

[1]

(الجزء السابع والعشرون من) كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي
وكتب ظاهر الرواية أنت * ستا وبالاصول أيضا سميت صنفا محمد
الشياني * حرر فيها المذهب النعماني الجامع الصغير والكبير * والسير
الكبير والصغير ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط ويجمع
الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي أقوى شروحه الذي
كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي (تنبيه) قد باشر جمع من
حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة
من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان دار المعرفة بيروت - لبنان

[2]

بسم الله الرحمن الرحيم (باب الناحس) (قال رحمه الله) وإذا سار الرجل
على دابة في الطريق فنخسها رجل أو ضربها فنفتحت برجلها رجلا فقتلته
كان ذلك على الناحس دون الراكب لان نخسه جناية فما تولد منه كان
مضمونا عليه وانما تكون النفحة بالرجل جبارا إذا كان يسير في الطريق
قال بلغنا ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود وان
نفتحت الناحس كان دمه هدرا لان ذلك تولد من نخسه فصار كانه هو الذي
جنى على نفسه ولو ألقى الراكب من تلك النخسة فقتلته كانت ديته على
عاقلة الناحس لانه تولد ذلك من نخسه وجنابته وكذلك لو وثبت من نخسه
على رجل فقتلته أو وطئت رجلا فقتلته لان ذلك تولد من جنابته والواقفة
في ذلك والتي تسير سواء لان ذلك من تولد من نخسه فكان الضمان على
عاقلته قال ولو نخسها باذن الراكب كان ذلك منزلة فعل الراكب لو نخسها
ولا ضمان عليه في نفتحها وهي تسير لان النفحة في حال السير هدر
لقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ولو وطئت رجلا في سيرها وقد
نخسها هذا باذن الراكب كانت الدية عليهما جميعا إذا كان في فورها الذي
نخسها فيه لانه لما نخس باذن الراكب صار بمنزلة السائق والراكب سائقا
وراكبا كان الضمان عليهما نصفين وهذا إذا كان في ذلك الفور الذي
نخسها فيه فاما إذا انقطع ذلك الفور كما إذا سارت ساعة وتركها من
السوق فالضمان على الراكب خاصة لان فعل الناحس قد انقطع وبقي
فعل الراكب قال وإذا نخس الرجل الدابة ولها سائق بغير اذن السائق
فنفتحت رجلا فقتلته فالضمان على الناحس وكذلك لو كان لها قائد لان ذلك
تولد من نخسه وان نخس باذن السائق أو باذن القائد فنفتحت رجلا فقتلته
فلا ضمان عليه ولا عليهما لان الناحس صار سائقا والنفحة بالرجل جبار
في هذه الحالة قال وإذا قاد الرجل الدابة فنخسها رجل آخر فانفلتت من
القائد ثم

أصابته في فورها ذلك فضمن ذلك على الناخس لان حكم قوده قد انقطع وصار الناخس جانيا فضمن ذلك عليه قال وان كان الناخس عبدا فجناية الدابة في رقبة العبد يدفع بها أو يفدي لانه بمنزلة جنايته بيده وان كان الناخس صيبا فهو كالرجل في ان ضمان الدية يجب على عاقلته وان مرت الدابة بشئ نصب في ذلك الطريق فنخسها ذلك الشئ فنفتحت انسانا فقتلته فهو على الذي نصب ذلك لانه متعدد في نصب ذلك الشئ في الطريق فكان نخس ذلك الشئ للدابة بمنزلة نخس الذي نصبه وان كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبدا لغيره فنخس دابته فنفتحت فلا ضمان على أحد منهما لان فعل المأمور كفعل الامر عبدا كان المأمور أو حرا فان وطئت في فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعها مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب الا أن المولى يرجع على الامر بالاكل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار للعبد غاصبا باستعماله اياه في نخس الدابة فإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له وكذلك لو أمره بالسوق أو بقود الدابة ولو كان الراكب عبدا فأمر عبدا آخر فساق دابته فأوطأت انسانا فقتلته فالدية في اعناقهما نصفين يدفعان بها أو يفديان بمنزلة السائق مع الراكب ولا شئ على الراكب لمولى العبد المأمور إذا كان الراكب محجورا عليه حتى يعتق لان سبب وجوب هذا الضمان استعماله اياه بالقول والمحجور لا يؤخذ بضمن القول حتى يعتق وإذا عتق كان عليه قيمة المأمور وان كان تاجرا أو مكاتبا فهو دين في عنقه لانه لا يؤخذ بضمن القول فكذلك السائق في الحال وإذا أقاد الرجل قطارا في طريق المسلمين فما وطئ أول القطار وآخره فالقائد ضامن له وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان القائد مقرب ما أصاب بالصدمة أو غير ذلك وكذلك السائق مقرب من ذلك ومشتركان في الضمان لاستوائهما في السبب وهذا لان السوق والقود في الطريق مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة الركوب فكما ان الراكب يجعل ضامنا بما تلف بسبب يمكن التحرز عنه فكذلك السائق والقائد والمعنى في الكل ان الدابة في يده فعليه أن يتحرز عما يمكن التحرز عنه في صرف الدابة بسوقه أو بقوده وان كان معها سائق للابل ووسط القطار فالضمان في جميع ذلك عليهم أثلاثا لان الذي هو في وسط القطار سائق لما بين يديه فعليه أن يتحرز عما يمكن التحرز عنه من الابل قائدا لما خلفه والسائق والقائد في حكم الضمان سواء وكذلك ان كان يكون أحيانا ووسطها وأحيانا يتقدم

وأحيانا يتأخر لانه في جميع هذه الاحوال سائق للقطار أو قائد ولو كان الرجل راكبا ووسط القطار على بعير ولا يسوق منها شئاً لم يضمن شئاً مما تصيب الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لما بين يديه فان ثقل السوق في الرجز على الابل والضرب ولم يوجد منه شئ من ذلك وهو معهم في الضمان فيما أصاب البعير الذي هو عليه وما خلفه أماما في البعير الذي هو عليه فلانه راكب والراكب شريك السائق والقائد في الضمان وأما ما خلفه فلانه قائد لما خلفه لان ما خلفه زمامه مربوط ببعيره ومشى البعير الذي هو عليه يضاف إلى الراكب فيجعل هو بهذا المعنى كالقائد لما خلفه وقال بعض المتأخرين هذا إذا كان زمام ما خلفه يقوده بيده وأما إذا كان هو نائما

على بعيه أو قاعدا لا يفعل شيأ لا يكون به قائدا لما خلفه فلا ضمان عليه في ذلك وهو في حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بعيه وإذا أتى الرجل ببعير فربطه إلى القطار والقائد لا يعلم وليس معها سائق فأصاب ذلك البعير انسان ضمن القائد لانه قائد لذلك البعير والقود سبب لوجوب الضمان ومع تحقق سبب الضمان لا يسقط الضمان لجهله ثم يرجع القائد على الذي ربط البعير بذلك الضمان لانه هو الذي ألزمه ذلك الضمان حين ربط البعير بقطاره وهو متعد فيما صنع فيكون له أن يرجع عليه بما يلحقه من الضمان ولو كان البعير واقعا حين ربطه بالقطار ثم قاد فأصاب ذلك البعير شيأ فالضمان على القائد ولا يرجع على الذي ربط البعير بذلك الضمان لانه هو الذي ربط البعير بقطاره كان هو السبب لما يلحقه من الضمان فيثبت له حق الرجوع به عليه وفي الوجهين جميعا ان علم صاحب القطار وقاد القطار على حاله لم يكن له أن يرجع على الرابط بشئ من الضمان لانه بعد ما علم صاحب القطار فقد صار ضامنا بفعله فيجعل كأنه ربط بامرته ولو سقط شئ مما يحمل الابل على انسان فقتله أو سقط بالطريق فعثر فمات كان الضمان في ذلك على الذي يقود الابل وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان هذا مما يمكن التحرز عنه بان يشد الحمل على البعير على وجه لا يسقط وانما يسقط لتقصير كان من القائد والسائق في الشد فكأنه أسقط ذلك بيده فيكون ضامنا لما تلف بسقوطه عليه ولمن يعثر به بعد ما سقط في الطريق لانه شئ أحدثه في طريق المسلمين وإذا سار الرجل على دابته في الطريق فعثر بحجر وضعه رجل أو بركان قد بناه رجل أو بماء قد صبه رجل فوقعت على انسان فمات فالضمان على الذي أحدث ذلك في الطريق لانه ممنوع من احداث شئ من ذلك في طريق المسلمين فان الطريق معد لمرور الناس فيه فيما يضر بالمارة

[5]

أو يحول بينهم وبين المرور فيه يكون هو ممنوعا من احداث ذلك وبهذا الطريق يصير المحدث كالدافع للدابة على ما سقطت عليه فيكون الضمان عليه دون الراكب قالوا هذه إذا لم يعلم الراكب بما أحدث في الطريق فان علم بذلك وسير الدابة على ذلك الموضوع قصدا فالضمان عليه لانه طرأ على فعل الذي أحدث فعل آخر ممن هو مختار فيفسخ به حكم فعل الاول ويكون الضمان على الثاني بمنزلة من وضع حجرا على الطريق فزحزحه رجل آخر إلى جانب آخر من الطريق ثم عثر به انسان كان الضمان على الثاني دون الاول ولو سار على دابته في ملكه فأوطأت انسانا بيد أو رجل فقتلته فعليه الدية والكفارة جميعا لان الراكب مباشر للقتل فيما أوطأت دابته والمباشرة في ملكه وفي غير ملكه سواء في ايجاب الضمان عليه كالرمي فان رمى في ملكه فأصاب انسانا كان عليه ضمانه وان كان سائقا أو قائدا فلا ضمان عليه في ذلك لانه تسبب بتقريب الدابة من محل الجنابة والمتسبب انما يكون ضامنا إذا كان متعديا بسببه وهو في ملك نفسه لا يكون متعديا في سوق الدابة ولا قودها فهو نظير القاعد في ملكه إذا عثر به انسان والدليل على الفرق ان السائق والقائد في الطريق لا تلزمه الكفارة لانعدام مباشره القتل منه والراكب تلزمه الكفارة ولو أوقفها في ملكه فأصاب انسانا من أهله أو أجنبيا دخل بآذنه أو بغير آذنه فلا ضمان عليه لانه غير متعد في ايقافها في مكله وكذلك الكلب العقور في دار مخلى عنه أو مربوطا لان صاحب الكلب غير متعدى في امساكه في ملكه ولو ربط دابته في الطريق فجالت في رباطها من غير أن يحلها أحد فما

أصابته فهو على الذي ربطها لانه متعدد في ربطها في الطريق وفي أي موضع وقعت بعد أن تكون مربوطة فذلك يكون مضافاً إلى من ربطها لان الرباط يعلم حين ربطها انه تحول في ربطها بهذا القدر فلا يكون تغييرها عن حالها مبطلا للضمان عنه بعد أن يكون الضمان بالرباط كما هي الا أن يحل الرباط وتذهب فحينئذ تكون في معنى المنفصلة وكذلك كل بهيمة من سبع أو غيره إذا أوقفه رجل على الطريق فهو متعدد في هذا النسب حكماً ضامن لما يتلف به ما لم يتغير عن حاله وكذلك لو طرح بعض الهوام على رجل فلدغه ذلك فهو ضامن له لانه متعدد في هذا التسبب ولا يقال قد طرأ على تسببه مباشرة وهو اللدغ من العقرب أو الحية لان ذلك غير صالح لبناء الحكم عليه فلا يقطع به حكم التسبب الموجود ممن ألقاه عليه

[6]

بمنزلة مشى الماشي وفعله في نفسه في مسألة حفر البئر فانه لا يكون ناسخاً للتسبب الموجود من الحافر في حكم الضمان والله أعلم (باب ما يحدث الرجل في الطريق) (قال رحمه الله) وإذا وضع الرجل في الطريق حجراً أو بنى فيه بناء أو أخرج من حائطه جذعاً أو صخرة شاخصه في الطريق أو أشرع كنيفاً أو حياضاً أو ميزاباً أو وضع في الطريق جذعاً فهو ضامن لما أصاب من ذلك لانه مسبب لهلاك ما تلف بما أحدثه وهو متعدد في هذا التسبب فانه أحدث في الطريق ما يتضرر به المارة أو يحول بينهم وبين المرور في الطريق الذي هو حقهم ووجوب الضمان لصيانة دم المتلف عن الهدر فإذا أمكن إيجابه على المسبب لكون متعدياً في تسببه نوجه عليه وان لم يكن قاتلاً في الحقيقة حتى لا تلزمه الكفارة عندنا ولا يحرم الميراث وقال الشافعي لما جعل التسبب كالمباشرة في حكم الضمان فكذلك في حكم الكفارة وحرمان الميراث ولكننا نقول الكفارة وحرمان الميراث جزاء قتل محظور ولا يوجد ذلك في التسبب لانه لا يتمكن أن يجعل قاتلاً باحداث ذلك ولا مقتولاً عند احداثه ولا يمكن أن يجعل قاتلاً عند الاصابة فلعل المحدث ميت عند الاصابة وكيف يكون الميت قاتلاً والدليل عليه أن القتل لا يكون الا بفعل القاتل والقتل نوعان عمد وخطأ ففي كل ما يتصور العمد في جنسه بتصور الخطأ أيضاً والقتل العمد بهذا الطريق لا يتحقق فكذلك الخطأ وحرمان الميراث باعتبار توهم القصد إلى استعجال الميراث وذلك في العمد لا يشكل وفي الخطأ يحتمل أن يكون الخطأ أظهر من نفسه وهو قاصد إلى ذلك وهذا لا يتحقق في هذه المواضع وعلى هذا الاصل قال علماؤنا رحمهم الله الكفارة وحرمان الميراث لا يثبت في حق الصبي والمجنون بالقتل لانه جزاء قتل محظور وفعل الصبي لا يوصف بذلك فالخطأ شرعاً يبنى على الخطاب وعند الشافعي يثبت الكفارة وحرمان الميراث في حقهما كما ثبتت الدية وعلى هذا قلنا إذا قضى القاضي على مورثه بالقصاص لم يحرم الميراث وان رجعوا لا تلزمهم الكفارة لان ذلك جزاء فعل محظور والقاضي بقضائه لا يصير قاتلاً وكذلك شهود القصاص لا يحرمون الميراث وان رجعوا لا تلزمهم الكفارة لان ذلك جزاء قتل محظور وهم بالشهادة ما صاروا قاتلين مباشرة فان عثر بما أحدثه في الطريق رجل فوقع على آخر فماتاً فالضمان على الذي أحدثه في الطريق لانه بمنزلة الدافع لمن يعثر بما أحدثه فكأنه دفعه بيده على غيره فلا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع

في هذه الحالة والمدفوع كالألة وإذا نحى رجل شيئاً من ذلك عن موضعه فعطب به آخر فالضمان على الذي نحاه وقد خرج الأول من الضمان لأن حكم فعله قد انفسخ بفراغ الموضع الذي شغله بما أحدث فيه وإنما شغل بفعل الثاني في موضع آخر فهو كالمحدث لذلك في ذلك الموضع والقاء التراب في الطريق واتخاذ الطين فيه بمنزلة القاء الحجر والخشبة ولو أن رجلاً كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان لم يضمن لأنه لم يحدث في الطريق شيئاً إنما كنس الطريق لكيلا يتضرر به المارة ولا يؤذيهم التراب فلا يكون هذا متعدياً في هذا السبب ولو رش الطريق أو توضع في الطريق فعطب بذلك الموضع إنسان فهو ضامن لأن ما أحدث في الطريق من صب الماء يلحق الضرر بالمرارة ويحول بينهم وبين المرور مخافة أن تزل أقدامهم ومنها كله في طريق هو للعمامة فإن كان في سكة غير نافذة والذي فعل ذلك من أهل السكة لم يضمن لأن ذلك الموضع مشترك بينهم شركة خاصة وقد بينا أن أحد الشركاء إذا أحدث من ذلك في الملك المشترك لم يكن ضامناً وإذا أضرع الرجل جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله فالضمان على البائع لأنه كان جانياً بوضع الجناح فإن ساء الطريق كرقية الطريق فمن أحدث فيه شيئاً يكون جانياً وبالباع لم ينسخ حكم فعله لأنه لم ينزع الموضع الذي شغله بما أحدثه فبقى ضامناً على حاله (الاترى) أنه ولو وضع الجناح في غير ملكه كان ضامناً لما تلف به فلما كان عدم الملك لا يمنع انعقاد سبب الضمان فكذلك لا يمنع بقاءه ولا شئ على المشتري لأنه ما أحدث في الطريق شيئاً وكذلك الميزاب فإن سقط الميزاب يصرفان فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان فيه عليّ أحد لأنه إنما وضع ذلك الطرف من الميزاب في ملكه وأحداث شئ في ملكه لا يكون تعدياً وإن أصابه ما كان خارجاً منه من الحائط فالضمان على الذي وضعه لأنه متعد في ذلك الطرف فإنه شغل به هواء الطريق فإن لم يعلم أيهما أصابه ففي القياس لا شئ عليه لأنه إن كان أصابه الطرف الداخل لم يضمن شيئاً وإن أصابه الطرف الخارج فهو ضامن والضمان بالشك لا يجب لأن فراغ ذمته ثابت يقينا وفي الاشغال شك وفي الاستحسان هو ضامن للنصف لأنه في حال هو ضامن للكُل وفي حال لا شئ عليه فيتوزع الضمان على الاحوال ليتحقق به معنى النظر من الجانبين وإذا استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع قتل إنساناً فإن سقط من عملهم قبل أن يفرغوا منه فالضمان عليهم دون رب الدار لأنه إنما سقط لتقصيرهم في الإمساك فكأنهم ألقوا ذلك

فيكونون قاتلين مباشرة فيلزمهم الدية والكفارة ويحرمون الميراث وإن سقط ذلك بعد فراغهم من العمل فالضمان فيه على رب الدار استحساناً وفي القياس هذا كالأول لأنهم باشروا أحداث ذلك في الطريق وصاحب الدار ممنوع من أحداثه وإنما يعتبر فيما أمره في ماله أن يفعله بنفسه ولكنه استحساناً لحديث شريح فإنه قضى بالضمان على مثله على رب الدار والمعنى فيه أنهم يعملون له ولهذا يستوجبون الأجر عليه وقد صار عملهم مسلماً إليه بالفراغ منه فكأنه عمل ذلك بنفسه بخلاف ما قبل الفراغ فإن عملهم لم يصر مسلماً إليه بعد وهذا لأنه إنما يحدث ذلك في فئاته وببإحاله فيما بينه وبين ربه أحداث مثل ذلك في فئاته إذا كان لا يتضرر به غيره

ولكن لكون الفناء غير مملوك لم يتقيد بشرط السلامة فهذا اعتبر أمره في ذلك وجعل هو كالمقاتل لنفسه ولو وضع ساحة في الطريق أو خشبة باعها من رجل وبرئ إليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على الذي وضعها لانه كان متعديا في وضعها فما بقيت في ذلك المكان بقي حكم فعله وكما أن انعدام ملكه في الخشبة لا يمنع وجوب الضمان عليه بوضعها في الطريق فكذلك زوال ملكه بالبيع وإن كان جميع ما ذكرنا في ملك قوم أشرعوه في ملكهم فلا ضمان في شئ من ذلك وإن كان أشرعه بعضهم دون بعض فعليه الضمان يرفع عنه بحصة ما ملكه من ذلك لان أحد الشركاء لا يملك البناء في الملك المشترك بغير رضا شركائه فهو جان باعتبار ارضائهم غير جان باعتبار نصيبه فيتوزع الضمان على ذلك بمنزلة أحد الشركاء في الجارية إذا وطئها يلزمه العقر ويرفع عنه من ذلك حصته وذلك بخلاف ما لو توضع فيه أو صب فيه ماء أو وضع متاعا لان ذلك يتمكن من فعله كل واحد من الشركاء شرعا فيستحسن أن لا يجعله ضامنا به بخلاف البناء وإذا وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا فهو ضامن له لانه متعد في احداث النار في الطريق فان حركته الريح فذهب به إلى موضع آخر ثم احرق شيئا فلا ضمان عليه لان حكم فعله قد انتسخ بالتحول من ذلك الموضع إلى موضع آخر قال وهذا إذا لم يكن اليوم يوم ريح فان كان ريحا فهو ضامن لانه كان عالما حين ألقاه ان الريح يذهب به من موضع إلى موضع فلا ينسخ حكم فعله بذلك بمنزلة الدابة التي جالت برياطها والله أعلم (باب الحائط المائل) (قال رحمه الله) وإذا مال حائط الرجل أو وهى فوق على الطريق الاعظم فقتل انسانا فلا

[9]

ضمان على صاحبه لانه لم يوجد منه صنع هو تعد فانه وضع البناء في ملكه فلا يكون متعديا في الوضع ولا صنع له في مثل الحائط ولكن هذا إذا كان بناء الحائط مستويا فان كان بناه في الاصل مائلا إلى الطريق فهو ضامن لمن يسقط عليه لانه متعد في شغل هواء الطريق ببنائه وهواء الطريق كاصل الطريق حق المارة فمن أحدث فيه شيئا كان متعديا ضامنا فأما إذا بناه مستويا فانما شغل ببنائه هواء ملكه وذلك لا يكون تعديا منه فلو أشهد عليه في هذا الحائط المائل فلم يهدمه حتى سقط وأصاب انسانا ففي القياس لا ضمان عليه أيضا وهو قول الشافعي لانه لم يوجد منه صنع هو تعد والاشهاد فعل غيره فلا يكون سببا لوجوب الضمان عليه لكن استحسنا علماؤنا رحمهم الله ايجاب الضمان روي ذلك عن علي رضي الله عنه وعن شريح والنخعي والشعبي وغيرهم من أئمة التابعين وهذا لان هواء الطريق قد اشتغل بحائطه وحين قد أشهد عليه فقد طولب بالتفريغ والرد فإذا امتنع من ذلك بعد ما تمكن منه كان ضامنا بمنزلة ما لو هبت الريح بثوب القته في حجر فطالبه صاحبه بالرد عليه فلم يفعل حتى هلك بخلاف ما قبل الاشهاد ولانه لم يطالب بالتفريغ فهو نظير الثوب إذا هلك في حجره قبل أن يطالبه صاحبه بالرد ثم لا معتبر بالاشهاد وانما المعتبر التقدم إليه في هدم الحائط فالمطالبة تتحقق وينعدم به معنى العذر في حقه وهو الجهل بميل الحائط الا أنه ذكر الاشهاد احتياطا حيث إذا جحد صاحب الحائط التقدم إليه في ذلك أمكن اثباته عليه بالبينة بمنزلة الشفيع فالمعتبر في حقه طلب الشفيعه ولكن يؤمر بالاشهاد على ذلك احتياطا لهذا المعنى وهذا التقدم إليه يصح من كل واحد من الناس مسلما أو ذميا رجلا كان أو امرأة لان الناس في المرور في الطريق شركاء والتقدم إليه صحيح عند السلطان وعند غير السلطان لانه مطالبة بالتفريغ وغير مطالبة

في الطريق ولكل أحد حق في الطريق فينفرد بالمطالبة بتفريغه وصورته أن يقول له ان حائطك هذا مائل فهدمه وذكر عن الشعبي انه كان يمشى ومعه رجل فقال الرجل ان هذا الحائط لمائل وهو لعامر ولا يعلموا الرجل انه عامر فقال عامر ما أنت بالذي يفارقني حتى أنقضه فبعث إلى الفعلة فنقضه فعرفنا أن الاشهاد بهذا اللفظ يتم وبعد الاشهاد ان تلف بالحائط مال فالضمان في ماله وان تلف به نفس فضمان دينه على عاقلته لان هذا دون الخطأ ولا كفارة عليه فيه لانعدام مباشره القتل منه ويستوى أن شهد عليه رجلان أو رجل وامرأتان في التقدم إليه لان الثابت بهذا التقدم ما لا يندرى بالشبهات وهو المال

[10]

وإذا باع الحائط بعد ما أشهد عليه برئ من ضمانه لانه انما كان جانيا بترك الهدم مع تمكنه منه وبالبيع زال تمكنه من هدم الحائط فيخرج من أن يكون جانيا فيه بخلاف الجناح فهناك كان جانيا باصل الوضع * يوضحه أن ابتداء الاشهاد عليه لا يصح إذا لم يكن هو مالكا للحائط فكذلك لا يبقى حكم الاشهاد بعد زوال ملكه بخلاف الجناح ولا ضمان على المشتري في الحائط لانه لم يتقدم إليه في هدمه فحاله كحاله قبل أن يتقدم إليه فيه فان شهد المشتري في الحائط فانه لا يتقدم إليه في هدمه فحاله كحال البائع قبل ان يتقدم إليه فيه فان أشهد على المشتري بعد شرائه فهو ضامن لتركه تفريغ الطريق بعد ما طولب به مع تمكنه من ذلك ولو كان الحائط رهنا فتقدم إلى المرتهن فيه لم يضمنه المرتهن ولا الراهن لان المرتهن غير متمكن من هدمه فلا يصح التقدم فيه إليه ولم يتقدم إلى الراهن فيه وان تقدم فيه إلى الراهن كان ضامنا لانه متمكن من أن يقضى الدين ويسترد الحائط فهدمه فيصح التقدم فيه وان تقدم إلى ساكن الدار في بعض الحائط المائل فليس ذلك بشئ سواء كان ساكنا باجر أو بغير اجر لانه غير متمكن من النقص وان تقدم إلى رب الدار فعليه الضمان لانه متمكن من هدمه فإذا تقدم إلى أب الصبي أو الوصي في ذلك فلم ينقضه حتى سقط فاصاب شيئا فضمنه على الصبي لان الاب والوصي يقومان مقامه ويملكان هدم الحائط فيصح التقدم اليهما فيه ويكون ذلك كالتقدم إلى الصبي بعد بلوغه ثم هما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فلهذا كان الضمان عليه دونهما وإذا تقدم في الحائط إلى بعض الورثة فالقياس ان لا ضمان على أحد منهم لان أحد الشركاء لا يتمكن من نقض الحائط كما لا يتمكن من بنائه ولم يوجد التقدم إلى الباقيين فلا يصح هذا الاشهاد ولا يكون هو متعديا في تركه التفريغ بعد هذا ولكننا نستحسن فنضمن هذا الذي أشهد عليه بحصة نصيبه مما أصاب الحائط لانه كان متمكنا من أن يطلب شركاءه ليجمعوا على هدمه وهذا لان الاشهاد على جماعته يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه أدى إلى الضرر والضرر مدفوع الرجل والمرأة والمسلم والذمي والحر والمكاتب في هذا الاشهاد سواء لانهم في التطرق في هذا الطريق سواء وإذا تقدم إلى العبد التاجر في الحائط فاصاب انسانا وعليه دين أو لا دين عليه فهو على عاقلة مولاه لان العبد متمكن من هدم الحائط فيصح التقدم إليه ثم الحائط ملك المولى ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فالمولى أحق باستخلاصه لنفسه فيجعل في حكم الجنايه كان المولى هو المالك على ما بينا فيما

إذا وجد القتل في دار العبد فلهذا كان ضمان الدية على عاقلة المولى وان أصاب مالا فضمناه في عنق العبد يباع فيه وينبغي في القياس أن يكون على المولى كضمان النفس ولكننا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد بالتزام ضمان المال كالحجر فانه منفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وإذا وضع الرجل على حائطه شيئا فوق ذلك الشيء فاصاب انسانا فلا ضمان عليه فيه لانه وضعه على ملكه فهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه ويستوى ان كان الحائط مائلا أو غير مائل لانه في الموضوعين لا يكون ممنوعا من وضع متاعه على ملكه وإذا تقدم إلى رجل في حائط من داره في يده فلم يهدمه حتى سقط على رجل فقتله فأنكرت العاقلة أن تكون الدار له أو قالوا لا ندري هي له أو لغيره فلا شيء عليهم حتى تقوم البينة على أن الدار له لان ثبوت الملك له باعتبار اليد من حيث الظاهر وذلك لا يصلح حجة لاستحقاق الدية على العاقلة فهو نظير المشتري للدار إذا أنكر أن يكون ما في يد الشفيع ملكه كان على الشفيع اثبات ملكه بالبينة ليتمكن من الاخذ بالشفعة والحاصل انه يحتاج إلى اثبات ثلاثة أشياء بالبينة أحدها أن تكون الدار له والثاني أن يتقدم إليه في هدم الحائط والثالث أن المقتول انما مات بسقوط الحائط عليه فإذا ثبتت هذه الاشياء بالبينة فحينئذ يقضي بالدية على العاقلة فان أقر بوجوب الدية على العاقلة والمقر على الغير إذا صار مكذبا في اقراره لم يضمن شيئا ولكننا نستحسن أن نضمنه الدية لاقراره على نفسه بالتعدي وهو ترك الحائط بعد ما تمكن منه وانما هذا بمنزلة جناح أخرجه في دار يده إلى الطريق فوقع على انسان فقتله فقالت العاقلة ليست الدار له وانما أخرج الجناح بامر رب الدار وأقر ذو اليد ان الدار له فانه يكون ضامنا الدية في ماله فهذا مثله وإذا كان الرجل على حائط له مائل أو غير مائل سقط به الحائط فاصاب من غير عمله انسانا فقتله فهو ضامن في الحائط المائل إذا كان قد تقدم إليه فيه ولا ضمان عليه فيما سواه لانه مدفوع بالحائط حين سقط الحائط وسقوطه على انسان بمنزلة سقوط الحائط عليه في حكم الضمان ولو كان هو سقط من الحائط من غير ان سقط الحائط فقتل انسانا كان هو ضامنا لانه غير مدفوع هنا بالحائط فان الحائط على حاله لم يسقط ولكنه بمنزلة النائم انقلب على انسان فقتله يكون ضامنا له ولو

مات الساقط بطرق الاسفل فان كان يمشى في الطريق فلا ضمان عليه لانه غير متعد في مشيه في الطريق ولا يمكنه أن يتحرز عن سقوط غيره عليه وان كان واقفا في الطريق أو قاعدا أو نائما فهو ضامن لدية الساقط عليه لانه متعد بالوقوف والعود والنوم فيكون ضامنا لما يتلف به وان كان الاسفل في ملكه فلا ضمان عليه لانه غير متعد في الوقوف في ملكه وعلى الاعلى ضمان الاسفل في هذه الحالات لان الاعلى مباشر بقتل من سقط عليه وفي المباشرة الملك وغير الملك سواء كذلك ان تعقل فسقط أو نام فانقلب فهو ضامن لما أصاب الاسفل لانه تلف بثقله فكأنه قتله بيده وعليه الكفارة في ذلك وكذلك لو تردى من جبل إلى رجل فقتله فعليه ضمانه وملكه وغير ملكه في ذلك سواء وكذلك لو سقط في بئر احتفرها

في ملكه وفيها انسان فقتل ذلك الانسان كان ضامنا للانسان بمنزلة ما لو قتله بيده وان كان البئر في الطريق كان الضمان على رب البئر فيما أصاب الساقط والمسقوط عليه لان الحافر للبئر إذا كان متعديا فهو بمنزلة الدافع لمن سقط في البئر والساقط بمنزلة المدفوع وإذا شهد على رجل في حائط مائل شاهدان فأصاب الحائط أحد الشاهدين أو أباه أو عبدا له أو مكاتبا له ولا شاهد على رب الحائط غيرهما لم تجز شهادة هذا الذي يجر إلى نفسه أو إلى أحد ممن تجوز شهادته له نفعاً لان الموجب للضمان على صاحب الحائط التقدم إليه في الهدم وهو منكر لذلك فشهادة الشهود عليه بهذا السبب كشهادتهم عليه بوجوب الضمان بسبب آخر ولو شهد عبداً أو صبياناً أو كافران ثم عتق العبد وأسلم الكافر وأدرك الصبيان ثم وقع الحائط فأصاب انساناً فهو ضامن لذلك وكذلك ان كان السقوط قبل أن يعتقا أو يسلموا أو يدركا ثم كان ذلك قبل أداء الشهادة لما بينا أن المعتبر هو التقدم إليه والشهادة عند ذلك محض تحمل فيكون صحيحاً من هؤلاء وهم أهل للشهادة عند الأداء فوجب قبول شهادتهم وإذا شهد على اللقيط في حائطه ثم سقط فقتل رجلاً فدينه على بيت المال لانه متمكن من هدم حائطه فإذا لم يفعل حتى سقط كان بمنزلة جنايته بيده فتكون على بيت المال إذا لم يوال أحداً وكذلك الكافر يسلم ولم يوال أحداً فهو كاللقيط يعقل عنهما جنايتهما بيت المال وميراثهما لبيت المال وإذا مال الحائط على دار قوم فاشهدا عليه فهو ضامن لما أصاب عليه الحائط منهم أو من غيرهم لانه بميل الحائط شغل هواء ملكهم فتكون المطالبة بالتفريغ إليهم فإذا تقدموا إليه أو أحدهم صح التقدم ويكون هو في تركة التفريغ بعد ذلك جانياً وكذلك

[13]

العلو إذا وهى فتقدم أهل السفلى فيه إلى أهل العلو وكذلك الحائط يكون أعلاه لرجل وأسفله لآخر والفرق بينهما إذا مال الحائط إلى ملك انسان وبين ما إذا مال إلى الطريق في موضعين أحدهما التقدم إليه ها هنا لا يصح إلا من المالك لانه أشغل بالحائط هواء ملكه بخلاف الاول والثانى ان صاحب الملك بعد ما تقدم إليه لو أخره أياماً أو أبراه من ذلك صح لان يتصرف في ملك نفسه بالاسقاط والتأخير وفي الطريق لو أخره الذي تقدم إليه فيه أو أبراه هو أو غيره لم يصح ذلك لان الواحد ينوب عن العامة في المطالبة بحقهم لا في اسقاط حقهم وقد صحت المطالبة منه فلا معتبر باسقاطه بعد ذلك ولا بتأخيره وإذا مال الحائط المشترك بين اثنين إلى الطريق فتقدموا فيه إلى أحدهما ثم سقط فأصاب انساناً فانما يضمن الذي تقدم إليه نصف من ذلك إذا كان الحائط هو الذى أصابه كله وكذلك العلو والسفل إذا وهيا أو مالا إلى الطريق فتقدم إلى أحدهما فيه وهذا على القياس والاستحسان الذى ذكرنا في الورثة إذا مال حائط الرجل بعضه على الطريق وبعضه على دار قوم فتقدم إليه فسقط المائل إلى الدار على أهل الدار فهو ضامن له لانه حائط واحد فإذا أشهد على بعضه فقد أشهد على جميعه وإذا كان المتقدم إليه من أهل الدار فتقدمه إليه صحيح في جميع الحائط فيما مال إلى الدار باعتبار أنه المالك وفيما مال إلى الطريق باعتبار أنه واحد من الناس فإذا كان الذى تقدم إليه من غير أهل الدار فتقدمه صحيح فيما مال منه إلى الطريق فإذا صح في بعضه صح في كله وإذا وهى بعض الحائط وما بقي منه صحيح غير واه فتقدم إليه فيه فسقط ما وهى وما لم به فقتل انساناً فهو ضامن له لانه حائط واحد فإذا وهى بعضه وهى كله الا أن يكون حائطاً طويلاً بحيث لو وهى بعضه لم به ما

بقي منه وتفرق ذلك فحينئذ يضمن ما اصاب الواهي منه ولا يضمن ما اصاب الذي لم يهي منه لانه إذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة حائطين والتقدم إليه انما يصح في الحائط المائل أو الواهي دون الحائط الصحيح فإذا اصاب الذي لم يه منه شيئاً لم يكن به عليه ضمان لانه لم توجه عليه المطالبة بالهدم فيه قال وإذا كان سفلى الحائط لرجل وعلوه لآخر وقد وهى فتقدم فيه اليهما ثم سقط العلو فقتل انسانا فالضمان على صاحب العلو لان العلو غير مدفوع بالسفلى ولكنه ساقط بنفسه وقد صح التقدم فيه إلى صاحبه فيجعل صاحبه كالمثلف لما سقط عليه العلو قال وإذا استأجر الرجل اجراء

[14]

يهدمون له حائطا فقتل الهدم من فعلهم رجلا منهم أو من غيرهم فالضمان عليهم والكفارة دون رب الدار لانهم مباشرون اتلاف من سقط عليه شئ من ايديهم في حالة العمل وإذا تقدم إلى المشتري للدار في حائط منها مائل وهو في خيار الشراء ثلاثة أيام ثم رد بالخيار بطل الاشهاد لانه أزال الملك بفسخ البيع فكأنه أزاله بالبيع ولو استوجب البيع لم يبطل الاشهاد لان التقدم إليه حين تقدم صحيح اما لان مالك أو لانه متمكن من هدم الحائط وقد تقرر ذلك باسقاط الخيار ولو كان أشهد على البائع في تلك الحالة لم يضمن لان البائع غير متمكن من هدم الحائط بعد ما أوجبا البيع فيه مطلقا ولو كان الخيار للبائع فتقدم إليه فيه فان نقض البيع فالاشهاد صحيح لانه كان مالكا متمكنا من نقض الحائط وقد تقرر ذلك حين فسخ البيع وان أوجبه بطل الاشهاد لانه زال الحائط عن ملكه ولو تقدم إلى المشتري في تلك الحالة لم يصح التقدم لانه ما كان متمكنا من هدم الحائط يومئذ حتى ان البائع وان أوجب له البيع لم يكن على واحد منهما فيه ضمان ولو تقدم إلى رجل في حائط مائل له عليه جناح شارع قد أشرعه الذى باع الدار فسقط الحائط والجناح فان كان الحائط هو الذى طرح الجناح كان صاحب الحائط ضامنا لما اصاب ذلك لان الجناح مدفوع ها هنا والحائط بمنزلة الدافع له وقد صح التقدم في الحائط إلى صاحبه ولو كان الجناح هو الساقط وحده كان الضمان على البائع الذى أشرعه لان البائع كان متعديا في وضع الجناح وشغل هواء الطريق به والجناح الان هو الساقط مقصودا فكان ضمان ما تلف به على الذى وضع الجناح والله أعلم بالصواب (باب البئر وما يحدث منها) (قال رحمه الله) وإذا احتفر الرجل بئرا في طريق المسلمين في غير فنائه فوقع فيها حرا وعبد فمات فضمان ذلك على عاقلة الحافر لحديث شريح فان عمرو بن الحارث حفر بئرا عند درب اسامة فوقع فيها بغلة فضمنه شريح قيمتها وكان قضاؤه بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد منهم ذلك ولان الحافر بمنزلة الدافع للواقع في مهواه فانه بفعله ازال المسكة عن الارض والادمي لا يستمسك الا بمسكة فإزالة ما به كان مستمسكا ايجاد شرط الوقوع والحكم يضاف إلى الشرط مجازا عند تعذر اضافته إلى السبب والسبب ها هنا ثقل الماشي في

[15]

نفسه ولا يمكن اضافة الحكم إليه إذ لاصنع لاحد من العباد فيه فيصير مضافا إلى الشرط ولان الحافر سبب لوقوعه وهو متعد في هذا السبب لانه أحدث في الطريق ما يتضرر به المارة ويخرج به ذلك الموضع من أن يكون ممرا لهم ثم الضمان على عاقلته لانه دون المخطئ وفعل المخطئ اتصل بالمتلف وفعل الحافر اتصل بالارض فما يجب على العاقلة من فعل المخطئ يجب على العاقلة ها هنا بطريق الاولى ولا كفارة عليه عندنا لما بينا انه ليس بقاتل مباشرة وقد يكون الحافر مبينا على وقوع الواقع في البئر فلا تلزمه الكفارة في ذلك وفي ظاهر الرواية أوجب الضمان على الحافر مطلقا وقال في النوادر هذا إذا مات من وقوعه في البئر فان سلم من ذلك فمات جوعا أو غما فلا شئ على الحافر في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها فأبو حنيفة يقول انما يصير هلاكه مضافا إلى الحافر إذا هلك بسبب الوقوع فيجعل الحافر كالدافع له فاما إذا طرأ عليه سبب آخر لهلاكه كالجوع الذي هاج من طبعه أو الغم الذي أثر في قلبه فانما يكون هلاكه مضافا إلى هذا السبب ولا صنع للحافر فيه وأبو يوسف لما سبب للغم سوى الوقوع في البئر فاما الجوع فله سبب آخر وهو بعد الطعام عنه واحترق معدته حتى لم يبق فيها شئ من مواد الطعام ومحمد يقول كل ذلك انما حدث بسبب الوقوع في البئر لولاه لكان الطعام قريبا منه والحافر متعد في ذلك السبب والحكم تارة يضاف إلى السبب بغير واسطة وتارة بواسطة فكذلك يضاف إلى الشرط تارة بواسطة وتارة بغير واسطة فان كان استأجر عليها اجراء فحفروها له فذلك على المستأجر ولا شئ على الاجران لم يعلموا انها في غير فنائه لان عمرو بن الحارث كان من جملة الرؤساء ومعلوم أنه ما باشر الحفر بنفسه وانما استأجر الاجراء لذلك ثم ضمنه شريح وهذا لان الاجراء يعملون له ولهذا يستوجبون عليه الاجر وقد صاروا مغرورين من جهته حين لم يعلم ان ذلك الموضع ليس من فنائه وانما حفروا اعتمادا على أمره وعلى أن ذلك من فنائه فلدفع ضرر الغرور انتقل فعلهم إلى الامر فيصير كانه حفر بنفسه وان كانوا يعلمون أنها من غير فنائه فالضمان عليهم لانهم جناة في الحفر وأمره اياهم بالحفر غير معتبر شرعا لانه غير مالك للحفر بنفسه في هذا الموضع وانما يعتبر أمره لاثبات صفة الحل به ولدفع الغرور عن الحافر به وقد انعدما جميعا في هذا الموضع فسقط اعتبار أمره فكان الضمان على الذين باشروا الحفر وان كان في فنائه فهو على الامر دون الاجراء علموا أو لم

[16]

يعلموا لان أمره في فنائه معتبر فان عند أبي يوسف ومحمد له ان يحفر في فنائه إذا كان لا يضر بالمارة وليس لاحد أن يمنعه من ذلك وعند أبي حنيفة يحل له ذلك فيما بينه وبين ربه ما لم يمنعه مانع وهذا لان الفناء اسم لموضع اختص صاحب الملك بالانتفاع به من حيث كسر الحطب وايقاف الدواب والقاء الكناسة فيه فكان أمره معتبرا في الحل وانتقل فعل الأمر إليه بهذا الامر فيصير كانه فعل ذلك بنفسه وان سقطت فيه دابة فعطبت فضمانه في ماله لان العاقلة لاتعقل المال وانما تعقل العاقلة النفوس من الاحرار والمماليك بدليل حالة الخطأ وإذا وقع فيها انسان متعمدا للسقوط فيها فلا ضمان على الحافر لانه أوقع نفسه فيها ولو أوقعه غيره لم يكن على الحافر شئ وهذا لان وضعه القدم على ذلك الموضع مع علمه تعد منه ومباشرة فعل القاء النفس في المهلكة وانما يضاف الحكم إلى الشرط إذا تعذر اضافته إلى السبب فاما مع امکان

الاضافة إلى السبب فلا يضاف إلى الشرط قال وإذا استأجر الرجل أربعة رهط يحفرون له بئرا ف وقعت عليهم من حفرهم فقتلت واحدا منهم فعلى كل واحد من الثلاثة الباقيين ربع دينه وسقط الربع وكذلك لو كانوا أعوانا له لانه انما سقط عليهم ما سقط بفعلهم فكانوا مباشرين لسبب الاتلاف والقتيل أحد المباشرين فتوزع الدية عليهم ويسقط منه حصة القتيل بجنايته على نفسه ويبقى حصة الثلاثة بجنايتهم عليه والاصل ماروى ان عشرة نفر مدوا الحلة فسقطت على أحدهم فقتلته فقضى على رضى الله عنه على كل واحد من التسعة بعشر الدية وأسقط العشر حصة المقتول وعن الشعبي أن عليا رضى الله عنه قضى في القارصة والواقصة والقامصة بالدية أثلاثا وتفسير ذلك ان ثلاث جوار كن يلعبن فركبت احدهن صاحبتها فقرصت الثالثة المركوبة فقمصت المركوبة ووقعت الراكبة فاندقت عنقها فقضى على رضى الله عنه بثلاث الدية على القارصة وبالثلاث على الغامصة واسقط الثلث حصة الواقصة وان كان الذى يحفر بئرا في فئائه فضمن ما يقع فيها على الحافر ولو كان في غير فئائه فالضمان في رقة العبد يدفع به أو يفدى ولم يفضل هاهنا بين أن يكون العبد عالما بذلك أو غير عالم بخلاف الحر والفرق هناك لمعنى الغرور ولا غرور بين العبد وسيده فان قرار الضمان في الفصلين على السيد فلهذا جعل فعل عبده بأمره كفعله بنفسه وإذا حفر بئرا في الطريق ثم جاء آخر فحفر منها طائفة في أسفلها ثم وقع فيها انسان فمات فانه ينبغي في القياس أن يضمن الاول كانه الدافع وبه يأخذ محمد لان الاول بما حفر من وجه الارض يصير كالدافع لمن سقط في

[17]

