك﴾ يونس (٩٢) قالوا: بجسد لا روح فيها اهـ. وإنما المراد بالذات ما يقابل الأطراف وهو النفس وإتلافها بإزالة الروح. وأما ثانياً فلأنه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف، وليس بسديد لأن إيجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الأطراف لجواز أن يكون إيجابه إياه للأدمية كما في الحرّ تدبر. وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف هنا: يعني أن اعتبار المالية في الأطراف لا في الذات لأنها تسلك مسلك الأموال ولهذا لا يتحملها العاقلة، وفسر الذات في قول المصنف المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال: أي في العبد. وقال في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه: يعني أن سقوط اعتبار المالية مقتصر على النفس لا في الأطراف، ووجوب الضمان بدل الأدمية لا بدل المالية، ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فتكون المالية في العبد باعتبار الأطراف اهـ. أقول: هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف في تحليل المسألة المارة في صدر الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وإن كان في استفادته من عبارة المصنف ها هنا محل كثير كما ترى، لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من قبل أبي يوسف، وكلامه هنا مسوق لإقامة الحجة على

أيهما قتل أولاً فالحكم كذلك، وإن كان الثاني فعلى القاتل الأول قيمته لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته، لأن العتق تعين فيه، وقد ظهر لك من هذا أن ما ذكره المصنف رحمه الله فيما إذا كان قتلها معاً سواء كان القاتل واحداً أو اثنين. وقوله: (ولأن القياس) معطوف على أن في قوله والفرق أن البيان إنشاء، ووجهه أن القياس (بأي ثبوت العتق في المجهول) لأنه لا يفيد فائدة العتق من أهلية الولاية للقاضي والشهادة، وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع (وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم) بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه (فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس) لأنها محل العتق (دون الأطراف) لأنه إن حلها حل تبعاً فيبقى العبد مملوكاً في حق الأطراف على أصل القياس. قال: (ومن فقاً عيني مملوك) هذه المسألة تسمى مسألة الجثة العمياء وصورته ظاهرة، ودليل الشافعي رحمه الله كذلك، وقاس على ما إذا قطع يدي حر أو مدبر، وعلى ما إذا قطع إحدى يديه وفقاً إحدى عينيه. ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف، لأن اعتبارها في حق الذات: أي جميع البدن وحده مقتصر على ساقط

قوله: (فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف) أقول: فيه بحث.

إحدى اليدين وفتق إحدى العينين لم يوجد 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 ضمنه النقصان. وله 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 فوفرننا على الشبهين حظهما من الحكم.

الشافعي من قبل أئمتنا جميعاً ولهذا قال: ونحن نقول: فلا بد أن يطابق لأصلهم جميعاً وقد فات ذلك. وبالجمله إن كلام المصنف رحمه الله هنا ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن، ولعل صاحب الكافي تظن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف هنا وسلك مسلكاً آخر في التقرير والبيان مع كون عادته أن يقتضي أثر المصنف في وضع المسائل وتقرير الدلائل قوله: (وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه وفي الأطراف أيضاً) أقول: الظاهر من هذا البيان أن المالية والأدمية معتبرتان معاً في ذات العبد: أي نفسه وأطرافه أيضاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقد مر من المصنف في أول الفصل أن المعتبر في ذات العبد عند أبي حنيفة: ومحمد رحمهما الله هي الأدمية دون المالية، فإنها مهذرة في ذاته عندهما في فصل الجناية، ولهذا لو زادت قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما فكان بين كلاميه في المقامين تدافع، اللهم إلا أن يحمل قوله هنا إن المالية وإن كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالمعنى أن المالية وإن فرضت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه لكنه لا يخلو عن بعد.

بالإجماع، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف، ولأنها أولى باعتبار المالية فيها لأنها يسلك بما مسلك الأموال، وإذا كانت معتبرة في الأطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها كفواتها بفوات الذات، فكان إتلاف الأطراف كإتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة (وقد وجد إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة) فيجب الضمان (والضمان يتقرر بقيمة الكل وأداء قيمة الكل) يقتضي (تملك الجثة دعماً للمضرر 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 وفتق إحدى اليدين وفتق إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة) حتى يصير بمنزلة إتلاف النفس. ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي رحمه الله شرع في الاستدلال لبعض أصحابنا رحمهم الله فقال (ولهما) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي ذكرناه: وهو قوله وقالوا إن شاء أمسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله: (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. وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه وفي الأطراف أيضاً؛ ألا ترى أن عبداً الخ) وهو واضح. وقوله: (ثم من أحكام الأولى) أي الأدمية (أن لا ينقسم على الأجزاء) أي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفاتت من الطرف، بل يكون بإزاء الفاتت لا غير كما في فتق عيني الحر (ولا يتملك الجثة) وقوله: (ومن أحكام الثانية) أي المالية (أن ينقسم) أي موجب الجناية وهو الضمان على الأجزاء والجثة وتملك الجثة كما في تخريق الثوب. (فوفرننا على الشبهين حظهما من الحكم) يعني بالنظر إلى الأدمية ينبغي أن لا يجب الضمان متوزعاً بل بإزاء الفاتت لا غير، وبالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساكه الجثة كما أنه ليس له ذلك في المال، وفيما قال إلغاء لجانب الأدمية حيث جعلناه كالثوب المخروف، وفيما قال الشافعي رحمه الله إلغاء لجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرّ فتق عيناه فوفرننا على الشبهين حظهما وقلنا: إن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته نظراً إلى المالية، وإن شاء أمسكه ولا شيء له نظراً إلى الأدمية، والله أعلم.

قوله: (وفيما قاله الشافعي إلغاء لجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرّ فتق عيناه) أقول: الشافعي اعتبر المالية فيما إذا قتل العبد خطأ، فما باله اعتبرها هنا الأدمية.

فصل في جناية المدبر وأم الولد

قال: (وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها) لما روي عن أبي عبيدة رضي الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه^(١)، ولأنه صار مانعاً عن تسليمه في الجناية بالتدبير أو الاستيلاء من

فصل في جناية المدبر وأم الولد والجناية على كل واحد منهما

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد، ثم ذكر فصل من هو أخط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد، كذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: فيه أن الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق كما صرحوا به، بخلاف المكاتب فإنه على العكس اهـ. أقول: في الجواب عنه من طرف الشراح أن كمال الملك في المدبر وأم الولد بالنسبة إلى المكاتب حيث يملكهما المولى يداً ورقبة، بخلاف المكاتب فإن مولاه يملكه رقبة لا يداً كما عرف في محله لا ينافي أكملية الملك في العبد، فإن مولاه كما يملكه يداً ورقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه، بخلاف المدبر وأم الولد فإن مولاهما لا يملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة وأشباهها لأنهما لا يصلحان ذلك عندنا على ما عرف أيضاً في محله. ولا يخفى أن أكملية الملك في العبد كافية في تقديمه على المدبر وأم الولد في الذكر في باب جناية المملوك والجناية عليه، وقد أفصح عنه عبارة الشراح حيث قالوا: قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد تبصر قوله: (عملاً بالسبهين) قال جمهور الشراح: يعني لما علمنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن نعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع اهـ. أقول: فيه نظر، إذ للخصم أن يقول: قد تحقق العمل بشبه المقارنة في حق تشريك ولي الجناية الثانية لولي الجناية الأولى، إذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولي الجناية الأولى، خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولي الجناية الثانية حقيقة وحكماً،

فصل في جناية المدبر وأم الولد

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد، ثم ذكر فصل من هو أخط رتبة منه في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد، غير أن أم الولد أخط رتبة أيضاً من المدبر في ذلك الاسم حتى أن القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ، بخلاف المدبر وهي أنثى أيضاً فالأنثى والانحطاط في اسم المملوكية أوجبا تأخير ذكرها عن ذكر المدبر. قال: (وإذا جنى المدبر وأم الولد جناية ضمن المولى الخ) جناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلة حالة (لما روي أن أبا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه) وكان أميراً بالشام، وقضاياه تظهر بين الصحابة رضي الله عنهم، وكان حكمه بمحضر من الصحابة ولم ينكره عليه أحد فحل محل الإجماع (ولأنه صار مانعاً من تسليمه) كما ذكره في الكتاب، ويضمن المولى الأقل من قيمته ومن الأرض لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرض ولا منع من المولى في أكثر من القيمة. وقوله: (ولا يغير بين الأقل والأكثر) واضح وقوله: (ويتضاربون بالحصص فيها) أي في القيمة (وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه) قال في النهاية: ومن صورته ما ذكره في المبسوط قال: وإذا قتل المدبر رجلاً خطأ وقيمه ألف درهم ثم زادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم لأنه جنى على الثاني وقيمه ألفان، ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامناً لقيمه ألفين ثم ألف من هذا الولي القاتل الأوسط خاصة، لأن ولي الأول إنما يثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف

فصل في جناية المدبر وأم الولد

قوله: (وهو العبد) أقول: الأولى وهو الفن قوله: (ثم ذكر فصل من هو أخط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد) أقول: فيه أن الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به، بخلاف المكاتب فإنه على العكس.

(١) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/٣٨٩ عن أبي عبيدة بن الجراح.

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 لاختياره الأقل لا محالة، بخلاف القن لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيقيد التخيير بين الدفع والفداء (وجنایات المدبر وإن تواترت لا توجب إلا قيمة واحدة) لأنه لا منع منه إلا في رقة واحدة، ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك، ويتضاربون بالحصص فيها، وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لأن المنع في هذا الوقت يتحقق. قال: (فإن جنى جنایة 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، وإن شاء اتبع المولى وإن شاء اتبع ولي الجناية، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا شيء على المولى) لأنه حين دفع لم تكن الجناية

ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للأولى حكماً علمنا بشبه المقارنة فشرکنا ولي الثانية لولي الأولى كما دل عليه قول المصنف لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى، فإذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج إلى العمل بشبههما مرة أخرى بتضمين بعض المدفوع للمولى. وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام: جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين إذا وقع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني، ولم تجعل كالمقارنة إذا وقع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملاً بشبهي المقارنة والتأخر اه. وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر المعنى الأول ولم يتعرض له بشيء. أقول: فيه خلل، لأن العمل بالشبهين أمر واجب مهما أمكن على ما عرف في موضعه، فلما أمكن العمل بهما في صورة واحدة مما نحن فيه وهي ما إذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل بهما إلى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك

درهم فلا حق له في الألف الثانية فيسلم ذلك لولي القتل الأوسط وخمسائة من الألف الأولى بين ولي القتل الأول وبين الأوسط، لأنه لا حق في هذه الخمسمائة لولي القتل الثالث، وإنما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فنقسم هذه الخمسمائة بين الأوسط والأول يضرب فيها الأول بعشرة آلاف والأوسط بتسعة آلاف لأنه وصل إليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم جميعاً يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف، لأنه ما وصل إليه شيء من حقه ويضرب الأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ لأنه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به، وكذلك الأوسط لا يضرب ما أخذ في المرتين، وإنما يضرب بما بقي من حقه فنقسم الخمسمائة بينهم على ذلك. وقوله: (وإن دفع قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار) أي لولي جنایة الثانية بالخيار (إن شاء اتبع المولى) بنصف قيمته في ذمته ثم يرجع المولى على الأول لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (وإن شاء اتبع ولي الجناية) الأولى وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: (لا شيء على المولى) لأنه ليس بجان في الدفع (لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق إلى مستحقه فصار كما إذا دفع بالقضاء) لأنه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضي لو رفع إليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل واحد من الدافع والقابض جان، أما الدافع وهو المولى فلأنه دفع حق ولي الجناية الثانية طوعاً، وأما القابض وهو ولي الجناية الأولى فيقبض حق ولي الثانية ظلماً، والرجوع على الجاني جائز فيخير في الرجوع وبين ذلك بقوله: (وهذا لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى، ومتأخرة حكماً من حيث أنه يعتبر قيمة يوم الجناية الثانية في حقها، فجعلت الثانية كالمقارنة للأولى في حق التضمين لإبطاله) أي إبطال المولى (ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية) وذلك لأنه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقة بالتدبير السابق، وذلك في حق أولياء الجنائين سواء فيجعل كأن الدفع كان بعد وجود الجنائين جميعاً، وهناك لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للأخر الخيار فكذلك ها هنا. وقوله: (عملاً بالشبهين) يعني لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع، وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين إذا دفع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني،

الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما إذا دفع بالقضاء . ولأبي حنيفة أن المولى جان يدفع حق وليّ الجناية الثانية طوعاً، ووليّ الأولى ضامن بقيض حقه ظلماً فيتخير، وهذا لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى، ومتأخرة حكماً من حيث أنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لإبطاله ما تعلق به من حق وليّ الثانية عملاً بالشبهين . (وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنابات لم تلزمه إلا قيمة واحدة) لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع فصار وجود الإعتراف من بعد وعدمه بمنزلة (وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا) لأن الاستيلاء مانع من الدفع كالتدبير (وإذا أقر المدبر بجنابة الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق) لأن موجب جنابة الخطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد، والله أعلم .

