

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

قال: (وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى، فإن كان يبول من الذكر فهو غلام، وإن كان يبول من الفرغ

كتاب الخنثى

قال في النهاية: لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة في المبال من ألتى النساء والرجال شرع في بيان أحكام من له ألتان فيه، وقد ذكر الأول لما أن الواحد قبل الألتين، أو لأن الأول هو الأعم والأغلب وهذا كالتأدير فيه انتهى. أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأن ما ذكر في الكتب السالفة من الأحكام ليس بمخصوص بمن له آلة واحدة، بل يعم من له آلة واحدة ومن له ألتان؛ ألا يرى أن الأحكام المارة في كتاب الوصيات مثلاً جارية بأسرها في حق الخنثى أيضاً، وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المتقدمة كلها أو جلها، فما معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له ألتان، وأما ثانياً فلأن قوله شرع في بيان أحكام من له ألتان ليس بتمام، إذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين، ووضع الفصل الأول لبيانه والفضل الثاني لأحكامه حيث قال: فصل في بيانه، ثم قال: فصل في أحكامه، فهو في هذا الكتاب إنما شرع حقيقة في بيان من له ألتان لا في بيان أحكامه، وإنما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الأول، وإن صح أن يقال شرع في أحكامه أيضاً بتأويل ما فما معنى تخصيص الشروع بالثاني في قوله شرع في بيان حكم من له ألتان، ويمكن التوجيه بعناية فتأمل. وقال في العناية: لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود اهـ. أقول: يتجه عليه أيضاً ما ذكرناه آنفاً من البحث الأول بل بعض البحث الثاني أيضاً فتأمل. وقال في غاية البيان: آخر كتاب الخنثى لوقوعه نادراً لأن الأصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة، إما آلة الرجل، وإما آلة الأنثى، واجتماع الألتين في شخص واحد في غاية الندرة، ولكن قد يقع ذلك فيحتاج إلى بيان حكمه، فلأجل هذا ذكره وأخره عن سائر الكتب لندرتة وقلة الاحتياج إلى بيانه اهـ. أقول: هذا جيد إلا قوله وقلة الاحتياج إلى بيانه، فإن ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون أحوج إلى البيان لكونه بعيداً عن الأذهان موقوفاً حاله على أمر خفي. وعن هذا قال في النهاية: ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الإهمال في البيان وإن ندر وجوده في الأزمان.

فصل في بيانه

قال صاحب العناية: فإن قيل: الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما، وما هنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل. قلت: كلامه في قوة أن يقال: هذا الكتاب فيه فصلان: فصل في بيان الخنثى

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود. ذكر في المغرب أن تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه. فإن قيل: الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما

كتاب الخنثى

فهو أنثى) لأن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورث؟ فقال من حيث يبول^(١) وعن علي رضي الله عنه مثله. ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وإن بال منهما فالحكم للأسبق) لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي (وإن كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة. وقالوا: ينسب إلى أكثرهما بولاً) علامة قوة ذلك العضو وكونه عضواً أصلياً، ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة. وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة، لأنه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر، وإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لأنه لا مرجح. قال: (وإذا بلغ الخشى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل) وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدي مستو، لأن هذه من علامات الذكورة (ولو ظهر له ثدي كشدي المرأة أو نزل له لبن في ثدييه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة) لأن هذه من علامات النساء (وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خشى مشكل) وكذا إذا تعارضت هذه المعالم.

وفصل في أحكامه، وما ذكرت فإنما هو في وقوعه في التفصيل لا في الإجمال اهـ. وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال وجوباً: ولك أن تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الأخرى عن الأولى، فإذا عتونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك في قوة تعنون الأولى به أيضاً وإن لم يصرح به في العادة، لكن صرح به هنا إشارة في أول الوهلة إلى أن هنا فصلاً آخر يذكر بعيدة وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه فتأمل انتهى. أقول: هذا كلام خارج عن سنن السداد. أما أولاً فلأن الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه لا لقطعه من شيء آخر مطلقاً، وقد أشار إليه صاحب العناية بقوله وهنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل؟ فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الأخرى عن الأولى إنما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقاً في الأولى لا تحقق الانفصال عما تقدم في الأولى أيضاً كما لا يخفى، والفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب. وأما ثانياً فلأنه كيف يحصل بالتصريح بالفصل هنا الإشارة في أول الوهلة إلى هنا فصلاً آخر يذكر بعيدة وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف، وإلا لزم أن يقتضي ذكر فصل في أحكامه ذكر فصل آخر أيضاً بعيدة ولم يذكر بعده فصل آخر قطعاً، وعن هذا تراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلاً واحداً ولا يذكرون بعده فصلاً آخر أصلاً.

وهانذا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل؟ قلت: كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان: فصل في بيان الخشى، وفصل في أحكامه، وما ذكرت فإنما هو في وقوعه في التفصيل لا في الإجمال قال: (وإذا كان النخ) أي قال القدوري: إذا كان للمولود فرج وذكر فهو خشى، والظاهر أن الواو الواقعة في أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر. وقوله: (فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح) وجه الدلالة أن الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة، ومنفعة هاتين الآتين عند الانفصال من الأم ليست إلا خروج البول منهما، وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك، فعرنا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مبالاً، فإذا بال من أحدهما عرف أن الآلة التي هي للفصل في حقه هذه والآخر زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر. وحاصلة إن ظهرت علامة الرجال فهو رجل، وإن ظهرت علامة النساء فهو امرأة، وإن لم يظهر شيء أو تعارضت العلامات فهو خشى مشكل، وهذا يرفع ما يقال: لا إشكال بعد البلوغ إلا إذا أريد به الغالب.

(١) وإا بمره. وقد صحح موقوفاً والمرفوع أخرجه البيهقي ٢٦١/٦ وابن عدي في الكامل ١٩/٦ كلاهما من حديث ابن عباس، وهو من طريق الكلبي، وهو محمد بن السائب عن أبي صالح به، وهذا إسناد وإا بمره، والكلبي منهم. كذب غير واحد. وقد قال البيهقي عقب حديثه: لا يحتج به. ثم أسنده عن علي موقوفاً من عدة طرق، وأسنده عن ابن المسيب من قوله، وكذا عن جابر ابن زيد، وهو في سنن الدارمي ٢٨٥٧ عن علي موقوفاً.