القعر الذى حفره صاحبه ولم يبين جواب الاستحسان فيه والاستحسان الضمان عليهما لان هلاكه كان بسبب فعلهما فان الواقع في البئر انما يهلك عند عمق البئر واتمام ذلك بفعل الثاني وقد انضم فعله إلى فعل الاول في تمام شرط الاتلاف فيكون الضمان عليهما ولكنه أخذ بالقياس لان وجه القياس أقوى فان التعدي في التسبب من حين ازالة المسكة عن وجه الارض واخراج ذلك الموضوع من أن يكون ممرا وانما حصل ذلك بفعل الاول ولو وسع أحد رأسها فوقع فيها انسان فمات كان الضمان عليهما نصفين وتأويل هذا أن الثاني وسع ورأسها قليلا على وجه يعلم ان الساقط انما وضع قدمه في موضع بعضه من حفر الاول بعضه من فعل الثاني فاما إذا وسع رأسها كثيرا على وجه يعلم انه انما وضع قدمه في الموضوع الذى حفره الثاني فالضمان على الثاني لان الثاني كالدافع للواقع بما حفر في البئر الذى حفرها الاول والضمان على الدافع وان علم أن الواقع انما وضع قدمه فيما حفر الاول خاصة فالضمان على الاول لانه هو الذى أوجد شرط وقوعه حين أزال المسكة عن الموضوع الذى وضع فيه قدمه ولو حفر بئرا في الطريق ثم سدها بطين أو تراب أو حص فجاء آخر فاحفرها فوقع فيها انسان فمات كان الضمان على الثاني لان الاول نسخ فعله لانه طمها بما تطم الآبار فعاد ذلك الموضوع أرضا كما كان وانما الثاني هو الحافر للبئر في هذا الموضوع ولو سد الاول رأسها واستوثق منها فجاء الاخر فنقض ذلك كان الضمان على الاول لان فعل الاول ما أنتسخ فانهما بئر وان سد رأسها الا أنه استتر بما فعل والثاني انما أظهر فعل الاول فيبقى الضمان على الاول وهذا لان ما فعله الثاني من فتح رأس البئر غير موجب لهلاكه لولا البئر في ذلك الموضوع بخلاف الاول فما فعله الثاني هناك موجب لهلاك الواقع في البئر وان لم يوجد الفعل من الاول أصلا

وكذلك إذا جعل فيها طعاما أو متاعا أو ما أشبه ذلك مما لا تسد به الابار فجاء انسان واحتمل ذلك ثم وقع فيها انسان فالضمان على الاول لان حكم فعله لم ينسخ بما صنع فان ذلك الموضع بئر وان جعل فيها الطعام وفعل الاول كان حفر البئر وما بقى اسم البئر في ذلك الموضع بقى حكم فعله فكان الضمان عليه ولو تعقل بحجر فسقط في البئر كان الضمان على واضع الحجر لانه متعدد في احداث الحجر في الطريق فيصير به كالدافع لمن وقع في البئر بمنزلة ما لو دفعه بيده فان لم يكن وضع الحجر أحد فان كان شئ آخر من شفير البئر أو جاء به سيل فالضمان على حافر البئر لان التعقل بالحجر هاهنا غير صالح لاضافة الحكم إليه حين لم

[18]

يكن بصنع أحد من العباد فبقي الحكم مضافا إلى البئر ولو وضع رجل في هذه البئر حجرا أو حديدا فوقع فيها انسان فقتله الحجر أو الحديد كان الضمان على الحافر لانه بمنزلة الدافع للواقع على الحجر أو الحديد وانما يضاف الاتلاف إلى الدافع وإذا حفر انسان بئرا في الطريق فوقع فيها رجل فقطعت يده ثم خرج منها فشجه رجلان فمرض من ذلك ثم مات فالدية عليهم أثلاثا لان ما حصل من الجراحة بالوقوع في البئر مضاف إلى الحافر فكأنه فعل ذلك بيده والمعتبر عدد الجناة لاعدد الجنائيات (ألا ترى) أنه لو قطع يديه رجلان وشجه رجل آخر فمات من ذلك كانت الدية عليهم أثلاثا وكذلك لو أن اللذين قطعوا يديه شجه أحدهما شجة أخرى لان المعتبر عدد الجناة فقد يتلف المرء من جراحة واحدة ويسلم من عشر جراحات ولو كان أحدهم جرحه جرحين أو ثلاثة وجرحه الآخر جراحة صغيرة كانت الدية على عدد الرجال ولا يكون على عظم الجراحة ولا على صغرها ولا على عدد جراحها لان كل جراحة علة تامة للاتلاف وبكثرة العلل في حق الواحد لا يزداد معنى باضافة الحكم إليها وإذا وقع الرجل في بئر في الطريق فتعلق بأخر وتعلق الآخر بأخر فوقعوا جميعا فماتوا ولم يقع بعضهم على بعض فدية الاول على ذلك حفر البئر ودية الثاني على الاول المتعلق به ودية الثالث على الثاني والحاصل ان المسألة على وجهين * أحدهما ان يعلم انهم كيف ماتوا بان خرجوا من البئر أحياء واخبروا بذلك فنقول في هذا الوجه موت الاول على سبعة أوجه أحدهما أن يكون مات بوقوعه في البئر فديته على عاقلة الحافر لانه كالدافع له في مهواة والثاني أن يموت من وقوع الثاني عليه قدمه هدر لانه هو الذي جر الثاني على نفسه فيكون متلفا نفسه والثالث أن يموت من وقوع الثالث عليه فتكون ديته على الثاني لانه هو الذي جر الثالث والرابع أن يموت من وقوعه في البئر ووقوع الثاني عليه فيجب نصف ديته عليه ويهدر نصفها لانه جنى على نفسه وبنى عليه الحافر والخامس أن يموت بوقوعه في البئر ووقوع الثالث عليه فتكون ديته على الحافر وعلى الثاني نصيفن لان الثاني جان عليه بجر الثالث والحافر جان بالحفر والسادس أن يموت من وقوع الثاني والثالث عليه فيهدر نصف دمه ويجب نصف ديته على الثاني لانه جنى على نفسه وبنى عليه الثاني والسابع أن يموت من وقوعه في البئر ومن وقوع الثاني والثالث عليه فيجب ثلث ديته على الحافر وثلثها على الثاني بجر الثالث عليه ويهدر ثلثها لانه بجنائته على نفسه بجره الثاني عليه وأما الثاني فلموته وجوه ثلاثة أحدها أن يكون مات بسبب الوقوع فتكون ديته على

عاقلة الاولى لانه هو الذى جره إلى مهواة فيكون بمنزلة الدافع له والثاني أن يموت من وقوع الثالث عليه فيكون دمه هدرًا لانه هو الذى جر الثالث على نفسه والثالث أن يموت من الوقوع في البئر ووقوع الثالث عليه فيجب نصف دية على الاول ويهدر نصف دية بجنايته على نفسه وأما الثالث فلموته سبب واحد وهو أن يموت بوقوعه في البئر فتكون دية على عاقلة الثاني لانه هو الذى جره في مهواة * وأما الوجه الثاني وهو انه إذا ماتوا في البئر ولا يعلم كيف ماتوا فان لم يقع بعضهم على بعض فدية الاول على الذى احتفر البئر لانه لا سبب لموته سوى الوقوع في البئر والاول هو الذى أوقعه حين جره إلى مهواة وان وجد بعضهم على بعض موتى ولا يعلم كيف كان حالهم فالقياس وهو قول محمد ان صاحب البئر يضمن الاول ويضمن الاول الثاني ويضمن الثاني الثالث على عواقلهم لان وقوع الاول في البئر سبب لهلاكه وهو أسبق الاسباب وقد ظهر الحكم عقبيه فيكون مضافا إليه ولا يعتبر احتمال موته من وقوع الثاني أو الثالث عليه لان هذا الاحتمال ترجح بالسبق والسابق وقوعه في البئر وكذلك في حق الثاني أسبق الاسباب الوقوع في البئر وهو مضاف إلى الاول وفي حق الثالث لا سبب لموته سوى الوقوع في البئر وهو مضاف إلى الاول فضمنه على الثاني وقال وفيها قول آخر ولم يبين من قائل هذا القول وقيل هو قول أبي يوسف وقيل هو قول أبي حنيفة أيضا ان دية الاول أثلاث فثلثها على الحافر وثلثها على الثاني وثلثها هدر لانه ظهر بموته أسباب ثلاثة وقوعه في البئر ووقع الثاني والثالث عليه وليست الاضافة إلى البعض باولى من البعض فالترجيح في هذا لا يقع بالسبق كما في الجراحات فيكون ثلث دية على الحافر وثلثه على الثاني لانه جر الثالث إليه وثلثه هدر لانه هو الذى جر الثاني عليه ودية الثاني نصفين نصفه هدر ونصفه على الاولى لانه ظهر لموته سببان فيضاف اليهما ودية الثالث على الثاني كلها لانه لا سبب لموته سوى جر الثاني اياه إلى نفسه قال فإذا لم يعرف من أي ذلك ماتوا يبطل نصف ذلك ويؤخذ بالنصف قيل ليس مراده حقيقة المناصفة بل مراده التبعض والانقسام في حق الاول أثلاثا فان كان مراده المناصفة فانما أراد به في حق الثاني خاصة لانه لا شك ان جميع دية الثالث واجب على الثاني في الاحوال كلها قال في الزوائد وبهذا القول ناخذ وإذا دفع رجل رجلا في بئر في ملكه أو في الطريق فالضمان على الدافع لانه مباشر لاتلافه ومباشرة

القتل لا تختلف في الملك وغير الملك كالدّم وإذا سقط الرجل في بئر في الطريق فقال الحافر ألقى نفسه فيها عمدا وقال ورثة الرجل كذب فالقول قول الحافر وهذا قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد وكان يقول أولا القول قول الورثة لان الظاهر يشهد لهم فالانسان لا يلقي نفسه في البئر عمدا في العادة فعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر ثم رجع فقال الضمان بالشك لا يجب والظاهر انما يكون حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق وحاجة الورثة هاهنا إلى الاستحقاق وهو استحقاق الدية على عاقلة الحافر فلا يكفيهم الظاهر لذلك بل يحتاجون إلى اقامة البينة على انه وقع فيها بغير عمد وهذا الظاهر يقابله ظاهر آخر وهو ان الظاهر ان البصير يرى البئر امامه في ممشاه فيتقابل الظاهران

ويبقى الاحتمال في سبب وجوب الضمان فلا نوجه بالشك وإذا أمر المولى عبده أن يحفر بئرا في الطريق ليس عنده داره فحفرها كان ما وقع فيها رقبة العبد يدفعه به المولى أو يقديه وقد بينا الفرق بين هذا وبين الحر من حيث ان الغرور لا يتمكن بين المولى وبين عبده ولو استأجر عبدا محجورا عليه وحرا ومكاتبيا يحفرون له بئرا فحفروها فوقعت عليهم من حفرهم فماتوا فلا ضمان على المستأجر في الحر والمكاتب وهو ضامن لقيمة العبد المحجور عليه يؤديها إلى مولاه لأنه صار غاصبا للعبد بالاستعمال والعبد المحجور يضمن بالغصب بخلاف الحر والمكاتب فهو ضامن فإذا ماتوا في حالة ما كان مستعملا لهم كان عليه ضمان قيمة العبد ثم هذه القيمة بدل عن العبد والعبد الجاني إذا أخلف بدلا يتعلق حق أولياء الجناية بذلك البديل فنقول في بيان حكم الجناية ان موتهم حصل من فعلهم فكل واحد منهم يكون جانيا على نفسه وعلى صاحبه فينقسم فعل كل واحد منهم أثلاثا فالعبد المحجور أتلف ثلث الحر فيرجع عليه بثلث دية الحر في قيمة العبد وأتلف ثلث المكاتب فيرجع ولي المكاتب بثلث قيمة المكاتب في تلك القيمة فيقسمون القيمة التي أخذها مولاه على ذلك الا أن تكون القيمة أكثر فيكون الفضل للمولى لان كل واحد منهما استوفى كمال حقه ثم يرجع المولى على المستأجر بما أخذوا منه من القيمة لأنه كان غصب العبد فارغا وقد رد عليه القيمة مشغولا بجناية كانت من العبد في يده فإذا استحققت بذلك الشغل كان له أن يرجع بها مرة أخرى لتسلم له قيمة عبده فارغا ثم المستأجر قد ملك العبد حين تقرر عليه ضمانه من وقت الغصب وقد تلف ثلث نفسه بجنائه على نفسه فيكون هدرا وثلثه بجناية الحر عليه فيرجع المستأجر على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد وكذلك أولياء

[21]

المكاتب يرجعون على عاقلة الحر بثلث قيمة المكاتب لان ثلث نفسه تلف بجناية الحر فيجمع اما أخذ أولياء المكاتب إلى ما تركه فينظر قيمته من ذلك فيقرر فيخرج ويضرب فيها أولياء الحر بثلث دية الحر والمستأجر بثلث قيمة العبد لان المكاتب جنى على ثلث الحر وعلى ثلث العبد ولكن جناية المكاتب توجب عليه الاقل من قيمة نفسه ومن الارش فإذا كانت قيمة نفسه أقل كان المستوفى من تركته قيمته يضرب كل واحد منهما فيها بجيمع حقه ولو استأجر حرا وعبدا يحفران له بئرا فوقعت عليهما فماتا وللعبد موليان قد أذن له أحدهما ولم يأذن له الآخر فلا ضمان على المستأجر في الحر ولا في نصيب الاذن من العبد وهو ضامن لنصف قيمة العبد نصيب الذي لم يأذن له لان الغصب بالاستعمال انما يتحقق في هذا النصف ثم يرجع فيه ورثة الحر بربع دية الحر لان العبد كله متلف لنصف الحر فان موت كل واحد منهما حصل بفعلهما جميعا فهذا النصف من العبد انما جنى على ربع الحر وقد مات وأخلف بدلا فترجع ورثة الحر في ذلك البديل بربع دية الحر ويرجع المولى الذي لم يأذن له بما أخذ منه من ذلك النصف على المتأجر لانه أعطاه نصف القيمة مشغولا فإذا استحق بذلك بشغل صار كأنه لم يعطه شيئا فرجع به مرة أخرى ليسلم له نصف قيمة العبد فارغا ثم المستأجر قد ملك هذا النصف بالضمان وقد تلف نصف هذا النصف بجناية الحر فيرجع المستأجر على عاقلة الحر بربع قيمة العبد فيسلم له ذلك ويرجع الاذن للعبد على عاقلة الحر بربع قيمة العبد ثم هذا النصف من العبد كان جنى على ربع الحر وقد فات وأخلف بدلا فيرجع ورثة الحر في ذلك الربع بربع دية الحر ولو كان العبد مأذونا له في التجارة كان

على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان معنى العصب هاهنا قد انعدم وانما يبقى حكم الجناية وقد جنى كل واحد منهما على نصف صاحبه فيكون على عاقلة الحر نصف قيمة العبد ثم يرجع بذلك ورثة الحر على مولى العبد فيأخذونه بنصف الدية فان العبد قد جنى على نصف الحر وقد فات وأخلف هذا البديل ولا شئ على المستأجر لانه كان يضمن فيما سبق باعتبار العصب وقد انعدم ذلك حين كان العبد مأذونا له ولو أستأجر عبيدين أحدهما مأذون له والاخر محجور عليه فحجرا بئرا فوقعت عليهما فمات فان المستأجر يضمن قيمة المحجور عليه لمواليه لانه غاصب له باستعماله ثم يرجع مولى المأذون له بنصف قيمته في تلك القيمة لان المحجور كان جنى على نصف المأذون وقد مات وأخلف قيمة فيرجع مولى المأذون في تلك القيمة بنصف قيمة المأذون ثم يضمن المستأجر لمولى المحجور عليه ما أخذ منه في ذلك لان

[22]

لان المأخوذ استحق بسبب الجناية التي كانت من العبد في يده ثم المستأجر ملك العبد المحجور عليه بالضمان وقد جنى المأذون على نصفه ثم مات المأذون وأخلف نصف القيمة فيرجع المستأجر عليه بنصف قيمة المحجور عليه فيما أخذه مولى المأذون حتى يسلم له نصف قيمة المحجور عليه وإذا احتقر الرجل بئرا في دار لا يملكها بغير اذن أهلها فهو ضامن لما وقع فيها لانه متعد بالحفر في ملك الغير كما هو متعد بالحفر في الطريق فان أقر رب الدار انه أمره بذلك لم يصدق في القياس لان الضمان قد وجب على عاقلة الحر وهو بقوله يريد اسقاط ذلك الضمان ولا ولاية له على أولياء المقتول في اسقاط حقهم وفي الاستحسان القول قوله ولا ضمان على أحد لان رب الدار أقر بما يملك انشاءه فانه لو اذن له بالحفر الان في ملكه صح اذنه ومن أقر بما يملك انشاءه يكون مصدقا في ذلك فكان الثابت من الاذن باقراره كالثابت بالبينة والحافر يخرج به من أن يكون متعديا فإذا احتقر الرجل بئر في طريق مكة أو في غير ذلك من الغيا في فلا ضمان عليه في ذلك لانه غير متعد بالحفر في ذلك الموضوع إذا لا يتضرر به أحد ولهذا قال أبو يوسف ومحمد رحمها الله يملك بالحفر موضع بئر وما حوله من الحریم وعند أبي حنيفة رحمه الله كذلك إذا كان حفر باذن الامام فعرفنا انه غير متعد في هذا الحفر فهو كالحافر في ملكه (ألا ترى) انه لو ضرب هناك فسقاطا أو اتخذ تنورا يخبر فيه أو ربط هناك دابته لم يضمن ما أصاب من ذلك من بمنزلة ما لو فعله في ملكه وهذا إذا كان في غير المحجة فاما إذا احتقر في محجة الطريق فهو ضامن لما يقع فيه لان الحق في ذلك الموضوع للعامة فالتصرف فيه بمنزلة التصرف في الامصار والله أعلم (باب النهر) (قال رحمه الله) وإذا احتقر الرجل نهرا في ملكه أو جعل عليه جسرا أو قنطرة في أرضه فعطب به انسان فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيما أحدثه في ملكه والمسبب إذا لم يكن متعديا لا يكون ضامنا وإذا حفر البئر في أرض غيره فهو بمنزلة البئر فيكون ضامنا لكونه متعديا في السبب وكذلك لو جعل عليه جسرا أو قنطرة في غير ملكه والجسر اسم لما يوضع ويرفع فلا يرجع والقنطرة ما يحكم بناؤه وعن أبي يوسف انه لا يكون ضامنا في هذا وان أحدثه في غير ملكه إذا كان بحيث لا يتضرر به غيره لانه محتسب فيما صنع فان الناس ينتفعون بما أحدثه

فلا يكون هو متعديا فيه ولكننا نقول انما يكون محتسبا إذا جعله باذن الامام بمنزلة حفر البئر فانه محتسب فيه أيضا في الموضوع الذي يحتاج إليه الناس ومع ذلك إذا فعله بغير اذن الامام كان ضامنا لما يعطى به فان مشى على جسره انسان متعمدا لذلك فانخسف به فلا ضمان عليه لان هذا تعمد المشى عليه فيعتبر وقوعه مضافا إلى فعله لا إلى تسبب من اتخذ الجسر ولو حفر نهرا في غير ملكه فانشق من ذلك النهر ماء فغرق أرضا أو قرية كان ضامنا لذلك لانه أسال الماء في غير ملكه فاما أن يقال هو متعد فيه أو يقال هو مباح له ولكنه مقيد بشرط السلامة والتلف بهذا مما يمكن التحرز عنه فكان ضامنا كالمشى والسير على الدابة في الطريق ولو كان في ملكه لم يضمن شيئا لان ذلك مباح له مطلق وكذلك لو سقى أرضه فخرج الماء منها إلى غيرها لم يضمن لان سقى أرضه تصرف في ملكه وذلك مباح له مطلقا وكذلك لو أحرق حشيشا في أرضه أو حصائد أو أجمه فخرجت النار إلى أرض غيره وأحرقت شيئا فلا ضمان عليه لان هذا التصرف في ملكه مباح له مطلقا وقال بعض المتأخرين هذا إذا كانت الرياح ساكنة حين أوقد النار فاما إذا كان اليوم ريحا على وجه يعلم أن الريح يذهب بالنار إلى أرض جاره فهو ضامن استحسانا بمنزلة من صب الماء في ميزاب له وتحت الميزاب متاع لانسان يفسد به قال هو ضامن فكذلك يوقدها الرجل في داره أو تنوره فلا ضمان عليه فيما احترق لان هذا التصرف في ملكه مباح له مطلقا وكذلك لو حفر نهرا أو بئرا في داره فنزت من ذلك أرض جاره لم يضمن بهذا السبب شيئا ولا يؤمر بان يحول ذلك عن موضعه لانه أحدثه في ملكه الا انه بقى فيما بينه وبين ربه ان يكف عما يؤدى جاره فاما الحكم فانه لا يؤمر أن يحوله ان يثاء ولو صب الماء في ملكه فخرج من صبه ذلك إلى ملك غيره فأفسده كان هذا والاول في القياس سواء الا ان صب الماء في ملكه مباح مطلقا غير أن الاخذ بالقياس هاهنا يقبح لان الماء سيال بطبعه فإذا كان عند صب الماء يعلم انه يسيل إلى ملك جاره يكون ضامنا لما يفسد به استحسانا (ألا ترى) انه لو صبه في ميزاب له فأفسد متاعا له تحته يكون ضامنا وبعد ذلك من جنايته بمنزلة مباشرته بيده وكذلك الجواب فيما يشبهه والله أعلم (باب ما يحدث في المسجد والسوق) (قال رحمه الله) وإذا احترق أهل المسجد فيه بئر الماء المطر أو وضعوا فيه حبا فصب

فيه الماء أو طرحوا فيه بوارى أو حصى أو ركبوا فيه بابا أو علقوا فيه قناديل أو ظللوه فلا ضمان عليهم فيما عطب بذلك لان هذا النوع من التصرف مباح لأهل المسجد في مسجدهم مطلقا فان حق التدبير في المسجد فيما يرجع إلى الاصلاح إليهم على الوجه الذي يكون للمالك في ملكه فكما ان المالك لا يكون جانيا باحداث شئ من هذا في ملكه فكذلك أهل المسجد في مسجدهم وكذلك ان فعله غيرهم باذنهم لا يكون فعل المأذون من جهتهم كفعلهم وان فعل بغير أمرهم فهو ضامن في قول أبي حنيفة وهو القياس وفي قول أبي يوسف ومحمد إذا كان مسجدا للعامة فلا ضمان عليه فيه استحسانا الا البناء والحفر وجه قولهما ان هذا مما يرجع إلى اصلاح المسجد وعمارة المسجد مما ندب الله إليها كل مسلم قال الله تعالى انما يعمر مساجد الله الآية ثم بتعليق القنديل وبسط الحصر يتمكن الناس من اقامة الصلاة في المسجد وغير أهل المسجد سواء في

اقامة الصلاة فيه فكذلك فيما يرجع إلى التمكّن منه الا أن أهل المسجد أخص بالتدبير فهم في ذلك كالملاك وغيرهم كالسكان نحو المستعير والمستأجر في الدار ثم المستعير لا يكون جانياً في وضع الامتعة وصب الماء ونصب القنديل في الدار ويكون جانياً في البناء وحفر البئر غير أن صاحب الدار فكذلك غير أهل المسجد في المسجد وهذا لان المسجد معد للصلاة فيه والبناء والحفر يخرج ذلك الموضع من أن يكون مصلّى فيكون ذلك من باب التدبير لا من باب التمكّن من اقامة الصلاة فيه فيختص به أهل المسجد دون غيرهم فيكون جانياً إذا فعله بغير أمرهم واذنهم فاما بسط الحصير ونصب القنديل فمن باب التمكّن من اقامة الصلاة فيه فغير أهل المسجد فيه كاهل المسجد وأبو حنيفة يقول اختص أهل المسجد بالتدبير في هذه البقعة فغيرهم إذا أراد شيئاً من ذلك يباح له فعله ولكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشي والسير على الدابة في الطريق والدليل على اختصاص أهل المسجد به أن التدبير في فتح الباب وإغلاقه ونصب الامام والمؤذن والمتولي يكون إلى أهل المسجد دون غيرهم فانه لو وجد في مسجدهم قتيلاً كان ذلك عليهم خاصة دون غيرهم والدليل عليه البناء والحفر فان أهل المسجد هم المختصون بذلك وإذا فعله غيرهم وكان فيه اصلاح للمسجد كان مباحاً لهم ولكنه مقيد بشرط السلامة ولا يبعد أن يكون المسلمون فيما هو المقصود وهو الصلاة فيه سواء ثم مع ذلك يختص أهله بالتدبير فيه كالكعبة فالناس فيما هو المقصود هو الطواف سواء وقد اختص بنو شيبه بالتدبير فيها حتى ان النبي عليه الصلاة والسلام لما أخذ المفتاح منهم يوم الفتح عليه الوحي يأمره بالرد قال الله

[25]

تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها وإذا قعد الرجل في مسجد لحديث أو نام فيه في غير صلاة أو مر فيه فهو ضامن لما أصاب كما يضمن في الطريق الاعظم في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه فيه لانه لو كان مصلياً في هذه البقعة لم يضمن ما يعطب به فكذلك إذا كان جالساً فيه لغير الصلاة بمنزلة الجالس في ملكه وهذا لان الاعتكاف في المسجد قربة كالصلاة والمعتكف يتحدث وينام في المسجد والجلوس لانتظار الصلاة مندوب إليه قال عليه السلام المنتظر للصلاة في الصلاة مادام ينتظرها وندب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الجلوس في المسجد بعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس وبعد صلاة العصر إلى غروب الشمس وكذلك الجلوس في المسجد لتعليم العلم وتعلمه مندوب إليه فيكون ذلك مباحاً مطلقاً والمطلق لا يكون سبباً لوجوب الضمان على الحر وأبو حنيفة يقول المسجد معد للصلاة والقعود والنوم فيه لغير الصلاة مقيد بشرط السلامة كالطريق فانه معد للمشي فيه فالجلوس أو النوم فيه وان كان لا يضر بالمارة يتقيد بشرط السلامة والدليل عليه أن يجلس في المسجد للصلاة إذا احتاج من يصلي في ذلك الموضع إلى إزعاجه ليصلى كان له ذلك شرعاً وليس لغير المصلّى أن يزجج المصلّى عن مكانه فعرفنا انه معد للصلاة فيه فشغله بغير ذلك يتقيد بشرط السلامة وان كان ذلك مباحاً أو مندوباً إليه ولا يكون هذا أقوى من الرمي إلى الكافر أو العبد فانه مباح أو مندوب إليه ومع ذلك إذا أصاب مسلماً كان ضامناً له ولا خلاف انه إذا مشى في المسجد فأوطأ انساناً أو نام فيه فأنقلب على انسان فهو ضامن له لاتلافه وبمثل هذا السبب يضمن في ملكه ففي المسجد أولى وإذا احتفر الرجل في سوق العامة بئراً أو بنى فيها دكاناً بغير أمر السلطان فهو ضامن لما عطب به من شئ لانه متعد في هذا السبب فالحق

بالطريق العامة وما يكون حقا لعامة المسلمين فالتدبير فيه إلى الامام فإذا أحدثه بغير إذن الامام كان متعديا وإذا فعله بأمر السلطان لا يكون متعديا في هذا النسب فلا يكون ضامنا بمنزلة ما لو قتله بملكه وإذا أوقف دابة في السوق فما أصابت دابته فهو ضامن له ولأنه متعد بايقافها في الطريق فان ذلك يحول بين المارة والمرور في ذلك الموضع وان كان موقفا تقف فيه الدواب للبيع وقد أذن له السلطان في ذلك فأوقف فيه الدابة لم يكن ضامنا فيما أصابت الدابة وان لم يكن السلطان أذن فيه فهو ضامن لان باذن السلطان يصير ذلك الموضع معدا لايقاف الدواب فيه فيكون ايقافها فيه بمنزلة ايقافها في ملكه فاما

[26]

بدون إذن السلطان فهو ممر وليس بموضع لايقاف الدابة فإذا أوقف فيه دابته أو أرسلها فيه كان ضامنا لما تلف به وان لم يكن هو أوقفها ولا أرسلها فيه فلا ضمان عليه لانها دابة منغلقة فجرحها هدر والقول في ذلك قوله مع يمينه مع انه ينكر وجوب الضمان عليه في الموضع المعد لايقاف الدواب إذا سار على دابته فيه لم يكن ضامنا للنفحة بالرجل والذنب لان هذا جزء من الطريق كسائر أجزاء الطريق فالسير فيه يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه دون ما لا يمكن فإذا أنكر أن يكون أرسلها فهو ينكر وجوب الضمان عليه والمدعي يدعي ذلك فكان القول فيه قوله مع يمينه والله أعلم (باب جناية العبد) (قال رحمه الله) وإذا جنى العبد جناية خطأ فمولاه بالخيار ان شاء دفعه بها وان شاء فداه بالارش عندنا وعند الشافعي جانيته تكون دينا في رقبته يباع فيه الا أن يقضي المولى دينه ومذهبنا مروى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال يخير المولى ففي خطأ عبده بين الدفع والفداء ومذهبه مروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما فانهما قالا عبيد الناس أموالهم وجانيتهم في قيمهم وانما أراد بالقيمة النمن وجه قوله ان هذا فعل موجب للضمان فإذا تحقق من العبد كان الضمان الواجب به دينا في رقبته يباع فيه بمنزلة استهلاك الاموال وهذا لان العبد لا عاقلة له وضمان الجناية في حق من لا عاقلة له بمنزلة ضمان المال فيكون واجبا في ذمة العبد ويكون شاعلا لمالية رقبته فيباع فيه الا أن يقضي المولى دينه * وحثنا في ذلك أن المستحق بالجناية على النفوس نفس الجاني إذا أمكن (الا ترى) ان في جناية العمد المستحق نفس الجاني قصاصا حرا أو عبدا فكذلك في الخطأ الا أن استحقاق النفس نوعان أحدهما بطريق الاتلاف عقوبة والاخر بطريق التملك على وجه الجبر ان الحر من أهل أن يستحق فيه بطريق العقوبة لا بطريق التملك والعبد من أهل ان يستحق نفسه بالطريقين جميعا فيكون العبد مساويا للحر في حالة العمد ويكون مفارقا له في حالة الخطأ لان عذر الخطأ لا يمنع استحقاق نفسه تملكا والسبب يوجب الحكم في محله وفي حق الحر لم يصادف محله وفي حق العبد السبب صادف محله فيكون مقيدا حكمه وهو ان نفسه صارت منسحقة للمجني عليه تملكا ليتحقق معنى الصيانة عن الهدر الا ان يختار المولى الفداء فيكون له ذلك لا مقصود المجني عليه يحصل به وبدل المتلف يصل

[27]

إليه بكماله بخلاف اتلاف المال فالمستحق به بدل المتلف دينا في ذمة المتلف ولا يستحق به بدل المتلف دينا في ذمة المتلف ولا يتسحق به نفس المتلف بحال والطريق الثاني ان موجب جنابة الخطأ يتباعد عن الجاني لكونه معذورا في ذلك ويكون الخطأ موضوعا شرعا ويتعلق باقرب الناس لاطهار صيانة المحل المحترم والتخفيف على المخطئ (ألا ترى) ان في حق الحر تجب على عاقلته لهذا المعنى فكذلك في حق العبد الا أن عاقلة العبد مولاه لان الحر مستنصر بعاقلته ومزاد قوة وجرأة بهم كما أن المملوك يستنصر بمولاه فيجب ضمان جنائته على المولى الا أن للمولى أن يقول انما لحقني هذا البلاء بسبب ملكي فيه فلي أن اتخلص عنه بنقل ملكي فيه إلى المجني عليه فأدفعه بالجنابة فإذا دفعه صار كالمجني عليه هو المالك فلا يجب شئ آخر عليه بالجنابة وإذا لم يدفعه كان الرد عليه بخلاف ضمان المال فانه يجب في ذمة المتلف ولا يخاطب غيره كما في حق الحر إذا عرفنا هذا فنقول لا شئ على المولى في ذلك حتى يظهر حال المجني عليه اعتبارا لجنابة العبد بجنابة الحر وقد بينا أن هذا يتأتى في جنابة الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدم السراية فلا يصير ذلك معلوما قبل الاستيفاء والقضاء بالمجهول غير ممكن ثم الواجب هاهنا الدفع أو الفداء والمولى يخير في ذلك واختلافه بالبراء والسراية والخطأ والعمد في ذلك سواء ما لم يبلغ النفس لما بينا أنه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيكون موجب جنائته فيما دون النفس المال بكل حال فلهذا كان العمد والخطأ فيه سوا فإذا بلغ النفس وهو عمد ففيه القصاص ووجوب القصاص باعتبار انه نفس مخاطبة والمملوك في ذلك كالحر والمستحق بالقصاص دمه والمملوك في حكم الدم مبقي على الحرية ولهذا استحق المولى عليه القصاص إذا تقرر سببه كما يستحق غيره والصغير من الجراحات في ذلك والكبير سواء على الحر والمملوك والذكر والانثى بمنزلة الموجود من الحر فكما أن هناك لا يتلف موجب الجنابة بهذه الاسباب فكذلك بجنابة العبد ولا تعقل العاقلة شياً من جنابة العبد والمدير وأم الولد لان المستحق بالجنابة نفسه ونفسه غير مملوكة للعاقلة والمولى ولان المولى في كونه مخاطبا بجنابة العبد بمنزلة العاقلة ولا يتحمل غير العاقلة عواقلهم فكذلك لا يتحمل جنابة العبد عاقلة مولاه بل سبب وجوب ذلك على المولى ملكه رقبته وكسبه وهو مختص بذلك دون عواقله ولهذا لم يكن على المولى موجب جنابة المكاتب لانه لا يملك كسبه بل المكاتب أحق بمكاسبه فيكون موجب جنائته عليه دون مولاه والمستسعى في بعض قيمته

[28]

عند أبي حنيفة كالمكاتب فاما جنابة العبد على الحيوان والعروض فتكون دينا في عنقه تقضى من كسبه أو يباع فيها وكذلك لو وطئ امرأة مكرهة فذلك دين في عنقه يباع فيه لان المستوفى بالوطئ مما يملك بالعقد سواء كان في حكم المنفعة أو في حكم العين فيكون بمنزلة المال (ألا ترى) انه لو كان الملتزم بذلك حرا كان عليه في ماله دون عواقله وطئ امرأة بشبهة أو مستكرهة وسقط الحد للشبهة فكذلك العبد إذا فعل ذلك يكون دينا في ذمته والدين عليه يكون شاغلا لمالية رقبته ولا تعقل العاقلة كما لو جنى على المماليك خطأ فيما دون النفس وان كان الجاني حرا لان المملوك فيما دون النفس بمنزلة المال (ألا ترى) انه لا يتعلق به القصاص بحال لان فيما دون النفس المتلف جزء من الجسم والجسم يدخل تحت القهر والاستيلاء فيصير مملوكا مالا فيكون اتلافه في حكم اتلاف المال

فيجب فيه الضمان على المتلف بالغا ويكون ذلك حالا في ماله ولا تعقله العاقلة بمنزلة اتلاف سائر الاموال فإذا بلغ النفس عقلته العاقلة في ثلاث سنين كما هو أصله وقد اعتبره في حكم القصاص على ما بينا وقد روي عن أبي يوسف ومحمد ان العاقلة لاتعقل نفس العبد وهو قول ابن أبي ليلى واستدل فيه بقوله عليه السلام لاتعقل العاقلة عمدا ولا عبدا والمراد أن نفس العبد لاتعقلها العاقلة وهذا لان العبد يحل للتملك بالعقد فما يجب من الضمان باتلافه يكون على المتلف في ماله كسائر الاموال * وحثنا في ذلك القيمة الواجبة باتلاف نفس العبد بمنزلة الدية الواجبة باتلاف نفس الحر وذلك على العاقلة مؤحلا في ثلاث سنين فهذا مثله وهذا لان معنى النفسية لايدخل تحت القهر فلا يتناولها الملك بل العبد فيه بمنزلة الحر (ألا ترى) انه يتعلق بالقصاص بقتله عمدا كما يتعلق بقتل الحر وكذلك الكفارة في الخطأ ولا مدخل للقصاص ولا كفارة في ضمان الاموال فعرفنا ان المال واجب هاهنا بالنص بخلاف القياس لان المال لا يكون مثلا لما ليس بمال وما لا يكون مملوكا من الادمى لا يكون ما لا وانما وجوب المال بقوله ودية مسلمة إلى أهله الا أن هذه الدية في حق العبد القيمة وفي حق الحر مائة من الابل كما بينه الشرع والدية تجب على العاقلة مؤجلة في ثلاث سنين في حالة الخطأ وبهذا المعنى خالف النفس ما دون النفس لان ما دون النفس لا مدخل فيه للكفارة والقصاص وتأويل الاحاديث أن العاقلة لاتعقل جناية العبد على نفس العبد وبه نقول ثم الواجب بالجناية على نفس المملوك قيمته فلت قيمته أو كثرت غير انها لا تزداد على دية الحر ولا تنقص عن عشرة آلاف الا عشرة دراهم إذا كان العبد كبير القيمة في قول علمائنا رحمهم

[29]

وفى قول الشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت وهو قول أبي يوسف الذي رجع إليه وان كان المقتول أمة فانها لا تزداد قيمتها على خمسة آلاف وينقص من ذلك عشرة دراهم في الروايتين وفي بعض الروايات خمسة دراهم فأما في قطع طرف العبد فيجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح من الجواب الا رواية عن محمد أن يجب في قطع يد العبد خمسة آلاف الا خمسة ذكره في بعض نسخ الوكالة وجه قول الشافعي ما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضى الله عنهم انهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت ولان المتلف مات فيجب ضمان قيمته بالغة ما بلغت كسائر الاموال وهذا لان ضمان المال يجب بطريق الجبران وانما يحصل الجبران بما يكون مثالا له في صفة المالية ولهذا يضمن المملوك عند العصب بقيمته بالغة ما بلغت كسائر الاموال فكذلك عند القتل وانما قلنا انه مال لان الضمان يجب للمولى ومملكه في عبده ملك مال والضمان الواجب له يكون ضمان المال إذا أمكن ولا يدخل عليه القصاص في حالة العمد لان على هذا الطريق يقول القصاص يكون بدلا عن المالية أيضا الا أن المالية ترقب بهذا المحل فتصير مضمونة بالنقصان وان لم يكن المال في غير هذا المحل مضمونا بالقصاص بمنزلة الصيد في الحرم يكون مضمونا باعتبار حرمة المحل بما لا يضمن به في غير هذا المحل وهذا لان القصاص يعتمد العمد والتكافؤ وذلك تمكن مراعاته في هذا المال دون سائر الاموال فكان هذا المال مضمونا بالقصاص دون سائر الاموال والدليل عليه انه يرجع إلى تقويم المقومين في الاسواق ليوجب به حين ينقد السوق وهذا يختص بضمن الاموال فاما في غير الاموال فانما تجب الابل ولا مدخل للابل هاهنا والدليل عليه أنه باختلاف أوصاف المتلف في الجنس والجمال

والمالية تختلف هذه الأوصاف فانه ينقص عن الدية نقصانا غير معتبر فعرفنا انه ضمان مال أو يكون المتلف عبد فتجب قيمته بالغة ما بلغت كما لو كان قليل القيمة وهذا لان في العبد معنيين معنى النفسية والمالية فيكون الواجب بدلا عن المالية والدليل على ترجيح معنى المالية صيرورته محلا قابلا للتصرفات كسائر الاموال وخروجه من أن يكون أهلا للولايات التي اختصت بها النفوس المحترمة على انا نعتبر كلا الوصفين فنقول متى كان الواجب باتلافه ما ليس بمال وهو القصاص يترجح معنى النفسية ولهذا لا يختلف بقلة المالية وكثرة المالية وهذا لان ضمان المال بالمال أصل وضمنان ما ليس بمال يكون على خلاف الاصل ومهما أمكن ايجاب الضمان على موافقة القياس فلا معنى للمصير إلى ايجابه بخلاف القياس

[30]

والدليل عليه ان المبيع قبل القبض إذا قبض فالبيع يبقى ببقاء القيمة وانما يبقى البيع إذا فات المعقود عليه وأخلف فلو لم يكن الضمان بدل المالية لما بقي العقد باعتباره لان البيع يتناول المالية والراهن إذا قتل المرهون يضمن قيمته بحق المرتهن ولاحق للمرتهن الا في المالية ولهذا لا يجب عليه القصاص بحال لان القصاص بدل عن النفسية فلو كانت القيمة كذلك لما وجب على الراهن أن يجمع بينهما في الاعتبار فنقول إذا كان العبد كبير القيمة يجب مقدار الدية لاعتبار معنى النفسية وما زاد على ذلك إلى تمام القيمة لاعتبار معنى المالية بمنزلة من قتل حرا ومزق عليه ثيابه وهذا مروى عن أبي يوسف فقد روى ابن سماعة ورحمه الله عنه أن مقدار الدية من قيمة العبد تتحملة العاقلة وما زاد على ذلك إلى تمام القيمة يكون في مال الجاني لهذا المعنى * وحثنا في ذلك قول ابن مسعود رضي الله عنه لا تبلغ قيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم وهذا كالمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لان المقادير لا تعرف بالقياس وانما طريق معرفتها التوقيف والسماع من صاحب الوحي والمعنى فيه ان هذا ضمان وجب بقتل الادمى فلا يزداد على الديات كما لو وجب بقتل الحر وهذا لان زيادة البديل تكون بزيادة الفضيلة وما من فضل في العبيد الا ويوجد ذلك في الاحرار وزيادة ثم الحر مع انه مجمع القصاص لا يزداد بدله على أعلى الديات فالعبد أولى وانما قلنا ان الضمان وجب بالقتل هاهنا لان القتل سبب تضمن به النفس بالدية وهو حكم ثابت بالنص قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ونفس العبد في هذا داخلة كنفس الحر (الأتري) انها تضمن بالكفارة كنفس الحر فكذلك بالدية والدية بمقابلة النفس مقدره بالنص لا تجوز الزيادة عليها بالرأى فلا يجوز اسقاطها بالرأى فهذا دليل واضح على أن الضمان يجب هاهنا باعتبار النفسية وان الواجب الدية لانا لو لم نجعله واجبا باعتبار النفسية كنا قد أسقطنا بالرأى ما هو ثابت بالنص والدليل عليه أن ضمان النفس بالدية لاطهار حرمة المحل وصيانة؟ عن الاهدار ونفس العبد محترمة كنفس الحر فلا يجوز اهدارها ما أمكن والدليل عليه أن صفة المالية في هذا المحل تبع للنفسية لان قوام المالية ببقاء النفسية وهذا هو علامة التبع مع المتبوع ولايجوز اهدار الاصل بحال المراعاة التبع لان في اعتبار الاصل اعتبار البيع وليس في اعتبار التبع اعتبار الاصل وإذا جعلنا الضمان واجبا باعتبار النفسية كنا اعتبرنا ما هو الاصل وباعتباره يحصل اعتبار التبع فكان ذلك أولى من أن يجعل بمقابلة المالية ويهدر معنى النفسية

ولان أكثر ما في الباب ان تثبت المساواة بين النفسية والمالية ولكن مع المساواة تترجح النفسية باعتبار السبب وهو القتل لان القتل سبب لا يقصد به الاموال عادة وانما يقصد به النفوس لمعنى التشفي والانتقام فاما الاموال فانما تقصد بالغصب فلا جرم ضمان الغصب يكون ضمان مال يجب بالغة ما بلغت ولا يثبت في حق الاحرار وضمن القتل يكون باعتبار النفسية سواء يقتل الحر أو وحب يقتل العبد الا انه لا يجب على المولى يقتل عبده لخلوه عن الفائدة فان ما يجب بمقابلة نفس العبد يكون لمولاه على سبيل الخلافة عنه والخلافة بسبب الملك لا تنعدم حكما بالقتل فلو وجب له على نفسه والدليل على هذا فضل القصاص فان القصاص يجب باعتبار معنى النفسية ثم لا يجب على المولى إذا قتل عبده لانه غير مفيد فكذلك المال ومن يقول القصاص واجب باعتبار المالية فهو لغو من الكلام لان المال لا يضمن بالقصاص بحال فكيف يضمن بالقصاص والمقصود بالمال التمول والادخار لوقت الحاجة وليس في القصاص شئ من ذلك ولهذا يتبين معنى النفسية على معنى المالية لان المتلف في حال الخطأ ما هو المتلف في حالة العمد فإذا جعل المضمون منه في حال العمد معنى النفسية فكذلك في حالة الخطأ ومن يقول يجمع بينهما فذلك فضل من الكلام لانه لو كان هاهنا طريق إلى الجمع بينهما لكان ينبغي ان يضمن الدية مع كمال القيمة ويستوفي في حالة العمد القصاص باعتبار النفسية والقيمة باعتبار المالية وأحد لا يقول ذلك فعرفنا أنه لاوجه إلى الجمع بينهما لما بين الوصفين من المغايرة على سبيل التضاد فاما النقصان فنقول بدل النفس قد ينقص عن أعلى الديات باعتبار معنى موجب للنقصان في المحل (ألا ترى) انه ينقص بالابوة وبالكفر عن أصل الخصم وبالاتقان في البطن بالاتفاق فان بدل الجنين دون بدل المنفصل وان كان الوجوب باعتبار النفسية هناك إذ لامالية في الجنين حرا كان أو مملوكا فكذلك يجوز أن ينقص عن أعلى الديات باعتبار صفة المملوكية وهذا لان تكميل الدية باعتبار كمال صفة المالكية (ألا ترى) أن بدل الانثى على النصف من بدل الذكر لان الذكر أهل لمالكية المال والنكاح والانثى أهل لمالكية المال دون مالكية النكاح فانها مملوكة نكاحا فيتنصف بدلها بذلك والجنين ليس بأهل للمالكية في الحال ولكن فيه عرضة الاهلية لذلك إذا انفصل حيا فباعتباره ينقص بدله غاية النقصان إذا عرفنا هذا فنقول بسبب الرق تنقص صفة المالكية لانه صار مملوكا مالا ولم يبق مالكا للنكاح بنفسه الا أن هذا النقصان عارض على شرف الزوال بان يعتق فيجوز ان يزداد بدل الرقيق على بدل الانثى لهذا