القائل، وإنما كان يصح ذلك لو لم يتصور العمل بهما في صورة واحدة، بل كان اعتباره موقوفاً على مجموع الصورتين وليس فليس، ثم إنه يرد عليه أيضاً أن يقال: ينحقق العمل بالشبهين بأن تجعل الثانية كالمقارنة للأولى في حق تشريك وليّ الثانية لوليّ الأولى، وأن تجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجنابة فلم يقتض العلم بهما ما هو المطلوب هنا كما لا يخفى .

ولم تجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملاً بشبهي المقارنة والتأخر . وقوله: (وإذا أعتق المولى المدبر الخ) واضح .

قوله: (وجب أن يعمل بشبه المقارنة) أقول: قد عمل به في حق تشريكه لولي الجناية الأولى، ثم الأولى بتدليل النصف بالبعض .

باب غضب العبد والمدبر والصبي والجنانية 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 الغاصب لا شيء عليه) والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفة سماوية فتجب قيمته أقطع، ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى

باب غضب العبد والمدبر والصبي والجنانية في ذلك

قال في النهاية: لما ذكر حكم المدبر في الجنانية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به اهـ. واقتضى أثره صاحب العناية. أقول: فيه قصور وفتور. أما أولاً فلأن وجه ذكر غضب العبد في هذا الباب كان ضائعاً على هذا التوجيه. وأما ثانياً فلأن ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجنانية عليه أو الجنانية منه فكان من حكم المدبر في الجنانية، فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر في الجنانية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه. وأما ثالثاً فلأن الصبي ليس بملحق بالمدبر في حكمه المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب. نعم يجوز أن يعدّ ملحقاً بالمدبر بل بالعبد في كونه محجوراً عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر، ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به. وقال في معراج الدرية: لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجنانية شرع في بيان ما يرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما اهـ. أقول: وقع فيه تدارك دفع المحذور الأول من المحذورات الواردة على تقرير صاحبي النهاية والعناية، ولكن بقي المحذوران الأخيران منها واردين عليه أيضاً كما نرى وقال في غاية البيان: لما ذكر جنابة العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنابتهما مع غضبهما لأن المفرد قبل المركب ثم جرّ كلامه إلى بيان حكم غضب الصبي اهـ وتبعه العيني. أقول: هذا أشبه الوجوه المذكورة وإن أمكن التقرير بأحسن منه تدبر قوله: (والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفة سماوية الخ) واعترض الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد أن نقله عن بعض المشايخ، ثم علل المسألة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك: إلا أن هذا يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا، لأن السراية إنما تقطع به باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب، وأما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جناباته، إلا أنه إنما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لأن السراية وإن لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانهقد سبب الضمان فلا

باب غضب العبد والمدبر والصبي والجنانية في ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجنانية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه، وذكر حكم من يلحق به. قال: (ومن قطع يد عبده ثم غضبه رجل) ذكر في هذه المسألة أن غضب العبد بعد أن قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها، وفرق بينهما (بأن الغصب سبب الملك كالبيع، فيصير كأنه هلك بأفة سماوية فيجب قيمته أقطع، ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً) وكيف لا يكون مسترداً (وأنه استولى عليه وهو استرداد فييرا الغاصب عن الضمان) واعترض الإمام قاضيخان بأن هذا يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل

باب غضب العبد والمدبر والصبي والجنانية في ذلك

قوله: (ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني، فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً) أقول: هذا الفرق مشكل لأن السراية إنما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب الملك وصفاً والغاصب لا يملك إلا بأداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل، ولم يوجد تحققه لأن معنى قولهم يقطع السراية أن ما

البدية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً، كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبراً الغاصب عن الضمان. قال: (وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن) لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله. قال: (ومن غصب مديراً فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للقاء فيصير مطلقاً حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزداد على قيمتها، ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب. قال: (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لأنه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب.

يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب، ولم يرتفع لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله، ويد الغاصب ثابتة على المغضوب حقيقة وحكماً، ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكماً لا حقيقة لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فتقرر عليه الضمان، بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لأن الغصب يرتفع بها، إلى هنا كلام قاضيخان. وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء. وأما صاحب العناية فبعد أن نقل ما قاله قاضيخان أورد على ما اختاره من التعليل نظراً حيث قال: وفيه نظر، لأننا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً، فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكيمتان بكاملهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدواناً لا تصلح معارضاً ولا مرجحاً انتهى. أقول: نظره ساقط، إذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكماً، فإن معنى ثبوت اليد على الشيء

على الغاصب بقضاء أو رضا، لأن السراية إنما تنقطع به باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب أما قبله فلا. قال: نص عليه في آخر رهن الجامع الثاني من جنائياته، إلا أنه إنما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لأن السراية وإن لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانهقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب ولم يرتفع، لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله، ويد الغاصب ثابتة على المغضوب حقيقة وحكماً، ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكماً لا حقيقة، لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فتقرر عليه الضمان، وفيه نظر لأننا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً، فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً، ولا تثبت على الشيء الواحد يدان حكيمتان بكاملهما، واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدواناً لا يصلح معارضاً ولا مرجحاً. وقوله: (وإذا غصب العبد المحجور عليه) واضح. وقوله: (مؤاخذ بأفعاله) يعني في حال رقه، وأما في أقواله: فإن كان فيما يوجب الحدود والقصاص وكذلك، وإن كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه، وإنما يؤاخذ به بعد الحرية. وقوله: (ومن غصب مديراً) واضح. وقوله: (من غير أن يصير مختاراً للقاء) لأن المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدير في المستقبل فصار هذا بمنزلة إعتاق العبد الجاني من غير علم بجنائه فإن فيه الأقل من قيمته ومن الأرض فكذا هذا. وقوله: (فيصير) ظاهر. وقوله: (فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب) أي بسبب كان عند الغاصب كما إذا غصب عبداً فجنى في يده فرده إلى المولى فجنى جناية فدفع إلى وليي الجنايتين كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته، كذا هذا وقوله: (ويدفعه) أي النصف المأخوذ من الغاصب (إلى وليي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك) أي المدفوع إلى وليي الجناية (على الغاصب، وهذا) أي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) وقال محمد رحمه الله: يرجع بنصف قيمته فيسلم له، أي لا يدفعه إلى وليي الجناية الأولى (لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لوليي الجناية الأولى فلا يدفعه إليه لئلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك

حصل من التلف بالسراية يكون هدراً، إلا أن ينسب ذلك إلى غير الجاني، كذا في شرح الزيلعي، وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ما هو المعروف، بل أن لا يجعل الهلاك مضافاً إلى قطع المولى فيبراً الغاصب عن الضمان فإنه يجعل في حق الغاصب كأنه مات بأفة سماوية فيضمن فليتأمل قوله: (لأن السراية إنما تنقطع به) أقول: ضمير به راجع إلى الغصب قوله: (ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكيمتان) أقول: قال عليه الصلاة والسلام «على اليد ما أخذت حتى ترد».

قال: (ويدفعه إلى وليّ 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 الوليّ الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، وكيلا يتكرّر 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 المولى بما أخذه على الغاصب لأنه

حكماً أن يترتب على تلك اليد حكم من الأحكام، وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالإجماع. وأما سند منعه فليس بتام أيضاً إذ لا محذور في أن يثبت على الشيء الواحد يدان حكمتان بكما لهما من جهتين مختلفين وها هنا كذلك، فإن ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكماً باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده، وثبوت يد الغاصب عليه حكماً باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان. قوله: (وقال محمد رحمه الله: يرجع بنصف قيمته فيسلم له، لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لوليّ الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد) قال تاج الشريعة جواباً عنه من قبل الإمامين: وهما يقولان ليس هذا عوض ما أخذه وليّ الجناية الأولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، بل هو عوض ما أخذه وليّ الجناية الثانية فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد. فيه نظر، لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن يكون عوض ما أخذه وليّ الجناية الثانية والجناية الثانية في مسألتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب، فأني يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضاً عما دفعه إلى وليّ الجناية التي صدرت من مديره حال كونه في يده، والعهد في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كما لا ريب فيه. وعن هذا فرّق محمد بين هذه المسألة وبين المسألة الآتية التي هي عكس هذه المسألة حيث وافق الإمامين هناك كما ستطلع عليه. وقال صاحب العناية: والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه إلى وليّ الجناية الأولى عوضاً عما أخذه وليّ الجناية الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اهـ. أقول: هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة، إلا أن في تقريره مسأغ التخلص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع إلى وليّ الجناية الأولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم. ثم إن الأظهر في الجواب عما قاله محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية إلى الإمام

رجل واحد ولثلا يتكرّر الاستحقاق) والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه إلى وليّ الجناية الأولى عوضاً عما أخذه وليّ الجناية الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد (ولهما أن حق الأول في جميع القيمة، لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد، وإنما انتقص حقه بمزاحمة الثاني، فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً أخذه إتماماً لحقه، وإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب) واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى فكيف يكون حق الأول في جميع القيمة. والجواب أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمين لا غير، والأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع. وقال: (وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل) هذه المسألة عكس المسألة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق، والفرق لمحمد رحمه الله بينهما وبين المسألة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب إلى وليّ الجناية الأولى لم يؤدّ إلى الجمع بين البدل، لأنه لما كانت الجناية الأولى عند المولى كان ما أخذه المولى من الغاصب بدلاً عما دفع إلى وليّ الجناية الثانية دون الأولى، لأن الثانية هي الموجودة عند الغاصب، وإذا لم يكن بدلاً عما دفع إليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل. وقوله: (ثم وضع) يعني أن محمداً رحمه الله وضع في الجامع الصغير هذه المسألة في العبد بعد ما وضعها في المدبر وكلامه فيه واضح. وقوله: (ومن غصب مديراً فجنى عنده جناية) كذلك. وقوله: (ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف) يعني قال بعض المشايخ رحمهم الله: في هذه المسألة خلاف محمد رحمه الله أيضاً كما في مسألة الأولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب، ولا يأخذ وليّ الجناية الأولى ما بقي من حقه، وقيل على

استحق من يده بسبب: كان في يد الغاصب. قال: (وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا في الفصل الأول، غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية 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 ولي الجنائيتين 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 في جميع ما ذكرنا، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الأول يدفع القيمة. قال: (ومن غصب 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 الجنائيتين كانتا في يد الغاصب (فيدفع نصفها إلى الأول) لأنه استحق كل القيمة، لأن عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره، وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد. قال: (ويرجع به على الغاصب) لأن الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له، ولا

قاضيخان حيث قال: وجوابه ما قال فخر الدين قاضيخان أن ما أخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع إلى ولي الجناية الأولى من العبد فيما بين المولى والغاصب. وأما في حق ولي الجناية الأولى فلا يعتبر بدلاً عن العبد بل يعتبر بدلاً عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلاً عن عين في حق إنسان، ويكون بدلاً عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني إذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون المأخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا ما هنا اهـ. قوله: (ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني الخ) قال في العناية: واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى حكماً فكيف يكون حق الأول في جميع القيمة، والجواب أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمين لا غير، والأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع اهـ. أقول: في الجواب بحث، لأننا لا نسلم أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمين لا غير بل جعلت حكماً أيضاً في حق مشاركة ولي

الاتفاق، ويأخذ ولي الجناية الأولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى إذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح، لأن محمداً رحمه الله ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير بلا خلاف، وكذا قرره فخر الإسلام رحمه الله وغيره في شروح الجامع الصغير، فعلى هذا يحتاج محمد رحمه الله إلى الفرق بين هاتين المسألتين وقد ذكره في الكتاب، لكن قوله: (فأما في هذه المسألة فيمكن الخ) فيه نظر، فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه. وقوله: (ومن غصب صبياً حراً) أي ذهب به بغير إذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة، وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته، وكلامه ظاهر خلا أنه يرد على وجه الاستحسان ما إذا غصب مكاتباً ونقله إلى هذه الأماكن وهلك فإنه لا ضمان والتعدي في التسبب فيه موجود. وأجيب بأن المكاتب في يد نفسه وإن كان صغيراً فإنه ليس لأحد ولاية تزويجه فكان كالحر الكبير، والحز الكبير في يد نفسه، فكذا المكاتب وإن كان صغيراً. فإن قيل ما حكم الحر الكبير إذا نقل إلى هذه الأماكن تعدياً فأصابه شيء من ذلك؟ أجيب بأن حكمه أن ينظر إن كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لأن المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب، وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافاً إلى تقصيره لا إلى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه. قال: (وإن أودع صبياً عبداً قتله) كلامه ظاهر. وذكر في شرح الطحاوي: (ومن أودع عند صبي مالا فهلك في يده لا