فصل في أحكامه

قال رضي الله عنه: الأصل في الخشني المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدين، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته. قال: (وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته (فإن قام في صف النساء فأحب إلي أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وإن قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي

فصل في أحكامه

أي في أحكام الخشني المشكل، وهو الذي لم تظهر فيه إحدى العلامات، وتعارضت اللامات لأن غير المشكل إما أن يكون رجلاً أو امرأة، وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل قوله: (وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء) هذا لفظ القدروي في مختصره. قال المصنف في تعليقه (لاحتماله أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم، ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته) أقول: في تحرير هذا التعليق نوع خلل، لأن قوله ولا النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال. وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال أنه امرأة لأنه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعاً أيضاً على قوله لاحتمال أنه امرأة، لأن المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله، فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء، ولا شك أنه لا معنى لتفرع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال أنه امرأة، إذ لا تأثير لاحتمال أنه امرأة في عدم تخلله النساء، بل مجرد احتمال أنه امرأة مما يجوز تخلله النساء، وإنما التأثير في عدم تخلله النساء لاحتمال أنه رجل، وكأن صاحب الكافي ذاق هذه البشاعة فغير تحرير المصنف في التعليق حيث قال: وإن وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة، ولا يتخلل النساء حتى تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل انتهى قوله: (فإن قام في صف النساء فأحب إلي أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) هذا لفظ محمد في الأصل قال جمهور الشراح: إنما قال باستحباب إعادة الصلاة دون الوجوب والأخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب، لأن المسقط وهو الأداء معلوم، والمسقط هو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم، فلو توهم أحب له أن يعيد الصلاة انتهى. وعزاه في النهاية والكفاية إلى المبسوط. أقول: فيه نظر، إذ لا يذهب على ذي فطنة أن كون المفسد موهوماً لا يرفع وجوب إعادة الصلاة عند تقرّر كون الأخذ بالاحتياط واجباً في باب العبادات كما صرحوا به، فإن الاحتياط يقتضي الاحتراز على الموهوم أيضاً، فالظاهر عندي ما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح هنا عنها، وهو أن قوله فأحب إلي أن يعيد صلاته فيما إذا كان الخشني المشكل مراهقاً، فإن الإعادة مستحبة في حقه تخلقاً واعتياداً. وأما إذا كان بالغاً فالإعادة واجبة لأنه إن كان

فصل في أحكامه

لما كان الغرض من ذكر الخشني معرفة أحكام الخشني المشكل، لأن غير المشكل إما أن يكون رجلاً أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم، ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال (الأصل في الخشني المشكل) ولم يقل المشككة، لأنه لما لم يعلم تذكيره وتأنيته والأصل هو الذكر لأن حواء خلقت من ضلع آدم اعتبره، (فإن قام في صف النساء فأحب إلي أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) قيل: وإنما قال باستحباب إعادة الصلاة ولم يقل بالوجوب والأخذ بالاحتياط في باب العبادات أولى، لأن المسقط وهو الأداء معلوم، والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم، فلوهم أحب له أن يعيد الصلاة. فإن قيل: الخشني إذا كان مراهقاً فلا إعادة عليه وإن أفسدها، فإن كان بالغاً فالإعادة واجبة، لأنه إن كان ذكراً وجب الإعادة، وإن كان

فصل في أحكامه

قوله: (قيل فيه نظر، إلى قوله: فليس للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها) أقول: نعم الأمر كما قال وقد مر تفصيله في كتاب الكراهية في مسائل النظر، إلا أنه يمكن أن يجاب عنه بأن مراد المصنف من قوله لأنه يباح للمملوكة النظر إليه رجلاً كان أو امرأة

خلفه بحدائهم احتياطاً) لاحتمال أنه امرأة. قال: (وأحب إلينا أن يصلي بقناع) لأنه يحتمل أنه امرأة (ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لأنه إن كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً لأن الستر على النساء واجب ما أمكن (وإن صلى بغير قناع امرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وإن لم يعد أجزأه (وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال) لأنه يباح للملوكة النظر إليه رجلاً كان أو امرأة. ويكره أن يختنه رجل لأنه عساه أنثى أو تختنه امرأة لأنه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا (وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمة من بيت المال) لأنه أعد لنوائب المسلمين (فلإذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها

ذكراً كان عليه الإعادة، وإن كان أنثى لم تلزمه الإعادة فتجب الإعادة احتياطاً على ما هو الحكم في باب العبادة قوله: (ويجلس في صلاته جلوس المرأة، لأنه إن كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً لأن الستر على النساء واجب ما أمكن) أقول: في هذا التعليل كلام، وهو أنه إن أراد بقوله وهو جائز في الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه، وإن أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال: وهو جائز في الجملة عند العذر، وكما صرح به في المبسوط والذخيرة، وبين وجه العذر هنا حيث قال: لأن الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من أبيين الأعداء اهـ. فهو مسلم لكن يرد حينئذ على قوله وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً أن يقال: ارتكاب المكروه أيضاً جائز عند العذر، واشتباه الحال من أبيين الأعداء فما الرجحان في جلوسه جلوس المرأة فتأمل في الدفع قوله: (وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة) قال صاحب النهاية: هذا التعليل وإن كان صحيحاً في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة، لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها مطلقاً، لأنه ذكر في استحباب المبسوط أن للأمة أن تنظر إلى مولاتها كما للأجنبيات، فعلم بهذا أنه لا تأثير للملك في إباحة النظر إلى سيدتها. والأولى في التعليل هنا ما ذكره في المبسوط والذخيرة فقال: لأنه متى اشترى الولي جارية للخنثى فإنه يملكها الخنثى، ثم إن كان الخنثى ذكراً فهذا نظر المملوكة إلى مالكة، وإن كان الخنثى أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وإنه مباح حالة العذر، فعلم بهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنثى، باعتبار أن نظر الجنس إلى الجنس أخف من نظره إلى خلاف الجنس، لا أن يكون للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها، إلى هنا لفظ النهاية. وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف: وفيه نظر، لأن ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر،