ويجوز أن ينقص باعتبار الحال وهو انه دون الانثى في صفة المالكية ثم صفة المملوكية وان كانت لا تختلف في الرقيق ولكن يبنى على هذا الوصف ما يختلف في نفسه وهو المالية فان أمكن اظهار النقصان باعتبار صفة المالكية بان كان قليل القيمة يعتبر ذلك لاطهار النقصان وان لم يمكن بان كان كثير القيمة فحينئذ يصار في النقصان إلى معنى شرعي وبهذا يتبين فساد قول من يقول ان النقصان إذا كان باعتبار المالكية

وانما النقصان باعتبار المملوكية وذلك لا يزداد بزيادة المالية وانما اعتبار المالية لاطهار مقدار النقصان إذا أمكن لا لثبوت أصل النقصان على أن بزيادة المالية يزداد النقصان وعند قلة المالية ينتقص الواجب عن الدية لا عن القيمة وعند كثرة المالية ينتقص الواجب عن القيمة وعن الدية جميعا وانما قررنا النقصان بعشرة لحديث ابن مسعود رضي الله عنه ولأن صفة المملوكية تظهر التفاوت بينهما فيما يتقدر بالعشرة وهو المستوفى بالوطئ فإنه لا يحل استيفاء ذلك من الحر الا بعقد يتقدر البديل فيه بعشرة ويجوز استيفاء ذلك من الامة بعقد متعدد عن البديل وهو الهبة فان الجارية الموهوبة يباح وطؤها فإذا ظهر باعتبار صفة المملوكية التفاوت بينهما فيما هو مقدر بالعشرة نصا قدرنا النقصان بالعشرة لهذا ولهذا قلنا في أصح الروايتين سواء كان المقتول عبدا أو أمة فالنقصان عن الدية يتقدر بعشرة والرجوع إلى تقويم المقومين قد يكون فيما يجب بمقابلة النفسية كحكومة العدل والوجوب للمولى لأنه يخلفه خلاف الوارث المورث ولأنه ملك المالكية قوامها باعتبار هذا المحل فما يجب بمقابلة المحل في حقه يجعل كالواجب بمقابلة المالية ولهذا قلنا البيع يبقى إذا قتل المبيع قبل القبض لان صحة البيع باعتبار بقاء معنى المالية التي تملك بالبيع باعتبار هذا المحل فيجعل بدل المحل بمنزلة بدل المالية في بقاء البيع باعتباره ولهذا لو كان القتل عمدا حتى وجب القصاص بقي البيع أيضا عند أبي حنيفة وهذا بخلاف العبد المرهون إذا قتله الراهن فان ايجاب الضمان هناك باعتبار معنى النفسية غير ممكن لما قررنا في المولى إذا قتل عبده فجعلنا الواجب باعتبار المالية ولهذا لا يتعلق به القصاص بحال فتجب فيه المالية بالغة ما بلغت فأما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية فقط (ألا ترى) أنه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلماذا قال كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا رحمه الله قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي إلى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله بان تكون قيمته بلغت ألفا فيجب بقطع طرفه خمسة عشرة ألفا أو عشرة آلاف الا عشرة وهذا قبيح جدا فلماذا قال لا يزداد على نصف

[33]

بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة ولو قتل العبد قتيلا وله وليان فعفى أحدهما دفع المولى إلى الباقي نصفه أو فداه بنصف الدية لان النصيب الذي لم يعف انقلب مالا عند عفو الشريك فيكون هذا في نصيبه كالجناية الموجبة للمال في الاصل وهو الخطأ ولو قتل قتيلا خطأ وفقاً عين آخر دفعه الولي اليهما أو فداه فان اختار الفداء فداه بالارش وذلك دية النفس عشرة آلاف وأرش العين خمسة آلاف وإذا اختار الدفع كان العبد بينهما أثلاثا لان كل واحد منهما تصرف فيه بجميع حقه وحق ولي القتل عشرة آلاف وحق المفقوء عينه خمسة آلاف فان أعتقه المولى وهو يعلم بالجنايتين فهو مختار وعليه خمسة عشر ألفا في ماله لانه فوت محل الدفع بالاعتاق وبعد العلم بالجناية كان هو مختيرا بين الدفع والفداء فتقويته محل الدفع يكون اختيار الفداء دلالة التصرف فهو كال تصريح بالاختيار وكذلك لو دبره أو باعه أو كاتبه فإنه يتعذر عليه دفعه بما أنشأ من التصرف فينضمن الذي اختار الفداء منه وكذلك لو كانت أمة فاستولدها فان جامعها ولم تلد فليس هذا باختيار وله أن يدفعها بعد ذلك الا في رواية عن أبي يوسف فإنه يقول الوطئ دليل الاختيار بدليل ان البائع إذا كان بالخيار فوطئ المبيعة كان ذلك منه اختيارا للفسخ وهذا لان الوطئ دليل تقرير ملكه فيها ولان الوطئ في حكم الجناية ولو جنى عليها كان للفداء

وجه وظاهر الرواية أن الوطئ لا يمكن نقصانا في عينها إذا كانت ثيبا ولا يعجزه عن دفعها فيكون اقدامه عليه دليل الاختيار كالاستخدام وهذا بخلاف البيع بشرط الخيار لان هناك لو لم يجعله فاسخا للعقد بالوطئ لكان إذا أجاز العقد ملكها المشتري من وقت العقد ولهذا يستحق زوائدها فتيين به أن الوطئ حصل في غير ملكه فللتحرز عن هذا جعلناه فاسخا وهاهنا إذا دفعها بالجناية ملكها ولي الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شئ من زوائدها فلا يتبين به أن الوطئ كان في غير ملكه والوطئ وان كان كالجناية لكن الجناية لا يبقى لها أثر في العين فلا يكون اختيارا وكذا الوطئ بهذه الصفة وكذلك لو زوجها لان التزويج كالاستخدام من حيث انه لا يمكن نقصانا في عينها ولا يعجزه عن دفعها بالجناية وكذلك لو أجرها أو رهنها في ظاهر الرواية وفي بعض النسخ الديات يقول الاجارة والرهن يكون اختيارا منه بمنزلة الكتابة لان البدل بهذين العقدين يصير مستحقا عليه ذلك يمنعه من دفعها بالجناية فيجعل اختيار الفداء كالكتابة وجه ظاهر الرواية ان الاجارة تنقض بالقدر فيكون قيام حق ولي الجناية فيها عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين

[34]

واسترداد الرهن متى شاء ولم يتحقق عجزه عن دفعها بهذين العقدين فلا يجعل ذلك اختيارا بخلاف الكتابة فان بعقد الكتابة ثبت له استحقاق لا يملك الولي ابطاله وذلك يمنعه من دفعها وان ضرب العبد ضربا لزمه منه عيب فاحش أو جرحه أو قتله وهو يعلم فمختار لان حق ولي الجناية يثبت في كل جزء منه وقد فوت جزء فامتنع الدفع في ذلك الجزء وهو لا يتحمل التجري في الدفع الجناية فتقويت جزء منها كتقويت كله ولو دفع العبد في بئر حفرها المولى في الطريق أو أصابه جناح أشعره المولى فليس هذا باختيار لان المولى ان كان فعل هذا قبل جناية العبد ولم يوجد منه صنع بعد جنايته إذ لا صنع له في وقوع العبد في البئر وان كان الحفر منه بعد جنايته فهو عند الحفر ما كان يعلم ان عبده يقع به ولا قصد ذلك بحفره وقد بينا ان حافر البئر يصير قاتلا ولهذا لا يجب عليه الكفارة والاختيار انما يحصل بمباشرة فعل من المولى يكون مقويا له محل الدفع وكذلك كل ما لا يجب على المولى فيه الكفارة فليس ذلك باختيار منه ولكن على المولى القيمة ان مات العبد من ذلك بينهما اثلاثا لان المولى سبب لهلاكه وهو متعد في ذلك التسبب ولو أتلفه مباشرة على وجه لم يصر مختارا بان لم يكن عالما بالجناية كان عليه قيمته فكذلك إذا أتلفه بطريق التسبب ولو أوطأه المولى وهو يسير على دابته أو وقع عليه فقتله وهو يعلم بجناية العبد ولم يتعمد الوطئ ولا الوقوع فهذا اختيار وعليه الارش لانه مباشر قتله بهذا الطريق ولهذا يلزمه الكفارة ومباشرة القتل بتقويت محل الدفع فإذا كان بعد العلم بالجناية يجعل اختيارا ولا معتبر بتعمده الوطئ والوقوع عليه لان ذلك من باطنه لا يمكن الوقوف عليه وان أعنته وان باعه أو وهبه أو كاتبه وهو لا يعلم بجنابته فعليه قيمته لانه منع الدفع بما أحدث من التصرف ولكنه لم يصر مختارا للفداء حين لم يكن عالما بالجناية فيكون مستهلكا محل الدفع وذلك يوجب عليه القيمة لمولى ولي الجناية كالراهن إذا استهلك المرهون يغرر قيمته لحق المرتهن وان كان علم باحدى الجنابتين ولم يعلم بالآخرى فهو مختار للذي علم بها وعليه الارض وللآخرى حصتها من قيمة العبد لانه يجعل تصرفه في حق كل واحد من الجنابتين كانه لا جناية سواها ففيما كان عالما بها يجعل مختارا لوجود دليل الاختيار وفيما لم يكن عالما بها مستهلكا محل الدفع فعليه حصتها من قيمة العبد وإذا جنى العبد جناية لم

تبلغ النفس فاعتقه المولى وهو يعلم بها قبل البرء ثم انتقضت الجراحة فمات وهو مختار فعليه الدية لان السبب الموجب لتخير المولى جناية العبد وانما وجد الاعناق بعد العلم بها فيكون

[35]

ذلك منه اختيارا للارش بمنزلة مالو أعتقه بعد الموت (ألا ترى) ان أداء الكفارة بعد الجرح قبل زهوق الروح جائز بمنزلة أدائها بعد الموت وهذا لانه لما أعتقه مع علمه ان الجناية قد برئت فقد صار مختارا لما يجب من الارش برأت أو سرت ولو قال لعبد ان ضربت فلانا بالسيف أو بالعصا أو بسوط أو بيدك أو شجته أو جرحته فأنت حر ففعل به ذلك فمات منه عتق والمولى مختار للدية لان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولان المولى لما علق عتقه بشرط هو سبب لوجوب الارش وتخييره بين الدفع والقداء فقد صار راضيا بالتزام القداء بمنزلة الصحيح إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا إذا مرضت فمرض ومات يصير فارا من ميراثها فان كانت جناية العبد مما يتعلق بها القصاص فلا شئ على المولى لان الواجب هو القصاص على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلا يصير المولى بالعتق مفوتا حق ولي الجناية فلهذا لا يلزمه شئ وادا جرح العبد رجلا فحوصم فيه المولى فاختر العبد وأعطى الارش ثم انتقضت الجراحة فمات المجروح فالقياس فيه أن يكون المولى مختارا للقداء وهو قول أبي يوسف الاخر وفي الاستحسان بخير المولى خيارا مستقبلا وهو قول أبي يوسف الاول وهو محمد ورجع أبو يوسف من الاستحسان إلى القياس وأخذ محمد رحمه الله بالاستحسان وقد بينا فيما تقدم أن بهذه الصورة في الكتب ثلاث مسائل هذه ومسألة تكرار تلاوة السجدة في الركعة الثانية وجه القياس ان المولى اختار الارش بعد ما تقرر السبب فنزل ذلك منزلة اختياره بعد موت المجروح وهذا لانه أقدم على الاختيار مع علمه أنه قد يبرأ وقد ينتقض فيسري إلى النفس * يوضحه ان الاختيار قد يكون منه حكما وقد يكون قصدا فقد صار مختارا لما يجب بها ثم الاختيار بطريق الحكم يسوى فيه بين ما قبل البرء وما بعده وهو الاعناق باعتبار انه اختيار لموجب الفعل فكذلك في الاختيار قصدا وجه الاستحسان أن المولى اختار الارش على حسان أن البرء قد تم وان الواجب ارش الطرف فلا يكون ذلك منه دليل اختياره الدية فالانسان قد يختار الشئ إذا كان قليلا ولا يختاره إذا كان كثيرا فإذا تبين أن الواجب كان هو الدية قلنا يخير خيارا مستقبلا بمنزلة الشفيع إذا أخبر بثمن قليل فطلب الشفعة وقضى له بها ثم تبين أن الثمن كان أكثر من ذلك كان على خياره ولو أخبر أن الثمن كثير فسلم الشفعة ثم تبين انه كان أقل من ذلك كان هو على حقه بخلاف الاعناق فانه تفويت لمحل الدفع ولا يمكن ابقاء خياره بعده قائما وعند الاختيار قصدا لا يفوت محل الدفع فلهذا كان لي خياره الا انه

[36]

روي عن أبي يوسف انه فرق بين ما إذا أعطى الارش بغير قضاء وبين ما إذا أعطاه بقضاء القاضي قال إذا أعطاه بقضاء القاضي فان المجروح بخير خيارا مستقبلا بخلاف ما إذا أعطاه بغير قضاء القاضي فان ذلك اختيار منه

للدية طوعا بمنزلة من اشترى دارا بعد فاعدها الشفيع بقيمة العبد ثم استحق العبد فان أخذها بقضاء القاضى بطلت شفيعته ووجب عليه ردها وان أخذها بغير قضاء القاضى جعل ذلك كالشراء المبتدا وعن زفر انه قال في الوجهين جميعا يصير مختار الان القاضى انما قضى بالارش بناء على اختياره قال وإذا جنى العبد جناية فاختار المولى إمساك عبده وليس عنده ما يؤدى وكان ذلك عند قاضى أو عند غير قاض فالعبد عبده والارش دين عليه في قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان أدى الدية مكانه والا دفع العبد الا ان يرضى الاولياء أن يتبعوه بالدية على ما قال فان رضوا بذلك لم يكن لهم بعد ذلك أن يرجعوا في العبد وجه قولهما أن نفس صاحب الدار صار حقا لمولى الجناية الا أن المولى يتمكن من تحويل حقهم من العبد إلى الارش باختياره الفداء فإذا أعطاهم الارش كان هذا تحويلا لحقهم من محل إلى محل فيه وفاء بحقهم فيكون صحيحا منه وإذا كان مفلسا كان هذا باطلا لحقهم لا تحويلا من محل إلى محل يعد له فيكون ذلك باطلا من المولى وهذا لان ثبوت الخيار للمولى كان على وجه النظر من الشرع وانما يثبت على وجه لا يتضرر به صاحب الحق فإذا آل الامر إلى الضرر كان باطلا بمنزلة المحتال عليه إذا مات مفلسا فان الدين يعود إلى ذمة المحيل لانه حول حقه من ذمته إلى ذمة المحتال عليه بشرط أن يسلم له فإذا لم يسلم عاد كما وفي بيع المعاوضة إذا هلك أحد العوضين قبل القبض بطل العقد في الآخر لان صاحبه حول حقه إلى العوض الآخر بشرط أن يسلم له فإذا لم يسلم عاد كما كان وكذلك في البيع والآخر بالشفعة ان سلم الثمن كان له أن يأخذ الدار وان عجز عن ذلك لم يكن له أن يأخذها الا أن يرضى البائع والمشتري في فصل الشفعة بالتسليم فهاهنا أيضا ان رضي الولي كان مسقطا حقه في العبد وان أبى كان له أن يأخذ العبد وأبو حنيفة يقول بجناية العبد يخير المولى بين الدفع والفداء والمخير بين اثنين إذا اختار أحدهما تعين ذلك واجبا من الاصل كالمكفر إذا اختار أحد الأنواع الثلاثة فهاهنا باختياره تبين أن الواجب هو الدية في ذمة المولى من الاصل وان العبد فارغ من الجناية فلا يكون لاولياء الجناية عليه سبيل * يوضحه ان من ثبت له الخيار شرعا يستبد بالخيار من غير ان يحتاج إلى رضا صاحبه ولو

[37]

رضى الاولياء أن يتبعوا بالدية لم يبق لهم حق في العبد فكذلك إذا اختار المولى ذلك في حال ما ثبت له الخيار شرعا وقيل ان هذه المسألة في الحقيقة تبنى على اختلافهم في التفليس وعند أبى حنيفة التفليس ليس بشئ والمال غاد ورائج وهذا التصريف من المولى يكون تحويلا لحق الاولياء إلى ذمته لا ابطالا وعندهما التفليس معتبر والمال في ذمة المفلس يكون تاويا فيكون هذا الاختيار من المولى ابطالا لحق الاولياء وقد روي عن أبى يوسف ان اختيار المولى ها هنا معتبر حتى لا يكون لاولياء الجناية حق تملك العبد بالاخذ بعد هذا الاختيار ولكن يباع العبد فيه فيدفع ثمنه إلى الاولياء من حساب الدية التي على المولى وهو بناء على مذهب أبى يوسف في الحجر بسبب الدين فانه يقول القاضى يحجر على المديون ويبيع عليه ماله وعند أبى حنيفة لا يفعل ذلك وقد بينا هذا في كتاب الحجر قال وإذا جنى العبد جناية خطأ ثم أقر المجني عليه انه حر قبل الدفع إليه فلا حق له في رقبة العبد ولا على المولى لانه يزعم انه حر وان جنائته على عاقلته ولا يستحق بها رقبته وزعمه معتبر في حقه فلا سبيل له على العبد بعد هذا الاقرار ولا شئ له على المولى لانه لم يدع على المولى بعد الجناية

حتى يصير به مختاراً أو مستهلكاً ولو كان اقرار المجني عليه بعد ما دفع إليه العبد فهو حر لانه ملكه بالدفع وقد أقر بحرته فيعتق باقراره ويكون موقوف الولاء بمنزلة من اشترى عبداً ثم أقر ان البائع كان أعتقه قال وإذا جنت الامة جنابة ثم ولدت ولداً أو اكتسبت كسباً فان مولاهما يدفعها بالجنابة ولا يدفع ولدها ولا كسبها لان استحقاق نفسها بالجنابة خطأ كاستحقاق نفسها بالعمد فصاصاً وذلك لا يسري إلى الكسب والولد وهذا لان حق ولي الجنابة غير متأكد في عينها (ألا ترى) ان المولى مخير بين أن يدفعها أو يفديها بالارث وانما يسري إلى الولد ما يكون متأكداً في الاصل حين انفصل الولد عنها وأما الكسب فانما يملك بملك الاصل وعند الاكتساب كان ملك الاصل للمولى دون المجني عليه فان جنى عليها فأخذ المولى لذلك ارشاً فانه يدفع الارش معها لان الارش عوض عن الجزء الفائت منها بالجنابة وحق ولي الجنابة كان ثابتاً فيها بجميع أجزائها فيثبت في بدل جزء منها أيضاً والجزء معتبر بالكل ولو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفع تلك القيمة إلى ولي الجنابة فكذلك إذا أخذ ارش جزء منها بخلاف الولد فانه حر وهو زيادة حادثة بعد الجنابة وحق الولي انما يثبت في الاجزاء الموجودة عند الجنابة وان كان جنى عليها قبل جنابتها لم يدفع المولى ذلك الارش معها لان الجزء الفائت بتلك الجنابة

[38]

لم يكن موجوداً عند جنابتها فلا يثبت حق ولي الجنابة فيه ولا في بدله بخلاف الفائت بعد جنابتها وان لم يعلم ان الجنابة عليها كان قبل جنابتها أو بعده فالقول فيه قول المولى لان الارش المقبوض في يد المولى فأولياء الجنابة يدعون استحقاق ذلك على المولى وهو ينكر ولانهم يستحقونها بالجنابة على المولى فالقول قول المولى في بيان صفتها حين ثبت الاستحقاق لهم وان كان وجب الارش بعد جنابتهما فأمسكها المولى وفداها فله أن يستعين بذلك الارش في الفداء لانه ملكه كسائر أمواله وان لم يختر الفداء حتى استهلك أو وهبه الجاني عليها لم يكن مختاراً وله أن يدفعها لان الارش منفصل عنها فتصرفه في الارش لا يكون تصرفاً فيها ولا يعتذر دفعها فكان له أن يدفعها بمنزلة ما لو حدثت الجنابة من امتين فاستهلك احدهما كان له أن يدفع الاخرى بجنابتها ثم عليه أن يغرم مثل ما استهلك فيدفعه معها لان حق ولي الجنابة ثبت في ذلك الارش وقد أتلفه المولى بتصرفه وهذا بخلاف ما إذا أتلف المولى جزءاً منها بجنابته لان هناك المولى تصرف فيه بالجنابة والجزء الذي أتلفه بجنابته كان متصلاً بها ولهذا صار المولى به مختاراً وان كان الجاني عليها عبداً فدفعه المولى كان عليه أن يدفعها جميعاً أو يفديهما بالدية لان العبد المدفوع قائم مقام الجزء الفائت منها فان أعتق العبد المدفوع إليه فهذا اختيار منه للامة وعليه الدية وكذلك ان أعتق الامة فانه لا يستطيع أن يدفع واحداً منهما دون صاحبه لان العبد قائم مقام الجزء الفائت وحكم الدفع فيها لا يتجزأ بل إذا تعذر دفع بعضها بتصرف المولى يتعذر دفع كلها فكذلك حال العبد المدفوع مكان الجزء الفائت منها وهذا بخلاف الارش المستوفى من الجاني إذا كان جزءاً لان الارش دراهم وفي الدراهم لا يثبت للمولى الخيار بين الدفع والفداء واقدمه على التصرف انما يكون دليل الاختيار إذا صادف محلاً ثبت له فيه الخيار فأما هنا فالخيار ثابت له في العبد والامة لان كل واحد منهما يفيد التخيير فيه بين الدفع والفداء فاعتاقه أحدهما يكون تصرفاً في المحل الذي ثبت له فيه الخيار فيجعل ذلك اختياراً وهذا الاختيار يثبت له فيهما باعتبار جنابة واحدة فيكون اختياره أحدهما اختياراً لهما جميعاً بخلاف

الامتين إذا جنت كل واحدة منهما لان ثبوت الخيار له في كل واحدة منها باعتبار جنابة على حدة فلا يكون اختياره احدى الجنائتين دليل الاختيار منه في الاخرى فان أعتق العبد وهو لا يعلم بالجنابة ثم اختار دفع الامة دفع معها قيمة العبد لان العبد لو كان قائما بعينه كان عليه دفعه معها وقد صار مستهلكا له بالاعتناق حين لم يكن عالما بالجنابة فكان عليه قيمته (ألا ترى)

[39]

انه لو أعتق الامة وهو لا يعلم بالجنابة كان عليه قيمتها ولو كان هذا العبد فقا عين الامة فدفع بها وأخذت الجارية فان العبد يصير مكانها يدفعه المولى أو يقدية بالدية لانه قائم مقامها حين دفع بها وكذلك لو قتلها عبد فدفع بها ولو قتلها حر خطأ فأخذ المولى قيمتها لم يقل للمولى ادفعها أو افدها ولكنه يدفع قيمتها لان القيمة دراهم أو دنانير والارش كذلك ولا معنى للتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد وإنما يؤمر بدفع القيمة التي قبضها إلى ولي الجنابة بخلاف ما تقدم فالمدفعون هناك عبد وللناس في الاعيان أغراض فتخيره بين دفع العبد وبين الفداء بالقيمة يكون مقيدا ولو أن عبدا قتل رجلا خطأ ثم قتلت جارية المولى العبد خطأ قيل للمولى ادفعها أو افدها بقيمة العبد لان العبد الجاني صار مستحقا لولي الجنابة فجنابة جارية المولى عليه بمنزلة جنابتها على عبد مملوك لولي الجنابة ولو قتلت عبدا أو مملوكا له كان على المولى أن يدفعها أو يقدية بقيمة العبد فكذلك هاهنا لا يجوز أن يلزمه أكثر من ذلك وهذا لان عطاءه قيمة العبد بمنزلة اعطائه العبدان لو كان قائما ولو أعطاهم العبد لم يلزمه شئ آخر فكذلك إذا أعطاهم قيمته بعد ما قتله أمته قال وإذا قتل العبد رجلا خطأ وقتلت الامة رجلا وهما لرجل واحد ثم ان العبد قتل الامة خطأ واختار المولى دفعه فانه يقسم على قيمة الامة ودية الحر لان الامة كانت مستحقة لأولياء جنابتها وقد جنى العبد عليها فثبت حق أولياء جنابتها في مقدار قيمتها وحق أولياء الحر في الدية ومولاه يتخير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع ضرب فيه أولياء الحر بدية الحر وأولياء الامة بقيمتها فيقسم العبد بينهما على ذلك وان اختار الفداء فدهاه بدية الحر وبقيمة الامة لأولياء جنابتها قال وإذا جنى العبد جنابة ففداه المولى منها ثم جنى جنابة أخرى قيل له ادفعه بها أو افده لانه لما فدهاه من الاولى فقد طهره منها فكأنه ما وجد منه الا الجنابة الاخرى فيخاطب بالدفع أو الفداء فان كان لم يقض من الاولى شيئا حتى جنى الثانية دفعه بهما أو فدهاه لان الجنائتين اجتمعتا في رقبته وللمولى أن يتخلص بدفعه ويقول انما لحقني هذا الشغل بسبب ملكي رقبة العبد وانا اتخلص بدفعه فيدفعه بالجنائتين أو يقدية بارشهما وإذا أعتق العبد ثم أقرانه كان جنى في حال رقة جنابة عمدا أو خطأ لم يلزمه شئ منها الا القود في النفس لانه لو أقربها قبل العتق لم يصح اقراره الا بالجنابة الموجبة للقود فكذلك بعد العتق وهذا لانه في الوجهين جميعا انما يقر على غيره فان جنابة العبد فيما يوجب المال يكون على المولى لا شئ منه على العبد قبل عتقه ولا بعد عتقه واقراره على غيره لا يكون حجة في الحاليين

[40]

فاما ما يكون موجبا للعود فإقراره يكون على نفسه ولو جنت أمة جناية فقال المولى كنت أعتقتها قبل الجناية أو دبرتها أو كانت أم ولى فانه لا يصدق من أجل الجناية وهو مختار للعداء ان قال هذا بعد العلم بالجناية وان قاله قبل العلم بالجناية فعليه القيمة لانه متهم في حق أولياء الجناية فيجعل إقراره بمنزلة الانشاء في حقهم وأن انشاء العتق أو التدبير كان الحكم فيه ما بينا فكذلك إذا أقر مستندا إلى ما قبل الجناية لان هذا الاسناد لا يثبت بقوله حين لم يصدقه أولياء الجناية فيه وإذا جنى العبد جناية فآخبر ولي الجناية ولي العبد فاعتقه فقال لم أصدقه فيما آخبر به فهو مختار للعداء لان ولي الجناية في اختياره يطلب بحقه فعلى المولى أن ينظر في خبره (ألا ترى) انه لو آخبر القاضي بذلك وطالبه باحضار المولى وتكليفه الجواب آجابته القاضي إلى ذلك فكذلك إذا آخبر المولى بذلك كان عليه أن ينظر إلى خبره فإذا لم يفعل وأعتق العبد كان هذا بمنزلة الاعتناق بعد العلم بالجناية فيكون مختارا وكذلك ان آخبره رسول ولي الجناية فاسقا كان الرسول أو عدلا لان عبارة الرسول كعبارة المرسل فاما إذا آخبره بذلك فضولي فان صدقه فيما آخبره به ثم أعتق العبد فهو مختار للعداء أيضا وان كذبه في ذلك أو لم يصدقه ولم يكذبه حتى أعتق العبد فان كان المخبر عدلا فكذلك الجواب لان خبر العدل مقبول فيما يكون ملزما وان كان المخبر فاسقا فعلى قول أبي حنيفة لا يكون مختارا للعداء ولكن عليه قيمته باستهلاكه اياه وعند أبي يوسف ومحمد هو المختار للعداء وهذا من الجنس الذي بيناه في المأذون أن عندهما خبر الواحد في المعاملات مقبول عدلا كان أو فاسقا وعند أبي حنيفة فيما يتعلق به اللزوم لا يعتبر خبر الفاسق وهذا خبر الملزم في حق المولى لان حق الاعتناق بعد العلم بالجناية يلزمه العداء فلا يعتبر فيه خبر الفاسق إذا كان فضوليا وان آخبره به فاسق ففي إحدى الروايتين كذلك في الرواية الأخرى يكون مختارا للعداء لانه تم إحدى شطري الحجة وهو العدد فيعتبر بما لو وجد الشطر الأخر وهو العدالة في حق المخبر الواحد ولو جنى عبده جناية فقال المولى كنت بعته من فلان قبل الجناية وصدقة فلان أو قال هو له لم يكن لي قط وصدقة فلان قيل لفلان ادفعه أو افده لان المولى ما أتلف على ولي الجناية شيئا حين أخرجه إلى ملك رجل يخاطب بدفعه أو الفداء كما كان هو يخاطب به فان كذبه فلان قيل للمولى ادفعه أنت أو افده لان الملك ثابت له فيه باعتبار يده والاقرار بطل بتكذيب المقر له فصار كأنه لم يكن فيخاطب ذو اليد بالدفع أو الفداء ولو أن عبدا في يد

[41]

رجل جنى جناية فقال ولي الجناية هو عبدك فقال الرجل هو وديعة عندي لفلان أو عارية أو اجارة أو رهن فان أقام على ذلك بينة آخر الامر فيه حتى يقدم الغائب فان لم يقم بينة خوطب بالدفع أو الفداء وقال زفر هو مختار للعداء بمجرد قوله لانه زعم انه لاسبيل له على دفعه فيجعل به مقوما للدفع مختارا للعداء كما لو أعتقه ولكننا نقول هو بكلامه يزعم انه ليس بخصم في هذه الجناية أصلا واختياره بينى على كونه خصما فإذا ثبت بالبينة انه ليس بخصم فيه صار اثبات ذلك بالبينة كالاتبات بالمعينة وان لم يقم بينة على ذلك فهو الخصم باعتبار ظهور يده فيه وهو متمكن من دفعه فيخاطب بالدفع أو الفداء ولا معنى لجعله مختارا مع بقاء تمكنه من الدفع بالجناية فان فداه ثم قدم الغائب أخذ عبده بغير شئ لان ذا اليد أقر بذلك له وقد اتصل تصديقه بذلك الاقرار وقد كان ذو اليد متبرعا في هذا الفداء فانه ما كان مجبرا عليه فلا يرجع بشئ منه على المقر له وان كان دفعه

فالغائب بالخيار ان شاء أمضى ذلك وان شاء أخذ العبد ودفع الارش لان تصديقه اتصل بذلك الاقرار فيثبت الملك ويتبين انه كان له الخيار فان أمضى دفعه كان ذلك بمنزلة اختيار الدفع منه ابتداء وان اختار الارش فله ان يأخذ عبده وان أنكر الغائب أن يكون العبد له فما صنع الاول فيه من شئ فهو جائز لان الاقرار بطل بتكذيب المقر له وإذا كان عبد في يدي رجل وهو مقر بانه عبده أو لم يقر ولم ينكر فاجر عليه بجناية خطأ ثم أقر انه لرجل آخر وانه لم يملكه قط وصدقة الرجل فالعبد له لان الجناية الثابتة عليه باقرار المولى لا تكون أقوى من الثابتة بالمعينة وذلك لا يمنع المولى من التصرف فيه والاقرار بالملك لغيره ثم ان كذبه المقر له في الجناية فهو مختار للارش لان الجناية ثبتت على العبد باقرار ذي اليد عليه بها ثم صار متلفا العبد باقراره بالملك فيه لغيره فيجعل ذلك بمنزلة تملكه منه بالبيع وذلك اختيار منه للفداء فهذا مثله إذا كان ذو اليد اقرانه عبده قبل اقراره بالجناية عليه أو بعد ذلك قبل اقراره لهذا الرجل وان لم يكن ادعاه لنفسه قبل اقراره لهذا الرجل فلا شئ عليه ولا على العبد من الجناية لان المقر ما أتلف شيئا على أحد وإنما أقر على ملك غيره بالجناية واقراره على ملك الغير لا يلزمه شيئا وهذا بخلاف ما إذا اثبتت الجناية عليه بينة لان هناك ذو اليد قد صار مخاطبا بالدفع وثبتت الجناية على العبد بما هو حجة في حق الكل فإذا حوله باقراره إلى المقر له خوطب بما كان يخاطب به المقر وهاهنا باقرار ذي اليد ما ثبتت به الجناية على العبد في حق المقر له فلهذا لا يخاطب بشئ قال وإذا جنى العبد

[42]

جناية ثم أصابه عيب سماوي فان المولى يخاطب بدفعه أو الفداء ولا شئ عليه بسبب ذلك العيب لانه ما كان مضمونا عليه (ألا ترى) انه لو مات في يده لم يلزمه شئ فإذا فات جزء منه بغير صنعه أولى أن لا يلزمه شئ وكذلك لو بعثه المولى في حاجة فعطب فيها أو استخدمه فلا ضمان عليه فيما لحقه بذلك لان المولى حق الاستخدام في العبد ما لم يدفعه فلا يكون فعله ذلك تعديا فلو أذن له في التجارة بعد جنائته فاستغرق رقبته فهو ضامن قيمته لاهل الجناية تعديا ولو أذن له لان الاذن له في التجارة لا يمنعه من الدفع في الجناية فلا يصير به مختارا ولكن استحقاق ماليته في الدين يثبت بذلك الاذن فيصير المتلف به كالمكلف للمالية على أهل الجناية لانه تعذر الدفع إليهم بالجناية حين يباع في الدين لان حقهم كان ثابتا في عبد غير مشغول المالية فلهذا لا يضمن المولى قيمته قال وإذا قتل العبد قتيلا خطأ ثم قفا رجل عينه ثم قتل آخر خطأ ثم اختار المولى دفعه فانه يدفع ارش العين إلى الاول لانه جنى على الاول وعينه كانت صحيحة فيثبت فيها حق المجني عليه ثم فانت واخلفت بدلا فيكون البدل له ولا مزاحمة للثاني معه فيه لانه جنى على الثاني وهو أعور فلم يثبت حق الثاني في هذه العين أصلا ثم يكون العبد بينهما يضرب فيه الاول بالدية الا ما أخذ من ارش العين يضرب فيه الاخر بالدية حتى إذا كانت قيمته ألف درهم وكان ارش العين خمسمائة فان العبد يقسم بينهما على تسعة وثلاثين سهما لان الاول انما بقى من حقه تسعة آلاف وخمسمائة فيضرب بذلك في العبد والثاني انما يضرب بعشرة آلاف كمال الدية فإذا جعلت كل خمسمائة سهما كان العبد بينهما على تسعة وثلاثين سهما وكذلك ولو كان الذي فقأ عينه عبدا فدفع به كان ولي الاول أحق به ثم يضرب مع الاخر بالدية الا قيمة العبد الذي أخذه لانه وصل إليه ذلك القدر من حقه وإذا قتل العبد قتيلا خطأ وللمقتول وليان فدفعه المولى إلى أحدهما بقضاء قاض ثم قتل عنده آخر

ثم جاء ولي الاخر والشريك في الجناية الاولى فانه يقال للمدفع إليه الاول ادفع نصفك إلى الاول أو افده بنصف الدية لان نصف العبد صار مملوكا بالدفع إليه بقضاء القاضي فانما جنى على ملكه فيخاطب بان يدفع ذلك النصف أو يعديه بنصف الدية فان دفعه برئ من نصف الدية ويرد النصف الباقي على المولى لانه أخذه بغير حق فيرده على من أخذ منه ثم لقال للمولى ادفعه أو افده بعشرة آلاف خمسة آلاف للاخر وخمسة آلاف لولي الاول الذي لم يأخذ شيئاً فان دفعه ضرب كل واحد منهما في هذا النصف بخمسة آلاف فيكون بينهما نصفين فحصل ثلاثة ارباع العبد

[43]

لولي الجناية الاخرة وربعه للذي لم يكن قبض من ولي الجناية الاولى ثم يضمن المولى الذي كانت الجناية الثانية في يده ربع قيمته للمولى فيدفعه إلى الاوسط لان هذا الربع استحقه ولي الجناية الاخرة بجناية كانت منه عند المدفوع إليه وقد كان مضموناً في يده فيرجع عليه بربع القيمة لذلك ويدفعه إلى الاوسط لان حقه كان ثابتاً في هذا الربع وقد فات وأخلف بدلا فيجمع له ربع العبد وربع القيمة ولا يكون ذلك موجبا للضمان عليه حتى لو كان دفعه إليه بغير قضاء القاضي كان للاوسط الخيار ان شاء ضمن المولى هذا الربع باعتبار دفعه إلى صاحبه بغير قضاء قاض وان شاء ضمنه فان ضمن المولى رجع به المولى على المدفوع إليه الاول لما قلنا قال وإذا قتل العبد قتيلا خطأ فدفعه المولى إلى أحدهما بغير قضاء القاضي فقتل عنده قتيلا خطأ ثم اجتمعوا واختاروا الدفع فان المدفوع إليه الاول يقال له ادفع نصف العبد إلى الاخر لان حقه كان في نصف العبد وقد تم ملكه في ذلك النصف بالدفع إليه ثم كانت الجناية الاخرة من هذا النصف على ملكه وقد اختار الدفع فيؤمر بدفع نصف العبد إليه ويرد النصف الباقي على المولى لانه أخذه بغير حق ثم يدفعه المولى إلى الاوسط والاخر يضرب فيه الاخر بخمسة آلاف لانه وصل إليه نصف حقه ويضرب فيه الاوسط بعشرة آلاف لانه لم يصل إليه شئ من حقه فيكون هذا النصف بينهما أثلاثاه للاوسط وثلاثة للاخر ثم يضمن المولى سدس قيمة العبد للاوسط وهو ما سلم من هذا النصف لولي الجناية الاخرة لان حق الاوسط كان ثابتاً في جميع هذا النصف وكان قد دفعه إلى غيره بغير قضاء القاضي فلهذا يضمن له سدس القيمة ويرجع به على الاول الذي كان في يده لان استحقاق هذا السدس بجنائه كانت في يده وان شاء الاوسط ضمن هذا السدس الذي كان في يده هكذا يقوله العراقيون من مشايخنا والصحيح عندي انه ليس له ذلك هاهنا ولا في الفصل الاول لانه ما كان مالكا لهذا النصف قبل ان يدفع إليه حين يكون قبض الاول جناية على حقه فيكون ضامنا له ولو كان الدفع بقضاء قاض كان مثله هذا أيضا لان المولى لا يضمن شيئاً للاوسط ولكنه يرجع بسدس القيمة على المدفوع إليه الاول لما قلنا وإذا قبض ذلك منه دفعه إلى الاوسط وعلى ما يقوله العراقيون الاوسط هو الذي يرجع بسدس القيمة على المدفوع إليه قال وإذا قتل العبد قتيلا خطأ وقفاً عين آخر فدفعه المولى إلى المفقوء عينه فقتل عنده قتيلا آخر ثم اجتمعوا فاختاروا دفعه فان صاحب العين يدفع ثلثه إلى الاخر لانه ملك الثلث والجناية

الاخيرة من هذا الثلث حصلت على مكله فيدفعها بها ويرد الثلثين على المولى فيدفعه المولى إلى ولي القتيلين يضرب فيه الاول بعشرة آلاف والاخر بثلتي الدية لانه قد وصل إليه ثلث حقه فيكون هذا مقسوما بينهما أخماسا ثلاثة أخماسه للاول وخمسه للاخر ثم يضمن المولى للاول ستة أجزاء وثلثي جزء من ستة عشر جزءاً وثلثي جزء من ثلثي قيمة العبد وذلك في الحاصل خمسا بدل ما سلم للاخر من هذا الثلثين الا انه إذا بنى الجواب على القسمة التي كان بينهما فان الاول ضرب فيه بعشرة آلاف والاخر بستة آلاف وثلثي الف ولهذا قال ما قال وفي الحقيقة رجوعه على المولى بخمسي ثلثي قيمته لان المولى أتلف ذلك عليه حين دفعه إلى صاحب العين بغير قضاء قاض واستحق بالجنابة التي كانت عنده ثم يرجع به المولى على صاحب العين لما قلنا ان الاستحقاق بسبب جنابة كانت في ضمانه. قال وإذا قتلت الامة قتيلا خطأ ثم ولدت بنتا ثم قتلت البنت رجلاً خطأ ثم ان البنت قتلت الام فاختر المولى دفعها ضرب أولياء قتيل الامة فيها بقيمة الام وأولياء قتيل البنت بالدية لان البنت في هذا الحكم كجارية أخرى للمولى فان حق ولي جنابة الام لا يثبت في البنت ثم قد وجد من البنت جنابتان احدهما على الحر والاخرى على الام وهي مقدرة بحق أولياء جنابة الام فان دفعها المولى ضرب كل واحد منهما فيها بمقدار حق أولياء الام بقيمة الام وولي الحر بالدية فتقسم البنت بينهما على ذلك وان اختار المولى فداء البنت دفع قيمتها إلى وليها وقيمة الام إلى ولي الام لانه انما أقربها بما يثبت فيها من الحق باعتبار جنابتها ولو كانت البنت فقأت عين الام فهذه المسألة على أربعة أوجه ان اختار المولى دفعها دفع الام بجنابتها ودفع البنت يضرب فيها أولياء قتيلها بالدية وأولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لانها على غير الامة وقد ثبت فيها حق أولياء الام والعين من الادمى نصفه فلماذا ضربوا فيها بنصف قيمة الام وان اختار الفداء فدى كل واحد منهما بعشرة آلاف أرش جنابتها وقد خلطن بحق فيهما للمولى ولا تعتبر جنابة البنت على الام وان اختار الدفع في الام والفداء في البنت دفع الام إلى أولياء جنابتها وفدى البنت بالدية إلى أولياء قتيلها وبنصف قيمة الام لأولياء قتيل الام لانها أتلفت نصف الام بجنابتها وهي جنابة معتبرة بحق أولياء جنابة الام وان اختار الدفع في البنت والفداء في الام فدى الام بعشرة آلاف ودفع البنت إلى أولياء جنابتها لانه حين فدى الام صارت هي مخالفة له فجنابة البنت عليها غير معتبرة لحق المولى فلماذا دفع البنت إلى أولياء جنابتها ولو فقأت الام عين البنت

بعد ما فقأت البنت عينها فاختر المولى دفعها فانه يدفع البنت وانما يبدأ بها لانها هي التي ابتدأت بالجنابة على الام فيضرب فيها أولياء قتيلها بالدية وولي قتيل الام بنصف قيمة الام ثم يكون ذلك المقدار من البنت مع الام ويدفع الام وما أصابها بارش عينها من البنت فيكون ما دفع بها من البنت لولي قتيل الام خاصة لان الام حين ثبتت الجنابة الاولى كانت عينها صحيحة فيثبت حق المولى في بدل تلك العين ولا مزاحمة فيه لأولياء جنابة البنت وهي عوراء فلا يثبت حقهم في بدل عينها ثم يضرب ولي قتيل الامر بما بقي من الدية ويضرب فيها ولي جنابة البنت بنصف قيمة البنت فتكون القسمة بينهما على ذلك وقد طعنوا في هذا الجواب فقالوا (ينبغي أن

يضرب أولياء قتيل البنت في البنت بالدية الا مقدار ما يصل إليهم من الام باعتبار جنايتها على نصف البنت لان المعتبر هو المال وباعتبار المال سلم له هذا ولكن ما ذكره في الكتاب أصح لان عند دفع البنت لم يصل إلى أولياء قتيلا شيء بعد فيضربون بجميع الدية ولا معتبر بما يكون بعد ذلك (ألا ترى) ان رجلا لو مات وترك ألف درهم ولرجل عليه ألف درهم ولاخر عليه ألف درهم فاقسما الالف بينهما أثلاثا ثم ان صاحب الالفين أبراه عن الالف لا يتغير بهذا الابراء حكم تلك القسمة لهذا المعنى وان اختار المولى الغداء فيهما فداهما بديتين وأمسكهما جميعا لانه يفدي كل واحدة منهما بدية قتيلا وقد خلصنا للمولى ولا يعتبر جناية كل واحدة منهما على صاحبيتها قال وإذا قتلت الامة رجلا خطأ ثم ولدت بنتا ثم ان ابنتها قتلها فانه يقال لمولاها ادفعها أو افدها بقيمة الام لان البنت في هذا حكم كجارية أخرى للمولى ولو جنت الامة وهي حامل ثم ولدت ولد اقبل أن يدفعها فالولد للمولى لان الولد زيادة انفصلت عنها قبل تقرر حق ولي الجناية فيها وإذا ولدت آخر بعد الدفع فهو للمدفع إليه لانه ملكها بالدفع إليه والولد يتبع الام في الملك ولو جنت الامة خطأ ثم ولدت ولدها فقطع الولد يدها فالمولى بالخيار ان شاء دفع الام ونصف قيمتها إلى أهل الجناية وان شاء دفعها وولدها وان شاء أمسكها وأعطى الارش لان الولد بمنزلة مملوك آخر للمولى إذا لم يتفق به حق أولياء جنايتها وقد أتلف الولد نصف الام فتعتبر جنايته عليها بحق اولياء جنايتها فلهذا خير المولى على ما بينا سواء كان ارش الجناية أقل من نصف قيمتها أو مثل نصف قيمتها ولو جنى عليها عبد لغيره فاخذ الارش أعطى من ذلك ارش جنايتها وأمسك الباقي لان جناية عبد الغير عليها معتبرة لحق المولى فإذا قبض الارش التحق ذلك بسائر أملاكه

[46]