يدفعه إلى وليّ الجنابة الأولى، ولا إلى وليّ الجنابة الثانية لأنه لا حق إلا في النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه. ثم قيل: هذه المسألة على الاختلاف كالأولى، وقيل على الاتفاق. والفرق لمحمد أن في الأولى الذي يرجع به عوض عما سلم لوليّ الجنابة الأولى لأن الجنابة الثانية كانت في يد المالك، فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الاستحقاق، فأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجنابة الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه. قال: (ومن غضب صبيّاً حرّاً فمات في يده فجأة أو بحمي فليس عليه شيء، وإن مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الودية) وهذا استحسان، والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي، لأن الغضب في الحر لا يتحقق؛ ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر يداً، فإذا كان الصغير حرّاً رقة ويبدأ أولى. وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغضب ولكن يضمن بالإتلاف، وهذا إتلاف تسيبياً لأنه نقله إلى

الجنابة الثانية لوليّ الجنابة الأولى اهـ. فإذا جعلت المقارنة حكماً في حق مشاركة وليّ الجنابة الثانية أيضاً كان وليّ الجنابة الثانية مزاحماً لوليّ الجنابة الأولى في استحقاقه جميع القيمة، فكيف يأخذ وليّ الجنابة الأولى وحده كل القيمة مع مزاحمة وليّ الثانية له في استحقاقه إياه، وإن كان الاعتبار لتقدم الأولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي أن لا يستحق وليّ الثانية شيئاً من قيمة المدبر، وليس الأمر كذلك بالإجماع فليتأمل في الجواب الشافعي قوله: (ولا إلى وليّ الجنابة الثانية لأنه لا حق له إلا في النصف لسبق حق الأول) أقول: لقاتل أن يقول: إن كان حق وليّ الجنابة الثانية يتعلق رأساً بنصف القيمة لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لأنه لا حق له إلا في النصف ينبغي أن لا تكون التي وجبت على المولى بين وليّ الجنابتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسألة، بل ينبغي أن يكون بينهما أثلاثاً: ثلثا لوليّ الجنابة الأولى، وثلث لوليّ الجنابة الثانية لأن حق وليّ الجنابة الأولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف فيما قبل حيث قال: لأنه استحق كل القيمة، وعلى تقدير أن يتعلق حق وليّ الجنابة الثانية بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق وليّ الجنابة الأولى فينبغي أن يتضاربا في القسمة بقدر حقيهما فيها، إذ قد مر في الفصل السابق أن جنابات المدبر إذا توالى لا توجب إلا قيمة واحدة لأنه لا منع من المولى إلا في رقة واحدة، وأولياء الجنابات يتضاربون بالحصص فيها وإن كان حق وليّ الجنابة الثانية يتعلق أيضاً بكل القيمة، ولكن يسقط نصفها بالتزاحم فيكون حقه الباقي له نصفها، وكان هذا هو المراد بقول المصنف لا حق له إلا في النصف ينبغي أن يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب ثانياً إلى وليّ الجنابة الثانية، لأن حقه كان في كل القيمة كون الجنابة الأولى، إلا أنه سقط نصفها بالتزاحم، فلما اندفع التزاحم بوصول حق وليّ الجنابة الأولى إليه بتمامه كان ينبغي أن يعود حق وليّ الجنابة الثانية في النصف الساقط بالتزاحم إليه كحق وليّ الجنابة الأولى. ثم أقول: يمكن

ضمان عليه بالإجماع، وإن استهلكه الصبي فإنه ينظر إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة يضمن بالإجماع، وإن كان محجوراً عليه ولكنه قبل الوديعة بأمر وليه ضمن بالإجماع، وإن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا في الحال ولا بعد الإدراك. وقال أبو يوسف رحمه الله: يضمن في الحال، وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تفسير حسن. وقوله: (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) يساعده فيه فخر الإسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا. وأما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الإسلام وقاضيخان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها: هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلاً، وإن لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعاً. وقوله: (وكما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع) يعني أنه يضمن المتلف، ولو كان

قوله: (قيل وهذا هو الصحيح) أقول: القائل هو الإتقاني قوله: (فيه نظر فإن الجنابة الثانية النخ) أقول: فيه نظر، فإن لما أخذ وليّ الجنابة الأولى ما يرجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضاً عما سلم لوليّ الثانية لوجدانه شيئاً فارغاً من بدل العقل في يد المالك رجع المولى ثانياً على الغاصب، لأن الاستحقاق كان بسبب كان في يده، ولا يلزم في ذلك أن يبقى لوليّ الثانية استحقاق كما لا يخفى فتأمل.

أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق، وهذا لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان، فإذا نقله إليه فهو متعدّ فيه وقد أزال حفظ الولي فيضاف إليه، لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدّياً كالحضر 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 قتلًا تسيبياً. قال: (وإذا أودع صبيّ عبداً فقتله فعلى عاقلته الدية، وإن أودع طعاماً فأكله لم يضمن) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي: يضمن في الوجهين جميعاً، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالاً فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد، ويؤاخذ به بعد العتق. وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال. وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة في العبد والصبي. وقال محمد في أصل الجامع الصغير: صبيّ قد عقل، وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبيّ ابن اثنتي عشرة سنة، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما أنه أتلف مالاً متقوماً معصوماً حقاً لمالكة فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً وكما إذا أتلفه غير الصبيّ في يد الصبيّ المودع. ولأبي حنيفة ومحمد أنه أتلف مالاً غير معصوم فلا يجب الضمان كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه، وهذا لأن العصمة تثبت حقاً له وقد فوّتها على نفسه حيث وضع المال في يد مائة فلا يبقى مستحقاً للنظر

أن يجاب بأن يختار الشق الثاني، ويقال في الفرق بين وليي الجنائيتين إن حق الأول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها بتزاحم الثاني من بعد ذلك ولكن لا يسقط بالكلية وحق الثاني أيضاً يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها بالكلية بتزاحم الأول، وذلك لأنه لا حق لغير الأول عند وجود الجنابة الأولى، فانعقدت سبباً موجباً لاستحقاق كل القيمة، وانتقاص حقه إنما كان يعارض حدوث المزاحمة بعد ذلك، بخلاف الجنابة الثانية فإنها وجدت والمزاحم مقارن فلم تعتقد سبباً موجباً لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم، ومزّ في مواضع شتى من الكتاب، هذا غاية ما تيسر من الكلام توجيهه في المقام قوله: (فأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجنابة الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه) قال صاحب العناية: فيه نظر، فإن الجنابة الثانية وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه اهـ. أقول هذا النظر ناشيء من غلط في استخراج مراد المصنف رحمه الله، فإن الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضاً عن الجنابة الثانية في قوله يمكن أن يجعل

التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع لثبت في حق غيره أيضاً لأن المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه، ومعنى التسليط تحويل يده في المال إليه. وقوله: (في يد مائة) أي من الإيداع والإعارة: يعني أن المودع وضع المال في يد مائة عن الإيداع، ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لأنه أوقع ماله في يد تمنع يد غيره عليه باختياره، إلا إذا كان وضعه فيها بإقامة غيره مقام نفسه في الحفظ، ولم توجد الإقامة لأنه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعاً من جهته. وقوله: (لأنه لا ولاية له على الصبي) فيه نظر، لأن إقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه، وإلا لانسد باب الوديعة. ويمكن أن يقال: إنما قال ذلك جواباً عما يقال: لو كان الإيداع من الصبي تسليطاً له على الإتلاف لضمن الأب مال الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظها، لأن التسليم إليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع، ومع ذلك لا ضمان عليه فكأنه قال: إقامة غيره مقام نفسه تستلزم إما ولاية المقيم على من أقامه مقامه كما في هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور الودائع، ولم يوجد شيء من ذلك في إيداع الصبي الأجنبي. وقوله: (لأن عصمته لحقه) أي لحق العبد يعني لا باعتبار أن المالك يعصمه لأن عصمة المالك إنما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط، وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك، فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيراً أو كبيراً، بخلاف سائر الأموال فإن للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط. ونوقض بما إذا أودع الصبي شاة فخنقها فإنه لا

إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ، ولا إقامة ما هنا لأنه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ولا للصبي على نفسه، بخلاف البالغ والمأذون له لأن لهما ولاية على أنفسهما وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً لأن عصمته لحقه إذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم، وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في الصبي لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره. قال: (وإن استهلك مالاً ضمن) يريد به من غير إيداع لأن الصبي يؤاخذ بأفعاله، وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد، والله أعلم بالصواب.

عوضاً عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانياً فبنى نظره المزبور عليه، ولا شك أن مراد المصنف بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب أول مرة، وهو النصف الذي كان حقاً لولي الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب أول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا اتجاه أصلاً لما قال، وماذا بعد الحق إلا الضلال.

يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط. والجواب أن كلامنا فيما لا يملك إتلافه من حيث كونه أجنبياً والشاة ليست كذلك، وإنما، لم يملك خنقها من حيث أنه تضييع فكان كالتسبيب. وقوله: (لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره) يعني أن المالك بالإيداع عند الصبي إنما اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان، والله تعالى أعلم.

قوله: (ولو كان التسليط) أقول: أي ثبت قوله: (فيه نظر، لأن إقامة غيره مقام نفسه الخ) أقول: في تمشية النظر تأمل.

باب القسامة

قال: (وإذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلّف خمسون رجلاً منهم، يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً) وقال الشافعي: إذا كان هناك لوث استحلّف الأولياء خمسين يميناً ويقضي لهم بالدية على

باب القسامة

لما كان أمر القتيل يؤول إلى القسامة فيما إذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة آخر الدييات. ثم إن القسامة في اللغة: اسم وضع موضع الإقسام، كذا في عامة الشروح أخذاً من المغرب. وقال في معراج الدراية: القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الإقسام انتهى. أقول: لا يرى وجه صحة لكون القسامة مصدر أقسم كما لا يخفى على من له دربة بعلم الأدب، وأما في الشريعة فهي إيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر جراحة يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلاً كذا في العناية. أقول: فيه قصور، فإنه يخرج منه ما إذا وجد القتيل لا في محلة ولا في دار بل في موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع أنه يجب في هذه الصورة أيضاً قسامة شرعية كما صرحوا به ويجيء في الكتاب، ولا يقال: إنه بنى الكلام على ما هو الأكثر وقوعاً، لأن المقام مقام تعريف لمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من أن يكون جامعاً ومانعاً كما لا يخفى. فالأولى أن يزداد عليه قيود ويقال: هي في الشريعة إيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه إذا وجد في شيء منها قتيل به أثر لا يعلم من قتله يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً. وقال في النهاية: وأما تفسيرها شرعاً فما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال: في القتيل يوجد في المحلة أو دار رجل في المصر إن كان به جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلاً من أهل المحلة كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً انتهى. أقول: فيه سماجة لا تخفى، فإن ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة على ما ذكر في النهاية إنما هو مسألة القسامة لا تفسير القسامة شرعاً، فإن التفسير من قبيل التصورات، وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى، نعم يمكن أن يؤخذ منه تفسير القسامة شرعاً بتدقيق النظر، لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعاً في أول الباب تعسف خارج عن سنن الصواب. ثم قال في النهاية: وأما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلاً بالغاً عاقلاً حراً، فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد، وأن يكون في الميت الموجود أثر القتل، وأما لو وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا

باب القسامة

لما كان أمر القتيل في بعض الأحوال يؤول إلى القسامة ذكرها في آخر الدييات في باب على حدة. وهي في اللغة: اسم وضع موضع الأقسام. وفي الشرع إيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر، يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً. وسببها وجود القتيل فيما ذكرنا، وركنها إجراء اليمين المذكورة على لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحرية وجود أثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين. وحكمها القضاء بوجود الدية: إن حلفوا والحبس إلى الحلف إن أبوا إن ادعى الولي العمد، وبالدية عند النكول إن ادعى الخطأ. ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الإهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الأحاديث المذكورة على ما سيأتي. وقوله: (يتخيرهم الولي) أي يختار من القوم من يحلفهم. وقوله: (بالله ما قتلناه) على طريق الحكاية عن الجميع، وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته

باب القسامة

قوله: (وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحرية) أقول: وذكرته، ويجوز أن يقال: أشار إليه بلفظ المقسم وفيه شيء. والأصوب أن يقال: المرأة من أهل القسامة في الجملة؛ ألا يرى إذا وجد قتل في قرية لامرأة، فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها كما يجيء في آخر الباب قوله: (وإن لم يكن الظاهر شاهداً الخ) أقول: الظاهر أن يقول: وإن لم يكن ثمة لوث فإن النكرة إذا أعيدت معرفة تكون عين الأول، لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لا يخفى.

المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأ. وقال مالك: يقضي بالقرود إذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي، والموت عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعى 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 للشافعي في البداء بيمين الولي قوله

دية. ومن شروطها أيضاً تكميل اليمين بالخمسين انتهى. وفي غاية البيان أيضاً كذلك. أقول: فيه كلام. أما أولاً فلأن شروطها غير منحصرة بما ذكر، فإن منها أيضاً أن لا يعلم قاتله، فإن علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص أو الدية كما تقدم. ومنها أن يكون القتل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها. ومنها الدعوى من أولياء القتل لأن القسمة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى. ومنها إنكار المدعى عليه لأن اليمين وظيفة المنكر. ومنها المطالبة بالقسامة، لأن اليمين حق المدعى وحق الإنسان يوفى عند طلبه كما في سائر الأيمان. ومنها أن يشكون الموضع الذي وجد فيه القتل ملكاً لأحد أو في يد أحد فإن لم يكن ملكاً لأحد ولا في يد أحد أصلاً فلا قسامة فيه ولا دية. ومنها أن لا يكون القتل ملكاً لصاحب الملك الذي وجد فيه، فلا قسامة ولا دية في قن أو مدبر أو ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلاً في دار مولاه. نص في البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل، فما وجه ذكر بعض الشروط وترك غيرها. وأما ثانياً فلأنه إذا وجد قتل في دار مكاتب فعليه القسامة، وإذا حلف يجب عليه الأقل من قيمته ومن الدية، نص عليه في البدائع، وقال: ذكره القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي، فما معنى جعل كون المقسم حراً من شروطها، اللهم إلا أن يقال: المكاتب حرّ يبدأ وإن لم يكن حراً رقة كما صرحوا به ومز في الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة فجاز اشتراط الحرية في القسامة مطلقاً بناء على ذلك، لكن لا يخفى ما فيه. وقال في العناية: وشروطها بلوغ المقسم وعقله وحرية ووجود أثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين انتهى. أقول: فيه شيء من الإخلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة في المقسم مع كونها شرطاً أيضاً. ثم أقول: في إمكان توجيه ذلك احتمالان: أحدهما أنه اكتفى في إفادة ذلك الشرط أيضاً بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم، وتذكير الضمير في قوله وعقله وحرية، وإن كان تغليب المذكر على المؤنث شائعاً في أحكام الشرع. وثانيهما أنه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسامة على المرأة في مسألة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهي ما سيجيء في آخر هذا الباب من أنه لو وجد قتل في قرية لامرأة؛ فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها. وقال أبو يوسف: القسامة على العاقلة أيضاً فكانت المرأة أهلاً للقسامة في

ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز أنه باشر القتل بنفسه فيجترى على اليمين بالله ما قتلنا. وقوله: (وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه) أي مذهب الشافعي رحمه الله (كمذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين) وقوله: (ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) يعني كما في سائر الدعاوى، فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته، فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة له، وبقية كلامه واضح. وقوله: (لأنه يمين وليس بشهادة) يحترز عن اللعان حيث لا يجري اللعان بينهما لما أن اللعان شهادة والأعمى والمحدود في القذف ليسا من أهل أدائها. وقوله: (وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة) أي على عاقلة أهل المحلة (بالدية) في ثلاث سنين. وقوله: (تبرئكم اليهود بأيمانها) قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحبيصة خرجوا في التجارة إلى خيبر وتفرقوا لحوائجهم، فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلاً في قلب من خيبر يتشحط في دمه، فجاءوا إلى رسول الله ﷺ ليخبروه، فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتل أن يتكلم، فقال ﷺ: الكبير الكبير، فتكلم أحد عميه حويصة أو محبيصة وهو الأكبر منهما وأخبره بذلك، قال: ومن قتله؟ قالوا: ومن يقتله سوى اليهود؟ قال عليه الصلاة والسلام: تبرئكم اليهود بأيمانها، فقالوا: لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه، فقال عليه

عليه الصلاة والسلام للأولياء «فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه»^(١) ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ يمينه ورثة اليمين على المدعي أصل له كما في النكول، غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فهذا وجبت الذية. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكرك» وفي رواية «على المدعى عليه»^(٢) وروى سعيد بن المسيب «أن

الجملة عندهما قوله: (وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه مثل مذهبنا) أقول: في تحرير المصنف هنا قصور بل اختلال: أما أولاً فلأن مذهب الخصم مثل مذهبنا إذا لم يكن هناك لوث: أي قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي سواء كان ذلك اللوث من قبل علامة القتل على واحد بعينه كالدلم، أو من قبل ظاهر يشهد للمدعي كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وإن لم يكن الظاهر شاهداً له بعد عطف قوله أو ظاهر يشهد للمدعي فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه، فحق العبارة أن يقال: وإن لم يكن هناك لوث. وأما ثانياً فلأن إيراد الضمير المفرد في قوله فمذهبه بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي ومالك وإن قال اللوث عندهما الخ من قبيل الإغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أي منهما، وعن هذا حمله بعض الشراح على الشافعي وبعضهم على مالك فحق المقام الإظهار دون الإضمار كما لا يخفى قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعى، واليمين على من أنكرك» وفي رواية «على المدعى عليه»^(٣)) أقول: لقائل أن يقول: إن قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على المدعى عليه»^(٤) إن أفاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به في علم الأدب من أن المعروف بلام الجنس إذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو «الكرم التقوى والتوكل على الله» والأئمة من قريش» وقد أشار إليه المصنف في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدل فيه على أن لا

الصلاة والسلام: أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم؟ فقالوا: كيف نحلف عن أمر لم نعين ولم نشاهد فكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه، فوداه بمائة من إبل الصدقة واستدل الشافعي رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام «تبرئكم اليهود بأيمانها» على أنه لا دية بعد وإلا لما كان ثمة براءة. ووداعة قبيلة من همدان. وقوله: (يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب) أي في كتاب القدوري، أشار به إلى ما ذكره بقوله: وإذا وجد القتل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم الخ (وهكذا الجواب في المبسوط) يعني أوجب القسامة والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه. وقوله: (على اختلاف مضي في كتاب الدعوى) بين أبي حنيفة وصاحبه حيث قال: ومن ادعى قصاصاً على غيره فجدد استحلف بالإجماع الخ. قال: (وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين) وافى إليه: أي أتى إليه، وأهل اللغة يقولون وافاه. ولم يذكر الأنف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر الفم مطلقاً، وقد قيل: إذا صعد من جوفه إلى فيه، وأما إذا نزل من رأسه إلى فيه فليس يصلح دليلاً على القتل، ذكره فخر الإسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر. وقوله: (ولأننا لو اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان) وفي بعض النسخ يتكرر ذلك، لأنه إذا وجب بالأقل وجب بالأكثر إذا وجد، وكذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فتتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة، وذلك لا يجوز. فإن قيل: ينبغي أن تجب القسامة إذا وجد الرأس لأنه يعبر به عن جميع البدن، أوجب بأن ذلك بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة، ولأن لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الأولى فلزم التكرار. وقيل كان ينبغي أن يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لأن غرضه ثبوت القسامة مكرراً وثبوت الدية مكرراً.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦١٤٢، ٦١٤٣، ١٦٦٩ وأبو داود ٤٥٢٠ والترمذي ١٤٢٢ والنسائي ٧/٨، ٨ وابن ماجه ٢٦٧٧ والدارمي ٢/١٧٨، ١٧٩ والطحطاوي ٣/١٩٧ والدارقطني ٣/١٠٨، ١٠٩ وابن الجارود ٧٩٨ وابن حبان ٦٠٠٩ والبيهقي ٨/١٢٠ والشافعي ٢/١١٣، ١١٤ وأحمد ٤/١٤٢، ٣ كلهم من حديث سهل بن أبي حنيفة، وله قصة طويلة ولفظ البخاري: «استحقون قتلكم». أو قال صاحبكم بأيمان خمسين منكم... .

(٢) تقدم تخريجه مستوفياً في الدعوى

(٣) تقدم تخريجه في الدعوى

(٤) هو المتقدم

النبي عليه الصلاة والسلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم^(١) 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 أنه يختار من يتهمه بالقتل أو يختار صالح 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 بما يفيد يمين الطالح، ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز لأنه يمين وليس بشهادة. قال: (وإذا حلفوا قضي على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي) وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه «تبرئكم اليهود بأيمانها»^(٢) ولأن اليمين عهد في الشرع مبرئاً للمدعى عليه لا ملزماً كما في سائر الدعاوى. ولنا أن

يرد اليمين على المدعي عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي، واليمين على من أنكرك»^(٣) وقال: في وجهه جعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى. لزم أن لا يصح تحليف غير المدعى عليه من أهل المحلة فيما إذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستحلف خمسون رجلاً من أهل المحلة في هذه الصورة أيضاً كما صرح به المصنف فيما سيجيء، وجعل إطلاق جواب الكتاب دليلاً عليه وقال: وهكذا الجواب في المبسوط وإن لم يفد قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على المدعى عليه»^(٤) قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعي ها هنا بالحديث المذكور فلا يصح التعليل به، اللهم إلا أن يقال: يجوز أن يثبت به المدعي هنا بوجه آخر وهو أنه عليه الصلاة والسلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة تنافي الشركة، وقد أشار المصنف إليه أيضاً في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال: ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي، واليمين على من أنكرك»^(٥) قسم والقسمة تنافي الشركة، وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى. ولا يخفى أن منافاة القسمة الشركة إنما تقتضي أن لا يحلف المدعي لا أن لا يحلف غير المدعي والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة إن ادعى الولي القتل على بعض معين من أهل المحلة. نعم يلزم أن ينتقض بهذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تأمل تقف قوله: (وفائدة اليمين النكول، فإذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح

وعبارة الثنية تستلزم أن يكون أكثر من القسامتين والديتين، ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفساً. وقوله: (والمعنى ما أشرنا إليه) يريد به التكرار المذكور وعدمه. وقوله: (لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً) اعترض عليه بأن الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه: إذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها. وأجيب عنه بأنه إنما لم تجب في الأطراف قبل أن تعلم صحتها ما يجب في السليم لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو

(١) مرسل شاذ. أخرج عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٣٩١/٤ عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: «كانت القسامة في الجاهلية، فأقرها النبي ﷺ في قتل من الأنصار وجد في جب اليهود قال: فبدأ رسول الله ﷺ باليهود، فكلفهم قسامة خمسين، فقالت اليهود: لن نحلف. فقال رسول الله ﷺ للأنصار: أتحلفون؟ فأبى الأنصار أن تحلف، فأغرم رسول الله ﷺ اليهود دية لأنه قتل بين أظهرهم».

وذكره الواقدي في المغازي ٧١٣/٢، ٧١٤ وفيه: أنه ﷺ جعل الدية على اليهود. وفيه نظر فهو مع إرساله غريب لمعارضته الحديث الصحيح عن سهل بن أبي حنمة

(٢) هو الحديث المتقدم في أول الباب.

(٣) تقدم مستوفياً في كتاب الدعوى.

(٤) قد تقدم في كتاب الدعوى.

(٥) تقدم في الدعوى.

النبي عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم^(١)، وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة. وقوله عليه الصلاة والسلام «تبرئكم اليهود»^(٢) محمول على الإبراء عن القصاص والحبس، وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا، بل شرعت

على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الصالح) أقول: لا فائدة هنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول، بل فيه خلل لأن موجب النكول في هذه المسألة حبس الناكل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولي كما سيأتي في الكتاب، فإنما يظهر فائدة اليمين على الصالح في إظهاره القاتل تحرزاً عن اليمين الكاذبة لا في مجرد نكوله حتى يلزم المصير إلى ذكر المقدمة المزبورة، ثم إن كون فائدة اليمين النكول إنما هو في الأموال لا في باب القسامة لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ولهذا يجمع بينهما وبين الدية، بخلاف النكول في الأموال كما سيأتي بيانه في الكتاب، فلا معنى لذكر تلك المقدمة هنا، ولقد أصلح صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال: وله أن مختار المشايخ والصلحاء منهم لأنهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرز الفسقة، فإذا علموا القاتل فيهم أظهوره ولم يحلفوا انتهى. بقي في هذا المقام إشكال على كل حال، وهو أنه لو أخبر بعض من أهل المحلة بأنه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرحوا به، وسيجيء في الكتاب تفصيله فما الفائدة في استحلافهم على العلم رأساً، ولم أر أحداً من الثقات حام حول حلّ هذا الإشكال سوى صاحب البدائع فإنه قال: فإن قيل: أي فائدة في الاستحلاف على العلم وهو لو علموا القاتل فأخبروا به لكان لا يقبل قولهم لأنهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم. وقد قال رسول الله ﷺ: «لا شهادة للمتهم»^(٣) وقال رسول الله ﷺ: «لا شهادة لجانز المغنم ولا لدافع المغرم»^(٤) قيل إنما استحلفوا على العلم ابتاعاً للسنة، لأن السنة هكذا وردت لما روينا من الأخبار فاتبعت السنة من غير أن يعقل فيه المعنى. ثم فيه فائدة من وجهين: أحدهما أن من الجائز أن يكون القاتل

دية، بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجه، فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب في القسامة والدية تعظيماً للنفوس، لأن الظاهر أنه قتل لوجود دلالة القتل وهو الأثر إذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حياً، وأما إذا انفصل ميتاً ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لأن حاله لا يفوق حال الكبير، فإذا وجد الكبير ميتاً ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا، وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال، وربما قواه لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك به مسلكها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطراً أولى. والصواب أن يقال: الظاهر هنا أيضاً اعتبر دافعاً لما عسى يدعي القاتل عدم حياته. وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أسجع كسجع الكهان. قوموا فدوه» قال: (وإذا وجد القاتل على دابة يسوقها رجل النخ) إذا وجد القاتل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون

قال المصنف: (ولنا أنه جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) أقول: فيه بحث، فإنه لم يجر بينهم القسامة بالكلية، وإنما داه رسول الله ﷺ من عنده، وفي رواية: من إبل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا.