أنثى لا يلزمه فتجب احتياطاً، فما وجه قول أحب إلي أن يعيد. أجيب بأن مراده إذا كان مراهماً فالإعادة مستحبة تخلقاً واعتياداً، وأما إذا كان بالغاً فالإعادة واجبة، كذا في الذخيرة، فعلى هذا التقدير تكون إعادة من على يمينه ويساره وخلفه وبحدائه إذا قام في صف الرجال واجبة، لكن ذكر في المبسوط أن المراد بالإعادة هو الإعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة الرجل المرأة في حقهم موهرم. وقوله: (وأحب إلينا أن يصلي بقناع) يعني إذا كان مراهماً، وأما إذا بلغ بالسن فذلك واجب. وقوله: (وهو على الاستحباب) يعني إذا كان غير بالغ، وأما إذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال أو النساء فالإعادة واجبة. وقوله: (لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة) قيل فيه نظر، لأنه وإن كان صحيحاً في حق الرجل لكنه فاسد في حق المرأة، لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها، بل لها أن تنظر من مولاتها إلى ما لها أن تنظر إليه من الأجنبيات. والصواب في التعليل وإن كان أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وهو أحق منه إلى خلاف الجنس، فليس للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها. فإن قيل: فلو زوجه المولى امرأة بمهر يسير أغنته عن شراء الجارية بثمان كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير. أجيب بأن محمداً لم يقل ذلك لعدم التيقن

إباحة النظر لسيدتها مطلقاً ولسيدتها بالضرورة، فحينئذ يندفع الإشكال بالكلية قوله: (يعني إذا كان مراهماً، إلى قوله: لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضاً) أقول: إذا كان الكلام في المراهق فأفعاله لا توصف بالحل والحرم.

(ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير، وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء. وأن يخلو به غير محرم من رجل

ولهذا لو أصاب المرأة قرح أو جرح في موضع لا يحل النظر إليه تدأويه المرأة، وكذا نظر القابلة إلى فرج المرأة وقت الولادة يحل، فإذا جاز النظر بالعدر فإقامة السنة أيضاً عذر جاز لها أن تنتظر إلى فرجها انتهى. أقول: نظره ساقط، إذ يشترك في جواز النظر بالعدر إلى موضع العورة من الأمة المرأة والحرّة والمملوكة وغير المملوكة، فلم يكن للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها أصلاً. وتعليل المصنف بقوله لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة يشعر لا محالة بتأثير الملك في إباحة النظر إلى سيدتها كتأثيره في إباحة النظر إلى سيدها، فيردّ عليه ما قاله صاحب النهاية من أن هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة، وعن هذا أمضاء جماعة من الشراح منهم صاحب العناية، وقال صاحب الكافي في التعليل: لأنه يباح لمملوكته النظر إلى ذكره إن كان رجلاً قوله: (ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير) قال صاحب النهاية: وليس في قيد قوله في حياته زيادة فائدة، لأن الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما أن بعد الموت لو وجد ذاك اللباس لا لبس، والكراهة بعد الموت للملبس لا للميت، وقد اقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب العناية ردّ ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لأنه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيداً للإخراج لجواز أن يكون بعضها بياناً للواقع انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن حاصل دخل صاحب النهاية أن قوله في حياته قيد مستدرك لا فائدة فيه هنا لانفهام معناه مما ذكر فيما قبله وما بعده، ولا يذهب عليك أن كونه بياناً للواقع لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكره إذا كان الواقع مبيناً بدونه، فالوجه في الاعتذار عن ذكر ما ذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا: إلا أن المصنف تبع في ذلك لفظ المبسوط، وإنما وقع في لفظ المبسوط ذلك لأنه ذكر هذه المسألة بعد ذكر تكفين الخشى إذا مات فكان ذكر الحياة هناك لتبيين المقابلة لا للتقيد انتهى قوله: (وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء) قال جمهور الشراح: وهذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل، لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز للخشى التكشف للنساء، فإنه ليس المراد من التكشف إبداء

بصحة النكاح ما لم يتبين أمره، ومع هذا لو فعل كان صحيحاً لأن الخشى إن كان امرأة فهذا نظر الجنس إلى الجنس والنكاح لغو، وإن كان ذكراً فهو نظر المنكوحه إلى زوجها وقوله: (ويكره له في حياته لبس الحرير) قيل: لا فائدة لقوله في حياته فإنه لا لبس بعد الموت، وإنما هو لباس فكان معناه مفهوماً من قوله لبس، وهو مناقشة سهلة لأنه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيداً للإخراج لجواز أن يكون بعضها بياناً للواقع، وإنما كره ذلك لأن لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط، فإن الاجتناب عن الحرام فرض والإقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذراً عن الوقوع في الحرام. وقوله: (وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء) يعني إذا كان مراهقاً، والمراد بالانكشاف هو أن يكون في إزار واحد لا إبداء موضع العورة، لأن ذلك لا يحل لغير الأنثى أيضاً. وهذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل، لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز له التكشف للنساء في إزار واحد. وقوله: (وأن يخلو به) أي يكره أن يخلو به (غير محرم من رجل أو امرأة) لقوله ﷺ «ألا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان» وأمره في ذلك محتمل نظراً إلى حاله. وقوله: (لا علم لي في لباسه) يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح، وقول محمد ظاهر. وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن الحنث لا يثبت بالمشك. وقوله: (وإن قال بالقولين) يعني أن يقول كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر. وقوله: (لأنه ليس بمهمل) يعني أنه في الواقع ليس بخال عن أحد الحالين. وقوله: (لأنه دعوى يخالف قضية الدليل) لأنه يقتضي بقاء الإشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما لم يعلم به غيره. وقوله: (ينبغي أن يقبل) إنما قال بلفظ ينبغي لأن حكمه غير مذكور فلم يثبت به وقوله: (لأن حل الفسل غير ثابت بين الرجال والنساء) أي غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع، فإن النظر إلى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت، إلا أن نظر الجنس إلى الجنس أخف فلأجل الضرورة أبيح نظر الجنس عند الفسل، والمراهق كالبالغ في