فيكون له أن يعطي من ذلك ارش جنايتها ويمسك ما بقي معها كما لو كان له أن يعطي ارش جنايتها من سائر أملاكه بخلاف ما سبق فجناية الولد عليها هناك غير معتبرة لحق الام وانما كانت معتبرة لحق ولي جنايتها وإذا اختلف المولى وولي جنايتها فقال الولي جنت وهي صحيحة ثم فقا رجل عينها فالارش لي وقال المولى جنت بعد الفقء فالقول قول المولى لما بينا أن الولي يدعي استحقاق مال في يد المولى ويدعي تاريخا في جنايته سابقا على وجوب الارش بالجناية عليها فلا يصدق في ذلك الا بحجة وكذلك لو كان الذي جنى عليها القاتل نفسه أو وليه ثم اختلف فالقول في ذلك قول المولى لما بينا انه ينكر سبق تاريخ يدعيه المولى فالقول قوله مع يمينه وعلى المولى اثبات ما يدعيه بالبينة والله أعلم (باب جناية العبد في البئر) (قال رحمه الله) وإذا حفر العبد بئرا في طريق بغير اذن مولاه ثم أعتقه مولاه ثم علم بما حفر ثم وقع فيها رجل فمات فعلى المولى قيمة العبد لان الحافر عند الوقوع يصير جانبا بسبب الحفر السابق فان ذلك الحفر كان تعديا منه الا انه اتصل بالمجني عليه عند الوقوع فيصير جانبا عليه بذلك الحفر كالمعلق للطلاق والعناق بالشرط فعند وجود المشروط يصير مطلقا ومعتقا بالكلام السابق وذلك الفعل كان منه في ملك المولى وموجب جناية العبد واستحقاق نفسه على المولى وقد أتلفه المولى بالاعتناق على وجه لم يصير مختارا اما لانه لم يكن عالما بالحفر أو لانه لم يكن عالما بان يقع فيها انسان فكان مستهلكا للعبد فعليه قيمة العبد لولي الجناية فان وقع فيها آخر اشتركا في تلك القيمة لانه صار جانبا على الثاني بالسبب الذي به صار جانبا على الاول وهو الحفر فيستويان في

الاستحقاق الثابت بذلك السبب والمولى بالاعتاق ما استهلك الارقبة واحدة فلا يلزمه أكثر من قيمة واحدة ولكن تلك القيمة بينهما نصفان فان وقع فيها العبد فهو وارثه تركة في تلك القيمة أيضا لان العبد بعد ما عتق فقد طهر من تلك الجناية والتحق هو بغيره من الاجانب وروي عن محمد بن الحسن ان دمه هدر وأصل هذه المسألة فيما إذا حفر العبد بئرا ثم أعتقه المولى ثم وقع العبد فيها فمات قدمه هدر في قول محمد لانه كالجاني على نفسه بذلك الحفر السابق وفي ظاهر الرواية على المولى قيمته لورثته لانه حين أعتق فقد خرج من أن يكون جانيا حكما ويصير كان الجاني بالحفر هو المولى حتى ان عند

[47]

وقوع الواقع فيها يكون موجب الجناية على المولى ولا شئ فيه على المعتق فيكون وقوع المعتق فيها كوقوع أجنبي آخر فيغرم المولى قيمته لورثته ولو كان أعتقه المولى بعد ما وقع فيها رجل فان كان المولى لا يعلم بوقوع الرجل فعليه قيمة العبد لانه صار بالاعتاق مستهلكا لامختارا وان علم بموت الرجل فيها فعليه الدية لانه صار مختارا بالاعتاق فقد صار متخيرا بموت الرجل فيها وعلمه بذلك بخلاف ما إذا كان اعتاقه قبل أن يقع في البئر أحد لانه ما صار متخيرا قبل وقوع الواقع فيها فلا يمكن أن يجعل اعتاقه اختيارا فان وقع آخر فيها فمات فانه يقاسم صاحب الدية فيضرب الاخر بقيمة العبد والاول بالدية في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على المولى نصف قيمة أخرى لولي القتل الاخر ولا يشرك الاول في الدية لان اعتاق المولى اياه اختيار الدية في حق الاول فكانه لم يعتقه ولكنه أمسكه وأدى الدية ولو فعل ذلك ثم وقع في البئر آخر كان عليه أن يدفع نصفه إلى الاخر أو يفديه بالدية فكذلك هاهنا يصير هو الاعتاق في حق الثاني مستهلكا للعبد فيغرم له نصف قيمته وأبو حنيفة يقول دفعه الدية إلى الاول بسبب اعتاقه بعد العلم بالجناية بمنزلة دفعه القيمة إليه إذا لم يكن عالما بالجناية ثم هناك المولى لا يغرم شيا آخر إذا وقع فيها انسان آخر ولكن الثاني شارك الاول فيما قبض فكذلك هاهنا وهذا لان المولى قد غرم جميع موجب جناية العبد فلا يلزمه شئ آخر بعد ذلك لانه لا يثبت بوقوع الثاني فيه في حق المولى تجدد الجناية فانه حر حين وقع فيه الثاني وبه فارق ما إذا أمسكه وأدى الدية لان العبد عند وقوع الثاني فيه صار جانيا باعتبار الحفر السابق وهذا على ملك المولى في هذه الحالة فيخاطب المولى بموجب هذه الجناية فيدفع إليه النصف أو يفديه وإذا ثبت أن المولى لا يغرم شيا آخر قلنا ولي الثاني يضرب مع الاول فيما قبضه بقيمة العبد لانه صار جانيا عليه لا بالحفر السابق والمولى في حقه يصير مختارا فيكون حقه في قيمة العبد وحق الاول في الدية فقد صار المولى مختارا في حقه فيضرب كل واحد منهما في المقبوض بمقدار حقه ولو وقع فيها رجل فمات ثم وقع فيها آخر فذهبت عينه والعبد قائم دفعه المولى اليهما فيكون بينهما أثلاثا على مقدار حقيهما وان اختار الفداء فداه بخمسة عشر ألفا عشرة آلاف لصاحب النفس وخمسة آلاف لصاحب العين وان أعتقه قبل أن يعلم بهما فعليه قيمتهما أثلاثا لانه صار مستهلكا للعبد عليهما بالاعتاق وان كان يعلم بالقتل ولا يعلم بالعين فعليه عشرة آلاف لولي القتل لانه مختار لذلك وعليه ثلث قيمته

لصاحب العين لانه صار مستهلكا في حقه حين لم يكن عالما بالجناية فيغرم له حصته من القيمة وهو الثلث ولو باع العبد قبل أن يقع فيها أحد ثم وقع فيها انسان فمات فعلى البائع قيمته لان ازالته العبد عن ملكه بالبيع بمنزلة ازالته بالعتق وكذلك ولو وقع فيها العبد في ظاهر الرواية على البائع قيمته للمشتري وفي رواية محمد دمه هدر كما بينا في العتق قال وإذا حفر العبد بئرا في طريق المسلمين فوقع فيها رجل فقال المولى انا كنت أمرته بذلك لم يضمن عاقلته ولم يصدق على ذلك الا البينة لان الجناية باعتبار الظاهر تعلقت برقبه العبد وصار المولى مخاطبا بالدفع أو الغداء فلا يقبل قوله في ايجاب موجب الجناية على العاقلة الا بالبينة ولا في تفريغ العبد عن موجب هذه الجناية إذا كذبه ولي الجناية وان صدقه ولي الجناية برئ العمد من الجناية بتصادقهما على ذلك والحق لا يعد وهما فتكون الدية في مال المولى لان اقراره بالحفر كان من العبد بأمره بمنزلة اقراره بانه حفر بنفسه ولو وقع انسان في بئر في الطريق فأقر رجل بانه هو الذي حفر البئر كان مصدقا على نفسه دون عواقله وتكون الدية في ماله في ثلاث سنين وإذا استأجر الرجل عبدا محجورا عليه وحررا يحفران له بئرا ف وقعت عليهما فماتا فعلى المستأجر قيمة العبد للمولى لانه صار غاصبا العبد باستعماله وقد تلف في عمله ثم تلك القيمة تكون لورثة الحر ان كان أقل من نصف الدية لان العبد صار جانبا على نصف الحر وقد مات وأخلف بدلا فيستوفي وليه ذلك البديل بحقه ثم يرجع بها المولى على المستأجر لان المقبوض استحق من يده بجناية كانت من العبد وفي ضمانته ثم المستأجر قد ملك العبد بالضمان وقد صار الحر جانبا على نصفه فيكون على عاقلة الحر نصف قيمة العبد المستأجر ولو كان العبد مأذونا له في العمل لم يكن على المستأجر شئ لانه ليس بغاصب له وكان على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان الحر صار جانبا على نصف العبد ثم يكون ذلك لورثة الحر باعتبار جناية العبد على نصف الحر وإذا حفر العبد بئرا في الطريق بغير اذن مولاه ثم قتل قتيلا خطأ فدفعه مؤلاه إلى ولي القتيل ثم وقع في البئر انسان فمات فان ولي القتيل بالخيار ان شاء دفع نصفه وان شاء فداه بالدية لان العبد صار جانبا على الواقع في البئر بالحفر السابق وباعتبار تلك الجناية يكون نصف قيمة حق ولي الواقع في البئر (ألا ترى) أنه لو كان وقوع الواقع في البئر قبل أن يدفع بجنائه كان العبد بينهما نصفين ولان المدفوع إليه بالجناية قد ملك جميعه لانه حين دفعه إليه العبد ما كان لاحد سواه حق في العبد وبوقوع الواقع في البئر لا يتبين أن حق وليه كان تام يومئذ وانما

يثبت مقصورا على الحال ولكن بذلك السبب فلا يبطل به ملك المدفوع إليه العبد بذلك في شئ من العبد ولكنه في الخيار يقوم مقام المولى باعتبار ملكه فان شاء دفع إليه نصفه وان شاء فداه بالدية ولو وقع في البئر أولا انسان فمات فدفعه ثم قتل قتيلا خطأ فدفعه المدفوع إليه ثم وقع في البئر آخر فان ولي القتيل يدفع ثلثه إلى الواقع في البئر آخر أو يفديه بالدية لان العبد في الحاصل قاتل ثلاثة نفر اثنان في البئر وواحد بيده وقد صار حصة صاحب البئر الاول للذي قتله بيده مع حصته وذلك ثلثان من العبد والثلث منه حق ولي الواقع في البئر آخر وقد قام المدفوع إليه مقام

المالك فيه فيتخير بين أن يدفع الثلث أو يفديه بالدية وإذا حفر المدبر أو أم الولد بئرا في الطريق وقيمه ألف درهم فوقع فيها انسان فمات فعلى المولى قيمته لان جنايته بالحفر عند اتصال الوقوع به كجنايته بيده وجناية المدبر وأم الولد توجب القيمة على المولى به قضى أبو عبيدة بن الجراح رضي الله عنه حين كان أميرا بالشام وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد وهذا لان المولى بالتدبير السابق صار مانعا دفع الرقبة بالجناية على وجه لم يصر مختارا فيكون ضامنا قيمة لو فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم بها فان وقع فيها واحد بعد واحد فماتوا وقد تغيرت قيمته فيما بين ذلك إلى زيادة أو نقصان لم يكن على المولى الا قيمة ألف درهم يوم حفر بينهم جميعا بالسوية لانه ما منع الا رقبة واحدة فلا يغرّم الا قيمة واحدة والجناية من المدبر سببها كان هو الحفر فيعتبر قيمته عند ذلك (ألا ترى) ان في الجناية بيده يعتبر قيمته حين جنى وكذلك لو مات قبل ان يقع فيها انسان أو أعتقه أو كاتبه أو فعل شيئا من ذلك بعد ما وقع فيها بعضهم ثم وقع فيها انسان فمات فعلى المولى قيمته لان جناية المدبر لا تتعلق برقبته فانه ليس بمحل الدفع وانما تجب القيمة على المولى ابتداء فموت المدبر وحياته وعتقه في ذلك سواء وكذلك لو جنى جناية بيده شارك أهلها في تلك القيمة لان المولى ما منع الا رقبة واحدة الا انه إذا كانت قيمته يوم جنى بيده ألفين فعلى المولى ألف درهم لهذا خاصة لان على المولى قيمته وقت جنايته فانه عند ذلك صار مانعا دفعه بالتدبير السابق وهذه الجناية الثانية وجدت منه الان فعليه لصاحبها قيمته ألقان وقد غرم مرة ألفا فيغرم لهذا ألفا أخرى ثم يضرب هو في القيمة الاولى مع أهلها بتسعة آلاف لانه وصل إليه مقدار ألف فينقص من حقه ذلك القدر ويضرب كل واحد من أصحاب البئر بعشرة آلاف فتكون القيمة بينهم على ذلك قال وإذا استأجر أربعة رهط مدبرا ومكاتبًا وعيدا وحرًا يحفرون له بئر

[50]

فوقعت عليهم من حفروهم فماتوا ولم يؤن للمدبر ولا للعبد في العمل فيقول كل واحد منهم تلف بفعله وفعل أصحابه فيهدر ربع نفسه وتعتبر جناية أصحابه عليه في ثلاثة أرباع نفسه ثم على المستأجر قيمة العبد والمدبر لمولاه لانه صار غا صبا لها بالاستعمال والمدبر يضمن بالغصب كالقن ثم لورثة الحر ربع دية الحر في رقبة كل انسان منهم ولولى المكاتب ربع قيمة المكاتب في رقبة كل منهما فيضرب في هاتين القيمتين ودية الحر بنصف دية الحر وورثة المكاتب بنصف المكاتب فيقسمان ذلك على هذا ثم يرجع مولاها بذلك على المتسأجر لان المقبوض استحق بجناية قيمة كانت منهما في يد المتسأجر فيثبت لهما حق الرجوع عليه في رقبة العبد ثم للمستأجر على عاقلة الحر ربع قيمة كل واحد منهما لانه ملك العبد بالضمان وقد صار بمنزلة المالك للمدبر باستحقاق بدل نفسه بعد ما ضمن قيمته فلهذا رجع على عاقلة الحر بربع قيمة كل واحد منها وله في رقبة المكاتب ربع قيمة كل واحد منهما وقد كان للمكاتب في رقبة كل واحد منهما ربع قيمته من القيمة التي أخلفها كل واحد منهما فيكون بعضه قصاصا من بعض وبتراوان الفضل ولو مع قيمة المكاتب على عاقلة الحر لان الحر أئلف ربع المكاتب ثم يأخذ ذلك ورثة الحر باعتبار جناية المكاتب على ربع الحر الا أن يكون لهم أكثر من ربع الدية فيأخذون ربع الدية ويردون الفضل على مولى المكاتب ولكن هذا انما يستقيم على قول من يقول قيمة المملوك في الجناية بالغة ما بلغت ولكل واحد من العبدين يعنى المدبر والعبد ربع قيمته في قيمة الاخر ولكن

ذلك على المستأجر له فلا يفيد اعتباره فان كان العبد ان مأذونا لهما في العمل فلا ضمان على المستأجر لانعدام الغصب وربع قيمة كل واحد منهما على عاقلة الحر وكذلك ربع قيمة المكاتب على عاقلة الحر وثلاثة أرباع دية الحر في أعناقهم في عنق كل واحد منهم ربع فإذا عقلت عاقلة الحر ربع قيمة كل واحد منهما وأخذ ذلك كل واحد منهم قلنا يؤخذ من مولى المدبر قيمة كاملة لانه صار مانعا بالتدبير السابق فيكون موجب جنایات المدبر القيمة عليه بعد أن يكون القيمة مثل ما عليه من ذلك أو أقل فيقسم ذلك بينهم بضرب فيه ورثة الحر بربع الدية ومولى العبد بربع القيمة ومولى المكاتب بربع القيمة وان كان المكاتب ترك وفاء أخذ من تركته تمام قيمته ان كانت قيمته أقل مما عليه من ذلك لان جنایات المكاتب إذا اجتمعت لا توجب الا قيمة واحدة في كسبه ثم يضرب فيها ولي الحر بربع الدية ومولى العبد بربع القيمة ومولى المدبر بربع القيمة ثم يؤخذ من مولى العبد جميع ما أخذ من ذلك

[51]

لان المأخوذ بدل عبده وأولياء جنایة العبد أحق بذلك من مولاه فيضرب في ذلك ورثة الحر بربع دية الحر ومولى المدبر بربع قيمة المدبر ومولى المكاتب بربع قيمة المدبر لان العبد كان جنى على ربع كل واحد منهم فلهذا كانت قيمة المدبر بينهم (باب الجنایات بالكنيف والميزاب) (قال رحمه الله) وإذا أخرج الرجل كنيفا شارعا من داره على الطريق أو ميزابا أو مصبا أو صلاية من حائط فما أصاب من ذلك انسانا فقتله فعلى عاقلة الذي أخرج ديته لانه متعد في تسببه حتى شغل طريق المسلمين بما أحدثه فيه اما في رقية الطريق أو في هواه فكل واحد منهما يحول بين المارة وبين المرور في الطريق وفي الميزاب إذا أصاب الذي في الحائط لا ضمان عليه فيه لانه غير متعد في وضع هذا الطرف في ملكه وقد بينا تفصيل هذه المسألة ولو وضع خشبة على الطريق فتعقل به رجل فهو ضامن له لانه شغل رقية الطريق بالخشبة التي وضعها فيه فهو بمنزلة ما لو بني في الطريق دكانا أو جلس فيه بنفسه أو وضع ظله على الطريق فان وطئ المار على الخشبة ووقع فمات كان ضامنا له بعد أن لا يتعمد الزلق قال وهذا إذا كانت الخشبة كبيرة يوطأ على مثلها فان كانت صغيرة لا يوطأ على مثلها فلا ضمان على الذي وضعها لان وطأه على مثلها على هذه الخشبة بمنزلة تعمد الزلق أو بمنزلة التعقل بالحجر الموضوع على الطريق عمدا وذلك لا يوجب الضمان على واضع الحجر فطريان المباشرة على التسبب بمنزلة ما لو حفر بئرا في الطريق فألقى انسان نفسه فيها عمدا فان قال واضع الحجر ذلك انه تعمد التعقل به وكذبه الولي فهو على الخلاف الذي بيناه في البئر وفي قول أبي يوسف الاول القول قول الولي وفي قوله الآخر وهو قول محمد قول الواضع وهذا بخلاف واضع الجرح إذا ادعى أن المجروح مات بسبب آخر لان الجرح علة موجبة للضمان فبعد وجود العلة لا تقبل دعوى العارض المسقط وهاهنا الواضع والحافر يدعي صلاحية العلة لاضافة الحكم إليه فانما يضاف الحكم إلى الشرط عند عدم صلاحية العلة لذلك والاصل هو صلاحية فكان هو متمسكا بالاصل معنى منكر السبب الضمان فلهذا كان القول قوله وإذا تعقل الرجل بحجر فوقع على حجر ومات فان الضمان على واضع الحجر الاول لانه دافع له بحجره على الحجر الثاني فكأنه دفعه بيده وان لم يكن له واضع فهو على واضع الحجر لان وضع الحجر الثاني سبب وهو التعدي

وإذا تعذر اضافة القتل إلى ما دفعه عليه يجعل مضافا إلى الحجر الثاني وأحد من هؤلاء يلزمه الكفارة ولا يحرم الميراث لانه سبب الكفارة وحرمان الميراث مباشرة قتل محظور (باب الغصب في الرقيق مع الجناية) قال رحمه الله وإذا غصب الرجل من رجل عبدا فقل العبد عنده قتيلا خطأ ثم اختصموا فان العبد يرد إلى مولاه لان الغصب حرام مستحق الفسخ وفسخه بالرد على مولاه ولان موجب الجناية تخيير المالك بين الدفع والغداء والمالك هو المغصوب منه فهو المتمكن من دفعه بها دون الغاصب فيردها إليه ثم يقال له ادفعه أو افده أي ذلك فعل يرجع على الغاصب بالاقبل من قيمته ومما فداه به لان الرد لم يسلم له حين استحق من يده بجناية عند الغاصب فكأنه هلك في يد الغاصب ولان فسخ فعل الغاصب انما يحصل برده كما قبضه ولم يوجد لانه قبضه فارغا ورده مشغولا بالجناية فإذا لم يفسخ حكم فعله كان ضامنا قيمته لمولاه الا أنه يعتبر الاقل لان المولى يتخلص بالاقبل منهما فهو في التزام الزيادة مختار فحق الرجوع انهما يثبت له بما تتحقق فيه الضرورة دون ما هو مختار له وذلك في مقدار الاقل وإذا كانت قيمة العبد أقل فانما يرجع بقيمته يوم غصبه حتى ان كان زاد عنده خيرا فليس عليه من الزيادة شئ لان الرد لما لم يسلم له جعل كالهالك في يد الغاصب فانما يضمن قيمته يوم غصبه وان حدث فيه عيب قبل الجناية فهو ضامن ذلك للمولى لانه فات جزء منه وحق ولي الجناية في العبد على ما هو عليه عند الجناية فما وجب من الضمان على الغاصب قبل الجناية يسلم للمولى لفراغه عن حق ولي الجناية وان كانت عينه ذهبت عند الغاصب بعد الجناية واختار دفعه بالجناية فدفعه رجوع على الغاصب بقيمته يوم غصبه ويدفع نصفها إلى ولي الجناية لان حق ولي الجناية كان في العين الذي ذهبت عند الغاصب والعين من الادمى نصفه فلهذا دفع إليه نصف القيمة والنصف الاخر للمولى ويرجع المولى على الغاصب بالنصف الذي دفعه إلى ولي الجناية لان ذلك استحق من يده بالجناية التي كانت عند الغاصب وان كان أعور قبل الجناية كان نصف القيمة للمولى لان حق ولي الجناية لم يثبت في هذه العين ويرجع المولى على الغاصب بقيمته أعور لانه دفع العبد بالجناية التي كانت عند الغاصب وهو أعور فيرجع بتلك القيمة على الغاصب وإذا غصب الرجل عبدا فهو ضامن له ولما جنى عبده من جناية أو لحقه من دين ما بينه وبين قيمته ولا يضمن

أكثر من ذلك من نفسه وماليته استحققت بما حدث عند الغاصب ولكن هذا لاستحقاق انما يتقدر في مقدار قيمته ولان المولى كان يمنعه من هذه الاسباب لو كان العبد في يده قائما يكن منه بأن لم يمنعه الغاصب من ذلك فلهذا كان الضمان على الغاصب وإذا غصب عبدا فقتل عده قتيلا ثم مات العبد فعلى الغاصب قيمته لانه تعذر رد عينه بالهلاك في يده ثم يدفع المولى هذه القيمة إلى ولي الجناية لان بنيتها كانت مستحقة لولي الجناية وقد فاتت وأخلقت هذا البديل وحكم البديل حكم الاصل ثم يرجع المولى بقيمة أخرى على الغاصب لان القيمة الاولى استحققت بجناية كانت عند

الغاصب ولو استحق عين العبد من يده بتلك الجناية رجع على الغاصب بقيمته فكذلك إذا استحققت القيمة يرجع على الغاصب بقيمة أخرى حتى تخلص له قيمته قائمة مقام عبده ولو لم يمت العبد ولكن ذهبت عينه فدفعه إلى المولى أعور فقتل عنده قتيلا آخر ثم اجتمعوا فدفعه المولى بجنايته فانه يأخذ نصف قيمته من الغاصب باعتبار عينه التي فانت عنده فيدفعها إلى الاول لان حق الاول كان ثبت في حق العين لقيامها عند جنايته وحق الثاني ما ثبت في تلك العين فإذا سلم نصف القيمة للاول ضرب هو في العبد المدفوع بالدية الا ما أخذ لان القدر المأخوذ سالم له فلا يضرب به وانما يضرب بما بقي من حقه ويضرب الاخر بالدية ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة التي أخذت منه لان ذلك استحق من يده بجناية كانت عند الغاصب ويرجع عليه أيضا بما أصاب الاول من قيمة العبد أعور لان استحقاق ذلك القدر من العبد بجناية كانت عند الغاصب ولا يرجع عليه بقيمة ما أصاب الباقي لان الجناية الثانية من العبد كانت عند المولى ثم يرجع أولياء الاول فيما أخذ المولى من ذلك بتمام قيمة العبد إلى ما في يده لان حقه ثبت في عبد صحيح فارغ فما لم يسلم له كمال حقه لا يسلم شئ من بدل العبد للمولى وهذا ينبغي أن يكون على قول أبي حنيفة وأبي يوسف خاصة على ما نبهته في المسألة الثانية ثم يرجع المولى على الغاصب بمثل ما أخذ منه لان الذي أخذه منه الاول استحقه بجناية كانت عند الغاصب فيكون قرار ذلك على الغاصب فيكون قرار ذلك على الغاصب ولو عصب عبدا فقتل عنده قتيلا خطأ بأمره أو بغير أمره ثم رده إلى المولى فقتل عنده آخر خطأ فاختر المولى دفعه بهما فانه يكون بينهما نصفين لاستواء حقهما في رقبته ثم أخذ المولى من الغاصب نصف قيمة العبد استحق قبل الجناية الاولى بجناية كانت من العبد عند الغاصب ثم يدفع هذا النصف إلى ولي قتيل الاول ويرجع بمثله أيضا على الغاصب فيكون للمولى وهذا

[54]

قول أبي حنيفة وأبي يوسف قال محمد وزفر يأخذ المولى نصف القيمة من الغاصب فيسلم له ولا يدفعه إلى الاول والقياس هذا لانه انما يرجع على الغاصب بقيمة نصف المدفوع إلى ولي الجناية الاولى فلو أمر بدفع ذلك النصف إليه اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد وذلك لا يجوز هذا ولان المصير الي القيمة عند عدم سلامة العين لتقوم القيمة مقام العين وذلك النصف سالم لولي الجناية الاولى فلا حق له في بدلها والنصف الذي أخذه ولي الجناية الثانية فات ولم يخلف بدلا لان استحقاق ذلك النصف بجناية كانت عند المولى فلا يكون لولي الجناية الاولى ان يرجع على المولى بشئ وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا حق ولي الجناية الاولى ثبت في جميع العبد فارغا وانما سلم له نصف العبد فلا يجوز أن يسلم للمولى شئ من قيمة العبد مع بقاء نصف حق ولي الجناية الاولى ولكن يدفع إليه هذا النصف من القيمة حتى يسلم له كمال حقه ونصف العبد ونصف قيمته بمنزلة ما لو كانت الجانية الاولى عند المولى والجناية الثانية عند الغاصب فدفعه المولى بهما فانه يرجع بنصف القيمة على الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الاولى بالاتفاق الا أن محمدا رحمه الله يفرق بما ذكرنا أن رجوع الولي هناك بقسمة نصف المدفوع إلى ولي الجناية الثانية لان تلك الجناية كانت عند الغاصب وقد كان حق ولي الجناية الاولى ثابتا فيه وهاهنا رجوعه بقيمة النصف المدفوع إلى ولي الجناية الاولى ولكنهما يقولان هذا في ما بين الغاصب والمولى بدل عن النصف المدفوع إلى ولي الجناية

الاولى فاما في حق ولي الجناية الاولى فلا يكون بدلا عن ذلك ولكنه يجعل بدلا عن النصف المدفوع إلى ولي الجناية الثانية لان ذلك لم يسلم له بعد ما ثبت حقه فيه أو ما يأخذه ولي الجناية الاولى من القيمة لا يستحقه باعتبار انه بدل عن النصف الاول أو عن النصف الثاني وانما يستحقه باعتبار الجناية الحاصلة من البعد على وليه حال فراغه عن كل حق وصيرورته مقدما على المولى في استحقاق جميع العبد به وهو بمنزلة الذمي يبيع خمرا يقضى بالثمن دين المسلم فان المقبوض يطيب للمسلم لانه في حق البائع المقبوض ثمن الخمر وفي حق المسلم انما يأخذ ما يأخذه باعتبار دينه لا باعتبار انه بدل الخمر فيطيب له ذلك ثم ذكر الفصل الثاني ان العبد لو كان جنى الجناية الاول عند المولى والثانية عند الغاصب فدفعه المولى بهما فانهما يفتسمان العبد نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة وهو بدل ما استحقه ولي الجناية الثانية فيدفعه إلى الاول ثم لا يرجع المولى بشئ من ذلك على الغاصب لان استحقاق هذا النصف من القيمة كان بجناية

[55]

من العبد عند المولى والغاصب غصب العبد مشغولا بالجناية الاولى ثم رد نصف القيمة كذلك مشغولا بالجناية ولو رد جميع القيمة فاستحقها ولي الجناية الاولى بعد هلك العبد عنده لم يرجع المولى عليه بشئ وكذلك إذا رد النصف القيمة فاستحقه ولي الجناية الاولى ثم بنى المسائل إلى آخر الباب بعد هذا على فصل مختلف فيه وهو ان جنابة العبد المغضوب على المغضوب منه أو على ماله معتبره في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه هدر وأما جنابته على الغاصب أو على مال الغاصب فهدر في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما معتبر وجه قولهما ان العبد بعد الغصب باق على ملك المغضوب منه والغاصب منه كالأجنبي بدليل ان التصرفات المختصة بالملك تنفذ فيه من المولى دون الغاصب وكذلك في حكم الجناية حتى لو جنى على أجنبي كان المولى هو المخاطب بالدفع أو الفداء دون الغاصب ثم رجوع المولى الغاصب يكون بسبب الغصب لا بسبب الجناية وذلك انه يقرر ملك المولى إذ ثبت هذا فنقول جنابة المملوك على مال مالكة أو على نفسه فيما يكون خطأ هدار مالان المستحق بهذه الجناية من مملوك له على نفسه في نفسه أو ماليته والمالك لا يستحق ملكه لنفسه على نفسه أو لان جنابة المملوك فيما يكون موجبا للمال كجنابة المالك وجنابته على نفسه وعلى مال نفسه هدر فكذلك جنابة مملوكه عليه يدل عليه ان بسبب الملك تهدر جنابة المولى على مملوكه وجنابة المملوك على مولاه فيما يكون موجبا للمال ثم في أحد الحكمين المغضوب كغيره حتى ان المغضوب منه إذا قتل العبد المغضوب كان ذلك هدرًا وإذا قتل الغاصب كان معتبرا فكذلك في الحكم الاخر قلنا تهدر جنابة العبد على المغضوب منه فيعتبر جنابته على الغاصب لان الغاصب من ملك الرقبة كاجنبي فلهذا تعتبر جنابته على العبد وكذلك تعتبر جنابة العبد عليه بمنزلة ما لو كان العبد في جنابته ودبعة أو عارية وبان كان مغضوبا على الغاصب فكذلك لا يدل اعتبار جنابته على مولاه كالعبد المرهون إذا جنى على الراهن لا تعتبر جنابته وان كان مضمونا على المرتهن بالقبض * يوضحه أن في اعتبار جنابته على الغاصب فائده وهو ان يتملك الغاصب رقبته على المولى بسبب الجناية وما ثبت له هذا الحق بسبب الغصب بل كان عليه رد العين وللانسان في ملك الغير غرض فينبغي أن تعتبر جنابته عليه ليتملك به العبد وان كان المولى يرجع عليه بقيمته إذا دفعه إليه بالجناية وأبو

حنيفة رحمه الله يقول الغاصب في حكم جنابة المغصوب كالمالك باعتبار
المال والمغصوب منه بمنزلة الاجنبي * الدليل عليه أنه لو على أجنبي آخر
كان قرار ضمان الجنابة على الغاصب

[56]

واستحقاق ضمان جنابة العبد على مالكة فلما كان قرار ضمان جنابته على
الغاصب هاهنا عرفنا انه صار كالمالك في حكم ضمان الجنابة والمولى
كالاجنبي * يوضحه ان اهدار جنابة المملوك على المالك ليس لعين الملك
بل لان اعتبارها غير مفيد (ألا ترى) انه لو قتل مولاة عمدا فانه تعتبر جنابته
عليه في حكم القصاص لانه مفيد فإذا عرفنا هذا فنقول هاهنا لو اعتبرنا
جنابته على مولاة أو على مال مولاة كان مفيدا لانه ثبت للمولى حق
الرجوع على الغاصب باعتباره بعد ما أخذ العبد كما لو جنى على غيره
فلكونه مفيدا وجب اعتباره بمنزلة جنابة المولى على عبده المديون فانه
يكون معتبر الحق الغرماء لان ذلك مفيد لا فائدة في اعتبار جنابته على مال
الغاصب لانه يستحق به ماليته ثم يرجع المولى بتلك المالية فأى فائدة
تكون في اعتبار هذه الجنابة في جنابته على نفس الغاصب قال بعض
مشايخنا رحمهم الله في قول أبي حنيفة رحمه الله لاستحقاق ملك العبد
بها على قياس مسألة أطلق جوابها في آخر الباب كما بيناه والاصح ان
الخلاف فيهما جميعا وهذا لان المجني عليه لا يستحق رقبة العبد الا باختيار
المولى الدفع إليه والمولى مخير بين الدفع وبين الفداء فانما يكون
المستحق به المالية فقط ولهذا لو أعتقه المولى قبل العلم بالجنابة نفذ
عتقه ولم يغرر الا قيمته فهو من هذا الوجه بمنزلة الجنابة على ماله وقد
بيننا الفرق بين هذا وبين جنابة المرهون على الراهن في كتاب الرهن ان
اعتبار جنابة المرهون لحق المرتهن ولا فائدة للمرتهن في اعتبار جنابته
على الراهن * يوضح الفرق ان ضمان الرهن ليس بضمن مال فانه وان
تقرر لا يوجب الملك للمرتهن فلو اعتبرنا جنابته وجعلنا قرار ذلك المرتهن
لا يتبين به أن العبد مملوك للمرتهن وهاهنا ضمان العصب إذا تقرر أوجب
الملك للغاصب من وقت العصب فيتبين ان جنابته على المغصوب منه جنابة
على غير المالك فلهذا اعتبرنا ذلك وان جنابة على العبد المغصوب جنابة
على المالك فلهذا لا يعتبر فوضح كلام أبي حنيفة بما استشهد به في
الكتاب ان العبد المغصوب لو قتل نفسه جعل الغاصب ضامنا لقيمته وكذلك
إذا قتل عبدا آخر للمغصوب منه بل أولى فان جنابته على غيره أقرب إلى
الاعتبار من جنابته على نفسه ثم لما اعتبرنا جنابته على نفسه هاهنا وجب
الضمان على الغاصب وان كان هو ملكا للمغصوب منه فكذلك جنابته على
عبد آخر للمغصوب منه فان قيل نحن لا نعتبر جنابته على نفسه ولكننا نجعل
قتله نفسه كموته في يد الغاصب فكذلك قتله عبدا آخر للمغصوب منه
يجعل كموت ذلك العبد قلنا لا كذلك فانا لو لم نعتبر جنابته في ايجاب
الضمان على الغاصب لزمنا جعل

[57]

جنابته كجنابة مالكة على ما قالوا ان جنابة المملوك في حكم الضمان كجنابة
المالك فلو قتله المغصوب منه لم يجب شئ فكان ينبغي إذا قتل المغصوب

نفسه ان لا يجب شئ على الغاصب أيضا واستدلالهما بهذا الفصل ساقط لان المصوب منه بقتل العبد يصير مستردا له فينعدم به الضمان الذي باعتباره كان هو كالأجنبي والغاصب كالمالك وذلك لا ينعدم بجناية المصوب على أحدهما فلهذا افترقا قال الشيخ الامام إذا عرفنا هذا احتجنا إلى بيان المسائل فنقول لو غصب عبدا وجارية فقتل كل واحد منهما عنده قتيلا ثم قتل العبد الجارية ثم رده الغاصب إلى المولى فاختر دفعه فانه يضرب فيه أولياء قتيله بالدية وأولياء قتيلا بقيمتها لانه جنى عليها وهي مشغولة بحق أولياء قتيلا فكذلك يعتبر جنائته عليهم ثم يرجع المولى على الغاصب بقيمة العبد وقيمة الجارية لان الجارية كانت مضمونة عليه ولم يوجد الرد فيها أصلا والرد في العبد لم يسلم حين استحق بجنائته عند الغاصب فإذا استوفى قيمة من قيمة الجارية إلى أولياء قتيلا لانها ماتت وأخلفت عوضا وقد كانت نفسها متسحقة لأولياء قتيلا فيكون لهم أن يأخذوا ما بقي من حقهم من قيمتها ثم يرجع به الولي على الغاصب لان ذلك استحق من يده بجناية كانت جنتها عند الغاصب ويأخذ أولياء قتيلا العبد من قيمة العبد تمام قيمة العبد لان حقهم كان قد ثبت في جميع العبد فارغا ولم يسلم لهم الا البعض وقد أخلف العبد عوضا فيستوفى ما بقي لهم من قيمة العبد ويرجع بذلك المولى على الغاصب ولو اختار المولى الفداء وأدى دية قتيلا العبد وأدى قيمة الجارية إلى ولي قتيلا الجارية لان فداء العبد انما يكون بارش جنائته وجنائته كانت على الجارية وعلى الجارية ثم يرجع على الغاصب بقيمة العبد والجارية لانعدام الرد في الجارية وانعدام سلامة الرد في العبد بدون الارش وتأويل ما ذكر في هذه المسألة فيما إذا كان الغاصب بعيدا أو كان غائبا فإذا كان حاضرا وتمكن المولى أخذها منه فتخرج المسألة على وجه آخر كما ذكره بعد هذا وهذه المسألة انما ذكرها في نسخ أبي حفص رحمه الله فاما في نسخ أبي سليمان رحمه الله فانما ذكر المسألة الطويلة وبين التقسيم في الجواب فقال إذا اغتصب عبدا وجارية وقيمة كل واحد منهما ألف فقتل كل واحد منهما عنده قتيلا ثم قتل العبد الجارية ثم رده على المولى فانه يرد معه قيمة الجارية لتعذر ردها بالهلاك ثم يدفع المولى هذه القيمة إلى ولي قتيلا الجارية لانها كانت مستحقة له وقد ماتت وأخلفت قيمة فهو أحق بقيمتها ثم يرجع بها على الغاصب لان استحقاق قيمتها من يده بجنائتها عند الغاصب كاستحقاق عينها فيرجع بقيمتها مرة أخرى

[58]

لتقوم مقام الجارية للمولى فارغة كما غصبها ثم يخير المولى في العبد بين الدفع والفداء فان اختار الفداء أفداه بالدية ورجع بقيمته على الغاصب وهذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله فاما على قولهما ان اختار الفداء أفداه بالدية لولي قتيلا الغلام ولا يرجع بقيمته على الغاصب وان اختار الدفع دفعه إلى ولي قتيلا الغلام وإلى الغاصب على أحد عشر سهما لان قيمة الجارية لما تقررت على الغاصب فقد ملكها بالضمان فظهر ان العبد المصوب جنى على أمة الغاصب وهو هدر في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو معتبر فإذا اختار الفداء وفداء العبد بالدية فقد استوجب هو الرجوع بقيمة العبد على الغاصب واستوجب الغاصب الرجوع عليه بقيمة الأمة لاختياره الفداء أو اعتباره جنابة العبد على الأمة فيقع المقاصة لاستواء القيمتين فلهذا لا يرجع على الغاصب بشئ وان اختار الدفع فقد اجتمع في العبد جنائتان معتبرتان جنابة على الحر فيضرب ولي الحر فيه بالدية وجنابة على الأمة فيضرب الغاصب

فيه بقيمتها وهو ألف درهم فإذا جعلت كل ألف سهما كان العبد بينهما على أحد عشر سهما عشرة لولي قتيل الغلام وجزء للغاصب ثم يرجع المولى على الغاصب بقيمة الغلام لان الغلام استحق من يده بجنايته عند الغاصب فيدفع منها جزءاً من أحد عشر جزءاً إلى ولي قتيل الغلام لان حقه كان يثبت في جميع العبد فارغاً عشرة وانما سلم منه جزءاً وقد فات الجزء الواحد وأخلف بدلاً فإذا دفع ذلك إليه رجع به على الغاصب أيضا لانه استحق بجنايته عند الغاصب فإذا رجع به صار في يد المولى قيمة الغلام تامة وقيمة الجارية صار في يد ولي قتيل الغلام عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من العبد وجزءاً من أحد عشر من قيمته وصار في يد الغاصب من الغلام جزءاً من أحد عشر جزءاً وصار في يد ولي قتيل الجارية قيمة الجارية فان كان الغاصب معسراً ولم يقدر عليه ليؤخذ منه قيمة الجارية واختار المولى الدفع فان قال ولي قتيل الجارية لا أضرب بقيمة الجارية في الغلام ولكني أنظر فان خرجت قيمة الجارية أخذتها كان له ذلك لان لحقه محلين فله أن يختار أيهما ثم في قياس قول أبي حنيفة يدفع الغلام كله إلى ولي قتيل الغلام لان جنايته على الام غير معتبرة عنده كما بينا فانها باعتبار المال للغاصب فإذا دفعه إلى ولي قتيله رجع على الغاصب بقيمته وبقيمة الجارية فيدفع قيمة الجارية إلى ولي قتيلها ثم يرجع به عليه فيصير في يده قيمتان فاما في قياس قول أبي يوسف ومحمد يدفع من العبد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً إلى ولي قتيل الغلام ويترك الجزء في يديه لانه جنايته على الامة جناية معتبرة

[59]

وهذا الجزء الفائت في حقه ولكنه ما لم يؤد قيمتها لا يتمكن من قبض هذا الجزء فيتترك في يد المولى حتى إذا خرجت قيمة الجارية أخذها المولى فيدفعها إلى ولي قتيلها ثم يرجع بها على الغاصب ثم يقال للمولى ادفع هذا الجزء إلى الغاصب أو افده بقيمة الجارية فان دفعه رجع عليه بقيمة الغلام فيدفع منها إلى ولي قتيل الغلام جزءاً من أحد عشر جزءاً بدل ما لم يسلم له من العبد ويرجع به على الغاصب وان فداه فانما يفديه بقيمة الجارية ولكنه يرجع بقيمة الغلام على الغاصب والقيمتان سواء فيكون أحدهما قصاصاً بالآخرى ويدفع مكان ذلك الجزء إلى ولي قتيل الغلام جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمة لانه بطريق المقاصة صار مستوفياً لقيمته كانه استوفاه حقيقة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان استحقاق ذلك من يده كان بجناية العبد عند المغاصب وان قال ولي قتيل الجارية أنا أضرب في الغلام بقيمتها دفع اليهما فيضرب فيه ولي قتيل الجارية بقيمتها وولي قتيل الغلام بالدية فيكون بينهما على أحد عشر كما بينا فان قدر الغاصب أو أيسر أدى إلى المولى قيمة الغلام وقيمة الجارية لانعدام الرد في الجارية أصلاً ولانعدام سلامة الرد في الغلام فيدفع من قيمة الغلام إلى ولي قتيل الغلام جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمته بدل ما لم يسلم له من العبد به على الغاصب وقال ليس لولي قتيل الجارية الا ما أصابه من الغلام ولا يعطى من قيمة الجارية شئ وقد ذكر قبل هذا في المسألة القصيرة انه يعطى من قيمة الجارية إلى أولياء قتيلها تمام قيمتها ففي هذا الجواب روايتان وقد بينا وجه تلك الرواية ان حقهم كان ثابتاً في جميعها فيعطون من بدلها كمال حقهم وجه هذه الرواية ان ما استوفى ولي قتيل الجارية من العبد كان بمقابلة الجارية فيكون استيفاءه ذلك الجزء بمنزلة استيفائه جميع قيمتها فلا يكون له أن يرجع بشئ آخر بعد ذلك وهذا لانه كان مخيراً بين شيئين فإذا اختار أحدهما يعين ذلك له ولا يبقى له في المحل الآخر

حق كالمغصوب منه إذا اختار تضمين الغاصب الاول أو الثاني وان اختار المولى الفداء فداه بعشرة آلاف وبقيمة الجارية ثم يرجع على الغاصب بقيمة الغلام وبقيمتين في الجارية قيمة مكان القيمة التي أداها إلى أولياء جنابيتها وقيمة أخرى بالغصب ليسلم له مكان الجارية وهذا قول أبي حنيفة فاما على قياس قولهما إذا أدى الغاصب قيمة الغلام وقيمة الجارية صار كأن الجارية كانت له لتقرر ضمانها عليه فيقال للمولى ادفع جزأ من أحد عشر جزأ من العبد إليه أو افده بقيمة الجارية وأي ذلك فعل لم يرجع على الغاصب بشئ لما بينا من حكم المقاصة فيما يرجع كل واحد منهما على

[60]

صاحبه هذا تمام بيان هذه المسألة قال ولو غصب عبدا ثم أمره أن يقتل رجلا فقتله ثم رده إلى مولاه فقتل عنده آخر ثم عفا ولي قتيل الاول عن الدية كان على المولى أن يدفع نصفه إلى ولي قتيل الاخر أو يعديه بالدية لان حقه ما ثبت في العبد الا وهو مشغول بالجنابة الاولى فلم يستحق من العبد الا نصفه ثم بعفو الاول لا يزداد حق الثاني وسواء دفعه أو فداه لم يرجع على الغاصب بشئ لان الرد قد سلم في حق الغاصب فان لم يستحق شئ من العبد بالجنابة التي كانت عند الغاصب أو قد فرغ من تلك الجنابة فهو كما كان مريضا فرده ثم برأ ولو دفعه اليهما قبل العفو ثم عفا الاول عما بقي له رج المولى على الغاصب بنصف قيمته وهو بدل ما أخذه ولي الجنابة الاولى لانه استحق ذلك بجنابته عند الغاصب والعفو انما ينصرف إلى ما بقي لا إلى ما استوفى فإذا أخذ نصف القيمة لم يدفعه إلى ولي الجنابة الاولى لانه أسقط ما بقي من حقه بالعفو وإذا سلم ذلك للمولى لم يرجع به على الغاصب مرة أخرى قال وإذا اغتصب الرجل عبدا واستودع مولى العبد الغاصب أمة فقتل العبد قتيلا عند الغاصب ثم قتل الامة فانه يكون على الغاصب قيمة العبد لهلاكه عند الغاصب فإذا أخذها المولى دفعها إلى أولياء القتل لان العبد قد مات وأخلف القيمة وكانت نفسه مستحقة لأولياء القتل ثم يدفع الغاصب قيمة أخرى إلى المولى ليسلم له مكان العبد ثم يقال للمولى ادفع مثل الوديعة إلى الغاصب أو افدها بقيمة العبد لان العبد بالضمان صار مملوكا للغاصب وجنابة الامة الوديعة على عبد المودع معتبرة فيخير مولاهما بين الدفع أو الفداء ولو كان العبد هو الذي قتل الامة مع قتله الحر فاختر المولى الدفع قسم العبد على دية القتل وقيمة الامة في قول أبي حنيفة فيأخذ أولياء القتل من ذلك ما أصاب الدية ويأخذ المولى ما أصاب قيمة الامة ويضمن له الغائب تمام قيمة الامة ويرجع المولى على الغاصب من قيمة العبد بمثل ما أخذ أولياء القتل لان العبد المغصوب جنى على أمة المغصوب منه ومن أصل أبي حنيفة ان جنابته على المغصوب منه وعلى ماله معتبرة فاما على قول أبي يوسف ومحمد لا يضرب المولى بشئ من قيمة أمته في العبد لان عندهما جنابة المغصوب على مال المغصوب منه هدر وكون الامة أمانة للمغصوب منه في يد الغاصب ككونها في يد المغصوب منه فانما يدفع المولى العبد كله إلى أولياء الجنابة ويرجع بقيمته على الغاصب قال ولو غصب فانما يدفع المولى العبد كله إلى أولياء الحر ثم يرجع بها على الغاصب فيكون له ثم يقول ادفع الولد إلى الغاصب أو افده بقيمة الامة لان الولد كان أمانة