- (١) قال الزيلعي في نصب الراية ٣٩٣/٤: حديث ابن سهل ليس فيه الجمع بين الدية والقسامة وحديث ابن زياد غريب. لكن أخرج الدارقطني ٢٢٠/٤ من حديث ابن عباس قال: «وجد رجل من الأنصار قتيلاً في دالية ناس من اليهود، فذكر ذلك للنبي ﷺ، فبعث إليهم، فأخذ منهم خمسين رجلاً من خيارهم، فاستحلف كل واحد منهم بالله ما قتل ولا علمت قاتلاً، ثم جعل عليهم الدية، فقالوا: لقد قضى بما في ناموس موسى»
قال الدارقطني: الكلي متروك اه وقد خالفت روايته هذه رواية الثقات.
(٢) هو الحديث المتقدم في أول الباب.
(٣) تقدم في الشهادات.
(٤) غريب. بحث عنه بمساعدة شيخنا الفاضل عبد القادر الأرنؤوط، ولم نثر عليه، فليُنظر.

ليظهر القصاص بتحزهم عن اليمين الكاذبة فيقرّوا بالقتل، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص. ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتل بين أظهرهم لا بتكولهم، أو وجبت 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 التكول في الأموال لأن اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعي وفيما نحن فيه لا

عبداً لواحد منهم فيقرّ عليه بالقتل فيقبل إقراره، لأن إقرار المولى على عبده بالقتل الخطأ صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيداً، وجائز أن يقرّ على عبد غيره فصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً فجاز أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الأصل، ثم بقي هذا الحكم وإن لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالرمل في الطواف «فإن النبي ﷺ كان رمل في الطواف إظهاراً للجلادة والقوة للكفرة ويقول: رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلادة من نفسه»^(١) ثم زال ذلك اليوم وبقي الرمل في الطواف كذا هذا. والثاني أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أمر صيباً أو مجنوناً أو عبداً محجوراً بالقتل، فلو أقرّ به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلاً، لأنه لو قال علمت له قاتلاً وهو الصبي الذي أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً، إلى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك قوله: (ولنا أنه عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل)^(٢) قال بعض الفضلاء: فيه بحث، فإنه لم يجر القسامة بينهم بالكلية، وإنما وداه رسول الله ﷺ من عنده، وفي رواية «من إبل الصدقة» على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى. أقول: أشار رسول الله ﷺ إلى وجوب القسامة على اليهود بقوله «تبرئكم اليهود بأيمانها»^(٣) وإنما لم يجر القسامة بينهم لعدم طلب أولياء القتيل إياها حيث قالوا: لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبألون ما حلفوا عليه، ومطالبة وليّ القتيل بالقسامة شرط لإجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر أثناء أن ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلاً عن البدائع، وإنما وداه رسول الله ﷺ من عنده أو بمائة من إبل الصدقة على سبيل الحماله عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البر إليهم، وقد أفصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية هنا حيث قال بعد نقل الحديث: إنما ودى رسول الله عليه الصلاة والسلام لأنه تجوز الحماله عن أهل الذمة، فإن قضاء دين الغير برّ له، وأهل الذمة من أهل البر إليهم حتى جاز عندنا صرف الكفارات إليهم، ولا يجوز من مال الزكاة إلا على سبيل الاستقرار على بيت المال انتهى. ثم إن هذا القدر من التوجيه إنما يحتاج إليه على ما روي من حديث عبد الله بن سهل بن أبي حنثة^(٤) كما وقع في الصحيحين، وأما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار

أهل المحلة سواء كان مالكةا أو لم يكن، وكذا إذا كان قائدها أو رابكها لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره، فإن اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم لأن القتل في أيديهم فصار كما إذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا وجد القتيل في الدار فإن الدية هنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكاً أو لم يكونوا وهناك على المالك لا على السكان. وأجيب أولاً بأننا لا نسلم أن الدية لا تجب على مالك الداهية بل تجب عليه، والمذكور في الكتاب فيما إذا لم

(١) ضعيف بهذا اللفظ. ذكره ابن هشام في السيرة ٢٧٣/٣ في عمرة القضاء عن ابن إسحق قال: حدثني من لا أنهم عن ابن عباس... فذكره. قلت: وأصله صحيح أخرجه البخاري ٤٢٥٧ والترمذي ٨٦٣ والبيهقي ٨٢/٥ كلهم عن ابن عباس قال: «إنما سعى رسول الله ﷺ بين الصفا والمروة ليرى المشركين قوته»

ورواه البخاري ٤٢٥٦ بسنده عن ابن عباس قال: «قدم رسول الله ﷺ وأصحابه، فقال المشركون: إنه يقدم عليكم وقد هنتهم حتى يثرب، فأمرهم أن يرملوا الأشواط الثلاثة، وأن يمشوا ما بين الركنين... وفيه قال: ارملوا ليرى المشركون قوتكم».

(٢) هو الحديث المتقدم قبل أربعة أحاديث.

(٣) هو الحديث المتقدم في أول الباب

(٤) الحديث المتقدم في أول الباب.

عمداً أو خطأ فكذاك الجواب، يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب، وهكذا الجواب في المبسوط، وعن أبي يوسف في غير رواية الأصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقيين من أهل المحلة، ويقال للولي ألك بيته؟ فإن قال لا يستحلف المدعى عليه يميناً واحدة. ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم، وإنما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم، وفيما وراه بقي على أصل القياس وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم. وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فتوجهه بالنص لا بالقياس، بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص، فلو أوجبتهما لأوجبتهما بالقياس وهو ممتنع، ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه

يذكر بدله لا بأيمانهم لأننا الآن بصدد بيان موجب أيمانهم، وأما موجب نكولهم فإنما يأتي بيانه من بعد بقوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصده، ولأن الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً الخ جواب عن قول الشافعي لا ملزماً كما في سائر الدعاوى: يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزماً كما في سائر الدعاوى، فالدافع له أن يقال؛ الدية إنما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لا بأيمانهم، فلم يكن اليمين ملزماً هنا كما في سائر الدعاوى، فقوله لا بنكولهم حشو محض في دفع ذلك، وإنما اللازم أن يقال بدله لا بأيمانهم كما لا يخفى قوله: (ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) قال تاج الشريعة: هذا. إذا ادعى الولي القتل عمداً، أما إذا ادعاه خطأ فنكل أهل المحلة فإنه يقضي بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى. وأما سائر الشراح فلم يقيد أحد منهم ما هنا مثل ما قيده تاج الشريعة، إلا أن صاحبي النهاية والعناية قالا في صدر هذا الباب: حكم القسامة القضاء بوجوب الدية إن حلفوا، والحبس حتى يحلفوا إن أبوا لو ادعى الولي العمد، ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى. ولا يخفى أن ظاهر ما ذكره هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة هنا. أقول: لا يذهب عليك أن الظاهر من إطلاق جواب مسألة الكتاب هنا ومن اقتضاه دليلها الذي ذكره المصنف ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذي ذكرناه إذا ادعى الولي على جميع أهل المحلة، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم، والدعوى في العمد أو الخطأ أن يكون الحبس إلى أن يحلف الناكول موجب النكول في كل واحدة من صورتها دعوى العمد ودعوى الخطأ، وعن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسألة، وكذا أطلقه الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال: وإن امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى. وكذا حال سائر ثقات الأئمة في تصانيفهم، وكان صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال في صدر هذا الباب: حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين عندنا، وعند الشافعي إذا حلفوا برثوا، وأما إذا أبوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا أو يقرؤا انتهى. فإنه جرى في بيان حكمها أيضاً على الإطلاق كما ترى. ثم أقول: التحقيق ما هنا هو أن في جواب هذه المسألة روايتين إحداهما أنهم إن نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الإطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة، والأخرى أنهم إن نكلوا لا يحبسون بل يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاثة سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ، وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف، وقد أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال: ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلاً فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا، هكذا ذكر في الكتاب. وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال: لا يحبسون، ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاثة سنين. وقال ابن أبي مالك: هذا قوله الآخر، وكان ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول، إلى

القسامة على الذي في يده الدابة. وقوله: (وادعة وأرحب) هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر. وقوله: (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك) يشير إلى اختلاط السكان بالملاك. وقوله: (وهو قول محمد) يشير إلى أن محمداً ليس في هذا القول بأصيل، فإنه ذكر في الأسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذا الاختلاف فقال: وقول محمد

إذا كان له بينة، وإن لم تكن استحلفه يميناً واحدة لأنه ليس بالقسامة لانعدام النص وامتناع القياس. ثم إن حلف بىء 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^(١). وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك، ولأن الخمسين واجب بالنسبة فيجب إتمامها ما أمكن، ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة، ثم فيه استعظام أمر الدم، فإن كان العدد كاملاً فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك، لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال. قال: (ولا قسامة على صبي ولا مجنون) لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح. قال: (ولا امرأة ولا عبد) لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها. قال: (وإن وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية) لأنه ليس بقتيل، إذ القتل في العرف من فاته حياته بسبب يباشره حتى وهذا ميت حتف أنفه، 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 منها 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 القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف 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

هنا لفظ المحيط. ثم أقول: بقي ها هنا إشكال، وهو أنه قد مرّ في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصاً على غيره فوجد استحلّف بالإجماع، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أن يقتر عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لزمه الأرش في النفس وفيما دونها انتهى. فمتقضى إطلاق ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضاً هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبي يوسف ومحمد وإن ادعى ولي القتل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس إلى الحلف بلا خلاف فيه من أبي يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية. نعم قد ذكر أيضاً في المحيط والذخيرة أنه روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه يقضى بالدية في القسامة أيضاً عند النكول، لكن يبقى إشكال التنافي بين ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقاً فتأمل في الدفع قوله: (وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فتوجه بالنص لا بالقياس) أقول: فيه بحث، لأنه إن أراد بإطلاق النصوص إطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم، لكن لا يجدي هنا نفعاً، إذ من القواعد المقررة عندهم أن النص الوراد على خلاف القياس يختص بمورده، والنصوص فيما

مضطرب وقال (أبو يوسف) يعني آخرأ وكان قوله أولاً كقولهما وما بعده ظاهراً. وقوله: (وهو على أهل الخطة دون المشتريين) الخطة: المكان المختط لبناء دار أو غيرها من العمارات، ومعناه على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلدة وقسمها بين الغانمين فإنه يختط خطة لتمييز أنصباؤهم، والضمير راجع إلى المذكور وهو

قال المصنف: (ثم يجب عليهم القسم) أقول: فيه أنه تكرر.

(١) موقوف. أخرج عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٤/٣٩٥، ٣٩٦ من سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب استحلّف امرأة خمسين يميناً على مولى لها أصيب ثم جعل عليها دية.