أو امرأة، وأن يسافر من غير محرم من الرجال) توقيا عن احتمال المحرم (وإن أحرم وقد رافق قال أبو يوسف: لا علم لي في لباسه) لأنه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط، وإن كان أنثى يكره له تركه وقال محمد: (يلبس لباس المرأة) لأن ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل، ولا شيء عليه لأنه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فولدت خثى لم يقع حتى يستبين أمر الخثى) لأن الخث لا يثبت بالشك (ولو قال كل عبد لي حرّ أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خثى لم يعتق حتى يستبين أمره) لما قلنا (وإن قال القولين جميعاً عتق) للتيقن بأحد الوصفين لأنه ليس بمهمّل (وإن قال الخثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً) لأنه دعوى يخالف قضية الدليل (وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله) لأنه أعلم بحاله من غيره (وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء (فيتوقى لاحتمال الحرمة ويميم بالصعيد) لتعذر الغسل (ولا يحضر إن كان مراهماً غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكر أو أنثى (وإن سجي قبره فهو أحب) لأنه إن كان أنثى يقيم واجباً، وإن كان ذكراً فالتسجية لا تضره. (وإذا مات فصلي عليه وعلى

موضع العورة لأن ذلك لا يحل لغير الخثى أيضاً، ولكن المراد أن يكون في إزار واحد انتهى، وهكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية. أقول: ليس هذا بتأمّ عندي إذ على تقدير كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل على ما هو الأصح من الروايتين كما نص عليه المصنف في كتاب الكراهية يصح الحكم على الخثى المشكل بعدم جواز أن يكتشف للنساء أيضاً بناء على رواية كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما ذكرها المصنف في كتاب الكراهية نقلاً عن كتاب الخثى من الأصل، إذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلاً، كما لا يجوز له التكشف للرجال لاحتمال كونه امرأة، فلم يكن في هذه المسألة دلالة على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل إلى ذوات محارمه لا كون نظر المرأة إلى الرجل، لجواز أن يكون مبناها كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما زعموا تبصر قوله: (وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله لأنه أعلم بحالة من غيره) قال صاحب الغاية: وفي هذا التعليل نظر، لأنه إنما لا يكون مشكلاً إذا ظهرت فيه إحدى

وجوب ستر عورته، فإن كان مشكلاً لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيميم بالصعيد، وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فإنه يميم بالصعيد مع الخرقعة إن يمم الأجنبي، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت، وينظر الميمم إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة، ولا يشتري جارية للغسل كما كان يفعل للختان، لأنه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فإنه في حال الحياة وله أهلية المالكية فيها. وقوله: (وضع الرجل مما يلي الإمام والخثى خلفه) يعني اعتباراً بحال الحياة، لأنه يقوم بين صف الرجال والنساء، فكان في القرب من الإمام بعد درجة، فكذلك في حال الممات والأصل فيه قوله ﷺ «ليليني منكم أولو الأحلام والنهي» (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من علر جعل الخثى خلف الرجل) يعني يقدم الرجل إلى جانب القبلة لأن جهتها أشرف، فالرجل للتقريب إليه أولى، وقد جاء في الحديث «أنه ﷺ أمر بتقديم أكثرهم أخذاً للقرآن جانب القبلة» (ويجعل بينهما حاجز من صعيد) ليصير ذلك في حكم قبرين. وقوله: (وإن جعل على السرير نعش المرأة) النعش شبه المحفة مشتبه يطبق على المرأة إذا وضعت على الجنائزة، وقد تقدم في كتاب الصلاة. وقوله: (وإن كان ذكراً فقد زافوا على الثلاث) فلا بذلك بأس، لأن عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة، فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضائرة كما في حال

قال المصنف: (لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً، إلى قوله: فإن لم يكن مشكلاً الخ) أقول: يعني إن علم الإشكال أو لم يعلم الإشكال قال المصنف: (لأنه أعلم بحاله من غيره) أقول: قال الإتياني: وفيه نظر، لأنه إنما لا يكون مشكلاً إذا ظهرت فيه إحدى العلامات، فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى، فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى. وجوابه أن المراد إذا لم يعلم كونه مشكلاً كما أشرنا إليه فافهم.

رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام والخشى خلفه والمرأة خلف الخشى فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من علم جعل الخشى خلف الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويجعل بينهما حاجز من صعيد، وإن كان مع امرأة قدم الخشى) لاحتمال أنه رجل (وإن جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب إليّ) لاحتمال أنه عورة، ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب إليّ (يعني يكفن في خمسة أثواب لأنه إذا كان أنثى فقد أقيمت سنة، وإن كان ذكراً فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك. ولو مات أبوه وخلف ابناً فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثاً للابن سهمان، وللخشى سهم وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك) وقالوا: للخشى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي. واختلفا في قياس قوله قال محمد: المال بينهما على اثني عشر سهماً للابن سبعة وللخشى خمسة. وقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة للابن أربعة

العلامات، فعند ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى، فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى. أقول: مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فإن مراده بقوله وإن لم يكن مشكلاً، وإن لم يعلم أنه مشكل لا علم أنه ليس بمشكل، لأن معنى قوله فيما قبل إذا كان مشكلاً: إذا كان قد علم أنه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلاً عن الحاكم الشهيد، ويدل عليه أيضاً قول المصنف في تعليل ذلك لأنه دعوى تخالف قضية الدليل، فإن مخالفة دعواه قضية الدليل إنما يتصور فيما إذا كان قد علم أنه مشكل، فإذا كان معنى قوله فيما قبل إذا كان مشكلاً، إذا كان قد علم أنه مشكل يكون معنى قوله هنا وإن لم يكن مشكلاً: وإن لم يعلم أنه مشكل، لأنه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعاً، إذ لا يلزم من أن لا يعلم أنه مشكل أن يعلم أنه ليس بمشكل حتى يحكم بأنه ذكر أو أنثى بلا حاجة إلى قول نفسه، بل يجوز أن لا يعلم أنه مشكل أم لا بأن لا يعلم ظهور إحدى العلامات ولا عدم ظهورها، فحينئذ يتحقق الحاجة إلى قول نفسه وهو مسألة الكتاب هنا، ومحل التعليل بقوله لأنه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه. والعجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما يتبين عليه نظره كيف أورد النظر على التعليل دون نفس المسألة وهي أحق