للمغصوب منه في يده وقد ملك الامة بالضمان وقد بينا أن جناية الامانة على مال الامين معتبرة فيخير المولى بين الدفع أو الغداء لذلك قال ولو غصب رجلان عبدا فقتل في يدهما قتيلا ثم قتل أحدهما قبل للمولى ادفعه إلى أولياء القتيلين نصفين فمن قال من أصحابنا رحمهم الله ان على قول أبي حنيفة رحمه الله جناية المغصوب على الغاصب معتبرة وانما لا يعتبر جنايته على مال الغاصب بما يستدل به في هذه المسألة فان جعل جنايته على أحد الغاصبين كجنايته على الاجنبي حيث قال العبد بينهما نصفان ومن يقول جنايته على الغاصب هدر عنده يقول هذا الجواب قولهما فاما في قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن يسلم ثلاثة أرباع العبد للاجنبي وربعه لولى الغاصب المقتول لان الجناية عليه انما تعتبر من النصف الذي هو غير مضمون عليه أما من النصف الذي هو مضمون عليه لا تعتبر عنده لان ضمان الغصب بمنزلة الملك فهو كجناية العبد المشترك على أحد الشريكين خطأ ثم إذا دفع العبد إلى أولياء القتيلين رجع على الغاصبين بقيمته لان الرد لم يسلم في دفع نصفها إلى ولي قتل الاول لانه استحق جميع العبد فارغا ولم يسلم له الا النصف وقد فات النصف الاخر وأخلف بدلا ثم يرجع به على الغاصب الاول يعني الحي منهما وفي مال الغاصب المقتول لان ذلك استحق بيده بجناية كانت عندهما فيكون ذلك له ولا يرجع فيها واحد من الغاصبين بشئ لان حق الغاصب المقتول ما يثبت الا في النصف العبد فانه جنى عليه وهو مشغول بالجناية الاولى وقد سلموا له نصفه والله أعلم (باب جناية المكاتب) (قال رحمه الله) وإذا جنى المكاتب جناية خطأ فعليه أن يسعى في الاقل من ارشها ومن قيمتها يوم جنى لان المكاتب أحق بمكاسبه بمنزلة الحر ولا عاقلة له وهذا بخلاف المدبر وأم الولد فان بجنايتهما تجب القيمة على المولى لان الحق في كسبهما للمولى هناك يوضح الفرق ان المولى صار مانعا دفع الرقبة هناك بالتدبير السابق وهاهنا المكاتب صار مانع دفع رقبته بقبول عقد الكتابة فيكون عليه موجب الجناية فان قيل لا بل المولى صار مانعا دفع رقبته بايجاب الكتابة قلنا لا كذلك فانه لا يعتذر دفع الرقبة بايجابه هاهنا وانما يتعذر بقبول المكاتب ثم لا يتعذر الدفع بمجرد عقد الكتابة بل باستبراء أمته لانه بعد الفسخ يمكن دفعه بالجناية واستبراء أمة لمكاتب دون المولى فان للمكاتب أن يعجز نفسه فيفسخ العقد وليس للمولى

ذلك فلهذا كان موجب الجناية على المكاتب ثم ان كان الارش أقل فبأدائه قد وصل إلى المستحق كمال حقه وان كانت قيمته أقل فهو ما منع الا رقبته فلا يلزمه أكثر من قيمة يوم جنى لانه لو كان بمحمل الدفع استحق ولي القتل نفسه حين جنى فإذا كان الدفع متعذرا يعتبر قيمته يوم جنى ثم الاصل عندنا ان جناية المكاتب تتعلق برقبته وعند زفر موجب جنايته القيمة دينا في ذمته ابتداء وانما يتيسر هذا في فصول أحدها إذا عجز قبل قضاء القاضى يسعى عندنا ويدفع بالجناية أو يقضى وعند زفر يباع في قيمته كما يباع في دين آخر لو كان عليه لان دفعه بالجناية ممتنع عند الجناية لحقه فيكون موجب الجناية القيمة ابتداء كما في المدبر وأم الولد وعندنا الدفع وان كان معتذرا في الحال ولكن لم يقع اليأس عنه بعد العجز فلتوهم الدفع تعلقت الجناية برقبته فإذا عجز تقررت الجناية في رقبته

فيدفع بها أو يفدى بخلاف المدبر وأم الولد وفي الحقيقة انما تنبى هذه المسألة على أن مجرد الكتابة هل يوجب حق العتق للمكاتب عند زفر بوجوب ولهذا لا يجوز اعتاقه عن الكفارة وعندنا لا يوجب ولهذا جوزنا اعتاقه عن الكفارة فتتعلق الجناية برقبته وانما يتحول إلى القيمة عندنا باحدى معان ثلاثة اما قضاء القاضى بالقيمة لان بقضائه يتحقق معنى تعذر الدفع فيتحول الحق إلى القيمة كما إذا قضى القاضى في المعصوب الأبى أو بعق المكاتب لانه يتحقق اليأس عن الدفع بالعين أو بموته عن وفاء لانه يؤدي كتابته ويحكم بعنقه في حال حياته فيتحقق اليأس عن الدفع ويتقرر حق ولي الجناية في القيمة فإذا عرفنا هذا فنقول إذا جنى المكاتب ثم جنى فان كان القاضى قضى للاول بالقيمة قبل الجناية الثانية فعليه أن يسعى لولي الجناية الثانية في الاقل من ارشها ومن قيمتها لان بقضاء القاضى تحول حق الاول إلى القيمة دينا في ذمته وفرغت الرقبة منه فيثبت فيها حق ولي الجناية الثانية وكذلك في كل جنايته يجنيها بعد القضاء بما قبلها وان لم يكن القاضى قضى في الاول بشئ فعليه الاقل من قيمته ومن ارش الجنائتين عندنا لان حق الوليين في الرقبة معتبر حتى لو عجز دفع اليهما فلا يلزمه الا قيمة واحدة بجميع الرقبة وعند زفر هذا وما بعد القضاء سواء لان حق كل واحد منهما ثبت في القيمة في ذمته ابتداء وفي الدمة سعة فان كانت الجناية نفسا وقيمتها أكثر من عشرة آلاف سعى في عشرة الا عشرة دراهم لان قيمة المملوك بسبب الجناية لا تزيد على هذا المقدار فكذلك في الجناية منه لان في الموضعين وجوب القيمة بسبب الجناية فان قتل المكاتب رجلا خطأ وقيمتها ألف درهم ثم

[63]

قتل آخر خطأ وقيمتها ألفان فانه يقضى عليه أن يسعى في ألفين ألف منهما للاخر خاصة لان المعتبر قيمته حين جنى وقد جنى على الاول وقيمتها ألف وجنى على الثاني وقيمتها ألفان فالالف الثانية يختص بها ولي الجناية الثانية إذ لاحق فيها لولي الجناية الاولى وفي مقدار ألف ثبتت حقهما فيقسم بينهما على تسعة عشر سهما قال وإذا قتل المكاتب قتيلا خطأ فقضى عليه بنصف الدية لاحدهما والاخر غائب ثم قتل آخر ثم عجز فاختر المولى الدفع فانه يدفع نصفه إلى الثالث ويتبعه الاول بنصف القيمة فيباع ذلك النصف فيه لان في النصف تحولت الجناية بقضاء القاضى إلى القيمة دينا في ذمته ثم جنى الجناية الثالثة يتعلق حق وليها بهذا النصف وقد اجتمع في هذا النصف جناية ودين فيدفع بالجناية أو لا ثم يباع في الدين لا بقاء الحقين ويدفع النصف الاخر إلى الثالث والاولى لان حقهما جميعا يتعلق بذلك النصف فإذا دفع اليهما ضرب فيه الاوسط بعشرة آلاف لانه ما استوفى شيئا من حقه وضرب فيه الثالث بخمسة آلاف لان باستيفائه نصف العبد قد صار مستوفيا نصف حقه وانما بقي من حقه النصف فإذا ضرب بخمسة آلاف كان هذا النصف بينهما أثلاثا قال وإذا جنى المكاتب جناية ثم مات ولم يترك الا مائة درهم ومكاتبته أكثر من ذلك ولم يقض عليه بالجناية فالمائة لمولاه لانه مات عاجزا وقد انفسخت الكتابة وكانت الجناية في رقبته فيبطل حق ولي الجناية بموته لفوات محل حقه والمائة كسبه فهي لمولاه وهي على قول زفر المائة لولي الجناية لان جنايته كانت دينا والدين يقضى من كسبه بعد وفاته ولو ترك وفاء بالجناية والمكاتب كان عليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان عقد الكتابة يبقى هاهنا فيستوفى المولى المكاتب ويحكم بحرثته بحياته فتصير جنايته دينا في ذمته بخلاف الاول ولو كان عليه دين مع ذلك بدئ بالدين لان الدين

أقوى فانه مطلوب به قبل العجز وبعده مستوفيا من تركته سواء مات عن وفاء أو عن عجز بخلاف الجناية وعند الاجتماع يبدأ بالاقوى وروى عن قتادة انه قال قلت لسعيد ابن المسيب أخطأ شريح وان كان قاضيا وانما القضاء ما قضى به ويبدأ به في تركه المكاتب بدينه قال نعم فإذا قضى الدين بقيت الجناية وبدل الكتابة وفيما بقي وفاؤهما فيكون الحكم ما بينا في الفصل الاول وان كانت الجناية قد قضى بها حاص وليها صاحب الدين بالتركة لانه صار ديننا متأكدا بقضاء القاضي كسائر الديون فالحاصل ان الدين أقوى الحقوق والكتابة أضعف الحقوق عليه من حيث انه لا يحبس به في حال حياته والجناية تتوسط بينهما من حيث

[64]

انه يقضى بها عليه في حياته ويحبس لاجلها ولا تقضى من تركته بعد موته فلهذا بدأنا بالدين ثم بالجناية ثم بالكتابة الا أن تتأكد الجناية بقضاء القاضي فحينئذ هي كالدين وهذا بخلاف حال حياة المكاتب فانه إذا قضى بكسبه بدل الكتابة كان ذلك سالما للمولى لان الحقوق في ذمته ودمته تتقوى بعنقه فكان التدبير إليه في تقديم ما بينا من ذلك فاما بعد الموت الحقوق في ماله فيبدأ بالاقوى لهذا ولو مات المكاتب وترك ولدا قد ولد له في مكاتبته من أمته وعليه دين وجناية قد قضى بها أو لم يقض بها سعى الولد في الدين والجناية والمكاتب لان عقد الكتابة يبقى بقاء من يؤدي وما يبقى بقاء ما يؤدي به يصير الجناية ما لا ثم لا يجبر على أن يبدأ من ذلك بشئ لانه خلف عن أبيه فكان بقاؤه كبقاء الاب وللأب في حال حياته أن يبدأ بأي ذلك شاء لانه بالبداة بالكتابة يحصل العين لنفسه وتتقوى ذمته وهذا المعنى موجود في حق الولد بخلاف المال فهناك القاضي هو الذي يؤدي الحقوق من تركته فعليه أن يبدأ بالاقوى لهذا إذا عجز الولد ورد في الرق بعد ما قضى عليه بالجناية بيع وكان ثمنه بين الغرماء وأصحاب الجناية بالحصص وان عجز قبل القضاء بالجناية بطلت الجناية لان الولد قائم مقام أبيه وانفساخ الكتابة بعجزه كانفساخها بعجز الاب في حياته الا أن هناك الجناية متعلقة قبل القضاء فيدفع بها ثم يباع في الدين وههنا الجناية غير متعلقة برفقة الولد ولكن فات محل الجناية بموت الجاني حين ظهر العجز فلهذا بيع الولد في الدين خاصة فان كانت أم الولد حية حين مات المكاتب ولا دين على المكاتب وقد قضى عليه بالجناية أو لم يقض فان على الام والولد السعاية في الأقل من قيمة المكاتب ومن أورش الجناية مع بدل الكتابة لانهما يستفيدان العتق بالاداء فيقومان مقامه بالسعاية فيما عليه فان قضى عليهما بها أو لم يقض حتى قتل أحدهما قتيلا خطأ قضى عليه بقيمته لولى القتل لان كل واحد منهما بمنزلة المكاتب حين كان يسعى في بدل الكتابة ليعتق فيقضى عليه بقيمته في جنائته وهذا لا يشكل ان كان قضى عليهما بجناية المكاتب وكذلك ان لم يقض عليهما لان حق ولي الجناية المكاتب لا يتعلق برقبتهما حتى لو عجزا لم يدفع واحد منهما بتلك الجناية فلهذا قضى على الجاني منهما بقيمة لولى القتل سوى ما عليهما لولى جنابة المكاتب فان عجز بعد ذلك بيع كل واحد منهما في جنائته خاصة فان فصل من ثمنه شئ فالفضل لولى جنابة المكاتب لان دين نفسه في تعلقه بمالته أقوى من دين الغير فلهذا كانت البداة بما وجب على كل واحد منهما بسبب جنائته فلو ماتت المكاتب وتركته مائة

درهم وابنا ولدته في مكاتبتها وعليها دين وقد قتلت قتيلا خطأ فقصى بها أو لم يقصى على الابن أن يسعى في المكاتب والدين والجنابة ثم تلك المائة بين أهل الجنابة والدين بالحصص لان المكاتبه غير عاجزة ما دام لها ابن يسعى في المكاتبه فتكون جنابتها دينا في هذه الحالة يقصى من كسبها كسائر الديون وان استدان الابن دينا وجني جنابة فقصى عليه بذلك مع ما قصى عليه من دين أمه وجنابتها فعليه أن يسعى في ذلك كله لانه بمنزلة المكاتب فان عجز في دينه وجنابته خاصة فان فضل من ثمنه شئ كان في دين أمه وجنابتها بالحصص لان دين نفسه في ثمنها مقدم على دين أمه وان كان أمه عجز قبل أن يقصى عليه بجنابته دفعه مولاه بها أو فداه لان حق ولي جنابته في رقبته فيخير المولى بعد عجزه وإذا دفعه تبعه دينه خاصة فبيع فيه دون دين أمه وجنابتها فان فضل من ثمنه شئ لم يكن لصاحب دين الام وجنابتها عليه سبيل لانه ما تبعها شئ من ذلك في ملك المدفوع إليه بالجنابة فان جنابته مقدمة في رقبته على الدين الذي لحقه من قبل أمه بخلاف دين نفسه فان يتبعه في ملك المدفوع إليه لان حق ولي الجنابة في ماليته غير مقدم على حق غريمه ولو فداه المولى فقد ظهر بالفداء من جنابته فباع في دينه فان فضل من ثمنه شئ كان دين أمه وجنابتها لان هذا الفضل باق على ملك المولى وفي ملك المولى دين الام وجنابتها يقصى من مالية الولد وإذا جنى المكاتب ثم مات قبل أن يقصى عليه بها وقد ترك وفاء بالمكاتبه فقد بينا في المكاتبه ان الجنابة في هذه الحالة تصير مالا فيستوفى صاحب الجنابة من تركته حقه قبل الكتابة ثم يؤدي بدل الكتابة مما بقي منه وان مات المكاتب وعليه دين وترك عبدا تاجرا عليه دين آخر بيع العبد في دينه خاصة لان دين نفسه في ماليته مقدم فان حق غريمه أسبق تعلقا بماليته من حق غريم المكاتب فان بقي من ثمنه شئ كان في دين المكاتب لانه في كسبه وان لم يكن على العبد دين ولكنه كان جنى جنابه وليس للمكاتب مال غيره فانه يخير المولى فان شاء دفعه هو وجميع الغرماء بالجنابة ولا حق للغرماء فيه لما بينا ان حق ولي جنابته في نفسه مقدم على حق غرماء المكاتب فإذا دفع الجنابة برضاهم لم يبق لهم عليه سبيل وان شأوا فدوه بالدية ثم يباع في دين الغرماء لانه ظهر من الجنابة إلى الفداء فان كان عليه دين أيضا فانه أيضا فانه يخير مولاه فان شاء دفعه وأتبعه دينه فبيع فيه ولا شئ لغرماء المكاتب وان شاء فداه ثم بيع في دينه خاصة فان فضل شئ كان لغرماء المكاتب لان المولى متطوع في الفداء وقد ظهر العبد به من الجنابة فكأنه لم يكن في رقبته

جنابة ثم في الفصل الاول شرط في الدفع رضاء غرماء المكاتب وفي الفصل الثاني لم يشترط رضاهم لان في هذا الفصل بامتناع الدفع لا يظهر حق غرماء المكاتب في ماليته لانه انما يباع في دين نفسه فلهذا لا يشترط رضاهم وفي الفصل الاول بامتناع الدفع يظهر حق غرماء المكاتب في ماليته لانه يباع في دينهم إذ لا دين على العبد فلهذا المعنى اعتبر رضاهم في الدفع والله أعلم (باب جنابة المكاتب بين اثنين) قال رحمه الله وإذا كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما نصيبه بغير أمر صاحبه ثم جنى جنابة ثم أدى يعتق فالمسألة تشتمل على حكمين حكم الكتابة وحكم

الجنابة أما بيان حكم الكتابة في هذا الجنس قد تقدم حكمه في كتاب العتاق والمكاتب وإنما تبين حكم الجنابة فنقول يقضى على المكاتب بالاقل من نصف قيمته ونصف ارش الجنابة لان النصف منه مكاتب حين جنى والبعض معتبر بالكل وقد تأكد حكم الكتابة بالاداء والعتق بالجنابة وجنابة المكاتب تلزمه بعد العتق الاقل من قيمته ومن ارش الجنابة فكذلك في هذا النصف والذي لم يكاتب ان اختار تضمين الشريك واستسعاها في قيمة نصيبه وقبض هو ضامن للاول من نصف قيمة المكاتب ومن نصف ارش الجنابة لان الجنابة في نصيبه كانت متعلقة بالرقبة وقد فاتت وأخلف بدلا وهو ما قبض من نصف القيمة فيلزمه دفع ذلك إلى ولي الجنابة الا أن يكون نصف الارش اقل منه وكذلك ان أعتقه لانه صار متلفا بالاعتاق الا انه لم يصر مختارا لان الدفع كان متعدرا بما يفديه من العتق فكان ضامنا للاقل من نصف قيمته ومن نصف ارش الجنابة وكذلك لو كاتبه باذن الشريك فهذا هو الاول في حكم الجنابة سواء وإنما يفترقان في حكم الضمان واثبات حق الفسخ وذلك من حكم الكتابة دون الجنابة ولو خصم المكاتب في الجنابة قبل أن يعتق وقضى القاضي عليه بالاقل من نصف قيمته ونصف الارش ثم عجز عن المكاتبه فانه يباع نصيب المكاتب منه فيما قضى به عليه لانه صار دينيا في ذمته بقضاء القاضي ويقال للآخر ادفع نصيبك بنصف الجنابة أو أفده بنصف ارشها لان الجنابة في نصيبه متعلقة بالرقبة فان القاضي لم يقض فيها بشئ فيخير المولى بين الدفع والفداء وإذا كاتب أحدهما نصيبه ثم اشترى المكاتب عبدا فجنى جنابة ثم أدى المكاتبه فعتق فانه يخير المكاتب والذي لم يكاتب فان شا أدفعا وان شأ أفدياه بالدية لان العبد مشترك بين الذي لم يكاتب وبين المكاتب نصفين باعتبار ما يكاتب

[67]

منه وقد تقرر ملك المكاتب في نصيبه بالعتق وجنابة العبد المشترك توجب للمولين الخيار بين الدفع والفداء فان كان هذا العبد الجاني ابن المكاتب وولد عنده من أمة له كان عليه أن يسعى في الاقل من نصف قيمته ومن ارش الجنابة لان النصف منه كان مكاتباً مع ابنه وقد عتق باء الاب فيلزمه في هذا النصف ما كان يلزم الاب لو جنى بنفسه وليس على الذي لم يكاتب شئ حتى يعتق أو يستسعى ثم يضمن الاقل من نصف قيمته ومن ارش الجنابة لانه ان أعتق نصيبه فقد صار مستهلكا على وجه ثم يصير مختارا وان استسعاها فقد استوفى بدل نصيبه وحق ولي الجنابة في نصيبه كان مقدما على حقه ولو كان هذا الابن جنى على أبيه ثم أدى الاب فعتق فعلى الابن نصف قيمة نفسه فيسعى فيه للذي لم يكاتب ولا ضمان على المكاتب في ذلك بخلاف الام فالمكاتب ضامن لنصف قيمتها للذي لم يكاتب لانه صار ممتلكا نصيب الذي لم يكاتب منها حين صارت أم ولد له فيلزمه نصف قيمتها ولا سعاية على أم الولد بحال وهو لم يصر ممتلكا نصيب الذي لم يكاتب من الولد وإنما احتبس نصيبه عند الولد فللذي لم يكاتب الخيار بين أن يعتق نصيبه منه أو يستسعيه في قيمة نصيبه وأما جنابة الابن على الاب فقد جنى حين جنى ونصفه مكاتب مع أبيه ونصفه رقيق والاب كذلك فما كان في الاب من حصة الذي لم يكاتب فهو في عنق الابن يأخذه المولى من الابن يعني النصف الذي هو مكاتب من الابن حيث جنى على نصيب الذي لم يكاتب وما كان من جنابة نصيب الذي لم يكاتب من الابن على النصف الذي هو مكاتب يوجب على الذي لم يكاتب الاقل من نصف قيمته ومن ربع قيمة المكاتب فقد وجب لكل واحد منهم على صاحبه مثل

ما لصاحبه عليه فيكون قصاصا ولا يكون لاحد على أحد شئ وإذا كانت أمة بين رجلين كاتب أحدهما حصته منها ثم ولدت ولدا ثم ازدادت خيرا أو انتقصت بعيب ثم أدت فعتقت فاختار الشريك تضمين المكاتب ضمنه نصف قيمتها يوم عتقت لان ملكه انما تلف بالعتق (ألا ترى) ان قبل الاداء كان متمكنا من فسخ الكتابة واستيفاء حقه وان لم يصف ما اكتسب قبل أن يعتق ونصف ارش ما جنى عليها ولو كان الضمان وجب بنفس الكتابة لم يكن له من ذلك شئ وللذي لم يكاتب أن يستسعى الابن في قيمة نصيبه لانه لما عتق نصيب المكاتب من الابن فقد احتبس نصيب الشريك عند الولد فيستسعيه في قيمة نصيبه منها ولو كاتب أحدهما نصيبه منها ثم ولدت ولدا فكاتب الاخر نصيبه من الولد ثم جنى الولد على الامة أو جنت عليه جناية لا تبلغ النفس

[68]

ثم أديا فعتق والموليان موسران فللذي كاتب الولدان يضمن الذي كاتب الام نصف قيمتها ان شاء استسعاها وان شاء اعتقها لانه أفسد نصيب الشريك منها بما صنع ولم يوجد من الشريك دلالة الرضاء في ذلك لان كتابة الولد لا تكون رضى منه بكتابة الام ولا ضمان عليه للذي كاتب الام على شريكه في الولد لان نصيب الذي كاتب الام من الولد ما أفسد على شريكه نصيبه من الولد وجناية كل واحد منهما على صاحبه على ما وصفت لك في العبد وأبيه من حكم المقاصة لان الجناية على نصف الولد الذي كاتبه المولى لا يبطل منها شئ بالكتابة فكان وجود ذلك كعدمه فلهذا كان قصاصا ولا شئ لواحد منهما على صاحبه قال وإذا كان العبد بين اثنين ففقا عين أحدهما وقيمه ألف ثم ان الذي فقئت عينه كاتب نصيبه منه ثم جرحه جرحا آخر ثم أدى فعتق ثم مات المولى بالجنايتين فنقول في بيان حكم الجناية ان على الحي منهما أن يدفع نصف قيمة العبد إلى ورثة الميت بجنايته سواء استوفى الضمان من شركة شريكه أو استسعى العبد أو اعتقه لان نصيبه جنى عليه جنايتين أحدهما قبل الكتابة والاخر بعده وحكمهما سواء في حقه وهو انه صار مستهلكا لنصيبه على وجه لم يصر مختارا فيلزمه نصف قيمته وعلى العبد أن يسعى في الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية لورثة الميت لان النصف الذي هو نصيب المجني عليه جنى جنايتين أحدهما قبل الكتابة وهي هدر والاخرى بعدها وهي توجب موجبا على المكاتب بمنزلة جنايته على أجنبي آخر فلهذا كان عليه الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية لورثة الميت من قبل الجناية قال وإذا كان العبد بين رجلين فجنى على أحدهما ففقا عينه أو قطع يده ثم ان الاخر باع نصف نصيبه من شريكه وهو يعلم بالجناية ثم جنى عليه العبد أيضا جناية أخرى ثم ان الذي باع ربه اشترى ذلك الربع ثم كاتبه المجني عليه على نصيبه منه ثم جنى عليه جناية اخرى ثم أدى فعتق ثم مات المولى من الجنایات فعلى المكاتب الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية لان النصف الذي هو مكاتب منه جنى على مولاه ثلاث جنایات جنايتين قبل الكتابة وحكمها سواء في أنه هدر وجناية بعد الكتابة وهي معتبرة ولهذا كان عليه الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية على الذي لم يكاتب سدس وربع سدس دية صاحبه والاقل من نصف قيمة العبد ومن سدس وربع سدس الدية ولا يؤدي هذا النصف حتى يعتق أو يستسعى أو يضمن وقد بطل نصف سدس لانه قد جرى في نصف نصيبه البيع والشراء ولم يجر في النصف الاخير فلا بد من اعتبار

ذلك فنقول أما نصف نصيبه الذي جرى فيه البيع والشراء فقد أتلف ربع النفس بثلاث جنایات جنایة قبل البيع وقد صار المولى مختاراً لذلك البيع وجنایة بعد البيع وذلك هدر لان جنایة المملوك على المالك وجنایة بعد الشراء وهي معتبرة فمن هذا الوجه يبطل ثلث الربع وهو نصف سدس الدية وأما النصف الذي لم يجر فيه البيع والشراء جنى على ربع النفس أيضاً ثلاث جنایات احدهما قبل البيع وقد صار مختاراً بذلك لان بيع البعض باختيار الفداء كبيع الكل ويتبين بعد البيع وحكمهما سواء في حق التعلق بالرقبة فيتوزع هذا نصفان فلماذا قال على الذي لم يكتب سدس الدية وربع سدس الدية مقدار ما صار مختاراً له ببيع نصف نصيبه ومثل ذلك متعلق بنصيبه وقد تعذر الدفع بكتابة شريكه على وجه لم يصير مختاراً فيلزمه الاقل من نصف قيمة العبد ومن سدس وربع سدس الدية ولكن هذا الاستهلاك انما يتحقق إذا أعتق أو استسعى أو ضمن فلماذا لا يلزمه هذا النصف ما لم يوجد أحد هذه المعاني قال وإذا كان العبد بين اثنين فقطع يد رجل ثم باعه أحدهما من صاحبه وهو يعلم ثم اشتراه منه فقطع يد آخر وفقاً عين الاول ثم ماتا من ذلك قبل لشريك المشتري ادفع نصفك إلى أولياء القتيلين نصفين أو افده بعشرة آلاف لان الجنایتين تعلقتا بنصيبه الذي كان له في الاصل ولم يوجد في ذلك النصف ما يكون دليل اختيار فيخير بين دفعه اليهما وبين ان يفدى كل واحد منهما بنصف الدية ويقال للبايع ادفع ألفين وخمسمائة إلى ولي قتيل الاول لان نصيبه جنى على القتيل الاول جنایتين احدهما قبل البيع والاخرى بعد الشراء فيصير مختاراً لما كان قبل البيع حين باعه وهو يعلم بجنایته فلماذا يلزمه ان يدفع إليه الفين وخمسمائة ثم يخير بعد ذلك بين ان يدفع نصيبه اليهما أو يفديهما لولي القتيل الاخر بخمسة آلاف ولولي القتيل الاول ألفين وخمسمائة باعتبار جنایته عليهما بعد الشراء فإذا اختار الدفع كان هذا النصف مقسوماً بينهما اثلاثاً لولي قتيل الاول وثلثاه لولي قتيل الاخر على مقدار ما بقي من حق كل واحد منهما قال وإذا كان العبد بين رجلين فجرح رجلاً جرحاً خطأ فكاتبه أحد الشريكين وهو يعلم بذلك ثم جرحه أيضاً ثم مات الرجل من ذلك كله فعلى الذي كاتب أولاً ربع الدية لان نصيبه من العبد حين جنى ثلاث جنایات على نصف النفس احدها قبل الكتابة واثان بعد الكتابة وحكمهما سواء فانقسم هذا النصف نصفين وذلك قد صار مختاراً له بالكتابة فعليه ربع الدية ونصف ذلك يكون على المكاتب وأما الذي كاتب آخر فنصيبه أيضاً حين جنى ثلاث جنایات جنایتين قبل الكتابة

وحكمهما سواء في حقه وجنایة بعد الكتابة فيوزع أيضاً هذا النصف نصفين نصفه على الذي كاتب آخراً فيلزمه الاقل من نصف القيمة ومن ربع الدية لان بكتابة نصيبه صار مستهلكاً لامختاراً فقد كان الدفع متعذراً قبل هذا بكتابة شريكه فلماذا لزمه الاقل من نصف القيمة ومن ربع الدية وعلى المكاتب الاقل من قيمته ومن نصف الدية لان كل نصف منه جنى بعد الكتابة وموجب ذلك عليه وانما تلف نصف النفس بالجنایات الموجودة منه بعد الكتابة فلماذا كان عليه الاقل من قيمته ومن نصف الدية وهذا كله

قياس قول أبي حنيفة بناء على ان الكتابة تنجزاً والله أعلم (باب جنابة المدبر) (قال رحمه الله) قد بينا ان جنابة المدبر لا تتعلق برقبته ولا تكون على عاقلة مولاه لانه مملوك وانما توجب على المولى قيمته يوم جنى المدبر لانه بالتدبير السابق صار مانعاً دفع الرقبة عند الجنابة ولم يصر مختاراً بذلك التدبير لانه عند التدبير ما كان يعلم انه جنى فيكون مستهلكاً ضامناً للقيمة ولا يلزمه الا قيمة واحده وان كثرت الجنابة من المدبر لانه ما منع الا رقبة واحدة ولكن تلك القيمة مشتركة بين أولياء الجنابيتين سواء قربت المدة فيما بينهما أو بعدت لانها قائمة مقام الرقبة في تعلق حق أولياء الجنابات بها فان قتل المدبر رجلاً خطأ وفقاً عين آخر فعلى مولاه قيمته لاصحاب الجنابيتين اثلاثاً لانه لو كان محل الدفع كان يدفع اليهما اثلاثاً فكذلك القيمة في المدبر والمعنى ان كل واحد منهما يضرب بجمع حقه وحق ولي القتل في الدية وحق الاخر في ارش العين فان اكتسب كسباً أو وهب له هبة لم يكن لاهل الجنابة من ذلك شئ لان حقهم في القيمة دينا في الذمة فكما لا يكون لهم حق في كسب المولى فكذلك في كسب المدبر ولو قتل المدبر رجلاً خطأ وقيمته الف درهم ثم ذهبت عينه فعلى المولى قيمته يوم جنى لان بذهاب العين فات نصفه ولو مات بعد الجنابة لم يسقط شئ من قيمته عن المولى فكذلك إذا ذهبت عينه وكذلك لو ازدادت قيمته لان حق أولياء الجنابة لا يثبت في تلك الزيادة فان الجنابة ما تعلق برقبته أصلاً فان دفع المولى قيمته إلى ولي الجنابة ولم يحدث به عيب ثم قتل رجلاً خطأ فان كان دفع إلى الاول بقضاء قاض فلا سبيل للثاني على المولى لانه ما ألزمه أكثر من قيمة واحدة بجناباته ودفعها إلى الاول بقضاء قاض كدفع القاضى نفسه فلا سبيل للثاني على المولى ولكنه يتبع الاول فيأخذ منه نصف القيمة وان قد كان دفعها

[71]

بغير قضاء قاض علي قول أبي يوسف ومحمد الجواب كذلك وعند أبي حنيفة للثاني الخيار ان شاء اتبع الاول بنصف القيمة وان شاء اتبع المولى بذلك فإذا أخذه منه رجع المولى به على الاول وجه قولهما في المسألة ان المولى حين دفع القيمة إلى الاول فقد فعل بنفسه غير ما يأمره القاضي به لورفع الامر إليه فيكون القضاء وغير القضاء سواء كما في الرجوع بالهبة وأخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها وهذا لانه حين دفع ما كان لاحد في القيمة حق سوى الاول لان السبب الموجب لحق الثاني وهو الجنابة لم يوجد بعد والحكم لا يسبق السبب فلا يكون بهذا الدفع جانياً في حق الثاني فلا يضمن له شيئاً وكيف يكون جانياً في حقه ولو أن ادان يمنع بعض القيمة من الاول لمكان حق الثاني ما كان يتمكن من ذلك وأبو حنيفة يقول القيمة انما تجب على المولى باعتبار منع الرقبة وانما منعها بالتدبير السابق وذلك في حق أولياء الجنابيتين جميعاً سواء في جعل في حق أولياء الجنابيتين كان دفع القيمة من المولى كان بعد وجوب الجنابيتين جميعاً وهناك ان دفع إلى أحدهما جميع القيمة بقضاء القاضي لم يضمن للثاني شيئاً وان دفع بغير قضاء القاضي كان للثاني الخيار فهذا مثله والدليل على أن المعتبر هذا ان للثاني حق المشاركة مع الاول في تلك القيمة ولا يكون ذلك الا باعتبار ما بينا وهو أن يجعل كانه جنى عليهما في حالة واحدة يوضحه ان بذلك التدبير انعقد سبب ثبوت حق ولي الجنابة في القيمة دينا في ذمة المولى عند جنابته فهو يدفع القيمة نحو ذلك الحق من ذمته إلى المدفوع فان كان ذلك بقضاء القاضي ثم التحويل لان للقاضي هذه الولاية وان كان بدون قضاء القاضي لم يتم التحويل لانه ليس للمولى هذه الولاية فيبقى الخيار لولي

الجنابة الثانية ان شاء رضى بهذا التحويل واتبع الاول بنصف القيمة وان شاء لم يرض بهذا واتبع المولى بنصف القيمة في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وهو نظير الوصي إذا قضى دين أحد الغريمين من التركة ولم يعلم بالدين الاخر أو قضى دين الغريم ثم أحدث آخر بسبب كان وجد من الميت في حياته فان كان دفعه بقضاء القاضى لم يضمن للثاني شيئاً ولكن الثاني يتبع الاول بنصيبه وان كان الدفع بغير قضاء قاض كان للثاني الخيار بين ان يتبع الاول بنصيبه وبين أن يضمن الوصي ثم يرجع الوصي به على الاول وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما ذكرنا لان دفعها بالجنابة تعذر بسبب لا يحتمل الفسخ فتكون كالمدبر في حكم الجنابة لان المولى أحق بكسبهما قال وإذا قتل المدبر رجلاً خطأ وقيمه ألف درهم ثم ازدادت قيمته

[72]

إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم لانه جنى على الثاني وقيمه ألفان ولو لم يكن منه الا تلك الجنابة لكان المولى ضامناً قيمته ثم ألف من هذا لولي القتل الاوسط خاصة لان ولي الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حق له في الالف الثاني فيسلم ذلك المولى قتيلاً الاوسط وخمسمائة منها بين ولي القتل الاول وبين الاوسط لانه لاحق في هذه الخمسمائة لولي قتل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فيقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاوسط يضرب فيه الاول بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل إليه من حقه شئ ويضرب فيه الاول بعشرة آلاف الا ما أخذ لانه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك قال ولو قتل المدبر رجلاً خطأ وقيمه ألف درهم فدفعه المولى بقضاء قاض ثم رجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر فان خمسمائة مما أخذ الاول للاول خاصة لان حق الثاني انما يثبت في قيمته عند الجنابة على وليه وهي خمسمائة فبقية الخمسمائة الاخرى سالمة للاول بلا منازعة والخمسمائة الباقية بينهما يضرب فيها الاول بعشرة آلاف الا خمسمائة والاخر بعشرة آلاف فتكون ذلك مقسومة بينهما على تسعة وثلاثين سهماً لانه يجعل كل خمسمائة منها سهماً قال وإذا اجتمع مدبر وأم ولد وعبد ومكاتب فقتلوا رجلاً فكل واحد منهم أتلف ربع النفس فيقال لمولى العبد ادفعه أو افده بربع الدية ويسعى المكاتب في الاقل من قيمته ومن ربع الدية وعلى مولى المدبر الاقل من قيمته ومن ربع الدية وعلى مولى أم الولد الاقل من قيمتها ومن ربع الدية اعتبار بما لو انفرد كل واحد منهم بجنائنه ولو قتل المدبر قتيلاً خطأ واستهلك مالا فعلى المولى قيمته لاولياء القتل وعلى المدبر ان يسعى فيما استهلك من المال لان ما يستهلكه المدبر من المال يكون ديناً في ذمته يقضى من كسبه ولا يكون المولى ضامناً بسببه شيئاً من قبل ان يحل قضاء الدين وذلك لا يتغير بالتدبير ومحل موجب الجنابة الرقبة وبالتدبير يتعذر دفعها فيجب على المولى القيمة لذلك (ألا ترى) ان المملوك يدفع بالجنابة أو يفدى وانه يباع في الدين إذا لم يكن له كسب فيه يظهر الفرق ثم لا يشارك أحد الفريقين الاخر فيما يأخذ لان حقه ما اجتمع في محل واحد فان حق اولياء القتل في ذمة المولى وحق أصحاب الدين في كسب المدبر فمن أي وجه تثبت الشركة

بينهما فان مات المولى قبل أن يقضي شيئاً من ذلك ولا مال للمولى غيره فان المدبر يسعى في قيمته فيكون أصحاب دينه أحق بها لان أصل الجناية كان ديناً في ذمة المولى وذلك يمنع سلامة شيء من الرقبه للمدبر لان التدبير وصية والوصية بعد الدين فلزمه السعاية في قيمته لرد الوصية ثم أصحاب دينه أحق بهذه القيمة من أصحاب جنايته لان دينهم في ذمته والسعاية بدل ماليته وحق غرمائه في ماليته مقدم على حق المولى وعلى حق غرماء المولى لان حق غرماء المولى انما يثبت في هذه المالية من جهة المولى فإذا استغرق دينه هذه المالية لم يكن للمولى فيها حق فكذلك لا يكون لغريم المولى فيها حق وان كان دينه أكثر من قيمته فعليه السعاية في الفضل ايضاً لان بالعنق يتقرر ما بقي من الدين في ذمته وان كان الدين عليه أقل من قيمته فالفضل من القيمة على مقدار دينه يكون لأصحاب الجناية باعتبار ان ذلك الفضل حق المولى فيقضى به منه دين المولى ولا شيء لهم عليه أكثر من ذلك لان حقهم انما يثبت من جهة المولى وكذلك لو كان القاضي قضى على المولى بالقيمة لأولياء الجناية وعلى المدبر بالسعاية في الدين قبل موت المولى فهذا تقرير منه للحكم الذي كان نابتاً فلا يتقرر به الجواب وأما أم الولد فلا تسعى لأيجاب الجناية في شيء لان عتقها ليس بوصية ولا يمتنع لمكان دين المولى وجناية المدبر وأم الولد على المولى في نفس أو ما دونها خطأ وعلى ممالكه هدر لانه لا فائدة في اعتبارها فانها لو اعتبرت أو جبت على المولى القيمة له الا ان المدبر يسعى في قيمته إذا قتل مولاه لانه لا وصية له فانه قاتل والقاتل عن الوصية والميراث محروم فعليه رد رقبته وقد تعذر ردها فلزمه السعاية في قيمته قال لو قتل المدبر مولاه عمدا فعليه أن يسعى في قيمته لرد الوصية وعليه القصاص للقتل العمد وللورثة الخيار ان شاءوا قتلوا قصاصاً في الحال وقد قوى حقهم في السعاية الا انهم رضوا بذلك وان شاءوا استسعوه في القيمة أولاً فإذا استوفوا ذلك منه قتلوه قصاصاً لان كل واحد منهم خالص حق الورثة فالتدبير في التقديم والتأخير في الاستسعاء إليهم وان كان له ابنان فعفا أحدهما عنه فعلى المدبر أن يسعى في نصف قيمته للذي لم يعف لانه لزمه السعاية في جميع قيمته لرد الوصية فيكون بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة وعندهما هو حر عليه دين وعند عفو أحدهما انما ينقلب نصيب الاخر مالا في الحال وهو في الحال مكاتب أو حر من أهل أن يجب عليه المال لمولاه ولمن يخلفه من الورثة الا أن الوجوب بسبب جناية كانت منه في حال الرق فيكون الواجب

من القيمة دون الدية فلهذا يسعى في نصف قيمته للذي لم يعف مع السعاية في جميع القيمة لهما باعتبار رد الوصية فان كان على المولى دين بدئ بالدين من جميع ذلك لان ما وجب للمولى باعتبار انه بدل نفسه أو بدل ملكه فيقضى دينه من جميع ذلك والباقي بين الوارثين أثلاثاً لان الباقي يقسم بينهما على ما كان يقسم عليه الكل لولا الدين ولولا الدين لكان للذي لم يعف قيمة كاملة وللآخر نصف القيمة فكذلك ما بقي يقسم بينهما على ذلك أثلاثاً ولو قتلت أم الولد مولاه عمدا ولا ولد لها منه فعليها

القصاص ولا سعاية عليها لان عتقها ليس بوصية فلا يمنع سبب القتل وان كان لها منه ولد فلا قصاص عليها لان الولد ورث جزءاً من القصاص على ابيه وذلك مسقط للقصاص عليها وعليها ان تسعى في القيمة من قبل الجناية لان القصاص كان وجب فانه ما لم يجب لا يصير ميراثاً لولدها وما لم يصير ميراثاً لولدها لا يسقط فانما تعذر استيفاء القصاص باعتبار الولادة وهي حرة حين سقط القصاص فيجب ان يلحق المال لمولاها ولمن يخلف مولاها الا ان وجوب المال بسبب جنايتها في حالة الرق فهذا يلزمها القيمة دون الدية وكما ان نصيب سائر الورثة انقلب مالا فكذلك نصيب الولد لانه تعذر عليه استيفاء القصاص لا بمعنى من جهته مع بقاء المحل قال واذا قتل العبد مولاة عمدا فعليه القصاص لان العبد في حكم الدم مبقي على الحرية والمولى من دمه كاجنبي آخر فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقاً له بالمال فان كاله وليان فعفا أحدهما عنه بطل الدم كله وهو عندهما وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف على الذي عفا أن يدفع نصيبه إلى الذي لم يعف أو يغديه بربع الدية لانه صار مشتركاً بينهما بالارث نصفين ويعفو أحدهما ينقلب نصيب الاخر مالا عند العفو وعند العفو نصفه للعافي ونصفه للذي لم يعف ويجوز أن يستحق الذي لم يعف نصيب صاحبه بالجناية ولايجوز أن يستحق نصيب نفسه فحين انقلب مالا كان نصف ذلك في نصيبه فيهدر ونصفه في نصيب صاحبه فيثبت ويخاطب بالدفع أو الفداء كما بينا في المدبر وأم الولد إذا انقلب القصاص الذي عليهما مالا بعد موت المولى وهما يقولان العبد بعد الموت مبقي على حكم ملك الميت ولهذا يقضي منه ديونه وتنفيذ وصاياه ولو انقلب نصيب الاخر مالا بعد عفو أحدهما كان ذلك للميت أيضاً حتى يقضي منه ديونه فانما يكون هذا ايجاب المال للميت بالجناية في ملكه وذلك لا يجوز كما لو قتل العبد مولاة خطأ فان هناك لا يجب شيء وان كان لو وجب انما يجب بعد الموت وبعد الموت الملك للوارث ولكن قيل هو كالباقى على ملك

[75]