البدن، إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي، بخلاف الأقل لأنه ليس بيدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة، ولأننا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان، والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان

نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن تكون مخصومة بموردها، وهو ما إذا وجد القتل في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس، وإن أراد بإطلاقها إطلاقها بحسب المورد أيضاً فهو ممنوع إذا لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما إذا ادعى الولي القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب قوله: (ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها) أقول: يشكل إطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسألة تجيء في آخر هذا الباب، وهي أنه لو وجد قتل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرز عليها الأيمان والدية على عاقلها. وأما عند أبي يوسف فالقسامة أيضاً على العاقلة انتهت، وسيجيء في كتاب المعامل ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل قوله: (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) يعني أن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس، والنص ورد في كل البدن وأكثر البدن كل حكماً وإن لم يكن كلاً حقيقة، فالحق أكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيماً لأمر الدم وما سواه ليس بكل أصلاً لا حقيقة ولا حكماً فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية، كذا في غاية البيان. أقول: في هذا التعليل شيء، وهو أنه قد ذكر في وضع المسألة أنه لو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية، والتعليل المذكور إنما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما إذا وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن في هاتيك المحلة لا فيما إذا وجد النصف ومعه الرأس فيها، فإن الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره، فلم يكن ما ورد فيه النص وإلا ملحقاً به فلم يتم التقريب، اللهم إلا أن يقال: النصف إذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلاً كما صرحوا به، فيصير قول المصنف: إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي شاملاً لما هو الأكثر حقيقة أو حكماً فيتم التقريب بهذا التأويل. ثم بقي شيء آخر، وهو أن قول المصنف بخلاف الأقل لأنه ليس بيدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة قاصر عن إفادة تمام المقصود، إذ قد ذكر من قبل أنه إن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم. ولا يخفى أن قوله بخلاف الأقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقاً بالطول فلا يحصل تمام التقريب، فالأولى أن يقال: بخلاف الأقل والنصف الذي ليس معه الرأس الخ، وكان صاحب الغاية ذاق هذه البشاعة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الأقل الخ وما سواه ليس بكل أصلاً لا حقيقة ولا حكماً فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اهـ. وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي حيث قال فيه بحث، لأن هذا قياس انتهى. أقول: ليس ذاك بوارد، فإن هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو إلحاق بدلالة النص كما يرشد إليه قوله ولا ملحق به في قوله بخلاف الأقل لأنه ليس بيدن ولا ملحق به، والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لا دلالة

وجوب القسامة والدية: أي القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلهم، وقوله: (وقيل إن أبا حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة) يعني من أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركونهم المشتركون في ذلك، ويجوز أن يكون فيه تلويح إلى الجواب عما يقال: ما الفرق بين المحلة والدار، فإنه لو وجد قتل في دار بين مشتر وذو خطة

قال المصنف: (إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي) أقول: فيه بحث، لأن هذا قياس.

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 الجنابة 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 يفرق الكبير حالاً (وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً (وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم)

النص كما لا يخفى قوله: (ولأننا لو اعتبرناه تكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان) يعني لو وجبت بالأقل لوجبت بالأكثر أيضاً إذا وجد، وكذلك لو وجبت بالنصف الآخر أيضاً إذا وجد، فيلزم أن تتكرر القسامتان والديتان في مقابلة نفس واحدة، وذلك لا يجوز إذ لم تشرعا مكررتين قط. قال في غاية البيان: كان ينبغي أن يقول: يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لأنه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك، وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان: ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفساً انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن القسامة في الشرع اسم لمجموع إيمان يقسم بها خمسون من أهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم إنسان فكيف يتصور أن يتحقق في كل واحد من خمسين نفساً حتى يصح توجيه تكرر القسامتين والديتين على القطعتين بتكررها في خمسين نفساً، وإنما الموجود في أحاد خمسين نفساً بعض القسامة والدية لأنفسهما، والكلام في إسناد التكرز إلى نفس القسامتين والديتين فلا مسأغ لذلك التوجيه قوله: (والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب الخ) أقول: فيه نظر، لأنه إذا كان الباقي نصف القتل مشقوقاً بالطول مثلاً يصدق عليه أنه بحال لو وجد لا يجري فيه القسامة، إذ قد صرح فيما قبل بأنه إن وجد نصفه مشقوقاً بالطول فلا شيء عليهم مع أنه لا تجب القسامة حينئذ في الموجود الأول أيضاً بناء على ذلك المصريح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب كما لا يخفى قوله: (ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة) أقول: في تحرير هذه المسألة بهذا الأداء فتور من وجوه: الأول أن الجنين على ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد ما دام في البطن فكيف يتصور أن يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن أمه؟ أما وجوده مع أمه فهو بمعزل عما نحن فيه لكون الحكم هناك للأم دون الجنين. والثاني أن ذكر الجنين يعني عن ذكر السقط، لأن السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه، والجنين يعم تام الخلق وغير تامه.

فإنهما متساويان في القسامة والدية بالإجماع، وفي المحلة فرقاً فأوجباً القسامة على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته. ووجه ذلك أن في العرف أن المشترين قلما يزاحمون أصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة، وليس في حق الدار كذلك فإن في عمارة ما استرم من الدار وإجارتها وإعارتها هما متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله إن صاحب الخطة هو المختص. وقوله: (ولأنه أصيل) والمشتري دخيل. وقوله: (لأن الولاية انتقلت إليهم) يعني على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أو خلصت لهم على قول أبي يوسف. وقوله: (لزوال من يتقدمهم) يرجع إلى قوله انتقلت إليهم. وقوله: (أو يزاحمهم) يرجع إلى قوله أو خلصت لهم. وقوله: (وإذا وجد القتل في دار) يعني إذا وجد القتل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات. وفي

قوله: (ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين، يتكرران في خمسين نفساً) أقول: جزء الدية لا يسمى دية حتى يقال يتكرر في خمسين نفساً فتأمل قوله: (واعترض عليه بأن الظاهر، إلى قوله: وأجيب عنه بأنه الخ) أقول: الاعتراض والجواب للإتقاني.

لأنه ينفصل ميتاً لا حياً. 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 راكبها (فإن اجتمعوا فعليهم) لأن القتيل في أيديهم فصار كما إذا وجد في دارهم. قال: (وإن مرّت دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما) لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع»^(١). وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب إليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين، فوجد القتيل إلى وادعة أقرب ففرض عليهم بالقسامة^(٢). قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت، لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصره وقد قصرُوا. قال: (وإذا وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه) لأن الدار في يده (والدية على عاقلته) لأن نصرته

والثالث أن قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسألة، إذ لا بد فيه من أن لا يكون به أثر الجراحة والختق أيضاً كما تقرر فيما سبق، فالانحصار هنا على نفي أثر الضرب تقصير، والأظهر أن يقال: ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلا شيء عليهم تدبر قوله: (إن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم، لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً) فإن قيل: الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره إذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها. أجيب بأنه إنما لم يجب في الأطراف قبل أن يعلم صحتها ما يجب في السليم لأن الأطراف يسلك بها مسك الأموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية، بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجه، فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيماً للنفوس، لأن الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الأثر، إذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حياً، وأما إذا وجد ميتاً ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لأن حاله لا تفوق حال الكبير، وإذا وجد الكبير ميتاً ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا، كذا قال جمهور الشراح. ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذلك السؤال والجواب: وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قوّاه، لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك بها مسلكتها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطراً أولى انتهى. أقول: ليس الأمر كما زعمه، فإن حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فإنه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيماً لأمر النفوس وصيانة لها من الإهدار، وعن هذا قالوا: يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم، فقوله لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك بها مسلكتها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطراً أولى ممنوع، فإن ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الأموال وما يسلك بها مسلكتها إهدار أمر حقير، وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس إهدار أمر خطير، ولا شك إن إهدار الحقير أهون وأولى من إهدار الخطير. ثم قال صاحب العناية: والصواب أن يقال: الظاهر هنا اعتبر دافعاً لما عسى يدعي القاتل عدم حياته. وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله

القسامة روايتان: ففي إحداهما تجب على صاحب الدار وفي الأخرى على عاقلته، وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه، وبين قوله ها هنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على

(١) أخرجه الطيالسي ٢١٩٥ وأحمد ٨٩/٣ والبخاري ٦٩٠/٦ والبيهقي ١٢٦/٨ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري «أن قتيلاً وجد بين حيين فأمر النبي ﷺ أن يقاس إلى أيهما أقرب فوجد أقرب إلى أحد الحيين بشير قال الخدري: كاني أنظر إلى شبر رسول الله ﷺ، فألقى دية عليهم» قال الهيثمي: فيه عطية العوفي ضعيف

وقال الزيلعي في نصب الراية ٣٩٦/٤: أعله ابن عدي والعقيلي بأبي إسرائيل، فضعفه ابن عدي عن قوم، ووثقه عن آخرين. وقال البزار: أبو إسرائيل ليس بالقوي في الحديث، وقال البيهقي في المعرفة: فيه عطية العوفي، والملائي، وكلاهما ضعيف

(٢) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣٩٧/٤ عن الحارث بن الأزعم قال: «وجد قتيل باليمن بين وادعة وأرحب، فكتب عامل عمر بن الخطاب إليه، فكتب عمر إليه أن قس ما بين الحيين، فإلى أيهما كان أقرب، فخذهم به قال: فقتلوا، فوجدوه أقرب إلى وادعة، فأخذنا وأغرمتنا وأحلفنا قتلنا: يا أمير المؤمنين أتخلفنا، وتفرمنا قال: نعم. فأحلف منا خمسين رجلاً بالله ما تلت، ولا علمت قاتلاً.

منهم وقوته بهم. قال: (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة) وهو قول محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعاً (لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى) ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكاناً بخير^(١). ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لأن سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدم 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 المشتريين) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانياً مقصراً، والولاية باعتبار الملك وقد استوتوا فيه. ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف، ولأن أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل. وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على

﴿أسجع كسجع الكهان، قوموا فدوه﴾^(٢) انتهى. أقول: يرد عليه أن حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتاً، وموجبه الغرة وهي نصف عشر الدية، وإنما سماها رسول الله ﷺ دية حيث قال فدو لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين، والكلام هنا في جنين انفصل حياً بناء على أن الظاهر أن تام الخلق يتفصل حياً والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب، فأين هذا من ذلك. وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال: وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين، قال «كنت بين جاريتين لي فضربت إحدهما بطن صاحبها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنيناً ميتاً فاخصم أولياؤها إلى رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة: دوه، فقال أخوها: أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه يطل؟ فقال عليه الصلاة والسلام: أسجع كسجع الكهان» وفي رواية «دعني وأراجيز

رواية وهذا على أخرى. وحكي عن الكرخي رحمه الله أنه كان يوفق بينهما ويقول: الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة على ما إذا كان قومه غيباً، والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حاضراً، كذا في الذخيرة، والمذكور في الكتاب يدل على أنها عليهما جميعاً إذا كانوا حاضراً ويوافق رواية فتاوى العتابي وما بعده ظاهر. قال: (ومن اشترى داراً فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل الخ) أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القليل يتعلق بولاية الحفظ لأنه ضمان ترك الحفظ. ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رحمه الله: ولاية الحفظ باليد والملك سببها، وقالوا: ولاية الحفظ تستفاد بالملك، فإذا وجد في واحد ارتفع الخلاف، وإن كان لأحدهما الملك وللآخر اليد كان اعتبار اليد عنده أولى لأن القدرة الحقيقية ثبتت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا إذا اشترى داراً فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فإما أن يكون البيع باتاً أو فيه الخيار. فإن كان الأول فهو: أي المذكور وهو الدية على عاقلة البائع، وإن كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما إن كان الأول فعلى عاقلة المشتري، وإن كان الثاني فعلى الذي تصير له ودليلهما واضح. وقوله: (ولهذا) أي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) في هذا الموضوع (على عاقلة صاحب الدار دون المودع)

قوله: (وأما إذا انفصل ميتاً) أقول: الظاهر إذا وجد ميتاً قوله: (وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه) أقول: بل يرد، فإن حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيماً لأمر النفوس، ومنع كلية القضية الفائلة أن لا يكون حجة للاستحقاق، ويقوي هذا المنع ما سبق من المصنف في الدرس الأسس، ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً فليتأمل قوله: (فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطراً أولى) أقول: الاستحقاق هنا للمال أيضاً لا غير قوله: (وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك) أقول: ذلك في الغرة، والقسامة والدية ليستا في معناها قوله: (فالتصرف والرأي والتدبير إلى من بيده الدابة) أقول: ما الجواب إذا كان الملك مع الراكب يسوق الدابة أو يقودها، أو يكون الراكب هو المالك والآخر يقود أو يسوق، فإن إطلاق الكتاب يشمل هذه الصور. قال الإقناني: فيما سيجيء من مسألة السفينة: لو كان صاحب السفينة معهم ينبغي أن تجب عليه كما في الدار، فينبغي أن يكون هنا كذلك.

(١) تقدم في أول الباب.

(٢) تقدم في «الجنين» وهو حديث حسن.