الحياة، فإن للرجل أن يلبس حال حياته أزيد على الثلاثة، وأما إذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة، فإن السنة في كفنها خمسة أثواب قال: (ولو مات أبوه وخلف ابناً) أعلم أن الشيخ أبا الحسن القدوري ذكر قول محمد مع أبي يوسف، وكذلك أثبت المصنف في الكتاب، وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادى. وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبي حنيفة، ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي، فمحمد فسرّه على وجه ولم يأخذ به، وهو أن تجعل المسألة على سبعة، ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر، وهو تفسير محمد بأن تجعل على اثني عشر وأخذ به، وكان قول أبي يوسف أولاً كقول أبي حنيفة ومحمد فنقول على ما ذكر في الكتاب إذا مات أب الخشى وترك ابناً فالمال بينهما أثلاثاً عند أبي حنيفة للابن سهمان والخشى سهم وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك: أي غير كونه أنثى لظهور إحدى علامات الذكور بلا معارض فحينئذ يعتبر ذكراً. وقالوا: للخشى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى، وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس. واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد: المال بينهما على اثني عشر سهماً للابن سبعة وللخشى خمسة. وقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخشى ثلاثة، لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخشى يستحق ثلاثة الأرباع، لأن الخشى في حال ابن وفي حال بنت، وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة أرباع نصيب ابن فيضرب مخرج الربع وهو أربعة في سهم وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة فللخشى ثلاثة وللابن أربعة. ولمحمد أن الخشى لو كان ذكراً كان المال بينهما نصفين، وإن كان أنثى أثلاثاً فاحتجنا إلى حساب له نصف وثلث صحيح وأقل ذلك ستة، ففي حال المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة أسهم، وفي حال أثلاثاً سهمان للخشى وأربعة للابن، فسهمان للخشى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فينتصف فيكون له سهمان ونصف سهم، ولزم الكسر النصفي فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخشى خمسة وللابن سبعة. وفي تأخير قول محمد إشارة من المصنف إلى اختياره، وذلك لأن الكل متفقون على تقليل نصيبه، وما

وللخشى ثلاثة، لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخشى ثلاثة الأرباع، فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة. ولمحمد أن الخشى لو كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين، وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثاً احتجنا إلى حساب له نصف وثلاث، وأقل ذلك ستة، ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة، وفي حال يكون أثلاثاً للخشى سهمان وللابن أربعة، فسهمان للخشى ثابتان بيقين، ووقع الشك في السهم الزائد فيتتصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخشى خمسة وللابن سبعة. ولأبي حنيفة أن الحاجة ها هنا إلى أثبات المال ابتداء، والأقل

بوروده عليها على مدار فهمه معنى المقام بأن يقال لا معنى لهذه المسألة، لأنه إنما لا يكون مشكلاً إذا ظهرت فيه إحدى العلامات، فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أن أنثى، فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك فما معنى قول المصنف وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله قوله: (إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً) قال في العناية: وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به: يعني أوجبنا للخشى ميراث الأنثى للتيقن، وما تجاوزنا عنه إلى نصيب الذكر لأن المال ابتداء لا يجب بالشك، إلا أن يصيب الخشى أقل من نصيب الأنثى إن قدرناه ذكراً فحينئذ يعطي نصيب الابن

ذهب إليه محمد أقل مما ذهب إليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهماً. وطريق معرفته أن تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموعة أربعة وثمانين؛ ثم اضرب حصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصة الخشى منه ثلاثة فاضربه في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين، واضرب حصة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة وللخشى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلاثين، فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين، كذا أفاده الإمام حميد الدين (ولأبي حنيفة أن الحاجة هاهنا إلى إثبات المال ابتداء) لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكر أو الأنوثة، ولا شيء منهما بمعلوم، وإثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن (والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به) فأوجبناه كما إذا كان إثباته بطريق آخر فإنه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك إلى أن يقوم الدليل على الزائد، فإن من قال لفلان عليّ دراهم يحكم له بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد لكون الأول متيقناً به دون الزيادة. لا يقال: سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخشى والجهالة وقعت في القسمة بقاء فلا يمتنع الوجوب. لأننا نقول: ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث، وإنما هو في استحقاق المقدار، وسببه الذكر أو الأنوثة، ولا شيء منهما بمتيقن به فيما نحن فيه. وقوله: (إلا أن يصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً) استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به: يعني أوجبنا للخشى ميراث الأنثى المتيقن، وما تجاوزنا عنه إلى نصيب الذكر، لأن المال ابتداء لا يجب بالشك إلا أن يصيب الخشى أقل من نصيب الأنثى إن قدرناه ذكراً فحينئذ يعطي نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقناً به وهو أن يكون زوجاً وأماً وأختاً لأب وأم هي خشى، فإن قدرنا الخشى أنثى كان للزوج النصف وللأم الثلث وللخشى النصف والمسألة من ستة وتعود إلى ثمانية، وإن قدرناه ذكراً كان له الباقي بعد نصب الزوج وثلث الأم وهو السدس وهو أقل فقدرناه ذكراً، وإذا ترك امرأة وأخوين لأم وأختاً لأب وأم هي خشى، للمرأة الربع ولبنى الأخاف الثلث، فإن قدرنا الخشى أنثى ترث النصف تكون المسألة من اثني عشر وتعود إلى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاثة عشر، وإن قدرناه ذكراً كان له خمسة من اثني عشر وهو أقل فقدرناه ذكراً، ولو ماتت وتركت زوجاً وأختاً لأب وأم وخبى لأب كان للزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف ولا شيء للخشى، وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله أقل النصيبين أسوأ الحالين وهو مذهب عامة الصحابة: فإن قيل: إذا كان الخشى ممن يتوهم استبانة أمره في المال كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في الكتاب. قلت: كأنه أشار إلى ذلك في أول البحث بقوله وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك، يشير إلى أن الثلثين في تلك المسألة تدفع إلى الابن والثلث إلى الخشى، وعلى ذلك أكثرهم لأن سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة، وإنما ينتقص من ذلك لمزاحمة حق الغير، وحيث جعلنا

قوله: (استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى) أقول: ينبغي أن يكون استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن، لأن المراد المتيقن المعهود وهو ميراث الأنثى، وإنما قلنا ينبغي أن يكون الخ لأنه أقرب وأبعد عن التكلف فتأمل.