الميت حكما لانه يبقي للوارث الملك الذي كان ثابتاً للمورث أو الوارث قائم مقام المورث فكما لا يجوز ان يجب للمورث بسبب هذه الجناية مال على العبد لا يجوز ان يجب للوارث بخلاف المدبر وأم الولد فقد عتقا بالموت وصار الكسب لهما على الخلو فلو أوجبا المال عند تعذر استيفاء القصاص لا يكون ذلك واجبا للمالك في حكم ملكه وانما يكون واجبا له على معتقه وذلك متسقيم ولو قتل المدبر مولاة عمدا وله وليان أحدهما ابن المدبر فعلى المدبر ان يسعى في قيمتين قيمة لرد الوصية وقيمة بالجناية لان ابنه قد ورث بعض القصاص عليه فتعذر استيفاءه وينقلب كله مالا وهو في هذه الحالة حراً أو مكاتباً وقد بينا نظيره في أم الولد ولو حفر المدبر بئراً في الطريق فوقع فيها المولى فمات فلا شيء على المدبر لان هذا لا يكون أعلى مما إذا قتله خطأ وهناك لا يجب على المدبر بالجناية شيء فهاهنا لا يحرم الوصية مسبب وكما لا يحرم المسبب الميراث فكذلك لا يحرم الوصية فلهذا أعتق من الثلث قال وإذا قتل المدبر رجلاً وقيمه ألف درهم ثم فقأ رجل عين المدبر يعرم خمسمائة درهم ثم قتل المدبر رجلاً آخر فان الخمسمائة ارش العين للمولى لاحق لاولياء الجناية فيه لان الجناية لم تتعلق برقبته وعلى المولى ألف درهم قيمته يوم جنى على الاول خمسمائة منها للاول خاصة لان حق الثاني انما يثبت في قيمته يوم جنى على وليه وقد كانت قيمته خمسمائة فلهذا أسلمت الخمسمائة للاول والخمسمائة الباقية يضرب فيها الثاني بالدية والاول بالدية إلا الخمسمائة

لانه قد استوفى ذلك ولو كان الباقي عبدا فدفع به كان للمولى أيضا لان حق ولي الجناية انما يثبت في رقبته فلا يثبت فيما يكون بدل جزء منه (ألا ترى) ان المولى لو لم يأخذ العبد في الجناية أصلا أو أخذه وباعه أو وهبه لم يضمن لاصحاب الجناية بذلك شيئا وكان عليه قيمة المدبر صحيحا ولو استهلك المدبر لرجل ألف درهم فاعتقه مولاه لم يضمن لصاحب الدين شيئا لان حق صاحب الدين في كسبه وسعيه ولم يتعين ذلك باعتاقه اياه في ابائه ولو لم يعتقه ولكن رجلا قتل المدبر فغرم قيمته وجنى المدبر ثم مات المولى ولا مال له غير ذلك فصاحب الدين أحق بالقيمة من صاحب الجناية لان بدل رقبته بمنزلة كسبه في وجوب صرفه إلى الدين ولان دين نفسه مقدم على دين مولاه في مالية رقبته وحق صاحب الجناية على مولاه فلهذا كان صاحب الدين أحق بالقيمة من صاحب الجناية سواء كان المولى حيا أو ميتا قال وإذا قتل المدبر رجلين أحدهما عمدا والآخر خطأ فعليه القصاص وعلى المولى قيمته لاصحاب الخطأ فان عفا أحد ولي العمد فالقيمة بين الذي لم يعف

[76]

وبين ولي الخطأ يقسم على طريق العول اثلاثا في قول أبي حنيفة وفي قولهما على طريق المنازعة ارباعا وكذلك لو كان القاتل قناده المولى وقد بينا نظير هذه المسألة في المأذون وجميعها واضدادها ونظيرها في كتاب الدعوى فهما يقولان حق الذي لم يعف ثابت في النصف دون النصف فيسلم لولي الخطأ النصف الذي هو حصة العافي لفرغ ذلك النصف عن حق الذي لم يعف والنصف الاخر حقهما فيه سواء فيكون بينهما نصفان وهذا بخلاف ما إذا قتل العبد أو المدبر رجلا خطأ وفقا عين آخر لان هناك حق صاحب العين ثابت في الكل بدليل انه لو انفرد كان المولى مخاطبا بدفع جميع العبد إليه أو الفداء وكذلك في الدين يدفع إليه جميع القيمة الا أن يكون الارش أقل من ذلك وهاهنا حق الذي لم يعف في النصف دون النصف بدليل حالة الانفراد وأبو حنيفة يقول أصل كل واحد منهما في الارش وحق ولي الخطأ عشرة آلاف وحق الذي لم يعف من ولي الدم خمسة آلاف وانما وجب قسم ألفين بينهما بسبب حق الدين في الذمة فيضرب كل واحد منهما بحقه بمنزلة الغرماء في التركة وبمنزلة صاحب النفس من صاحب العين وعلى هذا الخلاف لو قتل المدبر رجلا عمدا وله وليان فعفا أحدهما ثم قتل آخر خطأ فعلى المولى القيمة وقسمتها بينهما على الخلاف الذي بينا وروي الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمهما الله ان لولي القتل نصف القيمة وللذي لم يعف من ولي العمد ربع القيمة ويسقط ربع القيمة عن المولى بعفو العافي وهو قول زفر وهو القياس وقد بينا الخلاف فيما إذا جنى العبد المغصوب عند الغاصب وعند مولاه ففي المدبر الحكم على ذلك التفصيل أيضا لان القيمة في جنابة المدبر بمنزلة الرقبة في جنابة القن يقول فان غصب رجل مدبرا فقتل عنده قتيلا واستهلك لرجل ما لا ثم رده على المولى فقتل عنده رجلين خطأ فعلى المولى قيمته بين اصحاب الجنایات اثلاثا ثم يرجع المولى على الغاصب بثالث القيمة وهو ما استحقه ولي القتل الاول بجنابته عند الغاصب فيدفع ذلك إلى الاول ثم يرجع بثالث القيمة أيضا فيدفعه إلى الاول حتى يسلم له قيمة تامة كما استحقه ثم يرجع بمثله على الغاصب فيدفع نصفه إلى الثاني لان حق الثاني ثبت في نصف القيمة وقد سلم له الثلث فيدفع إليه نصف الثلث ولا يرجع به على الغاصب لان هذا استحق بجنابته عند المولى وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال

محمد رحمه الله يرجع بثلث القيمة فيسلم له ويسعى المدبر لصاحب الدين
في دينه فإذا قضاه يرجع المولى بالاقبل من قيمته ومن الدين على
الغاصب لانه انما قضى الدين من كسب مملوك للمولى

[77]

وكان استحقاق ذلك كان منه عند الغاصب فيرجع المولى به على الغاصب
الا أن تكون قيمته أقل من ذلك فحينئذ لا يرجع الا بقدر القيمة لان الغاصب
انما يصير ضامنا باعتبار ان الرد لم يسلم فيجعل كالهالك في يده قال وإذا
قتل المدبر رجلا خطأ ثم غصبه رجل فقتل عنده رجلا عمدا ثم رده إلى
المولى فانه يقتل قصاصا وعلى المولى قيمته لصاحب الخطأ بالجناية التي
كانت منه عند المولى ويرجع على الغاصب بقيمته لانه قتل بجناية كانت
منه عند الغاصب فلم يسلم الرد للمولى فان عفا أحد ولي العمد كانت
القيمة بينهم ارباعا في قول أبي يوسف ومحمد واثلاثا في قول أبي
حنيفة ثم يرجع على الغاصب بما أخذه صاحب العمد منه لان ذلك القدر
استحق بجنائته عند الغاصب ثم يدفع ذلك إلى صاحب الخطأ لان حقه كان
يثبت في جميع القيمة فلا يسلم للمولى شئ من قيمته ما لم يصل إليه كما
حقه ولو قتل عند الغاصب أولا رجلا عمدا ثم رده إلى المولى فقتل عنده
رجلا خطأ بعد ما عفا أحد ولي الدم فعلى المولى قيمته كما بينا ثم يرجع
على الغاصب بما أخذه الذي لم يعف من ولي العمد فيدفعه إلى صاحب
العمد الذي لم يعف إلى تمام نصف القيمة لان حقه لما ثبت في نصف
القيمة فعليه أن يدفع إليه ما يأخذه من قيمته حتى يصل إليه كمال حقه
في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ثم يرجع بمثله على الغاصب لان
قبضه ينتقض فيما يستحق من يده بجنائته عند المولى أو عند الغاصب وإذا
غصب رجل مديرا فأقر عنده بقتل رجل عمدا وزعم ان ذلك كان عند
المولى أو عند الغاصب فهو سواء وإذا قتل بذلك بعد الرد فعلى الغاصب
قيمته لانه مصدق في الاقرار غير مصدق في الاسناد وانما استحق نفسه
بسبب كان منه عند الغاصب وهو الاقرار فيظهر به ان الرد لم يسلم
للمولى ولو عفا أحد الوليين فلا شئ للاخر لان الاخر لو استحق المال انما
يستحقه باقراره واقرا المدبر والقن في الجناية التي توجب الارش باطل
لان ذلك اقرار منه على مولاه ولو كان أقر عند الغاصب بسرقة أو ارتد عن
الاسلام ثم انه رده فقتل في الردة فعلى الغاصب قيمته أو قطع في
السرقه فعلى الغاصب نصف قيمته لان استحقاق ذلك باقرار كان منه عند
الغاصب بمنزلة استحقاقه بمباشرة سببه عند الغاصب قال وقياس هذا
عندي البيع لو باع عبدا مرتدا فقتل عند المشتري يرجع بجميع الثمن وكذلك
لو باعه وقد أقر بقتل عمدا في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي
يوسف ومحمد في البيع خاصة يقوم مرتدا أو غير مرتد وسارقا أو غير
سارق فيرجع بحصة ذلك من الثمن وقد بينا الفرق لهما بين الغصب والبيع
في كتاب البيوع ولو قتل المدبر عند

[78]

الغاصب رجلا خطأ أو أفسد متاعا ثم قتله رجل خطأ فعلى عاقلة القاتل
قيمته لصاحب الدين لان بدل رقبته إذا قتل بمنزلة كسبه وعلى المولى

قيمته لولي القتيل بسبب جنايته ويرجع بذلك كله على الغاصب لان استحقاق كل واحدة من الجنايتين بسبب كان منه عند الغاصب قال ولو عصب عبدا أو مدبرا فاستهلك عنده مالا ثم رده على المولى فمات عنده فلا شئ لأصحاب الدين لفوات محل حقهم من ذلك الكسب أو مالية الرقبة ولا للمولى على الغاصب لان الرد قد سلم للمولى حين لم يستحق من يده بسبب كان عند الغاصب وانما هلك بسبب حادث عنده ولو مات عند الغاصب قبل أن يرده فعلى الغاصب قيمته لانه تعذر عليه رد عينه فإذا أخذها المولى دفعها إلى الغرماء لانه فات وأخلف بدلا ثم يرجع المولى على الغاصب بمثل ذلك لاستحقاق المقبوض من يده بسبب كان منه عند الغاصب ولو كان قتل عند المولى خطأ بقيمته لأصحاب الدين على عاقلة القاتل يقبضها المولى ويدفعها إليهم ثم يرجع بها على الغاصب لانها استحققت من يده بسبب كان من المدبر في ضمان الغاصب ولو استهلك المدبر مالا عند المولى ثم عصبه رجل فحفر عنده بثرا في الطريق ثم رده إلى المولى فقتله رجل خطأ فغرم قيمته للمولى وأخذها أصحاب الدين ثم وقع في البئر دابة فعطبت شارك صاحبها أصحاب الدين الذين أخذوا القيمة في تلك القيمة بالحصة لان عند وقوع الدابة فيها صار متلفا لها بالحفر السابق وصارت قيمتها ديننا في ذمته بمنزلة الدين الاخر فتكون قيمة نفسه بين غرمائه بالحصص ثم يرجع المولى بذلك على الغاصب فيدفعه إلى صاحب الدين الاول لان حقه كان ثابتا في جميع القيمة فان وقع في البئر انسان آخر فمات فعلى المولى قيمة المدبر لانه صار جانبا عليه بالحفر السابق وجناية المدبر على النفوس توجب القيمة على المولى سواء كان بطريق السبب أو المباشرة ثم يرجع بها على المولى ثم يرجع بها على الغاصب لان هذه القيمة لزمته لسبب كان في ضمان الغاصب والله أعلم (باب جناية المدبر بين اثنين) قال رحمه الله وإذا كان المدبر بين رجلين فقتل أحد موليه ورجلا خطأ بدئ بالرجل قبل المولى فعلى المولى الباقي نصف قيمته وفي مال المقتول نصف قيمته ثم يكون لولي المقتول ربع القيمة وللآخر ثلاثة أرباعها وهذا ظاهر عندهما وكذلك عند أبي حنيفة لان مولى القتيل

[79]

لاحق له فيما ضمن فان جناية المدبر على مولاه خطأ هدر فكذلك النصف من القيمة يسلم لولي الاجنبي ولصاحبه في النصف الاخر فيضرب هو فيه بخمسة آلاف والاخر بخمسة الاف فكان ذلك النصف بينهما نصفان وعلى المدبر أن يسعى في قيمته نصفها لورثة المقتول لانه قاتل ولا وصية له ونصفها للمولى الحي لانه لما عتق بسبب المقتول كان حق المولى الحي باستسعائه في نصف قيمته ولو كان قتل المولى عمدا والمسألة بحالها فعلى المولى الباقي وفي مال المقتول قيمته تامة لولي الخطأ لان حق ولي العمدة في القود فلا مزاحمة له مع ولي الخطأ في القيمة ويسعى المدبر في قيمته بين الموليين لما قلنا ويقتل بالعمدة فان عفا أحد ولي العمدة سعى المدبر للذي لم يعف في نصف قيمته لانه حين انقلب نصيب الاخر مالا كان بمنزلة المكاتب والحر فانما يجب له نصف القيمة عليه فيستسعيه في ذلك ولا مزاحمة له في ولي الخطأ في القيمة الاولى قال وإذا قتل المدبر رجلا عمدا وله وليان فعفا احدهما ثم قتل أحد موليه خطأ فعلى المولى الباقي نصف قيمته فيكون نصف ذلك النصف لولي القتيل والنصف الباقي من ذلك النصف بينه وبين الذي لم يعف من أصحاب العمدة نصفين وفي مال القتيل ربع قيمة المدبر للذي لم يعف لان نصيب الذي لم

يعف انقلب مالا وذلك نصف القيمة على الموليين فلهذا كان في مال الميت ربع القيمة للذي لم يعف وقد وجب للمولى الحي نصف قيمته بالجنايتين الا أنه لاحق للذي لم يعف في نصف ذلك النصف فيسلم لولي مولى القتل وحقهما في النصف سواء فكان بينهما نصفين ويسعى المدبر في قيمته تامة للحي ولورثة الميت لما قلنا وإذا قتل المدبر موليه مما خطأ سعى في قيمتها لورثتها لرد الوصية ولا شئ لواحد منهما على صاحبه لان جنايته على كل واحد منهما في نصفه هدر وفي نصف صاحبه موجب بنصف القيمة عليه ولكن نصف القيمة قصاص ولو غصب المدبر أحد موليه فقتل عنده قتيلا خطأ ثم رده فقتل رجلا عمدا له وليان فعفا أحدهما فعليهما قيمة تامة لصاحب الخطأ ثلاثه أرباعها وللذي لم يعف من ولي الدم ربعها وهذا على نحو ما بينا ثم يرجع المولى للذي لم يعف على الغاصب بثلاثة أرباع نصف قيمة المدبر وهو مقدار ما غرم هو لولي الخطأ لانه انما غرم ذلك بجناية كانت عند المدبر في حال كون الشريك غاصبا له ضامنا ثم يرد على صاحب الخطأ من ذلك من قيمة العبد لان صاحب الخطأ استحق عليه نصف قيمته فارغا وانما سلم له من جهته ثلاثة أرباع ذلك النصف وقد أخلف نصيبه عوضا فيرجع في العوض بما بقي من حقه وذلك من الجميع وهو

[80]

ربع نصف القيمة ثم يرجع هو بذلك على الغاصب لانه استحق من يده بجناية كانت عند الغاصب قال وإذا قطع رجل يد المدبر وقيمه ألف درهم فبرئ وزاد حتى صارت قيمته ألفين ثم فقا عينه آخر ثم انتفض البرء فمات منهما والمدبر بين اثنين فعفا أحدهما عن اليد وما حدث منها وعفى الاخر عن العين وما حدث منهما فللذي عفا عن اليد على صاحب العين ستمائة وخمسون درهما على عاقلته ان كان خطأ وفي ماله ان كان عمدا وللذي عفا عن العين على صاحب اليد ثلثمائة واثنى عشر ونصف في ماله ان كان عمدا وعلى عاقلته ان كان خطأ لان القاطع قطع يده وقيمه ألف فكان عليه نصف قيمته خمسمائة ثم فقا الاخر عينه وقيمه ألفان فكان عليه نصف قيمته ألف فلما مات منهما صار صاحب اليد ضامنا لمائة وخمسة وعشرين من قيمته مع الخمسمائة التي عليه لانه لا معتبر بالزيادة في حقه فكان العاقبى فقا عنه وقيمه خمسمائة فصار به متلفا نصف ما بقي وانما الباقي مائتان وخمسون وقد تف بالجنايتين فنصفه وهو مائة وخمسة وعشرون تلف بفعل صاحبه فلهذا صار هو ضامنا ستمائة وخمسة وعشرين ونصف ذلك للعاقبى فيسقط ونصفه للذي لم يعف وهو ثلثمائة واثنى عشر ونصف وأما العاقبى ضامنا بجنايته ألف وبسراية جنايته نصف ما بقي وذلك خمسمائة بين الموليين نصفين وقد سقط حق احدهما بالعفو إذ للذي لم يعف منهما عليه نصيبه سبعمائة وخمسون وام الولد في حكم الجناية بمنزلة المدبر على ما ذكرنا قال ولو قتلت أم الولد مولاه عمدا ولا ولد لها فعفا أحدا بين المولى عنها سعت للاخر في نصف قيمتها لانها حرة حين انقلب نصيب الاخر مالا الا ان صل الجناية كان منها في حالة الرق فعليها نصف القيمة للاخر وكذلك عبد قتل رجلا عمدا فاعتقه المولى ثم عفا أحد ولي الدم وهذا لان المولى بالاعتاق لا يصير ضامنا شيئا لان حقهما كان في القصاص ولا يختلف ذلك بالرق والحربة قال وإذا كاتب الرجل أم ولده أو مدبره ثم قتلت مولاه خطأ سعت في قيمتها من قبل الجناية لانها جنت وهي مكاتبه وجناية المكاتبه على مولاه كجنايتها على غيره لا موجب جنايتها في كسبها وهي أحق بكسبها ثم قد بطلت عنها الكتابة لانها عتقت

بموت المولى فان عتق أم الولد ليس بوصية فلا يمتنع بسبب القتل قال (الأتري) انها لو استقرضت منه مالا ثم مات المولى بطلت عنها الكتابة ولزمها الدين وانما استشهد بهذا السبب انه وان ألزمها القيمة بسبب الجناية فان ذلك دين عليها كسائر الديون فلا يمتنع بطلان الكتابة عنها بسبب العتق وأما المدبرة فعليها أن تسعى إلى قيمتها من قبل الجناية وتسعى

[81]

في قيمة أخرى لرد الوصية فان كانت مكاتبها أقل من قيمتها سعت في مكاتبها بمنزلة ما لو كانت مدبرته ثم مات وعليه دين يحيط بماله فانها تسعى في الاقل من مكاتبها ومن قيمتها لان حق المولى في الاقل وأذا أسلمت ام ولد النصراني فاستسعاها في قيمتها فقتله خطأ وهي تسعى فعليها قيمتها من قبل الجناية لانها بمنزلة المكاتبه ويبطل عنها سراية الرق ولانها عتقت بموت المولى فان كان القتل عمدا فعليها القصاص وان كان لها منه ولد صغير فلا شيء لولدها من ذلك لان الولد مسلم مع أبيه والمسلم لا يرث الكافر ولهذا كان عليها القصاص لورثة الاب وإذا قتلت أم الولد مولاه عمدا وهي حبلى منه ولا ولد لها فلا قصاص عليها من قبل أن ما في بطنها من جملة وراثته ومن قبل أن الحبلى لا تقتل بالقصاص حتى تضع فان ولده حيا وجبت القيمة عليها لجميع الورثة لان جزءا من القصاص صار ميراثا لولدها وان ولده ميتا كان عليها القصاص لورثة الاب لان الذي ينفصل ميتا ليس من جملة الورثة فان ضرب انسان بطنها والقتله ميتا ففيه غرة لان الجنين الذي في بطنها كان حرا والواجب في الجنين الحر الغرة ولها ميراثها من تلك الغرة لانها عتقت بموت المولى فهي وارثة حين وجبت الغرة بالضربة وتقتل هي بالمولى لان الجنين انفصل ميتا فلا تكون من جملة الورثة سواء كان انفصاله بالضربة أو بغير الضربة وواجب الغرة لا يكون حكما بكون الجنين حيا في ذلك الوقت فان وجوبها بسبب قطع السر ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى ثم نصيبها من الغرة ميراث لبني مولاه لانهم عتقا ولا يحرمون الميراث لانهم قتلوها بحق والله أعلم (باب جناية المكاتب في الخطأ) (قال رحمه الله) وإذا قتل المكاتب رجلا خطأ وله وارثان فقصى عليه القاضي لاحدهما بنصف القيمة ولم يقص للاخر بشيء ثم قتل الاخر فحاء الاخر فخاصم إلى القاضي وهو مكاتب بعد وفاته فانه يقضى له بثلاثة أرباع القيمة لان النصف المقضى فيه للاول قد فرغ من الجناية الاولى فيتعلق به حق الاخر فيقضى له عليه بنصف القيمة لذلك والنصف الباقي يقضى له بنصفه لانه اجتمع فيه حقه وحق الذي لم يقص له من ولي الجناية الاولى فان عجز المكاتب وجاء الاوسط فانه يدفع إليه ربع العبد أو يقديه مولاه بنصف الدية لان حقه في نصف الدية والجناية في حقه باقية في ربع الرقبة لانعدام المحول إلى القيمة وهو قضاء القاضي فلهذا

[82]

يدفع إليه ربع العبد بعد العجز ويقديه مولاه بنصف الدية قال فلو قتل المكاتب رجلا خطأ ثم أعور ثم قتل آخر فعليه قيمته صحيحا للاول نصفها

لان حق الثاني انما يثبت في قيمته عند الجناية عليه وهو أعور في هذه الحالة فلهذا كان نصف قيمته صحيحا للاول خاصة والنصف الاخر يضرب فيه الاول بالدية الا ما أخذ والاخر بكامل الدية فيكون بينهما على ذلك وكذلك لو فقأ عينه انسان أو نقصت قيمته من سعرا أو عيب لان المعتبر في حق كل واحد منهما قيمته حين جنى عليه قال ولو قتل رجلا خطأ وحفر بئرا في الطريق فوقع فيها انسان فمات أو أحدث في الطريق شيئا فقتل عليه بالقيمة للذي وقع في البئر ولولي القتل وسعى فيها بينهما ثم عطب مما أحدث في الطريق انسان فمات فانه يشاركهم في تلك القيمة للذي وقع في البئر ولولي القتل وسعى فيها لانه أحدثه في الطريق قبل أن يقضى عليه بالقيمة وانما صار جانبا بذلك التسبب وجنایات التسبب والمباشرة لا تلزمه الا قيمة واحدة ما لم يقض عليه بها وكذلك لو وقع في البئر انسان آخر فمات ولو حفر بئرا أخرى في الطريق بعد ما قضى عليه بالقيمة فوقع فيها انسان فمات قضى القاضي بقيمة أخرى لان جنایته بالتسبب ابتداء بعد القضاء بالقيمة في الجناية الاولى بمنزلة جنایته بالمباشرة فيلزمه باعتبارها قيمة أخرى لان الرقبة قد فرغت من قبل قضاء القاضي بالقيمة فيشغل بالجناية المبتدأة بعد ذلك فيلزمه القيمة لاجلها ولو وقع في البئر الاول فرس فعطب كان عليه قيمته دينا يسعى فيه بالغا ما بلغ ولا يشاركه أهل الجناية ولا يشاركونه لان الواجب صاحب الفرس ضمان مال وقد بينا أنه لا مشاركة بين ضمان المال وضمنان النفس ولا مشابهة بينهما في الحكم (ألا ترى) أنه لو قتل انسانا خطأ فاستهلك مالا قضى عليه بالقيمة في القتل وبالمال بالغا ما بلغ وكل من يكاتب على المكاتب فهو في حكم الجناية بمنزلة المكاتب فيما يلزمه من السعاية وكذلك أم ولده التي ولدت منه في المكاتب لان دفعها بالجناية متعذر بسبب الكتابة فهي بمنزلة المكاتب فيما يلزمها بالجناية ولو جنى عبده خوطب المكاتب فيه بالدفع أو الفداء وهو بمنزلة الحر فالتدبير في كسبه ولهذا لو كان القتل من العبد عمدا فصالح المكاتب على مال جاز صلحه لانه قصد به تخلص ملكه قال وإذا أقر المكاتب بقتل عمدا ثم انه عفا أحد الوليين عنه قضى عليه بنصف القيمة للاخر فان عجز قبل أن يؤدي بطل ذلك عنه في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد إذا قضى عليه قبل أن يعجز صار دينا عليه يباع فيه وكذلك لو قتل المكاتب رجلا عمدا ثم صالح عن نفسه

[83]

على مال فهو جائز ويلزمه المال ما لم يعجز فإذا عجز قبل أداء المال بطل عنه المال في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد هو لازم يباع فيه لان هذا دين لزمه في حال الكتابة فيكون بمنزلة سائر ديونه يباع فيه بعد العجز الا أن يقضى المولى عنه وأبو حنيفة يقول لا تأثير لعقد الكتابة في اطلاق الحجر عنه في الجناية والصلح عن دم العمد فكان هو في حق المولى بمنزلة العبد المحجور عليه الا أن في حال قيامه بالكتابة المال انما يؤدي من كسبه وهو أحق بكسبه فكان اقراره معتبرا في حقه وكذلك قبوله بسبب الصلح فإذا عجز صار الحق لمولاه واقاراره في حق المولى باطل وكذلك قبوله المال بالصلح عن دم العمد لانه ملتزم مالا لا بازاء مال وذلك غير صحيح في حق المولى فلا يطلب بشئ منه ولا يباع فيه بخلاف سائر الديون فان ذلك لزمه بسبب صار هو يعقد الكتابة منفك الحجر فكذلك السبب في حق المولى قال وإذا قتل المكاتب رجلا عمدا وله وليان فعفا أحدهما يسعى للاخر في نصف القيمة فان وقع رجل في بئر حفرها

المكاتب في الطريق قبل القتل فعليه نصف قيمة أخرى لصاحب البئر لانه قد غرم نصف القيمة وجنایاته لا تلزمه الا قيمة واحدة فكان عليه نصف قيمة أخرى لصاحب البئر وشاول صاحب البئر صاحب القتل فیاخذ منه نصف ما أخذ في قول أبي يوسف ومحمد وفي قول أبي حنيفة قسمت القيمة بينهما اثلاثا كما بينا وإذا قتل ابن المكاتب رجلا خطأ ثم ان المكاتب قتل ابنه وهو عبد وقتل آخر خطأ فعليه القيمة يضرب فيها أولياء القتل الاخر بالدية وأولياء قتيل الابن بقيمة الابن لان الجنابین إذا حصلتا من المكاتب قبل قضاء القاضي لا يلزمه الا قيمة واحدة وانما يضرب كل واحد منهما في تلك القيمة بمقدار حقه وحق أولياء الحر في الدية وحق أولياء قتيل الابن كان في الدية ولكن بجنایة الابن فأما بجنایة المكاتب فلا حق لهم قبله الا في قيمة الابن لان المكاتب ما جنى على وليهم انما جنى على الابن الذي كان مستحقا لهم بجنایته فلماذا ضربوا في قيمته بقيمة الدين قال وإذا جنى المكاتب جنایة ثم اختلف المكاتب وولي الجنایة في قيمة المكاتب وقد علم انها ازدادت أو نقصت فالقول في القيمة قول المكاتب لانكاره الزيادة وعلى المولى اثبات الزيادة بالبينة وانما شرط العلم بانها زادت أو نقصت لانه إذا لم يعلم ذلك ففي قول أبي يوسف الاول يحكم بقيمته في الحال على قياس المدبر كما بينه في أول الجنایات وكذلك لو فقئت عين المكاتب فقال المكاتب جنيت بعد ما فقئت عيني فالقول قوله لان المولى يدعي سبق تاريخ في جنایته إلى ما قبل فقء العين وهو منكر ولان

[84]

الولي يدعي ثبوت حقه في العين المفقوءة والمكاتب منكر لذلك والقول قول المنكر مع يمينه وعلى المولى اثبات ما يدعيه بالبينة والله أعلم بالصواب (كتاب الجنایات) (قال الشيخ الامام الاجل الزاهد رحمه الله) ورضي عنه وعن أسلافه اعلم بان الجنایة اسم لفعل محرم شرعا سواء حل بمال أو نفس ولكن في لسان الفقهاء يراد باطلاق اسم الجنایة الفعل في النفوس والاطراف فانهم خصوا الفعل في المال باسم وهو الغصب والعرف غيره في سائر الاسامي ثم الجنایة على النفوس نهايتها ما يكون عمدا محضا فانها من أعظم المحرمات بعد الاشراك بالله تعالى قال الله تعالى من أجل ذلك كتبنا على بني اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الارض فكأنما قتل الناس جميعا فقد جعل قل؟ نفس واحدة كتخريب العالم ان لو كان ذلك في وسع البشر وانما جعله كذلك لان الواحدة يقوم مقام الجماعة في الدعاء إلى الدين وفي الاعانة لكل من ستعان به فان التعاون بين الناس ظاهر فالذي يقتل الواحد يكون قاطعا لهذه المنفعة وأيد هذا قول النبي عليه الصلاة والسلام لزوال الدنيا أهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم وقال عليه السلام سيات المؤمن فسق وقتاله كفر وهذا وان كان تأويله قتاله لايمانه فظاهره يدل على عظم الجنایة في قتل المسلم ولهذا كان ابن عباس رضي الله عنه لا يرى التوبة القاتل العمد ولم يؤخذ بقوله حتى روى ان رجلا سأله فقال ما تقول في من يقتل مؤمنا متعمدا فقال جزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما فقال الا من تاب وعمل صالحا ثم اهتدى فقال وأني يكون له الهدى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يؤتى بقاتل العمد يوم القيامة عند عرش الرحمن والمقتول متعلق به ويقول يا رب سل هذا فيم قتلني وفي ذلك نزل قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا وما نسخها شئ بعد نبكم ولعظم الجنایة في قتل العمد لم ير علماؤنا

الكفارة على قاتل العمد لان الوعيد المنصوص عليه لا يرتفع بالكفارة والذنب فيه أعظم من أن ترفعه الكفارة ويستوي فيه أن كان عمدا يجب فيه القصاص أولا يجب كالاب إذا قتل ابنه عمدا والرجل إذا قتل من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها عمدا والشافعي يوجب الكفارة باعتبار القتل ولكن لا يقول ان ما يلحقه من المأثم يرتفع بالكفارة وكيف يقول ذلك والوعيد منصوص عنده عليه واستدل لايجاب الكفارة

[85]

بالقتل ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة والمراد ايجاب الكفارة بالقتل لا بصفة الخطأ لانه عذر مسقط وربما يقول المراد بالخطأ ما يضاد الصواب قال الله تعالى ان قتلهم كان خطأ كبيرا أي ضد الصواب ويقال فلان أخطأ في مسألة كذا إذا لم يصب والعمد ضد الصواب فتناوله الآية والدليل عليه قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم الآية وانما يقتل المرء عدوه عمدا فعرفنا ان المراد ايجاب الكفارة بقتل العمد وفي حديث وائلة ابن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا أوجب القتل بالنار فقال عليه السلام اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بقتل العمد والمعنى فيه انه قتل آدمى مضمون فيكون موجبا للكفارة كالخطأ وشبه العمد وهذا على أصله صحيح لان اثبات الكفارة بالقياس جائز والزيادة على النص بالقياس جائزة عنده وقياس المنصوص على المنصوص مستقيم عنده وشئ من ذلك لا يجوز عندنا صحيح علينا نفصل الخطأ على طريق الاستدلال وهو أن الكفارة انما وجبت على الخاطئ لانه نقص بفعله من عدد المسلمين أحدهم ممن كان يحضر الجمعة والجماعة فعلية اقامة نفس مقامها وليس في وسعه ذلك بطريق الاحياء فالزومه الشرع ذلك بطريق التحرير لان الحرية حياة والرق تلف في حق أحكام الدين وفي هذا المعنى العامد والمخطئ سواء وحجتنا في ذلك قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فهذا يقتضي أن يكون المذكور في الآية جميع أجزائه ولو أو جينا عليه الكفارة لكان المذكور بعضى جزئه فيكون فسحا لهذا الحكم ولا وجه لحمل الآية على المستحل لان المذكور في الآية جزء قتل العمد وإذا حمل على المستحل كان المذكور جزأ لرده وتبين بهذه الآية ان المراد بقوله ومن قتل مؤمنا خطأ الخطأ الذي هو ضد القصد لانه عطف عليه العمد ولا يعطف الشئ على نفسه ولانه قابله بالعمد ومتى قوبل الخطأ بالعمد فالمراد ما يضاد القصد قال الله تعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولانه استثنى الخطأ من التحريم بقوله الأخطأ والاستثناء من التحريم أباحة فلو حمل هذا على ضد الصواب أدى إلى أن يكون القتل الصواب هو المحرم وهذا محال فعرفنا أن المراد الخطأ الذي هو ضد القصد فان أصل ذلك الفعل غير محرم لكونه رمى إلى قصد الصيد أو الحربي لكنه باتصاله بالمحل المحترم يصير محرما ولكن لا يلحقه اثم نفس الفعل لكونه موضوعا عنه كما قال تعالى ولا جناح عليكم فيما أخطأتم به وانما يلحقه به نوع مأثم بسبب ترك التحرز والكفارة

[86]

تلزمه لمحو ذلك الاثم والاثم في حق قاتل العمد ليس من ذلك الجنس حتى تمحوه الكفارة ثم ان الله تعالى ذكر أنواع قتل الخطأ ما يكون منه بين المسلمين وما يكون في دار الحرب لقوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم أي في قوم عدو لكم وما يكون في حق أهل الذمة لقوله وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق ونص على ايجاب الكفارة في كل نوع ففيه اشاره الا أنه لا مدخل للقياس فيه إذ لو كان للقياس مدخل لنص على الكفارة في نوع من الخطأ ليقاس عليه سائر الانواع وقال عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن ومن جملتها قتل نفس بغير حق والمشهور من حديث وائلة أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب النار فيحتمل أن ذلك بسبب آخر غير القتل ولان صح قوله بالقتل فهو محمول على القتل بالحجر والعصا الكبير ثم مراد رسول الله صلى الله عليه وسلم التطوع بالاعتناق عنه (ألا ترى) أنه خاطب به غير القاتل والكفارة لا تجب على غير القاتل والمعنى فيه أن هذا محذور محض فلا يكون سببا لايجاب الكفارة كالزنا والسرقه وتفسير الوصف أنه حرام ليس فيه شبهة الاباحة وتأثيره أن الكفارة دائرة بين العباد والعقوبة فسببها ما يكون دائرا بين الحظر والاباحة فكما أن المباح المحض وهو القتل بحق لا يصلح سببا للكفارة فكذلك المحذور المحض وانما السبب القتل الخطأ لانه باعتبار اصل الفعل مباح وباعتبار المحل الذي أصابه محذور فكان جائزا وشبه العمد كذلك فان القصد به التأديب والتأديب مباح والقتل بالحجر الكبير عند أبي حنيفة ليس بمحذور محض أيضا من حيث أن الالة باعتبار جنسها ليس بألة القتل فتتمكن فيه الشبهة ولهذا لم يجعله موجبا للعود ولا يدخل على هذا قتل الاب ابنه عمدا فانه محذور محض وانما لم يكن موجبا للقصاص لانعدام الاهلية فيمن يجب عليه وكذلك قتل المسلم الذي لم يهاجر البنا محذور محض وانما لا يكون موجبا للضمنان لانعدام الاحراز بالدار وبه لا تخرج الفعل من أن يكون محظورا محضا وكذلك المسلم يقتل المستأمن عمدا فان الفعل محذور محض وانما لم يجب القصاص به لانعدام تمام لاحراز ثم قد بينا أنه لا مدخل للقياس في هذه المسألة عندنا من الوجوه الذي بينها وكلامه على طريق الاستدلال ممنوع فان الكفارة وجبت عندنا بطريق الشكر لان الشرع لما عذره بالخطأ وسلم له نفسه فلم يلزمه القصاص مع تحقق الفعل منه كان عليه أن يقيم نفسا مقام نفسه شكرا لله تعالى وذلك في أن يحرر شبعا ليتفرغ لعبادة الله تعالى فإذا عجز عن ذلك شغل نفسه بعبادة

[87]

الله فصام شهرين متتابعين هذا المعنى لا يوجب في حق العامد فان الشرع ألزمه القصاص وما سلم له نفسه والدليل على أن المعنى ليس ما قلتم انه لو قتل مستأمنا أو ذميا خطأ يلزمه الكفارة أيضا وما نقص فيه من عدد المسلمين أحدهم يوضحه ان في نفس المقتول حرمتان والمال في الخطأ وجب باعتبار حرمة صاحب النفس فقط فتجب الكفارة باعتبار حرمة حق الله تعالى فاما في العمد الواجب هو العقوبة ولا يجب العقوبة الا باعتبار الحرمتين جميعا لان الفعل لو لم يكن موجبا للعقوبة انما يكون حراما لعينه لمجموع الحرمتين فلا يمكن اثبات الكفارة مع ذلك مع أحكام الدنيا إذا عرفنا هذا فنقول جنابة القتل أنواع ثلاثة عمد وخطأ وشبه عمد وقد يكون ذلك من الاحرار وقد يكون من المماليك وكذلك يعرف على الاحرار تارة وعلى المماليك تارة وقد ذكرنا في كتاب الديات عامة أحكام هذه الانواع الا انه ذكر في هذا الكتاب بعض ما لم يذكر هناك من الاحكام

وفرع على بعض ما ذكرنا من الاصول هناك فبدأ الكتاب بجناية المدبر وروي عن معاذ بن جبل ان ابا عبيدة بن الجراح رضي الله عنهما جعل جناية المدبر على سيده وعن عمر بن عبد العزيز انه جعل جناية المدبر على مولاه وعن ابراهيم وعن عامر رضي الله عنهما قالا جناية المدبر على مولاه والمراد به ما يكون موجبا للمال من جنايته كالحطأ والعمد فيما دون النفس فأما ما يكون موجبا للقصاص فعلى الجاني خاصة ليس على المولى منه شئ والمراد بايجاب القيمة على المولى بجناية المدبر الا بايجاب الدية على المدبر لان المدبر مملوك والمستحق بجناية المملوك نفسه يدفع بها الا أنه بالتدبير السابق منع دفعه على وجه لم يصير مختارا لانه ما كان يعلم انه يجني ولو منعه بالتدبير بعد الجناية على وجه لم يصير مختارا بان لم يكن عالما بالجناية كان عليه قيمته فكذلك ان منعه بتدبير قبل الجناية وهذه القيمة في مال المولى لا تعقله العاقلة لان وجوبها بجناية مملوكة ووصلة الملك بين المملوك والمالك وهذه القيمة في ذمة المولى لا في ذمة المدبر لان جناية القن لا تتعلق بذمته فكذلك جناية المدبر وعند كثرة قيمة المدبر لا يجب على المولى أكثر من عشرة آلاف الا عشرة لان قيمته بعد الجناية عليه لا تزيد على هذا المقدار فكذلك قيمته عند الجناية منه ويستوى جنايته على النفس وما دونها لان فيما دون النفس الواجب على المولى الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه لو كان ماكان الواجب دفعه أو فداه بارش الجناية فالقيمة هنا بمنزلة الدفع هناك الا أن التخيير بين القليل والكثير في الجنسين مستقيم وفي جنس واحد لا يستقيم عليه الخلوه عن

[88]

الفائدة فأوجبنا الاقل لهذا فان مات المدبر بعد الجناية فعلى المولى قيمته في ماله لان جنايته ما تعلقت بنفسه ولا بذمته وانما أوجبت القيمة دينا على المولى ببقاء المدبر وموته في ذلك سواء وان اختلفوا في مقدار قيمته بعد موته فالقول قول المولى لانكاره الزيادة وعلى ولي الجناية اثبات ما يدعيه بالبينة وإذا اختلفوا في قيمة وقت جنايته وهو حي وقيمته ألف فقال المولى لم تزل هذه قيمته منذ جنى وقال المولى كانت قيمته يوم الجناية أقل من هذه ولا يعلم متى كانت الجناية لم يصدق واحد منهما وأخذ بالقيمة على ما وجد عليه اليوم على أبي يوسف الاول وقال محمد إذا أقر المجني عليه ان الجناية وقعت قبل اليوم في وقت لا يدري كم كانت قيمته فيه فالقول قول السيد وهو قول أبي يوسف الا آخر ولو لم يعلم وقت الجناية عليه تجب قيمته للحال اضافة للحادث إلى أقرب الاوقات ولو علم وقت الجناية وعلم انها كانت سابقة فعلى قول أبي يوسف الاول يحكم بقيمته في الحال ولا يصدق المولى في النقصان ولا في قيمته وفي قوله الاخر وهو قول محمد إذا أقر المجني عليه ان الجناية كانت قبل اليوم في وقت لا يدري كم كانت قيمته يومئذ فالقول قول المولى وجه قوله الاول ان قيمته للحال معلوم وفيما مضى مسببه فيرد المسبب إلى المعلوم ويجعل في الحال شاهدا على ما مضى باعتبار الظاهر فيكون القول قول من شهد له الظاهر كما إذا اختلف رب الماء مع المستاجر في انقطاع الماء في المدة فانه يحكم الحال فيه (ألا ترى) انه لو كان عجل الدفع كان مدفوعا بالجناية في الحال فكذلك إذا لم يكن عجل الدفع كان الواجب على المولى قيمته في الحال الا أن يعلم ان قيمته وقت الجناية كانت دون هذا وجه قوله الاخر ان جنايته لا تتعلق برقبته وانما يقوم في الحال لئتين به حكم متعلق برقبته ولكن موجب جنايته قيمته في ذمة

المولى وقت الجناية وقيمته في الحال لا يكون دليلا على قيمته وقت الجناية إذا القيمة تزداد تارة وتنقص الاخرى فان بقي بينهم الدعوى والانكار فالمولى يدعي الزيادة فيما هو دين له في ذمة المولى والمولى ينكر ذلك فكان القول قول المولى كما في سائر الدعاوي ثم ذكر في الاصل في الدعاوي الجناية على طرف العبد وقد بينا هذا في الزيادات فزاد هاهنا رواية عن أبي يوسف إذا قطع يد عبد كثير القيمة فصالح على عشرة آلاف فاني أرد من الصلح أحد عشر درهما وقال محمد لا يزداد بدل على يد العبد على خمسة آلاف الا خمسة وكان أبو يوسف يقول لما تعذر بدل نفسه بعشرة آلاف فلا بد من أن ينقص بدل طرفه عن بدل نفسه ولا نص في مقدار هذا النقصان فقدره بدرهم واحد اعتبارا

[89]

للادمي ومحمد جعل بدل طرفه النصف من بدل نفسه كما في الحر وسوى هذا رواية عن محمد ان الواجب في بدل طرف المملوك نقصان القيمة فقط وهو رواية عن أبي يوسف أيضا وعلى قول أبي حنيفة بدل طرف المملوك يتقدر بنصف بدل نفسه إذا لم يتجاوز الدية الا ان في رواية الحسن عن أبي حنيفة عم جميع الاطراف في ذلك وفي رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة استثنى الاذن والشعر كالحاجب وشعر الرأس واللحية فقال أستقبح اعتبار المملوك بالحر في هذا وأوجب نقصان القيمة وجه قول محمد ان طرف المملوك في حكم المال بدليل انه لا يجري فيه القصاص بحال ويتحمله العاقلة بالجناية عليه بمنزلة الجناية على سائر الاموال في أنها توجب نقصان المالية بدلا مقدار وجه رواية الحسن عن حنيفة رحمه الله أن الاطراف تابعة للنفس المملوك والحر في ذلك سواء فكما أن موجب الجناية على طرف الحر نصف بدل نفسه فكذلك موجب الجناية على طرف العبد وجه رواية أبي يوسف ان البديل المقدر في الحر تارة يجب لتقويت الزينة وتارة يجب لتقويت الزينة وتارة يجب لتقويت المنفعة ومعنى الزينة في المملوك غير المطلوب وانما المطلوب المنفعة ففي كل طرف يجب بدله باعتبار تقويت المنفعة كان العبد فيه كالحر وفي كل ما يجب في الحر باعتبار تقويت الزينة والجمال كالشعر وقطع الاذن المملوك فيه لا يحلق بالحر ولكن يحلق بالمال فيجب النقصان وهذا لان المملوك يشبه الحر من وجه والمال من وجه والسبيل فيما يردد بين أصلين أن يوفر عليه حظهما وإذا حفر المدير بثرا في الطريق فوقعا فيها رجل فمات فعلى المولى قيمته لانه بالحفر السابق جان على من وقع في البئر بطريق التنسب فان دفع المولى قيمته إلى وليه بقضاء قاض فوهب الولي نصف القيمة للمولى ثم وقع فيها آخر قال يدفع الولي النصف الذي في يده كله إلى الاخر لانه تبين أن القيمة المقبوضة كانت مشتركة بينهما نصفين فهبة المولى النصف ينصرف إلى نصيبه خاصة دون نصيب شريكة فما بقي في يده كله نصيب شريكه ولانه صار مستهلكا كالقائم من القيمة إذ لا فرق بين أن يهب ذلك من المولى وبين أن يهب من أجنبي آخر وما استهلكه كالقائم في يده حكما فعليه أن يدفع نصف قيمته إلى شريكه فان وقع فيها ثالث وقد غرم الواهب نصف القيمة للثاني بأمر القاضي فعلى الواهب لولي الثالث سدس القيمة لانه تبين أن القيمة الواجبة كانت بينهم اثلاثا وان حق الثالث في ثلث القيمة الا ان نصف ذلك في النصف الذي هو في يد الثاني ولا ضمان على الاول فيه لانه دفعه بقضاء قاض فيرجع به على الثاني وباخذ منه ثلث ما في يده ونصف حقه وهو سدس القيمة كان