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 المشتريين) لأن الولاية انتقلت إليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم (وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه تدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً فالقسامة على رب الدار يكرز عليه الأيمان) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا قسامة على العاقلة لأن رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم. ولهما أن الحضور لزمهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركون في القسامة قال: (وإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل والآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال) لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة. قال: (ومن اشترى داراً ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذي في يده) وهذا عند أبي حنيفة وقالوا: إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له، لأن إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ، والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية

العرب، قوموا فدوه^(١) الحديث انتهى فكأنه نسي ما قدمت يدها قوله: (وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه، وتدخل العاقلة في القسامة إذا كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً فالقسامة على رب الدار يكرز عليه الأيمان) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: يعني إذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات. وفي القسامة روايتان: ففي إحداهما تجب على صاحب الدار وفي الأخرى على عاقلته، وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه، وبين قوله هنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه يحمل ذلك على رواية وهذا على أخرى انتهى. أقول: فيه بحث؛ أما أولاً فلأن قول المصنف فيما قبل وإن وجد القتل في دار إنسان فالقسامة عليه وإن جاز أن يحمل على إحدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية إلا أن قوله ها هنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الأخرى منهما، فإن القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلته جميعاً، وفيما ذكره المصنف ها هنا على رب الدار وعلى قومه جميعاً فتغايراً. وأما ثانياً فلأن قول المصنف فتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً فالقسامة على رب الدار يكرز عليه الأيمان صريح في التوفيق بين المسألة التي ذكرها هنا وبين المسألة المذكورة فيما قبل، حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما إذا كان قومه حضوراً ووجوبها على رب الدار وحده فيما إذا كانوا غيباً والمصير إلى الحمل على الروايتين إنما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شرحاً لمراده قوله: (لأنه إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك) أقول: هذا التعليل على قول أبي يوسف مشكل لأنه إن أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى أن الولاية تستفاد بالملك لا بغيره، ويتنقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون في القسامة والدية مع الملاك عنده بناء على أن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى، وإن لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقريب في إثبات مدعاهما في هذه المسألة كما لا يخفى قوله: (وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك؛ ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون

لعدم ملكه وإن كان له يد، وكذا دليل أبي حنيفة واضح، ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لأنه قد اندرج في دليده، وذلك لأنه قال: (إن القدرة على الحفظ باليد) أطلق اليد والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل في اليد ما كان أصالة

(١) تقدم في «الجنين» وهو حديث حسن.

على عاقلة صاحب الدار دون المودع، والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك 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 أحص 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 قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده) لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل

(اليد) أقول: هذا التنوير غير واضح، لأنه إن أراد باليد مطلقاً: أي سواء كانت يد أصالة أو يد نيابة فليس بصحيح، إذ لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به قاطبة، فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضاً لما صح ذلك؛ وإن أراد بها يد الأصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحبه لا يسلم أنه يقتدر على الحفظ بيد الأصالة فقط. بدون الملك، ولا أنه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد، بل يقول: ولاية الحفظ إنما يستفاد بالملك دون اليد كما في مسائلنا المتنازع فيها. وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس بأجلى من أصل المسألة قوله: (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده) قال صاحب العناية: ولا يختلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد، لأن اليد المعتبرة عنده وهي التي تكون بالأصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى. أقول: لقاتل أن يقول: هب أن اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالأصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه، وهلا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد دون الملك كما في المسألة المتقدمة آنفاً، فإن الملك هناك للمشتري مع أن الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله. وقال صاحب الغاية هنا: ولا يلزم أبا حنيفة أنه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع يوجد فيها قتيل أن الدية تجب على عاقلة البائع لأنه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك إلا بالبيينة انتهى. وذكر في معراج الدراية ما يوافق حيث قال: وفي جامع الكرابيسي اعتبر أبو حنيفة يد الملك لا مجرد اليد في المسألة المتقدمة، وهنا لا يثبت ذلك إلا بالبيينة فلا يرد نقضاً عليه انتهى. أقول: هذا التوجيه مشكل، لأن الملك في المسألة المتقدمة كان للمشتري لا محالة، وعن هذا نشأ النزاع بين أبي حنيفة وصاحبه في تلك المسألة، إذ لو كان الملك أيضاً للبائع لما صار محل الخلاف وإقامة الحجج من الجانبين على ما مر بيانه، فإذا كان الملك هناك للمشتري فكيف يتحقق للبائع إذ ذاك يد الملك، إذ ثبوت يد الملك له يقتضي ثبوت نفس الملك أيضاً فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة لمكانه وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال، وإن أريد بيد الملك غير معناه الظاهر: أي اليد التي كان لصاحبها ملك في الأصل، وإن زال ذلك الملك في الحال بالمبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الأمر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه

ويد المودع ليست كذلك، وكذلك المستعير والمستأجر. قيل ما الفرق لأبي حنيفة بين الجنابة وصدقة الفطر فإنه يعتبر البتة الملك في الثانية دون الأولى. والجواب أن صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك، والجنابة موجبة للضمان بترك الحفظ، والحفظ إنما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل. وقوله: (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة) يعني إذا أنكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد، وقالوا: إنها وديعة أو مستعارة أو مستأجرة (حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده) ولا

قوله: (وفي الأخرى على عاقلة) أقول: الأظهر أن يقول: وفي الأخرى عليه وعلى عاقلة حتى يستقيم تفريع اندفاع التدافع عليه قوله: (وإن كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده) أقول: لا أدري ما فائدة هذا التفصيل والإبهام، فإن اليد للبائع، إذ الفرض انتفاء قبض المشتري ففي الصورتين الضمان على عاقلة البائع، وهذه الركاكة مخصوصة بتقريره، وسياق المصنف سالم عن أمثالها.

العواقل عنه، واليد وإن كانت دليلاً على الملك لكنها محتملة فلا تكفي لإيجاب الذية 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 يمددها والمالك في ذلك وغير المالك سواء، وكذا العجلة، وهذا على ما روي عن أبي يوسف ظاهر. والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحوّل 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 والذية على بيت المال) لأنه للامة لا يختص به واحد منهم، وكذلك

في الحال، وهل يليق أن يعد ذلك أصلاً لإمامنا الأعظم فعليك بالتأمل الصادق قوله: (وإن أذى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل) قال صاحب العناية: يريد به قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة انتهى. واقتضى أثره العيني. أقول: الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص، فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع فإنه هو المطابق لهذه المسألة التي ذكرها المصنف هنا دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن قوله: (ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم) أقول: لقاتل أن يقول: إن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم، لكن لا نسلم أن تعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر حينئذ، فإن ابتداء الأمر إذ ذاك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه، وتعيينه واحداً منهم يلزم أن يعين خصوصه وإن كان منهم، ولا ريب أن تعيين خصوص القاتل ينافي عدم تعيينه. وإن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعيين خصوصه فهو ممنوع كما لا يخفى، وإن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعيين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضاً ممنوع، إذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعيين خصوصه سبباً لوجوب الغرم عليهم جميعاً؛ ألا يرى أنه إذا أقرّ واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره أصلاً. فإن قيل: يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعاً عند تعيين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضاً تقديراً بتركهم النصره لعدم أخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد: وهم إنما يغرّمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم. قلنا: ذلك إنما يظهر إذا علموا قتل ذلك الظالم فتركوا النصره، وأما إذا لم يعلموا ذلك بأن كان قتله خفية فلا. ولئن سلم ذلك مطلقاً لعدم احتياطهم في حفظ المحلة يشكل بما إذا أقرّ واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة، فإنه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضاً فتأمل في التوجيه. وذكر في الشروح نقلاً عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه تسقط القسامة والذية عن أهل المحلة، لأن دعوى الولي على

يختلجّن في وهمك صورة تناقض في عدم الكفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد، لأن اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالأصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك، والباقي واضح. وقوله: (واللفظ) أي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل أربابها: أي ملاكها وغير ملاكها. وقوله: (وهذا) أي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة (هلى ما روي عن أبي يوسف رحمه الله) أن السكان تدخل في القسامة مع الملاك (ظاهر) وأما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر. قال: (وإن وجد في مسجد محلة) كلامه واضح سوى الفاظ نذكرها. قوله: (فعند أبي يوسف تجب على السكان) أي سواء كان السكان ملاكاً أو غير ملاك. وقوله: (كالشوارع

قال المصنف: (لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه) أقول: يناقض ما تقدم، فإن البائع إذا لم يقبض المشتري الدار صاحب يد بلا ملك، مع أنه تعقل عواقله، وكذا في بعض صور البيع المنجز.

الجبور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين (ولو وجد في السوق إن كان مملوكاً) فعند أبي يوسف تجب على السكان وعهدهما 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 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 النصرة، 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. قال: (وإن وجد في بركة ليس بقربها عمارة فهو هدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير، وهذا إذا لم تكن مملوكة 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 محتسباً بالشاطيء 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 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 سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل

واحد منهم بعينه تكون إبراء لأهل المحلة عن القسامة، فإن القسامة في قتل لا يعرف قاتله، فإذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئاً لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى. قلت: هذه الرواية أظهر عندى دراية، والله تعالى أعلم بالصواب قوله: (ولأن أهل المحلة لا يغمون بمجرد ظهور القاتل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواهم وسقط لفقد شرطه) أقول: يشكل هذا التعليل بما إذا ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه فإنهم إذا لم يغموا بمجرد ظهور القاتل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي فإذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره غيره لزم أن تسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق، ولعله لا يتيسر بدون التعسف. قال العيني: واعلم أن قوله وجه الفرق إلى قوله قال وإذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه الشراح انتهى. قلت: وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما نهت عليه آتفا في الموضوعين قوله: (وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة لأن القاتل بين أظهرهم) أي وجد بين أظهرهم: أي بينهم. والظهر والأظهر يجيئان مقحمين كما في قوله عليه الصلاة والسلام «لا صدقة إلا عن ظهر غنى»^(١) أي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب، وكذا في الأظهر، يقال: أقام بين أظهرهم: أي بينهم، كذا في الشروح. فإن قيل: الظاهر أن قاتله من غير أهل

العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) قال في النهاية: وإنما أراد به أن يكون ناتياً عن المحال، أما الأسواق التي تكون في المحال فهي محفظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة، وكذا في السوق الثاني إذا كان من يسكنها في الليالي أو كان لأحدهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير. وقوله: (وقد بيناه) يعني في مسألة: وإن مرت دابة بين قريتين وعليها قاتل. وقوله: (وإن وجد في وسط الفرات) يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك، وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء ما دام جارياً بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط. قالوا: هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب، لأنه إذا كان كذلك فقد يكون هذا قاتل دار الشرك، وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام فتجب الدية في بيت المال لأن موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قاتل مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قاتل المسلمين فتجب الدية في بيت

وجوه الفرق هو 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، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم، ولأن أهل المحلة لا يقومون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه. قال: (وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة) لأن القتل بين أظهرهم والحفظ عليهم (إلا أن يدعي الأولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء) لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن

المحلة وأنه من خصمائه. قلنا: قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلاً في محلهم، كذا في النهاية والعناية: أقول: يرد على هذا الجواب أن يقال: ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلاً في محلهم موجباً لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصماً من غير أهل المحلة دافعاً للقسامة والدية عن أهل المحلة، مع أن الأصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق. فالأظهر في الجواب أن يقال: الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتل مشكلاً، فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال، فكان العمل بما ورد فيه النص، وسيأتي مثل هذا عن قريب قوله: (وإن كان القوم لقوا قتالاً ووجد قتيلاً بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدراً) قال في العناية: قوله لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدراً يحوج إلى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين إذا اقتتلوا عصبية في محلة فأجلوا عن قتل فإن عليهم القسامة والدية كما مر آنفاً. وقالوا في الفرق: إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الإسلام ولا يدري أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملاً لأمر المسلمين على الصلاة في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين. وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلاً فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال، وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى. وقال بعض الفضلاء طعنا في المصير إلى

المال. وقوله: (على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت. وقوله: (لم تسقط القسامة عنهم) يعني والدية على عواقلهم. وقوله: (وقد ذكرناه) يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه الخ. وقوله: (وقد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذي ذكرناه إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة. وقوله: (فأجلوا عن قتل) أي انكشفوا عنه وانفجروا، وقوله: (لأن القتل بين أظهرهم) أي وجد بين أظهرهم يعني بينهم والظاهر والأظهر يجيئان مقحمين كما في قوله ﷺ «لا صدقة إلا عن ظهر غني» أي صادرة عن غني. فإن قيل: الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه. أجيب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلاً في محلته. وقوله: (لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق) أي الاستحقاق عند إنكار المدعى عليه للحديث الذي روينا: أي في أوائل باب القسامة، وأوله قوله ﷺ «لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأمواهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر». لا يقال الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق. وقوله: (وإن وجد في خباء أو فسطاط) الخباء: الخيمة من الصوف، والفسطاط: الخيمة العظيمة فكان أعظم من الخباء. وقوله: (فعلى أقرب الأحيية) قيل هذا إذا نزلوا قبائل متفرقين، أما إذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم. وقوله: (وإن كان القوم لقوا قتالاً) يجوز أن يكون حالاً: أي مقاتلين، ويجوز أن يكون مفعولاً مطلقاً لأن لقوا في معنى المقاتلة، وأن يكون مفعولاً له: أي للقتال. وقوله: (لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدراً) يحوج إلى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين إذا

قوله: (لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أقول: مع أن استعظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل المحلة القسامة والدية.