وهو ميراث الأنثى متيقن به، وفيما زاد عليه شك، فأثبتنا المتيقن قصراً عليه لأن المال لا يجب بالشك وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن، كذا هذا، إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً فحيث لا يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقناً به وهو أن تكون الورثة زوجاً، وأماً وأختاً لأب وأم هي ختى أو امرأة وأخوين لأم وأختاً لأب وأم هي ختى. فعندنا في الأولى للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للختى، وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث والباقي للختى لأنه أقل النصيبين فيهما.

في تلك الصورة لكونه متيقناً به انتهى. أقول: فيه نوع اختلال، لأن تفسيره مراد المصنف بقوله يعني أوجبنا للختى ميراث الأنثى للتيقن الخ يقتضي أن يكون قول المصنف إلا أن يصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن به قصراً عليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان، فيخالف هذا قوله في أول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به تدبر.

الختى أنثى ما زحمه إلا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقاً له، وهل يؤخذ من الكفيل؟ قال بعض مشايخنا: هو على الخلاف المعروف أن القاضي إذا دفع المال إلى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلاً في قول أبي حنيفة. وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل منه. وقال بعضهم: يحتاط في أخذ الكفيل منه هاهنا عندهم جميعاً، وإنما لم يجوز أبو حنيفة هناك للمجهول، وهنا إنما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاءه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الختى فيأخذ من الابن كفيلاً لذلك، فإن تبين أن الختى ذكر سترد ذلك من أخيه، وإن تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن، ومنهم من يقول يدفع الثلث إلى الختى والنصف إلى الابن ويوقف السدس إلى أن يتبين أمره، لأن المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف إلى أن يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود والله أعلم.

مسائل شتى

قال: (وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقبل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأولاً برأسه: أي نعم أو كتب، فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز، ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال الشافعي: يجوز في الوجهين. لأن المجوز إنما هو العجز وقد شمل الفصلين. ولا فرق بين الأصل والعارضي كالوجهي والمتوحش من الأهل في حق الذكاة، والفرق لأصحابنا رحمهم الله أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه، حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الأخرس، ولأن التفريط جاء من قبله حيث آخر الوصية إلى هذا الوقت، أما الأخرس فلا تفريط منه، ولأن العارضي على شرف الزوال دون الأصلي فلا ينقاسان، وفي الأبدية عرفناه بالنص. قال: (وإذا كان الأخرس يكتب كتاباً أو يوميء

مسائل شتى

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذّ ذكره في الأبواب السالفة من المسائل استداركاً للفاث، ويترجمون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل مثورة، فعمل المصنف هنا أيضاً كذلك جرياً على عادتهم قوله: (وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقبل له أنشهد عليك بما في الكتاب فأولاً برأسه: أي نعم أو كتب، فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز) قال الشراح: وإنما قيد بقوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار لأن ما يجيء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين: أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة لإنكار مثل أن يحرك رأسه عرضاً. والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار بأن يحرك رأسه طولاً إذا كان ذلك معهوداً منه في نعم انتهى. أقول: فيه نظر، لأنه لما فسر الإيحاء برأسه في تقرير المسألة بقوله: أي نعم تعين أن وضعها فيما جاء منه دلالة الإقرار فلم يبق حاجة في تقرير جوابها إلى قوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار، بل كان يكفي قوله فهو جائز كما لا يخفى قوله: (ولأن التفريط جاء من قبله حيث آخر الوصية إلى هذا الوقت، أما الأخرس فلا تفريط منه) أقول: لا يذهب عليك أن هذا التعليل يقتضي أن لا يجوز إشارة المعتقل لسانه، ولو امتد اعتقاله، لأن تأخير

مسائل شتى

قد ذكرنا قبل هذا أن ذكر مسائل شتى أو مسائل مثورة أو مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيها كان يحق ذكره فيه. قوله: (فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار) يشير إلى أن ما يجيء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين: أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الإنكار مثل أن يحرك رأسه عرضاً. والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار بأن يحرك رأسه طولاً إذا كان منه معهوداً في نعم. وقوله: (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء: إذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه. وقوله: (حتى لو امتد) أراد به سنة كذا ذكره التمرثاشي. وروي عن أبي حنيفة أنه قال: إن دامت العقلة إلى وقت موته يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه بأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس. قالوا: وعليه الفتوى. وقوله: (في الأبدية عرفناه بالنص) وهو ما روي عن رافع بن خديج «أن بعيراً من إبل الصدقات نذّ فرماه رجل وسمى فقتله، فقال عليه الصلاة والسلام: إن لها أوابد كأوابد الوحش، فإذا فعلت شيئاً من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه» وقوله: (ولا يحذ) أي الأخرس إذا قذف بالإشارة إلى الكتابة (ولا يحذ له) إذا كان مقدوفاً. وقوله: (وهو) أي العجز (في حق الأخرس أظهر منه في حق الغائب) لأن الظاهر من حال الغائب الحضور، والظاهر من حال الأخرس عدم زوال خرسه، فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الأحكام مع رجاء الحضور، فلأن يقبل في حق الأخرس مع اليأس عن زوال الخرس أولى. وقوله: (ثم الكتاب على ثلاث مراتب: مستبين، احتراز عن غير المستبين

مسائل شتى

قوله: (بأن يحرك رأسه طولاً) أقول: من فوق إلى تحت، وأما عكسه فدلالة الإنكار.