في النصف الذي وهبه الاول وهو مستهلك لذلك فلهذا يغرم له سدس القيمة ولا سبيل له على المولى لان المولى قد أدى ما عليه من القيمة وانما يملك الموهوب بتملك صحيح من الواهب ولا سبيل لاحد عليه وان حفر المدبر بئرا في الطريق فوقع فيها رجل فمات ثم كاتب المولى المدبر ثم وقع فيها رجل آخر فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ولا شئ على المكاتب لانه انما صار جانبا بالحفر السابق وقد كانت تلك الجناية قبل الكتابة فلهذا لا يجب على المكاتب شئ (ألا ترى) أنه لو أعتقه مولاه أو أدى بدل الكتابة فعتق ثم وقع فيها رجل كان على المولى قيمته ولا شئ على المعتق ولا على عاقلته وعلى هذا يعتبر قيمته يوم الحفر لانه صار بذلك الحفر (ألا ترى) ان عند الوقوع قد يكون المدبر ميتا ولا تتحقق الجناية من الميت وعلى هذا لو أعتقه المولى بعد الحفر ثم وقع المولى في البئر فمات كان دمه هدرًا لانه صار جانبا بالحفر وهو كان مملوكًا للمولى عند ذلك وجناية المملوك على المالك فيما يوجب المال هدر وكذلك لو وقع فيها عبد للمولى عند ذلك والمولى وارثه أو ابنه أو بعض من لا يرثه الا المولى فدمه هدر لانه لو اعتبر كان موجبًا للمولى على نفسه الا المكاتب فان على المولى الاقل من قيمة المكاتب يوم وقع فيها ومن قيمة المدبر يوم حفر البئر يؤدي من ذلك مكاتبته وما بقي فهو ميراث لان المكاتب إذا ترك وفاء فهو في حكم الاجنبي عن المولى فتعتبر الجناية عليه في ايجاب الاقل من قيمته يوم وقع في البئر ومن قيمة المدبر يوم حفر ليؤدي منه المكاتبه فتحصل له الحرية ثم ما بقي ميراث فان كان للمكاتب ولد حر فهو ميراث له والا فهو للمولى بالولاء ويستوي ان كان حفر المدبر البئر قبل أن يكاتب المولى هذا العبد أو بعده لان جنايته فيما اتصلت به حين وقع في البئر وهو مكاتب في هذه الحالة وان كان الواقع فيها ابن المولى وله وارث غير المولى فهو ضامن حصة من يرث معه من قيمة العبد ويسقط حصة بمنزلة دين آخر واجب للابن على الاب ثم مات الابن فانه يسقط حصته من ذلك ويؤدي حصة الابن الاخر ولو حفر المدبر البئر ثم أعتقه المولى ثم مات المولى وقع في البئر انسان فمات كانت قيمة المدبر في مال المولى لان الحفر كان جناية منه في حال كونه مملوكًا للمولى وكان موجبه القيمة على المولى إذا اتصل الوقوع به فيكون هذا نظير ما لو حفر المولى بنفسه ثم وقع فيها دابة بعد موته فكما ان هناك قيمة الدابة تكون في تركة المولى فيها هنا قيمة المدبر كذلك وان لم يترك المولى شيئاً فلا شئ على ورثته ولا على المعتق لما بينا ان موجب هذه

الجناية الدين في ذمة المولى وليس على الوارث قضاء دين المورث من مال نفسه ولا على المعتق شئ من دين المعتق مدبر قتل دابة رجل وأحرق ثوب آخر فعليه السعاية في قيمته ذلك كله لان جنايته على المال توجب الضمان دينًا في ذمته يقضي من كسبه وسعابته ولكن بصير بهذا ماؤدنا له في التجارة حتى لا ينفذ سائر تصرفاته لان انفكاك الحجر منه يعتمد الرضا له من المولى به صريحًا أو دلالة ولم يوجد وحاله هاهنا كحال العبد المحجور عليه يلزمه دين بالاستهلاك فلا يصير به ماؤدنا ولكنه لو اكتسب كسبًا أو

وهبت له هبة فذلك كله مصروف إلى دينه فان قضى به دين أحدهما كان للاخر أن يشارك فيه لان القاضي لما قضى لهما موجبا الدين في ذمته فقد تعلق حقهما بكسبه فلا يملك تخصيص أحدهما بقضاء دينه وإبطال حق الاخر بمنزلة العبد المحجور عليه يخص بعض غرمائه بقضاء الدين من كسبه وهناك حق الباقيين حق المشاركة معه ولو ان رجلا أعتق عبدا في مرضه ولا مال له غيره أو ماله غيره يخرج العبد من ثلثه ثم ان العبد قتل سيده خطأ فعليه أن يسعى في قيمتين في قول أبي حنيفة احدهما رد الوصية فان العتق في المرض وصية ولا وصية للقاتل والاخرى لاجل الجناية لان المستسعى في قيمة عبده مكاتب وجناية المكاتب على مولاه خطأ كجناية الاجنبي فيلزمه قيمته كذلك وعند أبي يوسف ومحمد عليه قيمة واحدة لرد الوصية والدية على عاملته لان المستسعى عندهما حر عليه دين فجنايته خطأ تكون على عاقلته ولو أن عبدا جرح مولاه فاعتقه مولاه ثم مات من تلك الجراحة فان كان المولى صاحب فراش سعى العبد في قيمته لورثته وان كان المولى يحنئ ويذهب فالعبد حر لا سبيل عليه لانه إذا كان صاحب فراش فهو مريض والاعتاق منه بمنزلة الوصية ولا وصية للقاتل وإذا كان يذهب ويحنئ فهو بمنزلة الصحيح ينفذ اعتاقه لا بطريق الوصية (ألا ترى) ان رجلا لو جرح رجلا جراحة وأقر له بدين وهو يحنئ ويذهب جاز وان كان صاحب فراش لم يجز وحصل ذلك بمنزلة الوصية منه للقاتل ولو ان مدبرة قتلت مولاه خطأ وهي حبلى ثم ولدت بعد موته فلا سعاية على ولدها في شئ من قيمته لانه وجب عليها السعاية في قيمتها لرد الوصية فكانت كالمكاتبه عند أبي حنيفة والمكاتبه إذا ولدت ولدا فالولد يدخل في كتابتها ويعتق بعنتها وليس عليه شئ من بدل الكتابة وعندهما هي حرة والولد ينفصل عنها حرا ولو جرح مولاه ثم ولدت ثم مات المولى من تلك الجراحة فعليها السعاية في قيمتها لرد الوصية ويعتق الولد من الثلث لان الولد انفصل عنها وهي مدبرة فان المولى حي حين ولدت وهي انما

[92]

تعتق بموت المولى وولد المدبرة مدبر ولم يوجد من الولد ما يجرمه من الوصية فكان هذا من الثلث مدبر تاجر عليه دين قتل مولاه خطأ فعليه أن يسعى في قيمة رقبته لغرمائه وما بقي من الدين عليه على حاله أما وجوب السعاية عليه في قيمته رقبته فلرد الوصية حين قتل مولاه ثم غرماؤه أحق بهذه القيمة من المولى لان المولى صار ضامنا لهم شياً فان حقهم كان في كسبه (ألا ترى) ان المولى لو أعتقه في حياته لم يغرّم لهم شياً فكذلك إذا أعتق بموته ولكن هذه القيمة بدل ماليته وغرماؤه أحق بمكاتبته من مولاه (ألا ترى) انه لو قتل في حياة مولاه كانت قيمته لغرمائه دون مولاه وأما وجوب ما بقي من الدين عليه فلان في حال حياة المولى كان الدين واجبا بمعاملته فبقي بعد موت المولى على حاله وكذلك لو كان عبدا مأذونا عليه دين جرح مولاه ثم أعتقه المولى وهو صاحب فراش ثم مات من جراحه ولا مال له غيره لانه أعتقه وهو مريض فيكون ذلك بمنزلة الوصية ولا وصية للقاتل وان أعتقه وهو يحنئ ويذهب فان كان ترك مالا فغرماء العبد بالخيار ان شاؤا أخذوا قيمة العبد من تركته لان المولى أنلف عليهم مالية رقبته بالاعتاق ويأخذون قيمته من تركته ويتبعون العبد ببقية دينهم وان شاؤا باعوا العبد بجميع دينهم لكن الدين واجب بمعاملته في ذمته ولا سعاية على العبد لورثة المولى لان المولى أعتقه في صحته مدبر ضرب مولاه ورجلا اجنبيا خطأ بدئ بأحدهما قبل الاخر الا ان كان الاجنبي مات قبل المولى فلورثة الاجنبي قيمة المدبر في مال المولى لانه صار

قاتلا له وهو مدبر فيجب قيمته دينا في ذمة المولى ويستوفي من تركته بعد موته ويسعى المدبر في قيمته لورثته لانه صار قاتلا لمولاه فصار محروما من الوصية فعليه رد قيمته للورثة لبطلان الوصية وكذلك لو مات المولى قبل الاجنبي لان المدبر انما صار قاتلا للاجنبي بالضرية وقد وجدت منه في حال حياة المولى فيكون موجبها القيمة على المولى (ألا ترى) ان مدبرا لو جرح رجلا ثم مات المولى بعد ذلك كانت القيمة في مال المولى وكذلك ان لم يعلم انهما ماتا أولا لان قد علمنا ان الجناية من المدبر لان قيمته كانت دينا لهم على المولى وما يسعى فيه المدبر ملك المولى وحق غرمائه في ملكه مقدم على حق ورثته وان كان لرجلين مدبران لكل واحد منهما مدبر فقطع كل واحد منهما يد صاحبه فيرثا جميعا فان سيد كل واحد منهما يضمن نصف قيمة مدبر صاحبه يوم جنى عليه مدبره الا ان يكون قيمة مدبره اقل من ذلك لان موجب جناية المدبر الاقل من قيمته مدبرا ومن ارش الجناية فان ماتا جميعا ضمن كل واحد منهم قيمة مدبره الا ان يكون قيمة

[93]

مدبر صاحبه اقل فحينئذ يلزمه ذلك لان كل منهما صار قاتلا لصاحبه بفعل كان منه في حياته فموته بعد ذلك لا يمنع وجوب القيمة على المولى وان مات أحدهما دون الآخر فعلى مولى الباقي الاقل من قيمة مدبره ومن قيمة المقتول وعلى مولى المقتول الاقل من قيمة الميت ومن نصف قيمة الحي لان ارش الجناية عليه هذا المقدار وان أعتقهما مولاهما بعد الجناية كان على كل واحد منهما الاقل من قيمة مدبره وارش جنايته على صاحبه إلى يوم أعتق الآخر سيده ولا يضمن الفصل الذي حدث في الجناية بعد العتق لان اعتاق المجني عليه بمنزلة البرء في انقطاع السراية به لمعنى يبدل المستحق وقد بيناه في الديات مدبر بين رجلين أثلاثا جنا جناية فعليهما قيمته على قدر حصتهما فيه لان وجوب القيمة على المولى لمنعه دفع الرقبة بالتدبير السابق وانما منع كل واحد منهم بقدر ملكه فيلزمه من القيمة بقدر ذلك وكذلك لو كان أحدهما دبر نصيبه منه وأختار الآخر تركه على حاله في قول أبي حنيفة لان التدبير عنده يتجزأ الا ان الآخر لا يخاطب بالدفع أو الغداء في نصيبه لان مدبر البعض لا يحتمل التملك كمعتق البعض فيتعذر عليه دفع نصيبه كما يتعذر عليه نصيبه مدبر بين رجلين على أحدهما جناية فعلى الآخر نصف قيمته له لان قيمته نصيب المجني عليه فما يكون موجبا للمال عليه هدر وجناية نصيب صاحبه عليه معتبرة (ألا ترى) أنه لو كان محل الدفع كان يخاطب صاحبه بدفع نصيبه إليه فكذلك يخاطب بدفع نصف القيمة إليه إذا كان نصيبه مدبرا فان أعطى ذلك بأمر القاضي ثم جنى المدبر على اجنبي فعلى المولى المجني عليه نصف قيمة المدبر للاجنبي لان الجناية الاولى لم تثبت في نصيبه فكأنه لم يوجد من نصيبه الا هذه الجناية على الاجنبي فيغرم نصف قيمته له فيكون النصف الباقي فيما أخذه المولى المجني عليه من صاحبه يقسمانه على مقدار انصاف جنايتهما لانه اجتمع في ذلك النصف جنايتان والمولى لا يغرم بجنايات المدبر وان كثرت الا قيمة واحدة وقد غرم قيمة نصيبه للمجني عليه مرة فلا يغرم شيئا آخر ولكن ما غرم يكون مشتركا بينهما لان الاجنبي قد وصل إليه نصف حقه فان ما بقي نصف حقه والمولى المجني عليه ما تثبت من الجناية عليه الا نصفه فكان هذا النصف بينهما نصفان فان جنى المدبر بعد ذلك جناية مالية لم يكن على المولىين بسبب هذه الجناية شيء آخر لان كل واحد منهما غرم قيمة نصيبه مرة ولكن الآخر يتبع المولى المجني عليه الاول

فيكون ما أخذه المولى والاول بينهما وبين هذا الاخر يضرب فيه كل واحد منهم بنصف حقه ويكون ما أخذ الاول أيضا من المولى المجنى عليه بينه وبين هذا الاخر

[94]

يضرب كل واحد منهما فيه بنصف الجناية لاستواء حقهما فيه وكذلك ان جنى بعد ذلك جناية أخرى فهو على هذا القياس والمعنى الذي بينا يعم الفصول كلها وإذا جنى المدير على أحد مولييه جناية تزيد على قيمته فغرم شريكه له نصف قيمته بأمر القاضي ثم جنى المدير على الاخر فغرم شريكه له نصف قيمته بأمر القاضي ثم جنى على اجنبي جناية فانه يضرب مع كل واحد من المولين فيما في يده بنصف الجناية لان كل واحد من المولين غرم قيمة نصيبه بجنايته المدير مرة فلا يغرم شيئاً آخر ثم حق الاخر استوى بحق كل واحد من المولين في النصف الذي وصل إليه من القيمة فكذلك يقسم لك نصف بينه وبين من في يده نصفان رجل مات وترك مدبراً لا مال له غيره فجنى المدير جناية فعليه أن يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية ويسعى المدير في ثلثي قيمته في قول أبي حنيفة لان بموت المولى عتق ثلثه بالتدبير ولزمه السعاية في ثلثي قيمته والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده وجناية المكاتب توجب عليه في كسبه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية وعلى قولهما حر عليه دين جنايته تكون على عاقلته وعاقلته عاقلة مولاه ثم عند أبي حنيفة حكمه في الجناية كحكم المكاتب حتى إذا جنى جنايتين قبل ان يقضى القاضي عليه بشئ فليس عليه الا قيمة واحد الا أن يكون القاضي قضى عليه للاول بالقيمة ثم جنى جنايته أخرى فحينئذ تلزمه القيمة للثاني وعلى قول زفر لا فرق بين ما قبل القضاء وبين ما بعده وهو قول أبي يوسف الاول وقد بينا هذا في الديات وفيه اشكال هاهنا فان في المكاتب جعلنا جنايته في رقبته لتوهم دفعه بالجناية بعد العجز وهذا لا يتحقق في معتق البعض فكان ينبغي أن يكون موجب جنايته القيمة في ذمته ابتداء سواء قضى بها القاضي أو لم يقض ولكننا نقول الدفع هاهنا متوهم أيضا فان من العلماء من يقول معتق البعض يستدام فيه الرق فيما بقي منه ويكون محتملاً للتمليك والتملك فان اجتهد القاضي هذا القول حكم به عند عجزه عن الاداء بعد حكمه فلماذا تتعلق بجنايته برقبته كما تتعلق بجناية المكاتب الا أنهما يفترقان في فصل وهو أن هذا المدير لو مات بعد جنايته قبل أن يسعى في ثلثي قيمته للورثة وعليه دين فان ما تركه بين أصحاب الجناية وأصحاب الدين الذين لهم عليه بالحصص بخلاف المكاتب فقد بينا أن هناك إذا لم يقض القاضي بالجناية على المكاتب حتى مات وعليه دين كان صاحب الدين مقدماً على صاحب الجناية لان هناك بموته عاجزاً تنفسخ الكتابة ويبطل حق ولي الجناية فكان صاحب الدين أقوى من هذا الوجه وهذا المعنى لا يوجد هنا فان بموته لا ينفسخ السبب الموجب للسعاية

[95]

عليه ولكن يتحول حق ولي الجناية إلى القيمة باعتبار الناس عن الدفع سواء كان قضى القاضي بالدفع أو لم يقض فلماذا كان مساوياً لصاحب

الدين ولو ترك ولدا له من ابنه ولم يترك ما لا يسعى الولد فيما على أبيه
لانه بمنزلة ولدا لمكاتبة وقد بينا أن الولد هناك بعد موت أبيه يسعى في
بدل الكتابة وفيما كان على ابنه لأصحاب الدين والجنابة فان كان المدير قد
سعى فيما قد كان للورثة ولم يقض القاضي عليه بالجنابة حتى مات الأب
يسعى في ثلثي قيمة أبيه لان هذا بمنزلة بدل الكتابة وفيما على أبيه
لأصحاب الدين والجنابة فان كان المدير قد سعى فيما قد كان للورثة ولم
يقض القاضي عليه بالجنابة حتى مات الأب لم يسع الابن في شيء لان الأب
عتق باداء ثلثي قيمته إلى ورثته والولد عتق بعثقه وانما كان يجب عليه
السعاية لتنفيذ العتق بالاداء فإذا عتق بالاول في حياته بشيء من دين أبيه
كما لا يطالب به سائر ورثة أبيه رجل أوصى بعثق عبد له يخرج من ثلثه ثم
مات الموصى فجنى العبد جنابة بعد موته قال يدفعه إلى الورثة وتبطل
الوصية أو يفدونه متطوعين من أموالهم ويعتقونه عن الميت لان الوصية
بالعتق لا تصير منفذة بدون التنفيذ فجنى بعد موت المولى قبل أن يعتق
كان هو بمحل الدفع وهو مبقي على محل ملك المولى فيخاطب من يخلف
المولى بالدفع وإذا دفعه بطلت الوصية لفوات محلها فإذا اختار فداءه فهو
متطوع في ذلك في غير محله عليه فهو كما لو تبرع أجنبي بالفداء عنه وإذا
ظهر عن الجنابة يعتق عن الميت كما كان يعتق قبل الجنابة فان لم يكن له
مال غيره وفدوه أعتق واستسعى في ثلثي قيمته لان الوصية بالعتق انما
تنفذ من ثلثه وجنابة المدير الذمي بمنزلة جنابة مدير المسلم لانه مانع دفع
الرقبة بالتدبير السابق كالمسلم فان الذمي ملزم أحكام الاسلام فيما
يرجع إلى المعاملات فليس له أن يتبع مدبره كما ليس له أن يتبع أم ولده
وسواء ما جنبي قبل اسلامه وما جنى بعد اسلامه ما لم يقض عليه بالسعاية
لمولاه الذمي من أجل اسلام المدير لان نفس الاسلام لا يضر ما لم يقض
عليه بالسعاية (ألا ترى) ان مولاه لو أسلم بقى مدبرا له على حاله فيكون
موجب جنابته على مولاه فان قضى القاضي عليه بالسعاية في قيمته ثم
جنى كان عليه في كسبه الاقل من قيمته ومن ارش الجنابة لانه صار
بمنزلة المكاتب بقضاء القاضي (ألا ترى) ان مولاه لو أسلم بعد هذا بقى هو
في حكم المكاتب يعتق باداء القيمة الا ان يعجز عنها فيكون هو في جنابته
كالمكاتب وهذا بالاجماع أما عند أبي حنيفة فلان المستسعى بمنزلة
المكاتب بقضاء القاضي وأما عندهما فلانه انما يسعى ليعتق بخلاف معتق
البعض وأما مدير

[96]

العبد الحربي المستأمن فان كان دبره في دار الحرب ثم جنى العبد في دار
الاسلام قيل للحربي ادفعه أو افده لان التدبير في دار الحرب باطل بمنزلة
الاعتاق فان الحربي إذا أعتق عبده في دار الحرب كان عتقه باطلا وإذا
أخرجه إلى دار الاسلام كان له أن يتبعه فكذا إذا دبره في دار الحرب كان له
أن يتبعه في دار الاسلام وان كان بمحل التبع يخاطب مولاه في جنابته
بالدفع أو الفداء وان كان دبره في دار الاسلام فهو بمنزلة مدير الذمي لان
تدبيره في دار الاسلام صحيح كاعتقاه فيتعذر به دفع الرقبة ويلزمه القيمة
بجنابته دينا عليه فان دبره في دار الاسلام ثم لحق الحربي بدار الحرب
والعبد في دار الاسلام ثم جنى جنابة لم يكن على العبد منها شيء لان
موجب جنابة المدير القيمة دينا في ذمة مولاه والدين في ذمة الحربي لا
تعلق له بمدبره فان رجع الحربي بأمان أو مسلما أو أسلم أهل داره أخذه
بقيمته كما يؤخذ بسائر الديون الواجبة عليه فان سبى الحربي فالمدير حر
لان نفسه تبدلت بالسبي من صفة المالكية إلى صفة المملوكية وذلك

كموته حكما فيعتق به مدبره لان الحرية حياة والرق تلف ولانه بالرق خرج من أن يكون أهلا للملك فلا يبقى المدبر على ملكه ولا يحتمل أن النقل إلى غيره فيعتق لهذا والجنابة تبطل لانها كانت دينا عليه والحربي إذا سبي عليه دين يبطل وقد بينا هذا في المأذون وان قتل المولى ولم يسب أو مات فالمدبر وليس عليه شئ من السعاية للمسلمين ولا لورثة الحربي لان حكم الامان باق في هذا المدبر ولا حرمة لحق ورثته من أهل الحرب فلا يجب على المدبر السعاية لحقهم ولكنه مدبر مات مولاه لا وراث له فيعتق كله من غير سعاية وإذا فقا الحر عين مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو قطع يديه أو أدينه أو رجليه كان عليه نقصان ذلك لان ايجاب جميع القيمة على الجاني غير ممكن هاهنا فان شرط وجوب جميع قيمة الدية دفع الجثة بدليل انه لو كان قنا فغرم الجاني جميع القيمة بهذه الجنابة سلمت له الجثة واتخاذ هذا الشرط متعذر في هؤلاء فيكون الواجب نقصان المالية بمنزلة ما لو جنى على المملوك جنابة لها ارش مقدر فانه يجب نقصان ولو فعل ذلك بعد بأن فقا عينه أو قطع بديه كان عليه قيمته كاملة فإذا أخذها المولى دفع إليه الجثة عندنا وقال الشافعي ليس عليه دفع الجثة إلى الجاني ولكن يأخذ منه القيمة ويسلم له الجثة لان القيمة بدل عن الفأنت خاصة فان الجنابة على المماليك بمنزلة الجنابة على الاحرار ولهذا يقدر بدل طرفه بكمال بدل نفسه كما في الحريم الواجب في حق الحر يكون بدلا عن الفأنت دون القائم فكذا منه في حق العبد وهذا على أصله مستقيم فانه يجعل

[97]

طرف العبد مضمونا بالقصاص بطرف الحر ولا أجمعنا على أنه لو قطع إحدى اليدين من العبد بغرم نصف القيمة ولا يملك به شيا من الجثة بل يكون ذلك بدلا عن الفأنت خاصة فكذلك إذا قطع اليدين اعتبارا للكل بالبعض وأصحابنا يقولون يوفر على المولى كمال بدل ملكه وملكه محتمل للنقل فلا يحتمل للبدل على نفسه على ملكه كالعاصب إذا أخذ منه المغصوب القيمة بطريق الصلح بالاتفاق أو بقضاء القاضي عندنا وهذا لان البدل والمبدل لا يجتمعان في ملك رجل والضمان انما يجب جبرا للفأنت فمع بقاء أصل ملكه في العين لا يملك ايجاب الضمان بطريق الجبران ثم الدليل على أن الواجب هاهنا بدل عن جميع العبد لان الواجب يقدر بمالية العبد وان العبد صار في حكم المستهلك لفوات منفعة الجنس منه ولو كان مستهلكا حقيقة كان الواجب من القيمة بدلا عنه فكذلك إذا صار مستهلكا حكما وإذا ثبت ان الواجب بدل عن الكل فيملك به ما يحتمل دون مالا يحتمله والجثة وان كانت مستهلكة حكما فهي محل التملك بخلاف ما إذا كانت مستهلكة حقيقة فأما في الحر لا يمكن أن يجعل بمقابلة الجثة إذ لا قيمة للحربي الحر لان جعل القيمة بمقابلة الجثة انما يجعل ليمتلك والحر لا يحتمل ذلك فلو جعلنا الدية بمقابلة الجثة انما يجعل ليتمكن من اتلافه الجثة وهذا لا وجه له فأما إذا قطع إحدى اليدين من العبد فهناك الجثة قائمة حقيقة وحكما لبقاء منفعتها فيجعل الواجب بمقابلة المتلف خاصة وهذا لان الواجب جزء من مالية المعتق والفأنت جزء من العين فيمكن جعل الجزء بمقابلة الجزء وهاهنا الواجب جميع مالية العين والفأنت جزء من العين حقيقة وجميع المالية لا يمكن أن تجعل بمقابلة الجزء فلهذا جعلنا القيمة بمقابلة الكل يوضحه أنه إذا غرم نصف القيمة بقطع إحدى اليدين فأما أن ملك نصفنا معينا من جانب البد المقطوعة ولحيوان لا يحتمل ذلك أو نصفنا شائعا من جميع العبد فيكون ذلك ثلاثة ارباعه معنى لان اليد من الأدمى نصفه وقد فات النصف وملك نصف ما بقي فذلك ثلاثة ارباع

ولا يجوز أن يسلم ثلاثة أرباعه بضمان نصف القيمة فأما هاهنا الواجب جميع مالية العين ولا يسلم له الا جميع مالية العين تمليكاً واتلافاً فان أبي المولى ان يدفع الجثة فلم يكن له أن يرجع بشئ على الجاني في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يرجع بنقصان المالية وفي ظاهر المذهب عندنا الخيار ثبت للمولى بين أن يدفع الجثة ويأخذ القيمة وبين أن يمسك ويأخذ النقصان وكان أبو بكر الاعمش رحمه الله يقول الخيار للجاني بين أن يأخذ الجثة ويغرم القيمة وبين أن يغرم النقصان

[98]

ولا يأخذ الجثة لان الضمان عليه فالخيار في مقدار ما يلزمه من الضمان إليه والاصح هو الاول ووجه قولهما أن العبد في حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال حتى لا يتعلق القصاص بالجناية على أطرافه بحال ولا تتحملة العاقلة وتجب بالغة ما بلغت فعرفنا انه بمنزلة المال وفي الجناية على الاموال يثبت الخيار للمالك بمنزلة ما لو خرق ثوب انسان خرقاً فاحشاً أو قطع بعض قوائم دابة الغير كان لصاحبها الخيار بين أن يضمه جميع القيمة ويسلم العين إليه وبين أن يضمه النقصان فهذا مثله وهذا بخلاف الجناية على الحر لانه لا يمكن النقصان في بدل نفسه بالجناية على طرفه وها هنا يمكن النقصان من بدل نفسه بالجناية على طرفه فيعتبر النقصان ها هنا (ألا ترى) أن في الجناية على المدير يعتبر نقصان المالية لتعذر الدفع فكذلك في الجناية على القن فإذا امتنع دفع الرقبة التحق بما لو كان الدفع متعذراً والدليل أن البائع لو قطع يدي المبيع قبل القبض واختار المشتري امضاء العقد فانه يسقط عنه من الثمن حصة نقصان المالية لهذا المعنى ان يقطع البيدين النقصان في بدل نفسه فيعتبر ذلك النقصان من قيمة الثمن فكذلك هاهنا وأبو حنيفة يقول الجناية على بني آدم ان أوجبت كمال بدل النفس لا يكون موجب النقصان كما في الجناية على الاحرار وهذا لان كمال بدل النفس وجوه بالنص والنقصان انما يكون بطريق الاجتهاد والحذر والاجتهاد في غير موضع النص فمع وجود النص لا معنى لاعتبار النقصان وبه فارق المدير ان ما وجب هناك جميع بدل النفس بالجناية على أطرافه (ألا ترى) انه ليس للمولى أن يأخذ القيمة فوجب اعتبار النقصان بطريق المصير إلى الاجتهاد في غير موضع النص وكذلك في جناية البائع لان مع امضاء المشتري العقد لا يجب جميع بدل النفس بجناية البائع فاعتبرنا منها النقصان لذلك وحقيقة المعنى فيه وهو ان الجناية على اطراف المماليك من وجه بمنزلة الجناية على الاموال ومن وجه بمنزلة الجناية على الاحرار (ألا ترى) انه يجب جميع بدل النفس بقطع الطرف وان الاطراف تابعة للنفس فإذا كان معنى النفسية معتبراً في الجناية على نفس المملوك فكذلك في الجناية على أطرافه وما تردد بين أصليين توفر حظه عليهما فليشبهه بالجناية على الاموال قلنا إذا لم يكن محل الدفع يجب النقصان ولشبهه بجناية الاحرار قلنا إذا وجب كمال النفس لا يعتبر النقصان فإذا ثبت ان الواجب هاهنا هو القيمة دون النقصان عن شرط استيفاء جميع القيمة تسلم الجثة فإذا منع المولى هذا الشرط باختياره لم يكن له أن يرجع بشئ كما لو كسر قلب فسه لانسان فان لصاحب القلب أن يضمه

قيمة القلب مصوغاً من الذهب ويسلم إليه المكسور وإذا أمسك المكسور لم يكن له أن يرجع عليه بشئ لأنه منع إيجاد شرط سلامة القيمة له فيكون كالمبرئ له عن ضمان القيمة فكذلك هاهنا رجل غصب مدبر رجل فقتل عنده قتيلاً خطأ ثم رده على المولى فعلى الولي قيمته ويرجع به على الغاصب لأن ذلك لزمه بجناية كانت عنده (ألا ترى) أن المغصوب لو كان عبداً فدفعه المولى بالجناية رجع بقيمته على الغاصب وكذلك لو كانت جنايته على نفس عمداً فقتله عند المولى رجع على الغاصب بقيمته قنا كان أو مدبراً لأنه تلف بسبب كان عنده فان غصب المدبر رجل آخر فقتل عنده قتيلاً آخر خطأ فليس على المولى شئ لأنه غرم القيمة بسبب جنايته مرة ولكن ولي الجناية الثانية يتبع ولي الجناية الأولى فيأخذ منه نصف تلك القيمة ثم يرجع المولى على الغاصب الآخر بنصف القيمة وهو ما أخذه ولي الجناية الثانية فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى لأن الأول استحق جميع القيمة فارغاً ولأن الثاني إنما يستحق نصف الجناية على الأول بجناية المدبر عند الغاصب الثاني إلا أن الرجوع بسبب الغصب وقد كان بين المولى والغاصب الثاني فهو الذي يرجع بنصف القيمة ويدفعه إلى ولي الجناية ولو غصب مدبراً فقتل المدبر الغاصب أو عبده أو رجلاً هو وارثه لم يكن على المولى المدبر من ذلك شئ في قول أبي حنيفة لأن المدبر يضمن بالغصب وقد بينا في كتاب الديات أن جناية العبد المغصوب على الغاصب وعلى ماله هدر عند أبي حنيفة لأن اعتبارها لا يفيد شيئاً فقرار الضمان يكون على الغاصب فكذلك المدبر ولو جنى المدبر عند الغاصب على مولاه جناية ففي قول أبي حنيفة يعتبر جنايته فيجب الضمان على الغاصب وفي قول أبي يوسف ومحمد جنايته على مولاه وعلى مال مولاه هدر وقد بينا ذلك في الديات في العبد فكذلك في المدبر وكلامهما فيه أوضح فالمدبر بالضمان لا يصير مملوكاً للغاصب وأم الولد في جنائياتها والجناية عليها بمنزلة المدبر لأنه يتعذر دفعها بالجناية بسبب لم يصير المولى به مختاراً وفي وجوب ضمان أم الولد بالغصب اختلاف معروف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله وكذلك في وجوب السعاية عليها بعد ما عتق نصيب أحد الشريكين منها ولو أن أمة بين رجلين دبرها أحدهما ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه الواطئ ثبت نسبه منه في قول أبي حنيفة لأن التدبير عنده يتجزأ فنصيب المستولد باق على ملكه وذلك كاف لثبوت نسب الولد منه بالدعوة وعليه نصف قيمة الولد ونصف قيمة عقر الام لأنه وطئها وهي مشتركة ولم يملك نصيب شريكه منها لاجل التعبير فيصير الولد مقصوداً

بالاتلاف ولهذا يضمن نصف قيمة الولد مع نصف العقر لشريكه وجنائياتها عليهما أو على غيرهما بمنزلة جناية مدبر هو بين اثنين في الحكم فإن مات الواطئ منهما عتق نصيبه منها ويسعى للآخر في نصف قيمتها مدبرة لأن الاستيلاء لم يثبت في نصيب الشريك فإن مات المدبر منهما عتق نصيبه إذا كان يخرج من ثلثه ولا سعاية عليها للمستولد لأن نصيبه أم ولد ولا سعاية على أم الولد لمولاه عنده وفي قول أبي يوسف ومحمد هي مدبرة كلها للاول لأن التدبير عندهما لا يتجزأ وعليه نصف قيمتها للواطئ لأنه يملك نصيبها منه بالتدبير وجنائياتها عليه وولدها له لم يثبت نسبه من الواطئ لأنه

انما استولد مدبرة للغير الا أن الحد يسقط عنه للشبهة فيلزمه العقر للمدبر ولا يثبت نسب الولد من الواطئ وإذا جنى المكاتب جنایات ثم أعتقه سيده فعلى المكاتب الاقل من قيمته ومن ارش الجنایة دينا في ذمته لان جنایاته كانت متعلقة برقبته وقد تحولت إلى ذمته لوقوع الناس عن دفعه بسبب العتق الا أن المولى لا يصير ضامنا شياً لانه ما أنلف على أولياء الجنایة شياً فانهم قبل العتق كانوا يطالبون المكاتب بالاقل من قيمته ومن ارش الجنایة في كسبه وذلك باق لهم بعد العتق فان قضى عليه بذلك فرضى بعضهم جاز ما فعل ولم يشركهم الاخرون في ذلك لان دين كل واحد منهم في ذمته وهو حر والحر يملك تخصيص الغرماء بقضاء دينه وهو كدين آخر على المكاتب لا ناس وكذلك لو فعل ذلك وهو مكاتب لان حق كل واحد منهم في ذمته وهو قضاء ديونه من اكسابه بمنزلة الحر ولو لم يقض عليه بالجنایة حتى عجز فأعتقه المولى وهو يعلم بها كان مختاراً لانه بعد العجز كان مخيراً بين الدفع والفداء فإذا منع أحدهما صار مختاراً للآخر إذا كان عالماً بها وان لم يكن عالماً فقد صار مستهلكاً للرقبة فعليه قيمته وكذلك لو جنى وهو مكاتب ثم عجز قبل القضاء فجنى جنایة أخرى فهما سواء فيه لان جنایته متعلقة برقبته فيخلص المولى يدفع الرقبة اليهما قبل الاعتاق ويدفع القيمة بعد الاعتاق ان كان لا يعلم بالجنایة وان كان يعلم بها فهو مختار للارش فيها مكاتبه جنت جنایة ثم جنى عليها بعد ذلك ثم عجزت قبل أن يقضى عليها وليها فالمولى بالخيار ان شاء دفعها وان شاء فداها فان فداها فقد طهرها عن الجنایة فيتبع الجاني عليها بالارش ان كان ذلك لم يأت على جميع قيمتها وان أتى على جميع قيمتها من نحو فقء العينين أو قطع اليدين أو جدد الانف وقد برات من ذلك فالمولى بالخيار ان شاء دفعها إلى الجاني وأخذ منه قيمتها وان شاء أمسكها ولا شئ عليه في قول أبي حنيفة وفي قولهما يرجع عليه بنقصان قيمتها وقد بينا هذا

[101]

وان اختار دفعها إلى المجنى عليه قام المجنى عليه في الجنایة عليها مقام المالك فيتبع الجاني بارش الجنایة ان كان لا يأتي على جميع قيمتها وان كان يأتي على جميع ذلك فهو بالخيار ان شاء دفعها إليه وان شاء أخذ قيمتها وان شاء أمسكها ولا شئ له بمنزلة عبد جنى على رجل جنایة ثم جنى عليه جنایة ثم دفعه المولى بجنایته كانت الجنایة على العبد المدفوع إليه العبد فكذلك في المكاتب والارش مخالف للولد فان المكاتب لو ولدت بعد الجنایة ثم عجزت فدفعها المولى كان الولد للمولى وارش الجنایة يكون للمجنى عليه لان الارش بدل جزء وكان تعلق حق المجنى عليه به وحكم البدل حكم المبدل والولد ليس ببديل عن شئ تعلق به حق المجنى عليه ولكنه زيادة تولدت على ملك المولى فيكون سالماً للمولى وإذا جنى المكاتب جنایة فقضى عليه بها ثم جنى أخرى فلم يقض عليه بها حتى عجز أو جناها بعد العجز وعليه دين فان المولى يدفعه بهذه الجنایة ويتبعه صاحب الدين والجنایة المقضى بها فيباع فيهما لان جنایته متعلقة برقبته ما لم يتصل به القضاء وقد صارت الاولى دينا في ذمته بالقضاء فقد اجتمع بعد العجز دين وجنایة فيبدأ بالدفع بالجنایة ثم يباع في الدين لمراعاة الحقين وجنایة المكاتب على مولاه وعلى الاجنبي سواء ما لم يعجز لان موجب جنایته في كسبه والمولى في كسبه كأجنبي آخر قبل العجز فإذا عجز بطلت جنایته على المولى لان المولى صار أحق بكسبه فلا يجوز أن يجب له الحق في كسبه بسبب الجنایة (الأثرى) انه لو جنى عليه بعد العجز

كان هدرا فكذلك إذا جنى قبل العجز ثم عجز فان كان قد قضى عليه بجناية المولى والاجنبي وهما سواء ثم عجز بيع نصفه في جناية الاجنبي العبد لان حق كل واحد منهما كان في نصف القيمة دينا عليه وبالعجز يسقط نصيب المولى لان المولى لا يستوجب على عبده دينا ولكن لا يزداد به حق الاجنبي فيباع نصفه في دين الاجنبي لهذا لا أن يقضى المولى عنه نصف القيمة وان كان قضى بجنايته المولى عليه ثم جنى على الاجنبي فقضى بها أيضا ثم عجز بيعت رقبته كلها في جناية الاجنبي لان كل واحد منهما استوجب جميع القيمة دينا في ذمته وبالعجز يسقط دين المولى ويبقى دين الاجنبي فيباع فيه الا أن يقضى المولى عنه رجل قطع يد مكاتبه فقضى عليه بذلك والمكاتبه إلى أجل ثم جنى المكاتب جناية على رجل فقضى عليه بها ثم عجز فرد في الرق قال لا تبطل جناية المولى على المكاتب وبياع المكاتب في جناية الاجنبي فان لم يف ثمنه أو قطع بها رجع فيما على المولى لان نصف القيمة كان دينا له على المولى بمنزلة كسبه وكسبه بعد العجز لا يسلم للمولى ما بقي عليه

[102]

دين والقيمة لولي جنايته دين عليه فيباع فيه فإذا لم يف ثمنه بالقيمة رجع بما بقي على المولى وهو بمنزلة مكاتب استهلك له مولاه ألف درهم وعليه دين أو ليس عليه دين ثم استدان بعد ذلك دينا ومكاتبته إلى أجل ثم عجز أو مات اتبع المولى بذلك فكان بين سائر غرمائه بالحصص لان كسبه لا يسلم لمولاه ما لم يفرغ من دينه فان كان المكاتب جنى على اجنبي وقضى عليه بذلك ثم جنى عليه المولى جناية فقضى عليه بها ثم عجز بيع العبد في دين الاجنبي فان وفي والا نظر إلى ما نقص من قيمة العبد يوم جنى المكاتب فيضمن المولى للاجنبي الاقل منه ومن ارش جنايته لان المولى بجنايته أنف جزأ قد تعلق به حق ولي الجناية ويقضاء القاضي صارت القيمة دينا في ذمته لولي الجناية فيقضى من ثمنه وكسبه وما وجب على المولى بمنزلة كسبه فإذا لم يف ثمنه بدينه ضمن المولى ذلك لولي الجناية (ألا ترى) ان عبدا لو جنى جناية جنى عليه المولى وهو لا يعلم بجنايته ثم اختار دفعه ضمن ما جنى عليه واستوضح هذا كله بمكاتب عليه دين ألف درهم واستهلك له مولاه ألف درهم ثم استدان بعد ذلك القائم مات ولم يترك مالا غير الدين الذي على مولاه اتبع الغرماء جميعا الاولون والآخرين المولى بتلك الالف حتى يأخذونها فيقسمونها ولو كان الدين يبطل فيما سبق عن المولى لم يكن على المولى في هذه الفصول شيأ الا للغرماء الاولين فهذا يوضح لك جميع ما سبق رجل جنى على مكاتبه جناية ثم مات المكاتب وترك ولدا ولد في المكاتبه ولم يدع شيأ فانه يرجع على الابن من الكتابة بقدر ارش الجناية لان ذلك كان دينا على المولى للمكاتب وقد بقيت الكتابة لما خلف ولدا فيصير المولى مستوفيا ذلك القدر من بدل الكتابة بطريق المقاصة لان في حال الحياة المكاتب انما كان لا تقع المقاصة لمكان الاجل في بدل الكتابة وبموته سقط الاجل في المال الذي خلفه كما لو ترك وفاء وإذا صار المولى مستوفيا ذلك على الولد ان يسعى فيما بقي من بدل الكتابة فان كان على المكاتب دين يقضى على المولى بالارش فيؤخذ منه ويؤدى إلى غريم المكاتب لان ما على المولى بمنزلة كسب المكاتب والدين في كسبه مقدم على بدل الكتابة بعد موته فيمنع ذلك وقوع المقاصة ولكن بأخذه الغريم من المولى ويسعى الولد فيما بقي من الدين والمكاتبه لانه قائم مقام أبيه فيما كان واجبا على أبيه ولو جنى المكاتب على مولاه جناية فقضى عليه بقيمته والجناية أكثر من القيمة ثم أعتق المولى نصفه فهذا

وما لو أعتق كله سواء ولو أعتق كله بعد القضاء عليه بالجنابة بقى ذلك ديناً عليه يسعى فيه لمولاه لانه قبل العتق كان يسعى فيه فلا يزيد العتق الا

[103]

وكادة فكذلك إذا أعتق نصفه ويسعى في قول أبي حنيفة مع ذلك في الأقل من نصف القيمة ومن نصف المكاتب لان العتق عنده يتجزأ فيجب اخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية وانما يلزمه الأقل لانه هو المتيقن؟ به وإذا قتل العبد رجلاً خطأ ثم كاتبه المولى فالكاتب جائزة ان علم المولى بالجنابة أو لم يعلم لانه باق على ملكه بعد الجنابة والمولى متمكن من التصرف فيه (ألا ترى) انه لو وهبه أو باعه بعد ذلك منه لم تكن الجنابة بعضها فكذلك إذا كاتبه فان كان المكاتب يعلم بالجنابة فهو ضامن للارش لانه منع بالكتابة دفع الرقبة فيصير به مختاراً للارش ويستوي ان عجز المكاتب أو لم يعجز وعن أبي يوسف قال ان لم يخاصم في الارش حتى عجز كان للمولى ان يدفعه بالجنابة بخلاف ما إذا خوصم وقضى القاضي بالارش لان الكتابة لا تزيل ملك المولى وهو يعرض الفسخ ففيه لا يكون اختياراً للارش وانما يتم به الاختيار إذا تأكد بقضاء القاضي لان المنع من دفع الرقبة انما يتحقق بعد المطالبة فإذا عجز قبل القضاء صارت الكتابة كان لم تكن والكتابة كانت تمنعه من دفعه بالجنابة واقدامه عليه مع علمه بالجنابة يكون اختياراً للفداء لبيعه رقبته من انسان فانه وان فسخ البيع بقضاء القاضي لم يسقط الارش عن المولى وان كان كاتبه وهو لا يعلم بجنابته فعجز قبل الخصومة في الجنابة خير المولى بين الدفع والفداء لان المولى ما صار مختاراً شيئاً هاهنا وانما يغرم القيمة لاستهلاك الرقبة فإذا ارتفع المانع من الدفع قبل قضاء القاضي فقد انقضى الاستهلاك فيخير بين الدفع والفداء بمنزلة ما لو باعه وهو لا يعلم بالجنابة ثم فسخ البيع بسبب هو فسخ من كل وجه قبل أن يخاصم في الجنابة فان يخير بين الدفع والفداء وان كاتبه بعد ما قضى به لاصحاب الجنابة قبل أن يقبضوه كان باطلاً لان بقضاء القاضي تحول إلى ملك ولي الجنابة فانما كاتب ما لا يملك (ألا ترى) انه لو أعتقه أو باعه في هذه الحالة كان باطلاً فكذلك إذا كاتبه ولو كاتبه وهو لا يعلم بالجنابة فلم يقض بها حتى مات المكاتب ولم يدع شيئاً فلا ضمان على المولى لانه لما أشرف على الموت تحقق عجزه عن اداء بدل الكتابة فانفسخت الكتابة فزال المانع من الدفع فخرج المولى من أن يكون مستهلكاً وصار بمنزلة ما لو عجز في حال حياته ثم مات بعد ذلك فيبطل حق ولي الجنابة لغوات محل حقه ولو مات عن وفاء كانت عليه القيمة لان عقد الكتابة يبقى بعد موته فيتحقق من المولى استحقاق الرقبة بعقد الكتابة فيلزمه القيمة لهذا وكذلك ان ترك ولداً يسعى في الكتابة لان عقد الكتابة يبقى بقاء الولد كما يبقى باعتبار مال خلفه فان عجز فرد في الرق لم