القسامة. قال: (ولا على أولئك حتى يقيموا البينة) لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي روينا، 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 خيأه أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة، وإن كان خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية) اعتباراً للبد عند انعدام الملك (وإن كان القوم لقوا قتلاً ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية) لأن الظاهر أن العدرّ قتلته فكان هدرأ، وإن لم يلقوا عدواً فعلى ما بيناه (وإن كان للأرض مالك فالمعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة) خلافاً لأبي يوسف وقد ذكرناه. قال: (وإذا قال المستحلف قتل 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

الفرق المذكور: الفرق ظاهر، فإن الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة، وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة انتهى. أقول: ليس هذا الفرق بتمام فضلاً عن كونه ظاهراً، إذ لا نسلم أن الظاهر ثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق، بل يجوز حجة لدفع القسامة والدية عن أهل المحلة، ولا يكون حجة الاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم أن يكون هدرأ فلا بد في تمام الفرق بين المسألتين من المصير إلى ما ذكره المشايخ من البيان. ونقله صاحب العناية كما تحققته قوله:

اقتتلوا عصبية في محلة فأجلوا عن قتيل فإن عليهم القسامة والدية كما مر آنفاً. وقالوا في ذلك: إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الإسلام ولا يدري أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملاً لأمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين. وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلاً فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك. وقوله: (وإن لم يلقوا عدواً فعلى ما بيناه) إشارة إلى قوله ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا الخ. وقوله: (وقد ذكرناه) إشارة إلى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد. وقال أبو يوسف: هو عليهم جميعاً. وقوله: (وإذا قال المستحلف قتل فلان استحلف بالله) يعني لا نسقط اليمين عنه بقوله قتلته فلان، غاية ما في الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال قتلته فلان، وهذا لا ينافي أن يكون المقر شريكه في القتل وأن يكون غيره شريكاً معه، وإذا كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا عرف له قاتلاً غير فلان. قال: (وإذا شهد اثنان من أهل المحلة الخ) إذا ادعى الولي على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة عليه أنه قتله قال أبو حنيفة رحمه الله: لم تقبل شهادتهما، وقالوا: تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم، كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة. وأبي حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديراً للتقصير الصادر منهم، وإن خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم، كالوصي إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها إما ببلوغ الغلام أو بعزل

قال المصنف: (وإن كان القوم لقوا قتلاً) أقول: قال صاحب النهاية: انتصاب قتلاً يحتمل أن يكون على الحال: أي المقاتلين، وأن يكون على المفعول به كما في قوله بعده وإن لم يلقوا عدواً، وأن يكون على المفعول له: أي للقتال انتهى. والمفعول به محذوف: أي لقوا العدو قوله: (وقوله لأن الظاهر أن العدو قتله الخ) أقول: الفرق ظاهر، فإن الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة، وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص قوله: (وأما في المسلمين من الطرفين، إلى قوله: فبقي حال القتل مشكلاً) أقول: وذلك أن تقول: العداوة ترفع الإشكال فلا يلزم من انتقاء جهة الحمل على الصلاح كون حال القتل مشكلاً، ولو صح ما ذكره لكان الأمر كذلك إذا كانت إحدى الطائفتين الخواارج قال المصنف: (وإن كان للأرض مالك فالمعسكر كالسكان) أقول: قال الزيلعي: وإن كان للأرض مالك يجب على المالك بالإجماع لأنهم سكان فلا يراحمون المالك في القسامة والدية، وهذا عندهما ظاهر، والفرق لأبي يوسف بينه وبين المحلة والدار أن المعسكر نزلوا فيه للانتقال والارتحال لا للقرار فلا يعتبر إلا للضرورة، بخلاف الدار والمحلة فإنهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره انتهى. ولا يخفى عليك مخالفته لما نص عليه المصنف من خلاف أبي يوسف.

لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فيقي 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، وقالوا: تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة. وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية 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 أن

(ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عنه أبي حنيفة) قال صاحب العناية: اعلم أن المصنف قال فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة، ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم، وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول. ودفع ذلك بأن يقال: عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم، فإن كان الأول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم. وإن كان الثاني كان الدية على عاقلة الورثة، ولما كان كل منهما ممكناً أشار إلى الأول في حكم المسألة وإلى الثاني في دليلها. وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف: أي على عاقلة ورثته، إلى هنا كلامه. أقول: ما ذكره في الدفع كلام مشوش خال عن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف: أي على عاقلة ورثته، فإن حكم المسألة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة يعم صورتين قطعاً: أي صورة إن

القاضي. وقوله: (وعلى هذين الأصلين) يعني الأصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصماً في حادثة ثم خرج من كونه خصماً لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالإجماع، كالوكيل إذا خاصم ثم عزل، والثاني إذا كانت لرجل عرضية أن يصير خصماً ثم بطلت تلك العرضية فشهدت قبلت شهادته بالإجماع. وأبو حنيفة رحمه الله جعل ما نحن فيه من الأصل الأول لأنهم صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود القتل بين أظهرهم فإنه السبب الموجب للقسامة والدية. قال عمر: وأنا أغرمكم الدية لوجود القتل بين أظهركم، وبدعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الأصل الثاني لأنهم إنما يكونون خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم، فإذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم. وقوله: (يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس). أما على الأصل الأول فمسألة الوكيل إذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم خاصم أو لم يخاصم كما مر. وأما على الأصل الثاني فمسألة الشفيعين إذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما لأنهما بعرضية أن يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها. وقوله: (ولو ادعى) ظاهر. وقوله: (على ما بيناه) إشارة إلى ما ذكر من مسألة وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر. وقوله: (ومن جرح في قبيلة) يعني ولم يعلم الجارح، لأنه لو علم سقط القسامة، بل فيه القصاص على الجارح إن كان عمداً والدية على العاقلة إذا كان خطأ، فإذا لم يعلم الجارح فلما أن يصير صاحب فراش حين جرح أو يكون صحيحاً حينئذ بحيث يجيء ويذهب، فإن كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق، وإن كان الأول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف لا شيء عليه وهو مذهب ابن أبي ليلى. ووجه قول أبي يوسف ظاهر، ووجه قول أبي حنيفة أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً ولهذا وجب القصاص، واعترض عليه بأنه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفترق في حق القصاص، فإنه إذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص، وأجيب بأن القسامة والدية، ردتا في قتل في محلة لم يعلم له

قال المصنف: (لأنه لما أقر بالقتل على واحد) أقول: إقرار القتل هنا على التجوز كما لا يخفى.

الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل. 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. وقال أبو يوسف: لا قسامة ولا دية) لأن الذي حصل في القبيلة والمحلة 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 الجرح فلا يلزم بالشك (ولو أن رجلاً معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث يوماً أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن) لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحاً في يده كوجوده فيها، وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسألة القبيلة (ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه) لأن الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرأ.

كان عاقلة الميت عاقلة الورثة. وصورة إن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة، فما معنى تخصيص حكمها بالصورة الأولى بمجرد الإشارة إلى إمكانها؟ ثم إن تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى يقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلته على التقدير الثاني ولم يقدر على التقدير الأول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف: أي على عاقلة ورثته، فالوجه في الدفع أن يقال: المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلته: أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول صورتين معاً. أما تناوله

قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الإمكان، والمجروح في محله لم يعلم جرحه إذا صار صاحب فراش قاتل شرعاً لأنه صار مريضاً مرض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كأنه مات حين جرح فوجب الدية والقسامة. وأما إذا كان صحيحاً يذهب ويجيء فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حيث جرح، فكذلك في الدية والقسامة. وقوله: (ولو أن رجلاً معه جريح الخ) حكمه ظاهر من مسألة من جرح في قبيلة فنقل إلى أهله ولهذا قال في آخره: وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسألة القبيلة. وقوله: (ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه) اعلم أن المصنف رحمه الله قال: فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله. ثم قال في دليله: وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم، وفيه تناقض ظاهر ومخالفة وبين الدليل والمدلول، ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم، فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم، وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة، ولما كان كل منهما ممكناً أشار إلى الأول في حكم المسألة وإلى الثاني في دليلهما. وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف: أي على عاقلة ورثته، وما ذكر في الكتاب من وجه المسألة للجانبين ظاهر، واعترض على وجه أبي حنيفة رحمه الله بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فإنما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم. وأجيب بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها دونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوراث فيه، وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثاً له. ثم اعلم بأنه صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة، في دليل أبي حنيفة رحمه الله إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ، فإن القسامة لم تذكر في الأصل. واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة، فمنهم من قال: لا تجب لأنها تختص بمن يعلمه بحال القاتل وليس ها هنا من يعلم فلا تلزم القسامة، ومنهم من قال: تجب لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحاله، واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية، وما أظنّه خبيراً بل الله ثراه: ولما استشعر ورود مسألة المكاتب إذا وجد قتيلاً في داره كالنقض على ما ذكر أشار إلى الجواب بقوله لأن حال ظهوره الخ: يعني إنما صار دم المكاتب هدرأ لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لأن الكتابة لا تنفسخ إذا مات عن وفاء

قال المصنف: (ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته) أقول: أي على عاقلة ورثته على تقدير المضاف، وإنما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القاتل، حتى لو اختلفت العواقل تكون على عاقلة الورثة كما صرح به المصنف في تقرير الدليل.

وله ان القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم، بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقية الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه (ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبحاً، قال أبو يوسف: يضمن الآخر الدية، وقال محمد: لا يضمنه) لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم. ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك. ولأبي يوسف أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطاً كما إذا وجد

الصورة الثانية وهي إن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر، وأما تناوله الصورة الأولى وهي إن كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلأن عاقلته وعاقلتهم إذ اتحدتا يصح نسبتهم إلى الورثة كما يصح نسبتهم إلى الميت، بل تكون نسبتهم إلى الورثة أولى ها هنا لأن الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت. وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فديته على عاقلته لورثته: أي على عاقلة ورثته لأنه لما وجد قتيلاً في الدار المملوكة لورثته لا له لأنه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم، وإنما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر، وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة، وإن كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الأصح، وعلى قياس طريقة أن غيره لو وجد قتيلاً فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب أن تكون الدية على عاقلة القاتل، كذا في المبسوط انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية، إلا أن في تقريره أيضاً شيئاً من الركاكة، فالأرجح ما قررناه من قبل تأمل ترشد قوله: (وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم) اعترض عليه بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة وإنما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم. وأجيب بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوراث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثاً له كذا في العناية وعليه أكثر الشراح. يرد على ظاهر هذا الجواب أنه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسألة، فإن المذكور فيه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة، ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون دية له لا لورثته. ويمكن دفعه بأن المراد بالمذكور في وضع جواب المسألة أن دية المقتول على عاقلته لورثته في ثاني الحال: أي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولاً، ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعزيز في كلمات الثقات. ثم أقول: بقي هنا إشكال قوي، وهو أنه قد مر أن دعوى ولي القاتل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القاتل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم، فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لأن الدار كانت لهم حال ظهور القتل، ولا يخفى ما فيه. ويمكن دفعه أيضاً بتمحل فليتأمل. وأجاب صاحب الغاية عن أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال: قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة، فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى. أقول: ليس هذا بشيء. أما أولاً فلأن الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الأنواع المخصوصة من المال كما تقرر في أول الدييات، وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به، فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسألة وهو قوله فديته على عاقلته لورثته، لأن دية المقتول مجموع ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم. وأما ثانياً فلأن المحذور المذكور في الاعتراض

بل يقضى به ما عليه، وإذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قاتل نفسه، ومن قتل نفسه كان دمه هدرًا، بخلاف الحر فإنه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك، وإنما انتقل إلى ورثته فكان كقتل وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية. وقوله: (ولو أن رجلين كانا في بيت) ظاهر. وقوله: (كما إذا وجد قاتل في

قتيل في محلة (ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان، والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب. وقال: أبو يوسف: 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 متحققه. قال المتأخرون: إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحلم في هذه المسألة لأننا أنزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلاً في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها. قال: هو على صاحب الأرض) لأنه أحق بنصره أرضه من أهل القرية.

المزبور إنما هو أن يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادى عليه قول المعترض فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم، لا أن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال إن من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد. على أن العاقلة إذا كانت أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك المجيب تكون الورثة أيضاً ممن وجبت عليه الدية، لأن الدية إنما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم. ومن وجبت لهم بالنظر إلى الورثة لا محالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى.

محلة) يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ها هنا. وقوله: (قال المتأخرون) أي من مشايخنا رحمهم الله (إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة) يشير إلى أنها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعامل إن شاء الله تعالى وإنما دخلت في هذه الصورة لأنها نزلت قاتلة تقديراً حيث دخلت في القسامة، فكما دخلت فيها دخلت في العقل أيضاً، بخلاف غيرها من الصور فإنها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل أيضاً. وقوله: (لأنه أحق بنصره أرضه) لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف: (وتهمة القتل من المرأة متحققه) أقول: مخالف لما مر في بيان قوله ولا قسامة على المرأة، وأشار الأكمل إلى جوابه في الدرس الثاني من المعامل.