إيماء يعرف به فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتصر له ومنه، ولا يحد ولا يحد له) أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا؛ ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة إلى الغيب^(١)، والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الأخرس أظهر وألزم. ثم الكتاب على ثلاث مراتب: مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قولوا. ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار، وينوي فيه لأنه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية، وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم. وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ، وقد تثبت بدون اللفظ. والقصاص حق العبد أيضاً، ولا حاجة إلى الحدود لأنها حق الله تعالى، ولأنها تندريء بالشبهات، ولعله كان مصدقاً للقاذف فلا يحد للشبهة، ولا يحد أيضاً بالإشارة في القذف بالإشارة في القذف لانعدام القذف صريحاً وهو الشرط. ثم

الوصية قد جاء من قبله هناك أيضاً مع أنهم قالوا هذا بمنزلة الأخرس في الحكم كما صرح به المصنف فيما قبل آنفاً، ولعل صاحب الكافي تفتن له حيث طرح هذا التعليل من البين قوله: (أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الخ) أقول: فيه شيء، وهو أن هذا يدل على بعض المدعي ولا يدل على بعض الآخر، بل يدل على خلافه، فإن المدعي أن كتابة الأخرس حجة فيما سوى الحدود وليست بحجة في الحدود، وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود، إذ لا فارق فيه بين الحدود وما سواها، بل يدل على كونها حجة في الحدود أيضاً إذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قولوا، فإنه إذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضاً لم يكن حجة ضرورية فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضاً كما كان النطق حجة فيها أيضاً فليتأمل في المخلص قوله: (وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد) أقول: لقائل أن يقول: من هذه الأحكام الطلاق على ما صرح به في وضع المسألة وهو من حقوق الله تعالى، لأن فيه تحريم الفرج وهو حق الله تعالى لهذا لم تشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق، كما لم تشترط في الشهادة على عتق الأمة أيضاً بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به قاطبة ومز في الكتاب أيضاً في باب عتق أحد العبدین من كتاب العتاق. فإن قلت: ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة، بل فيه حق العبد أيضاً لتعلق حق الزوجين به فجاز أن يكون مدار قول المصنف لأنها من حقوق العباد على ذلك. قلت: مجرد تحقق حق العبد في شيء لا يكفي في كون إشارة الأخرس حجة فيه؛ ألا يرى أن إشارته لا تكون حجة في حق حد القذف مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقذوف، كما أن فيه حق الله تعالى، بل لا بد في كون

وهو الكتاب على الهواء، وإما مرسوم: أي معنون: أي مصدّر بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان، وبما ذكرنا علم الأقسام الثلاثة والحكم في كل منها ما ذكره. وقوله: (وينوي فيه) أي يطلب منه النية فيه. وقوله: (لأنه بمنزلة صريح الكتابة) أي الكتاب القولية كقوله أنت بائن وأمثاله. وقوله: (ولا تختص بلفظ دون لفظ) فإنه كما ثبت بالعربي يثبت بغيره (وقد ثبت بغير لفظ) أي يفعل بدل على القول كالتعاطي. وقوله: (ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك) أي لا يكون حجة (فيكون فيهما) أي في الأخرس والغائب الغير الأخرس روايتان. وقوله: (لأنه) أي الإشارة على تأويل المذكور. وقوله: (لأنه) أي محمداً (جمع هنا) أي في الكتاب (بينهما) بقوله يكتب كتاباً أو يومئ إيماء. وقوله: (وفي الكتابة زيادة بيان لم

(١) يشير المصنف إلى ما أخرجه مسلم ١٧٧٤ من حديث أنس «أن نبي الله ﷺ كتب إلى كسرى، وإلى قيصر، وإلى النجاشي، وإلى كل جبار يدعوهم إلى الله تعالى، وليس بالنجاشي الذي صلى عليه النبي ﷺ»

وأخرجه أيضاً الترمذي ٨٧، ٢٧٨٦ والبيهقي ١٠٧/٩ وابن حبان ٦٥٥٣.

وهناك كتب كثيرة أرسلها النبي ﷺ لتبليغ الدعوة منها الكتاب إلى هرقل، وهو في حديث صحيح. أخرجه البخاري ٤٥٥٣ ومسلم ١٧٧٣ والترمذي ٢٧١٧ وعبد الرزاق ٩٧٢٤ وأحمد ٢٦٣/١ وابن حبان ٦٥٥٥ كلهم من حديث ابن عباس.

الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة؛ ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد، ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وإن لم يوجد لفظ التعمد، وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوزات التي هي حق العبد. أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة. وذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه، ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان، ويحتمل أن يكون مفارقاً لذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهليه النطق، ولا كذلك الآخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة، ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة، بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أن لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة، لأنه

إشارته حجة من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص، لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ما عرف في موضعه، وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع، كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى، فإن الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد، حتى أن مطالبة المقذوف شرط في ثبوت حق القذف وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا، ولهذا لا يصح عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياص عنه ولا يجري الإرث فيه عندنا كما مر في الحدود، فما طنك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالباً على حق الله تعالى تفكر قوله: (وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوزات التي هي حق العبد، أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر، وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة) أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأن ما ذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيما مر في عدة مواقع: منها كتاب الكفالة فإنه قال فيه: فلا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة، لأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق. ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه: ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء، لأن فيها شبهة البدلية لقيامهما مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات. ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة: الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرى بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فإنه قال فيه: وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق، وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص. فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تندرى بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته. ومنها كتاب الدعوى فإنه قال فيه في باب اليمين: ومن ادعى قصاصاً على غيره فجحد استحلف بالإجماع، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لزمه الأرض فيهما، لأن النكول إقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال. ومنها كتاب الجنایات، فإنه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلاً مؤثراً في سقوط القصاص، وفرغ عليه كثيراً من مسائل سقوط القصاص بتحقيق نوع من الشبهة في كل واحدة منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب. وأما ثانياً فلأن

توجد في الإشارة) لأن فضل البيان في الكتابة معلوم حساً وعياناً حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة، بخلاف الإشارة فإن فيها نوع إبهام (وفي الإشارة زيادة أثر لم توجد في الكتاب لأنه) أي الإشارة (أقرب إلى النطق من آثار الأقلام) لأن العلم بالكتابة إنما يحصل بآثار الأقلام وهي منفصلة عن آثار المتكلم. وأما العلم الحاصل بالإشارة فاحصل بما هو متصل بالمتكلم وهو

قال المصنف: (ثم الفرق بين الحدود والقصاص، إلى قوله: لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوزات) أقول: وقد صرح في أوائل الجنایات أن الشبهة تؤثر في سقوط القصاص. تم.

حجة ضرورية، ولا ضرورة لأنه جمع ها هنا بينهما فقال: أشار أو كتب، وإنما استويا لأن كل واحد منهما حجة ضرورية، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة، وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتاب لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا (وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين لعارض) لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة، وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان. قال: (وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحزى فيها وأكل، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار. أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك، لأن الميتة المتينة تحل له في حالة الضرورة. فالتى تحتل أن تكون ذكية

قيد الخالصة في قوله أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك بل مخل هنا، فإن حذ القذف غير خالص لله تعالى، بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضاً زاجر لا يثبت بالشبهة، ولا تكون إشارة الأخرس حجة فيه أيضاً كما صرح به فيما مر آنفاً فلا يتم التقريب بالنظر إليه على التقييد المزبور قوله: (ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة) قوله: (لأنه جمع ها هنا بينهما فقال أشار أو كتب) قال صاحب الغاية: ولنا في دعوى الجمع بينهما نظر، لأنه قال في الجامع الصغير: وإذا كان الأخرس يكتب أو يومئ وكلمة أو لأحد الشئين لا للجمع، على أنا نقول: قال في الأصل: وإن كان الأخرس يكتب وكانت له إشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه ويبيعه فهو جائز، فيعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الأخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لأنه بين حكم إشارة الأخرس بشرط أن يكتب، فافهم إلى هنا لفظه. أقول: نظره ساقط جداً، إذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما الجمع في كل مادة من مواد إعلام الأخرس، بل مراده الجمع بينهما في جواز إعلام الأخرس مراده بأي واحد منهما، ولا شك في دلالة كلمة أو على هذا المعنى لأنها لأحد الأمرين بلا تعيين، فإذا أتى الأخرس بأي واحد منهما على انفراده يتحقق الإتيان بأحد الأمرين، ويجوز ذلك بحسب الشرع، أي يقبل ويعمل به بموجب قول محمد في جواب هذه المسألة فهو جائز، وأما علاوته التي ذكرها بقوله على أنا نقول الخ فليست بشيء أيضاً. لأن مراد المصنف دلالة مسألة الجامع الصغير على استواء الإشارة والكتابة من الأخرس ومعنى قوله لأنه جمع ها هنا بينهما أنه جمع في الجامع الصغير بينهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال في شرح قوله لأنه جمع هنا بينهما: أي جمع في الجامع الصغير بين الإشارة والكتابة، ولا ريب أن هذا لا ينافي إشارة مسألة الأصل إلى أن إشارة الأخرس لا تعتبر مع القدر على الكتابة، غاية الأمر أن يكون في المسألة روايتان ومثل ذلك كثير. فإن قلت: فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدر على الكتابة فإن ما ذهب إليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حثيثاً مبنياً على رواية الأصل، فما معنى نسبة التوهم إليهم؟ قلت: مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة أصلاً؛ أي في رواية ما. ولك أن تقول: يجوز أن يكون نسبة التوهم إليهم بالنظر إلى الدراية دون الرواية تأمل قوله: (وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحزى فيها وأكل، وإن كانت الميتة أكثر أو كان نصفين لم يأكل) قال في العناية أخذاً من النهاية: طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب، فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريره أنه طاهر، فقد جُوز التحري هناك فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز. وأجيب بأن وجه الفرق

إشارته بيده أو رأسه، والمتصل بالمتكلم أقرب إليه من المنفصل عنه فكان أولى بالاعتبار. وقوله: (وكذا الذي صمت يوماً أو يومين) عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه: أي لا يجوز إقراره بأن أوما برأسه أي نعم أو كتب. وقوله: (وإذا كانت الغنم مذبوحة الخ) ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب، فإن المسافر إذا كان معه ثوبان: أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريره أنه طاهر، فقد جُوز التحري هناك فيما إذا كان الثوب النجس والثوب الطاهر نصفين، وفي الذكية والميتة لم يجوز. وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم

أولى، غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة فلا يتركه عن غير ضرورة. وقال الشافعي: لا يجوز الأكل في حالة الاختيار وإن كانت المذبوحة أكثر لأن التحري دليل ضروري فلا يصار إليه من غير ضرورة، ولا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار. ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة؛ ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرّم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح تناول اعتماداً على الغالب، وهذا لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطيع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعاً للحرص كقليل النجاسة وقليل الانكشاف، بخلاف ما إذا كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب لأنه لا ضرورة فيه، والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

هو أن حكم الثياب أخف من غيرها، لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعض ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، بخلاف ما نحن فيه من الغنم، ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس فإن كان ثلاثة أرباعه نجساً وربعه طاهر يصلي فيه ولا يصلي عرياناً بالإجماع، فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلان تجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى انتهى. أقول: لا الشبهة شيء ولا الجواب عندي. أما الأول فلان تجوز التحري فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين إنما هو في حالة الاضطرار بأن لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به، وعدم تجويزه فيما إذا كانت الميتة والذكية نصفين إنما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار، أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك فلا تتوجه المطالبة بالفرق بين المسألتين رأساً لظهور اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعاً. وأما الثاني فلان ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها، لأن جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة إذ ذاك إنما هو في حالة الاضطرار كما أنصح عنه المجيب بقوله لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك إنما هو في حالة الاختيار كما تحققته، فمن أين يثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقاً حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسألتين.

قال مؤلف الكتاب رحمه الله

هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهداية، ألقته مع توزّع خاطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال، وسميته: (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار) لاشتغاله على ثلاثة من التصرفات التي لم يسبقني إليها أحد من الثقات، ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، فله الحمد والمنة وله الكبرياء، ربنا آتينا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار، ربنا فاغفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا وتوفنا مع الأبرار، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والأنصار. تم.

الثياب أخف من غيرها لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، بخلاف ما نحن فيه من الغنم. ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس، فإن كان ثلاثة أرباعه نجساً وربعه طاهر يصلي فيه، ولا يصلي عرياناً بالإجماع، فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلان تجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى، والله سبحانه وتعالى أعلم.