[104]

تبطل القيمة عن السيد قال لاني الزمتها اياه ومراده إذا عجز بعد ما قضى بالقيمة على الولد فأما إذا عجز قبل قضاء القاضي بالقيمة فقد بطلت الجنابة لان الولد قائم مقام أبيه وقد بينا أن الاب لو مات عاجزاً قبل قضاء

القاضي بالقيمة يبطل حق ولي الجناية بخلاف ما إذا مات بعد القضاء فكذلك إذا عجز الولد وليس في عنق الولد شيء من حق ولي الجناية لما بينا أن حق ولي الجناية لا يسرى إلى الولد وإذا كان العبد بين رجلين فحني جناية فكاتبه أحدهما بغير إذن شريكه فأدى إليه المكاتبه ثم جاء أصحاب الجناية فان كان علم بالجناية فهو ضامن لنصف الارش ولو لم يعلم فهو ضامن نصف قيمة العبد لانه في نصيبه كان مخيراً بين الدفع والقضاء وكتابته في نصيبه تنفذ في حق ولي الجناية ويتأكد بإداء البديل فهو وما لو كان العبد كله سواء وأما الذي لم يكاتب فلا شيء عليه لانه ما أحدث بعد جنائنه شيئاً يصير به مختاراً ولكنه يرجع على شريكه بنصف ما قبض من بدل الكتابة لانه كسب عبد مشترك بينهما ويضمنه قيمة أيضاً ان كان موسراً ويسعى العبد فيه ان كان معسراً ثم يدفع ذلك إلى أصحاب الجناية لان نصيبه من العبد فات وأخلف بدلا فيدفع إلى ولي الجناية الا أن يكون الارش أقل من ذلك وان أعتق نصيبه ضمن نصف القيمة لأصحاب الجناية لانه صار ذلك متلفاً عليهم باعتاقه ولا سبيل لأصحاب الجناية على ما أخذه من المكاتب من نصف ما قبض من بدل الكتابة لان ذلك كسب نصيبه وليس لولي الجناية على كسب الجاني سبيل وان كاتب كل واحد منهما وهما يعلمان بالجناية أو كاتبه أحدهما بأذن شريكه وهما يعلمان بالجناية فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد لان الكتابة عندهما لا تتجزأ وعند أبي حنيفة المكاتب يصير مختاراً لنصيبه فأما الاذان لا يصير مختاراً لان الكتابة عنده تتجزأ في نصيبه فكان هذا في حكم الجناية وما لو كاتبه بغير إذن شريكه سواء رجل كاتب عبداً وقد حني جناية ولم يعلم بها ثم حني جناية أخرى فقضى عليه بها ثم عجز ثم حضر أصحاب الجناية الاولى قال يدفعه المولى إليهم ويبعه صاحب الجناية الثانية المقضى بها فيباع له فيها لان الجناية الاولى باقية في رقبته بعد عقد الكتابة فان المولى لم يكن عالماً بها (ألا ترى) أنه لو عجز قبل القضاء دفع بها فكان وجود تلك الجناية قبل الكتابة وبعده سواء وقد تحول حق ولي الجناية الثانية لان القيمة بقضاء القاضي فحين عجز كان عبداً قد اجتمع في رقبته دين وجناية فيدفع بالجناية أولاً ثم يباع في الدين لمراعاة الحقين وان لم يقض القاضي بشيء حتى عجز خير المولى بين أن يدفعه

[105]

بالجنائتين أو يفديه با لارش منهما وإذا قتل المكاتب رجلاً خطأ ثم قتل رجلاً آخر خطأ ثم جاء ولي أحدهما فقضى له بقيمة العبد ولم يعلم بالجناية الاخرى ثم عجز المكاتب فان نصف قيمة العبد دين للمقضى له في نصف العبد وجميع الجناية الاخرى في النصف الباقي فان شاء مولاه فداه وان شاء دفعه لان الجنائتين اجتمعتا عليه في حالة الكتابة فيكون حق كل واحد منهما في نصف القيمة وانما قضى القاضي للاول بجميع القيمة لجهله بالجناية الثانية فحين علم بها تبين ان قضاءه فيما زاد على النصف للمقضى له كان باطلاً فكانه ما قضى له الا بنصف القيمة فإذا عجز كان نصف القيمة ديناً له في نصف العبد يباع فيه وحق ولي الجناية الثانية في النصف الثاني لا نعدام المحول إلى القيمة وهو قضاء القاضي فيخير المولى فيه بين الدفع والبقاء ولو لم يعجز وأخذ المقضى له فيه جميع القيمة ثم حضر الاخر فانه يقضى للاخر على المكاتب بنصف القيمة ويرجع المكاتب على الاول بنصف القيمة لانه تبين انه استوفى منه فوق حقه فان حقه كان في نصف القيمة والنصف الاخر للثاني بخلاف ما إذا كانت احدى الجنائتين قبل الكتابة وقد غرم المكاتب ما كان منه قبل الكتابة لان هناك

موجب الجناية الاولى على مولاة وموجب الجناية الثانية على المكاتب فلم يجتمعا في حق المكاتب ولهذا كان قضاء القاضي للثاني بجميع القيمة صحيحا وهاهنا موجب الجنائتين على المكاتب والمكاتب لا يلزمه بجناياته الا الاقل من قيمته ومن ارش الجناية * مكاتب قتل رجلا خطأ ثم قتل رجلا آخر خطأ فقصي عليه باحدى الجنائتين ثم قتل آخر خطأ فانه يكون للمقضى له نصف القيمة التي قضى له بها لان عند القضاء كان الموجود منه جنائتين فحق كل واحد من الموليين في نصف القيمة وقد تحول حق المقضى له إلى نصف القيمة بقضاء القاضي ثم قضى للثالث بنصف قيمة العبد خاصة لان نصف القيمة فرع من الجناية بتحويل القاضي حق الثاني إلى نصف القيمة فيتعلق حق ولي الجناية الثانية بذلك النصف فلهذا يقضى له بنصف القيمة ويقضى أيضا بنصف القيمة للذي لم يقض له بشئ بينه وبين الثالث اثلاثا ثلثاه للاوسط وثلثه للثالث لان في هذا النصف اجتمع حق الاوسط وحق الثالث فان المحول لم يوجد وفي حق كل واحد منهما جنى الا أن يقضى لهما بنصف القيمة الا أن الثالث قد وصل إليه نصف حقه فلا يضرب في هذا النصف الا بما بقى له والاوسط ما وصل إليه شئ من حقه فهو يضرب بجميع حقه في هذا النصف فلهذا كان النصف بينهما اثلاثا ولو عجز قبل القضاء بالجناية الثالثة فاختر دفعه كان

[106]

نصفه بين الثالث والاوسط اثلاثا ثلثاه للاوسط وثلثه للثالث ويكون النصف الباقي للثالث خاصة ويكون حق المقضى له ديناً في هذا النصف لان حق الاول تحول إلى ذمته في هذا النصف فتعلق به حق الثالث فعند العجز اجتمع في هذا النصف دين وجناية فيدفع بالجناية ثم يباع بالدين في النصف الاخر فقد اجتمع في هذا نصف وحق الاوسط فيدفع اليهما ويضرب فيه الاوسط بجميع حقه والثالث بنصف حقه لانه قد وصل إليه نصف حقه فلهذا كان النصف بينهما اثلاثا * مكاتب قتل رجلا خطأ ثم قفا عين رجل فقضى للمفقوءة عينه بثلث القيمة عليه ثم عجز قال يباع الثلث في دين المفقوءة عينه ويدفعه المولى إلى ولي النفس أو يفديه بجميع الدية لان حقهما كان تعلق به اثلاثا فان حق المفقوءة عينة في خمسة آلاف وحق ولي النفس في عشرة آلاف (ألا ترى) أنه لو كان بمحل الدفع كان يدفع اليهما اثلاثا فكذلك القيمة في المكاتب يكون بينهما اثلاثا ثم المحول وهو القضاء وجد في حق المفقوءة عينه فيصير ثلث القيمة ديناً له في مالية ثلث الرقبة يباع فيه بعد العجز والثلثان حق مولى النفس ولم يوجد المحول فيه حتى عجز فيخاطب المولى بان يدفع إليه ثلثيه أو يفديه بجميع الدية فان لم يعجز حتى قتل رجلا خطأ ثم عجز فاختر دفعه فاما المقضى له فله ثلث القيمة ديناً في ثلث العبد وقد تعلق حق ولي الثالث بذلك الثلث فاجتمع في ذلك الثلث دين وجناية فيدفع في الجناية ثم يباع في الدين وأما الثلثان فقد اجتمع فيهما حق ولي الاول وحق ولي الاخر ولم يوجد المحول في حق واحد منهما يدفع اليهما ثم يضرب فيه الاول بالدية والاخر بثلثي الدية لانه قد وصل إليه ثلث حقه فانما يقسم ثلثا الرقبة بينهما أحماساً على قدر حقهما ولو جنى المكاتب جنائتين فقضى لاحدهما بنصف القيمة فاداهما إليه المكاتب ثم قضى للاخر وسلم ما استوفى لا شركة للثاني مع الاول فيما قبض لان حق أحدهما تميز عن حق الاخر (ألا ترى) انه تحول حق القيمة إلى القيمة وحق الاخر في نصف العبد حتى لو عجز قبل القضاء يدفع إليه نصفه فلا يكون له حق مشاركة المستوفى فيما استوفى سواء مات المكاتب أو لم يمت عجز أو لم يعجز * مكاتب قتل رجلا خطأ ثم

فقات عين آخر ثم ولدت ولدا فقضى عليها للمفقوءة عينه بثلاث قيمتها ثم عجزت فان حق ولي النفس في ثلثي رقبه الام يدفع أو يفدى لان المحول وهو القضاء لم يوجد في حقه وبيع الثلث في دين المقضي له فان لم يف الثلث بحقه بيع ثلث الولد فيه أيضا لان حق الغريم حق قوى في الام فيسري إلى الولد (ألا ترى) ان أمة مديونة لو ولدت بيع ولدها معها في

[107]

الدين بخلاف حق ولي الجناية وحق المفقوءة عينه صار دينا بقضاء القاضي في الثلث فيثبت في ثلث الولد أيضا فهو نظير مكاتبه عجزت وعليها دين وقد ولدت في مكاتبها فبيعت في دينها فلم يف ثمنها به بيع ولدها فيه أيضا بخلاف حق ولي النفس * والذي يوضح الفرق أن حق صاحب الدين يثبت في الكسب فكذلك يثبت في الولد بخلاف حق ولي الجناية وان كان انما قضى لولي المقتول على المكاتبه بالسعاية في ثلثي قيمتها ثم عجزت وقد ولدت في مكاتبها فحق المفقوءة عينه في ثلث رقبته ان شاء دفعه وان شاء فداه ولا سبيل له على شئ من ولدها وبيع ثلثها للمقضي له فان وفي والا بيع ثلثا الولد لان حق صاحب الولد صار دينا بقضاء القاضي والدين يسرى إلى الولد وحق صاحب العين في الجناية لم يصير دينا بعد فلا يسرى إلى الولد * مكاتب قتل رجلا خطأ فقضى عليه بها ثم جنى جنايتين فقضى عليه باحدهما ثم عجز والجنايات مستوية وكل واحدة منها تأتي على قيمته فان القيمة للمقضي له دين في جميع الرقبه لانه حين تحول حق الاول إلى القيمة بقضاء القاضي لم يكن في رقبته جناية سواها فيثبت حقه في جميع القيمة دينا في جميع الرقبه ثم لا يتغير ذلك الحكم بما يكون له من الجناية ونصف القيمة للمقضي له الاخر دين في نصف الرقبه لان الجنايتين الاخرين تعلقنا برقبته فيكون حق كل واحد من الموليين في النصف وقد تحول حق المقضي له إلى نصف القيمة بقضاء القاضي وبقي حق الاخر في نصف العبد فيخاطب المولى بدفعه إلى من لم يقض له أو الفداء فان فداه طهر هذا النصف عن حق الثالث وانما بقي فيه حق الاول في نصف قيمته فبيع هذا النصف له خاصة وأما النصف الاخر فقد وجب فيه دينان دين المقضي له الاول ودين المقضي له الثاني فبيع هذا النصف ويقسم لثمن بين الاول والثاني أثلاثا لان الاول يضرب فيه بخمسة آلاف فقد وصل إليه نصف حقه والثاني يضرب فيه بعشرة آلاف فانه لم يصل إليه شئ هكذا ذكره الحاكم رحمه الله في المختصر قال والواضح عندي ان هذا النصف بينهما نصفان لان حق كل واحد منهما بقضاء القاضي حول إلى نصف القيمة في هذا النصف فكانا مستويين في ذلك فيكون ثمن هذا النصف بينهما نصفين وان دفع المولى نصفه بالجناية بيع النصف المدفوع في دين الاول خاصة لانه اجتمع في هذا النصف دين وجناية فيدفع أولا بالجناية ثم يباع في الدين وبيع النصف الباقي للاخرين نصفين لما بينا أن حقهما في هذا النصف تحول إلى القيمة وهما مستويان فيه وبهذا تبين ان ما ذكره الحاكم في الفصل الاول من القيمة بينهما أثلاثا غلط ولو كان قضي

[108]

للاخرين أيضا بقيمة العبد ثم عجز بيع العبد فكان نصفه ثمه للاول ونصفه للاخرين لان حق الاول ثبت في جميع القيمة وحق الاخرين بقضاء القاضى انما ثبت في قيمة واحدة أيضا * مكاتب قتل ثلاثة أنفس خطأ فقضى لاحدهم بثلث قيمته ثم ان أحد الاخرين وهب جنايته للمكاتب ثم عجز المكاتب قال يباع ثلثه في دين المقضى له لان حقه بقضاء القاضى تحول إلى ثلث القيمة دينا في ثلث المالية ثم يباع الثلث في دينه بعد العجز ويدفع المولى ثلثه إلى الثالث ويبقى ثلثه للمولى لاحق لهما فيه لان القاضى حين قضى لاحدهم بثلث القيمة فقد قضى بالقيمة بينهم أثلاثا الا أن حق الثاني لم يتحول إلى القيمة بعد فان عجز دفع المولى إليه من العبد بمقدار حقه وهو الثلث والثلث منه كان حق الوهب وقد اسقطه بالهبة فيبقى للمولى (ألا ترى) أن عبد الوجنى جنائتين فعفا أحدهما عن جنايته كان نصفه للسيد لهذا المعنى إذا حق كل واحد منهما في نصفه فحصة العاقب تسلم للمولى وفي حصة الآخر يخاطب المولى بالدفع أو الفداء وكذلك ان كان المكاتب جنى جنائتين فعفا أحدهما عنه وقضى للاخر بحقه ثم عجز بيع للاخر نصفه في دينه منه ويبقى العبد سالما للمولى وهو حصة العاقب وكذلك ان كان في يد المكاتب مال يفي بدين المقضى له قضى دينه ويبقى سالما للمولى ان كان الاخر قد عفا وان لم يكن عفا خوطب المولى بدفع نصيبه إليه أو الفداء وان كان ما في يده لا يفي بحق المقضى له بذلك ثم بيع في بقدر نصيبه ثلثا كان أو نصفا فيما بقي له من الدين فان كان عليه دين سوى ذلك تحاصا في هذا المال لاستواء حقهما فيه ثم يباع ما بقى من العبد في دين صاحب الدين لان دينه تعلق بجميع الرقبة فلا يسلم شئ من الرقبة للمولى ما لم يصل إلى الغريم كمال حقه وإذا ولد للمكاتب في كتابته من أمة له ولد فقتله رجل خطأ كانت قيمته للمكاتب لان من دخل في كتابته صار تبعا له (ألا ترى) أنه أحق بكسبه بأخذه فيقضى به من دين الكتابة فكذلك هو أحق ببذل رقبته وإذا كان للمكاتب ولد ولدت في المكاتب فجنى الولد جناية قضى عليه بالجناية ولم يلحق الام منها شئ لان الولد لما دخل في كتابتها صار مكاتبا للمولى لانه لو أعتقه ينفذ عتقه فيه وجناية المكاتب توجب عليه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ولا يقال ان الام أحق بكسبه فينبغى أن يكون موجب جنايته عليها لانها انما كانت أحق بكسبه لتؤدى منه بدل الكتابة فتجعل العتق لنفسها وله حتى ان ما رواء ذلك من الكسب يكون للولد بمنزلة مكاتب آخر للمولى وضمنان المكاتبه دينا على المكاتب باطل في رقبها فان عتقت جاز ذلك الضمان

[109]

بمنزلة العبد إذا ضمن مالا عن انسان ثم عتق أخذ بذلك الضمان وكذلك ان ضمن دينا آخر على الولد منه لم يصح ضمانها في حال رقبها فان عتقت كان ضمانها صحيحا لزوال المانع وهو الرق وإذا كان العبد وامرأته مكاتبين كتابة واحدة فولدت ولدا ثم قتله الاب فعليه قيمته للام لان الولد دخل في كتابتها فانه جزء منها يتبعها في الرق والحرية فكذلك بدل الرقبة وكذلك في الكتابة وجناية الاب على الولد كجناية أجنبي آخر ولو قتله أجنبي آخر كان عليه قيمته للام لان بدل الرقبة بمنزلة الكسب وكسب الولد للام دون الاب فكذلك بدل الرقبة وكذلك لو أديا فعنقا فانه لا يسقط عنه شئ من ذلك لانه واجب عليه لها وبالعق يتأكد حقهما قبله وكذلك لو قتل الابن أباه كان الضمان في قيمته لانه صار مكاتبا للمولى تبعا لامة فجنائته على أبيه كجناية مكاتب آخر فليزمه السعاية في قيمته وليس على الام من ذلك شئ وليس عليه من بدل الكتابة شئ لانه تبع للام في الكتابة فان أدت الام

عتقوا جميعا وكانت القيمة الواجبة عليه ميراثا عن الاب بمنزلة سائر أكسابه ولو لم يقتل الولد الاب ولكن الام قتلت الولد لم يلزمها شيء لان الولد جزء منها ولو قتله غيرها كانت القيمة واجبة لها فإذا كانت هي الذي قتلته لو وجبت القيمة وجبت لنفسها وذلك لا يجوز وكذلك لو قتل الولد الام فليس عليه بسبب الجناية شيء لانه جزء منها فجنايته عليها كجنايته على نفسه الا أنه يلزمه الكتابة بمنزلة ما لو كانت الام باقية ولانه قائم مقامها فان الكتابة تبقى بموتها حتى يؤدي البدل فعليه أن يسعى فيما كانت الام تسعى فيه وان قتل الاب الولد كان عليه الاقل من قيمته ومن قيمة أبيه بسبب جنايته وليس عليه من بدل الكتابة شيء لانه ما كان داخلا في كتابة أبيه فلا يقوم مقامه بعد موته والام حية تسعى في الكتابة فلا حاجة للولد إلى السعاية فيما على أبيه فان أدت الام جميع الكتابة عنقا جميعا والسعاية الواجبة على الولد بجنايته على الاب تكون ميراثا عنه تأخذ الام حصتها فما أدت عنه بمنزلة كسب آخر يخلفه الاب وما بقى هو ميراث لورثة الاب ليس لهذا الولد منه شيء لانه قاتل الا أن يكون صغيرا فحينئذ لا يحرم الميراث بقتله عندنا وقد بينا هذا في الديات وأن حرمان الميراث بسبب القتل انما يثبت في حق من ينسب إلى تقصير في التحرز وذلك لا يتحقق في حق الصبي والمجنون ولان حرمان الميراث جزاء الفعل المحظور وذلك ينسب على الخطاب فلا يثبت في حق الصبي وعند الشافعي الصبي بمنزلة البالغ في حرمان الميراث بسبب القتل كما هو بمنزلة البالغ في الكفارة على مذهبه ولو أن رجلا كاتب عبيدين مكاتبه واحدة

[110]

فولد لاحدهما ولد من أمته ثم جنى الاب على ولده أو جنى عليه فالجناية باطله لانه دخل في كتابة أبيه فكان مانعا له فجناية كل واحد منهما على صاحبه بمنزلة جنايته على نفسه لانهما كشخص واحد في حكم الكتابة فلو اعتبرنا جناية احدهما على صاحبه بمنزلة جنايته على آخر كانت القيمة واجبة على واحد منهما وذلك لا يجوز ولو جنى المكاتب الاخر على الولد لزمته الجناية للاب لان المكاتب الاخر من هذا الولد كاجنبي آخر ولان المكاتب الاخر لو جنى على الاب كانت جنايته معتبرة فكذلك ان جنى على الولد الذي لم يبع له في الكتابة وإذا ولدت المكاتبه ولدا ثم أقرت عليه بجناية أو دين لم تصدق عليه لان الولد صار بمنزلة المكاتب للمولى حين دخل في كتابتها واقرارها على مكاتب المولى بالدين والجناية باطل وكذلك ان أدت فعنت لان الولد ازداد بعد اعنتها فان مات الولد قبل أن تؤدي من ماله أخذت باقرارها من ذلك المال لانها أحق بالمال الذي خلفه الولد وقد أقرت أن ذلك المال مشغول بحق صاحب الدين والجناية وان حقهما مقدم على حقها فتؤاخذ باقرارها وتجعل كأنها جددت الاقرار بدين بعد موت الولد كمن أقر على مورثه بدين في حياته ثم مات فصار المال ميراثا له وكذلك لو قتل الولد فاخذت قيمته لان قيمة نفسه بمنزلة كسبه في انه يسلم لها إذا فرغ من دينه وجنايته فيكون اقرارها صحيحا فيه إذا خلص الحق لها (ألا ترى) ان الدين لو كان ثابتا على الولد بالبينة كان الغريم أحق بكسبه وقيمه إذا قتل ولو أقر الولد على الام بجناية أو دين لم يصدق لانه لو جاز كان على الام دونه ولا ولاية له على أمه في أنه يلزمها دينا فان ماتت الام عن مال بدئ بالكتابة فقضيت لان اقرار الام كما لا يصح في حق الولد لا يصح في حق المولى وحق استيفاء بدل الكتابة من تركتها بعد موتها فإذا قضت الكتابة وحكم بعنقها كان الباقي ميراثا منها للابن فيؤاخذ باقراره فيما ورثه كما لو جدد الاقرار عليها بذلك بعد ما صار المال ميراثا

له وان لم تدع الام شيئاً فقصى على الولد أن يسعى فيما على أمه من الكتابة وهو مقر اليوم بالجنابة التي كان أقر بها على الام فانه يقضى عليها بالسعاية فيها أيضا لان المقر يعامل في حقه نفسه كأن ما أقر به حق والثابت بالاقرار المقر كالثابت بالمعينة ولو ثبت في الكسب القائم في يده ولو ثبتت الجنابة بالبينة كان على الولد السعاية بعد موتها في الاقل من قيمتها ومن ارش الجنابة مع بدل الكتابة فان عجز وقد أدى بعض الكتابة لم يسترد ما أدى ويبطل ما بقى لان بالعجز صار كسبه ورقبته حقا للمولى واقاراره في حق المولى غير صحيح الا أنه لا يسترد من القابض ما أدى

[111]

لان حق المولى عنده عجزه انما ثبت في الكسب القائم في يده وذلك خرج من ملكه إلى ملك القابض بسبب صحيح فلا يثبت فيه حق المولى ولو أقرت المكاتبه علي ولدها بدين وعلى الولد دين ببينة وفي يده مال قد أكتسبه فصاحب البينة أحق بماله لان دينه ثابت بحجة هي حجة في حق الكل ودين الاخر انما ثبت باقرار المكاتبه واقرارها ليس بحجة على غيرها فان قضى صاحب البينة وفضل شئ كان للذي أقرت له الام لان الولد بمنزلة عبدها من حيث انها أحق بكسبه إذا فرغ من دينه وقد أقرت بان حق المقر له فيه مقدم على حقه فان عجزت أو عتقت لم يلزم رقبة الولد من اقرارها شئ لان بالعجز صار الولد عبدا للسيد فلا يجوز اقرارها عليه وبالعقد صار الولد حرا ولم يبق لها حق في كسبه فلا يجوز اقرارها عليه في ذمته ولا في كسبه ولو قتل الولد وهي مكاتبه وأخذت قيمته صرفت في الدين بمنزلة كسب خلفه الولد لانها أحق بجميع ذلك فان صرفت في الدين ثم عجزت لم يسترد من ذلك شئ من المقر له لما بينا أن حق المولى انما ثبت بعد عجزها فيما بقى في يدها فأما المصروف إلى الدين فقد خرج من ملكها إلى ملك المقر له فلا يثبت حق المولى في شئ منه * ولو غصب المكاتب عبدا فهلك عنده ضمن قيمته بالغة ما بلغت وكذلك سائر الاموال لان ضمان الغصب بمنزلة ضمان العقد من حيث انه يوجب الملك في المضمون والمكاتب في ذلك بمنزلة الحر بخلاف ضمان الجنابة فانه لا يجب على المكاتب بسبب الجنابة الا الاقل من قيمته ومن ارش الجنابة اعتبارا للمكاتب بالقرن وضمان المال بسبب الغصب والاستهلاك يجب على القرن في ذمته بالغاما بلغ وضمان الجنابة لا يوجب على المولى الا دفع الرقبة بها فكذلك في حق المكاتب فان غصب المكاتب عبدا قيمته ألف درهم فصارت قيمته في يده ألفين ثم قتله وقتل آخر خطأ فمولى العبد بالخيار لانه وجد من المكاتب في عبده سببان موجبان للضمان والغصب والقتل فكان له أن يضمه باي السببين شاء فان اختار تضمينه بالقتل قضى على المكاتب بقيمته واقتسم المولى العبد المغصوب وولى الحر يضرب فيه المولى بالقرن درهم قيمته وقت القتل وولى الحر بالدية لانه لما اختار تضمينه بالقتل فقد أبراه عن ضمان الغصب فيجعل كما لو قتله في يد مولاه وان أراد المولى أن يضمه بالغصب ضمنه قيمته يوم غصبه ألف درهم وقضى عليه لولى الحر بقيمته المكاتب بسبب جنابته على الحر ولا يشتركان في ذلك لان ما وجب بسبب الغصب يكون دينا في ذمته وما وجب بسبب القتل يكون في رقبته فلا تتحقق المشاركة فيه بخلاف

الاول فهناك الواجب عليه لهما بسبب الجناية فيشتركان في القيمة الواجبة على المكاتب بقدر حقهما وكذلك لو كانت قيمته يوم غضب أكثر القيمتين فهذا والاول في التخرين سواء * رجل كاتب نصف عبد له فاستلك العبد مالا لرجل فذلك دين في عنقه يسعى فيه ولا يباع شئ منه في الدين لان عندهما صار الكل مكاتبا وعند أبي حنيفة رحمه الله النصف منه مكاتب ومكاتب النصف لا يحتمل البيع كمكاتب الجميع فيكون عليه ولو ان مكاتبا قتل عمدا وله وارث في كسبه غير المولى أو ليس له وارث غيره ولم يترك وفاء في قيمته ولا وفاء بالمكاتب فلا قصاص فيه لان في ايجاب القصاص ضررا على المكاتب وفي ايجاب القيمة توفر المنفعة عليه لانه يؤدي عنه كتابته فيحكم بحريته وحق المقتول في بدل نفسه مقدم على حق غيره فايجاب ما ينتفع به المقتول أولى من ايجاب القصاص الذي لا منفعة فيه للمقتول ولا لمن له القصاص بسببه إذا ترك وارثا غير المولى واشتبهاه من له القصاص يمنع وجوب القصاص وان ترك وفاء وله ولد حر فلا قصاص فيه أيضا وان اجتمع في طلبه الولي والولد لاشتبهاه المستوفى كان على قول علي وابن مسعود رضي الله عنه يؤدي كتابته فيحكم بحريته والقصاص لولده وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدا فيكون القصاص لمولاه واختلاف الصحابة يورث الشبهة ولان المولى يأخذ بدل الكتابة من تركته فيحكم بحريته فباعتبار ابتداء القتل القصاص للمولى لانه جناية على ملكه وباعتبار المال القصاص للوارث لانه يحكم بموته حرا فلاشتبهاه المستوفى كذلك وكذلك ان اجتمعا على استيفاء القصاص لان أصل الفعل لم يكن موجبا للقصاص فباجتماعهما لا يصير موجبا وان لم يدع المكاتب شيئا فلا قصاص في هذا الوجه للمولى ومراده من هذا الفصل إذا لم يكن في قيمته وفاء بالكتابة أما إذا كان في قيمته وفاء بها فقد ذكر قبل هذا أنه لا يجب القصاص أيضا وان ترك وفاء ولا وارث له غير المولى فللمولى القصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لانه متعين للاستيفاء مات حرا أو عبدا وفي قول محمد رحمه الله لا قصاص فيه لاشتبهاه السبب وقد بينا المسألة في كتاب المكاتب * رجل قطع يد مكاتب ثم جنى المكاتب على القاطع جناية ثم عجز فعلى الحر أرش الجناية للمولى ويدفع المولى عبده مقطوعا أو يفديه لان ما وجب على الحر بجنائه بمنزلة كسب المكاتب وكسبه للمولى بعد العجز ثم حق المجني عليه تعلق العبد مقطوعا لان الجناية وجدت منه وهو أقطع اليد فيخاطب مولاه بالدفع لذلك بعد العجز أو الفداء وان كانت جناية المكاتب على الحر قبل

جنايته عليه قبل للمولى ادفعه أو افده فان دفعه بطلت جناية الحر عليه لانه جنى على الحر وبده صحيحة فيتعلق حق ولي الجناية بيده ثم يحول إلى بدله بالجناية عليه فإذا اختار المولى دفعه كان عليه ان يدفع ارش اليد معه لو كان الجاني أجنبيا آخر فإذا كان هو المجني عليه فقد ملك ما عليه من ارش اليد فيسقط ذلك عنه وان فداه أخذ المولى من الحر أرش جنايته على العبد لانه وصل إلى المجني عليه كمال حقه وطهر العبد من الجناية فيكون ارش يده خالص حق المولى * رجل كاتب نصف عبده ثم قطع رجل يديه فعليه ضمان النقصان لان مكاتب النصف مكاتب الكل في أنه يتعذر تسليم

الجنة إلى الجاني وقد بينا في الديات ان ذلك يمنع وجوب ضمان جميع القيمة على الجاني فانما يلزمه ضمان النقصان ثم نصف ذلك للمولى ونصفه للمكاتب لان النصف منه مكاتب والنصف مملوك للمولى غير مكاتب في قول أبي حنيفة وضمن النقصان وبمنزلة كسب اكتسبه المكاتب فيكون نصفه لمولاه ونصفه للمكاتب وإذا قتل عبد المكاتب رجلاً خطأ فاختار المكاتب فداه بالدية وقضى عليه بها فهو دين في عنق المكاتب لان المكاتب في عبده بمنزلة الحر وفي اختيار الفداء منفعة له هو استخلاص عبده عن الجناية فيكون هو فيه كالحر وتكون الدية عليه ديناً بقضاء القاضي بمنزلة سائر ديونه ويطلبه به في حال الكتابة وان عجز بيع فيه الا أن يؤديه المولى عنه وعلى هذا لو أقر المكاتب على عبده بجناية جاز اقراره عليه ويخير المكاتب فيه بين الدفع والفداء بمنزلة الحر يقر على عبده بذلك وكذلك لو صالح عن جناية على عبده فهو في ذلك بمنزلة الحر وقد بينا حكم هذا فيما إذا عجز وأدى في الديات * رجل كاتب نصف عبده ثم جنى المكاتب جناية ضمن المولى نصفها وسعى المكاتب في نصفها لان المكاتب أحق بنصف كسبه فيكون موجب الجناية عليه في ذلك النصف والمولى أحق بنصف كسبه باعتبار ملكه فيكون موجب الجناية على في ذلك النصف واما يلزمه الاقل من نصف القيمة ومن نصف الارش لانه صار مانعاً دفع هذا النصف بالكتابة السابقة ولم يصبر مختاراً بذلك فيكون مستهلكاً ضامناً للقيمة كما في جناية المدير وأم الولد فان قضى بذلك عليهما ثم عجز بيع نصفه في النصف الذي قضى به عليه وكان النصف الآخر ديناً على المولى لان الحق بقضاء القاضي تحول من نصف نفسه إلى نصف القيمة ديناً في ذمته فيباع ذلك النصف فيه بعد عجزه فاما النصف الآخر فانما قضى به ديناً في ذمة المولى فلا يتغير ذلك بعجزه لانه حين قضى به كان السبب القضاء وهو تعذر الدفع قائماً فان لم يعجز ولكن قتل آخر خطأ فانه

[114]

يقضى على المكاتب بنصف قيمة أخرى لانه في النصف هو مكاتب فيه وقد تحول حق الاول إلى القيمة بالقضاء فيتعلق حق الثاني بهذا النصف فيقضى عليه بنصف قيمة لهذا ويدخل الثاني مع الاول في نصف القيمة الذي قضى به على المولى لان المولى ما منع بالكتابة السابقة الا نصف الرقبة فلا يغرم باعتباره الا نصف القيمة وقد أدى ذلك النصف إلى الاول فليس عليه شيء آخر ولكن الثاني يشارك الاول فيما قبض من المولى من نصف القيمة وان عجز قبل أن يقضى للثاني قيل للمولى ادفعه إلى الثاني أو افده لان الجناية الثانية تعقلت برقبته باعتبار توهم الدفع بعد العجز فان دفعه تبعه الاول بنصف القيمة ديناً في ذمته لان حق الاول تحول إلى نصف القيمة بقضاء القاضي فاجتمع في ذلك النصف دين وجناية فيدفع الجناية ثم يباع في الدين ويكون للاول على المولى نصف القيمة لقضاء القاضي له بذلك * رجل كاتب نصف أمته ثم ولدت ولداً فجنى الولد جناية فانه يسعى في نصف جنايته ويكون نصفها على المولى لان الولد بمنزلة الام نصفه مكاتب ونصفه مملوك ففي النصف الذي هو مكاتب موجب جنايته عليه وفي النصف الآخر موجب جنايته على المولى الا أن الدفع للمولى متعذر بسبب الكتابة السابقة فعليه نصف قيمته فان أعتق السيد الام بعد ما جنى الولد عتق نصف الولد وسعى في نصف قيمته للمولى لان نصف الولد كان مكاتباً تبعاً لأمه فيعتق بعنتها والنصف الآخر كان مملوكاً للمولى وقد تعذر استيفاء الملك له بسبب عتق النصف فعليه السعاية في نصف القيمة

للمولى ونصف الجناية على الولد باعتبار أن نصفه كان مكاتباً وقد تأكد ذلك بالعتق وكذلك حكم الجناية إذا أعتق المولى الولد إلا أن هناك لا سعاية على الولد لأنه إنما عتق باعتناق المولى أباه وفي الأول إنما عتق بحكم السعاية في الكتابة وذلك كان في النصف منه دون النصف ولو لم يعتق أحد منهما ولم يجنياً على الأجنبي ولكن جنى أحدهما على الآخر لزم كل واحد منهما من جنابته الأقل من قيمته ومن نصف الجناية باعتبار الكتابة في النصف ثم نصف ذلك على المولى باعتبار أن النصف مملوك له وهو مستهلك بالكتابة السابقة ونصفه على الجاني للمولى باعتبار أن المجني عليه نصفه مملوك للمولى غير مكاتب فيصير بعضه بالبعض قصاصاً لأنه وجب لكل واحد منهما على صاحبه مثل ما لصاحبه ولو جنت الام ثم ماتت قبل أن يقضى عليها ولم تدع شيئاً فولدها بمنزلها يسعى في نصف الجناية والكتابة لأن نصف الولد مكاتب معها ولو كان الكل تبعاً لها كان يقوم مقامها في السعاية فيما عليها من بدل الكتابة وموجب الجناية

[115]

فكذلك إذا كان ديناً في ذمة المولى ابتداءً فلا يسقط ذلك بموتها كجناية المدبر ويستوى أن كان قضى عليها بالجناية أو لم يقض أما في النصف الذي هو على المولى فغير مشكل وفي النصف الذي هو عليها فلان الكتابة بقيت بقاءً من يؤدي البذل وتصير جنابته ديناً بموتها عنم يؤدي كما تصير ديناً بموتها عنم يؤدي له بدل الكتابة فكان القضاء وغير القضاء فيه سواء فإن جنى الولد بعد ذلك جناية ثم عجز وقد كان قضى عليه بجناية أمه فإن الذي قضى به عليه من جناية أمه دين في نفسه غير أن للمولى أن يدفعه بجنابته لأن حق ولي جنابته تعلق برقبته وزال المانع من دفعه بعجزه قبل القضاء فيكون للمولى أن يدفعه بجنابته وإن شاء فداءً فإن بيع نصفه في الدين الذي على أمه وإن دفعه لم يتبعه في هذا الدين لأنه دين أمه وحق ولي جنابته مقدم على حق صاحب دين أمه فلهذا لم يتبعه المقضى له بنصف القيمة في ملك المدفوع إليه * رجل كاتب نصف عبده فجنى جناية ثم كاتب النصف الباقي فجنى جناية أخرى ولم يكن قضى للأول فإن على الأول نصف الجناية الأول ويقضى على المكاتب بقيمته لأنه حين جنى على الأول كان النصف منه مملوكاً للمولى غير مكاتب فكان الدفع منه متعذراً فوجب على المولى نصف قيمته لولي تلك الجناية ديناً ذمته ثم جنى على الثاني وهو مكاتب كله فيقضى عليه بقيمته وتكون نصف هذه القيمة لولي الجناية الثانية خاصة لأن الذي كوتب منه أخراً ما ثبت فيه إلا حق ولي الجناية الثانية فقيمة هذا النصف عند قضاء القاضى تكون له خاصة والنصف الآخر وهو الذي كوتب منه أو لا قد تعلق به الجنائتان جميعاً فقيمة ذلك النصف إذا قضى به القاضى يكون بينهما نصفين لاستواء حقهما فيه فقد وصل إلى كل واحد منهما نصف حقه وإنما بقي له نصف حقه فإن عجز قبل قضاء القاضى دفعه إليهما أو فداءً فإن كان قضى عليه بالجناية الأولى قبل أن يجنى الثانية ثم عجز فإن للمقضى له نصف ما قضى له على المولى ونصفه دين في نصف العبد ويدفع العبد إلى الثاني أو يفديه لأنه حين جنى على الثاني كانت الرقبة فارغة عن الجناية الأولى فيتعلق حق ولي الجناية الثانية به فيدفع إليه بعد العجز أو يفدى بالدية فإن دفعه تبعه الأول فيباع له في نصف قيمته لما قلنا أن نصف القيمة صار ديناً في ذمته بقضاء القاضى فيتبعه ذلك في ملك المدفوع إليه ويباع فيه إلا أن يقضيه عنه ولو كاتب نصف عبده فجنى جناية ثم كاتب النصف الباقي

فجنى جناية ثم عجز عن المكاتبه الاولى يرد ذلك النصف إلى الرق لان كل نصف بمنزلة شخص على حدة فالعجز في النصف الاول لا يوجب العجز

[116]

في النصف الثاني وانما تنفسخ الكتابة فيما تقرر فيه سببه ثم يقضى على المولى للاول خاصة بنصف جنائبه ونصفها بينه وبين الثاني يضرب كل واحد منهما فيه بنصف جنائبه لان الجناية الاولى كان قد أوجب على المولى نصف القيمة لانه حين جنى تلك الجناية كان النصف منه للمولى ملكا فلا يتغير ذلك الحكم لعجزه وفي النصف الاخر كانت الجناية على الاول متعلقة بنصف الرقبة وقد تعلق أيضا بجنائبه على الثاني بذلك النصف وكان على المولى دفع ذلك النصف بالجنائتين بعد عجزه عن المكاتبه الاولى لولا الكتابة الثانية وهو بالكتابة الثانية صار مانعا دفع ذلك النصف على وجه لم يصر مختارا فعليه نصف القيمة بين ولي الجنائتين نصفين وعلى المكاتب نصف القيمة أيضا لولي الجناية الثانية لانه جنى عليه والنصف الباقي مكاتب فموجب جناية عليه في هذا النصف ما بقيت الكتابة وهي باقية وان عجز عن المكاتبه الثانية خاصة ولم يعجز عن الاولى فعلى المولى هنا الاقل من نصف قيمته ونصف الجناية الاولى وهو للاول خاصة ونصف الجناية الاخرة فيضرب كل واحد منهما بنصف جنائبه ويقضى على المكاتب في النصف الذي كوتب أخيرا بالاقل من نصف قيمته ومن انصاف جنائتهما وهذا كله على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله فاما عندهما إذا كاتب الرجل نصف عبده فهو مكاتب كله والحكم في جنائبه كالحكم في جناية المكاتب على ما سبق * رجل كاتب عبيدين له مكاتبه واحدة ثم جنى أحدهما جناية سعى في الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ولم يلزم صاحبه منها شئ ان عاش هذا أو مات لان كل واحد منهما مقصود بعقد الكتابة بمقابلة بعض البديل فاتحاد العقد واختلاف العقد فيما يلزم كل واحد منهما بالجناية والدين سواء ولو كوتب كل واحد منهما يعقد على حدة لم يلزم أحدهما شئ مما على صاحبه من جناية أو دين فكذلك إذا كوتبا بعقد واحد وانما صار كل واحد منهما مطالبا بجميع بدل الكتابة لاجل الضمان ولانه لا يتوصل إلى العتق الا بآداء جميع البديل وهذا المعنى غير موجود في الدين والجناية وعلى هذا لو قتل أحدهما صاحبه خطأ وقيمتها سواء فعليه قيمة المقتول بمنزلة ما لو كانا مكاتبين في عقدين ثم الحي منهما يسعى في جميع الكتابة وتبقى الكتابة في حق الميت لانه مات عمن يؤدي البديل ولان العقد واحد فلا يمكن فسخه في حق الميت مع ابقائه في حق الحي ولا بد من ابقاء العقد في حق الحي وهذا لا يتوصل إلى الحرية الا بآداء جميع البديل وإذا أداها عتق واستوجب الرجوع على صاحبه بما يؤدي عنه من حصته فيصير ذلك قصاصا بما لصاحبه عليه من القيمة

[117]

ويؤدي فضلا ان بقى عليه ويرجع بفضل ان كان بقي له ولو كاتب أمتين له مكاتبه واحدة فولدت احدهما ولدا ثم جنى الولد على الاخرى فادت أمه المكاتبه عتقوا فان الام ترجع على صاحبته بحصتها من المكاتبه لانه أدت ذلك عنها بحكم صحيح بامرها ويسعى الولد في الجناية لان الولد كان مكاتباً

وجناية المكاتب تلزمه الاقل من قيمة ومن أرش الجناية ويتقرر ذلك عليه بالعتق لوقوع الناس عن الدفع به فان كان في يد الولد مال حين عتق كان ذلك للام ان لم يكن قضى بالجناية على الولد لان جناية المكاتب قبل العتق لا تصير ديناً الا بقضاء القاضي لتوهم الدفع بعد العجز وكسب الولد المولود في الكتابة سالم لها بشرط الفراغ عن دينه لما قلنا ان في حكم الكسب ولدها بمنزلة عبدها والجناية انما صارت ديناً عليه بعد العتق فلا يكون ذلك مانعاً من سلامة الكسب لها الا ان يكون قضى عليه بها قبل العتق فحينئذ موجب الجناية من قيمة أو أرش بمنزلة دين آخر على الولد ودينه في كسبه مقدم على حق أمه بمنزلة دين العبد فيؤخذ الدين أولاً من ذلك المال فان فضل شيء فهو للام ولو كانت الاخرى جنت على الولد كان أرش ذلك عليها للام لان أرش الجناية عليها بمنزلة كسبه والمعنى فيهما أن الولد انما يجعل ملكاً للمولى ضرورة التبعية في الكتابة كما يكون خارجاً من حكم الكتابة لا تتحقق فيه هذه الضرورة فجعل ذلك لها وارش طرفه خارج من الكتابة وكذلك كسبه فيسلم ذلك كله للام بمنزلة كسبها وارش طرفها فان أدت في الكتابة صار ما أدت عن صاحبها قصاصاً بالارش ويتراجعان بالفضل انه استوجب الرجوع على صاحبها بارش الجناية وصاحبها استوجبت الرجوع عليها بما أدت عنهما من بدل الكتابة فتقع المقاصة كذلك عبد بين رجلين جنى جناية فكاتبه أحدهما وهو لا يعلم والاخر يعلم فبلغ المولى الذي لم يكاتب كتابة صاحبه فاجازها لم يكن مختاراً بالاجازة وهو لا يعلم بالجناية فلا يصير به مختاراً وأما المجيز فقد كان الدفع متعذراً في نصيبه قبل الاجازة لما بينا ان عقد الكتابة في النصف كعقد الكتابة في الكل في المنع عن الدفع بالجناية فان قيل لا كذلك فالمجيز قبل الاجازة كان متمكناً من فسخ الكتابة ودفع نصيبه بالجناية وانما يتعذر ذلك باجازته الكتابة فينبغي ان يصير ذلك مختاراً للارش * قلنا هو بالاجازة أسقط حقه في الفسخ فلا يتصرف في المحل المستحق بالجناية والاختيار انما يحصل بتصرفه في المحل المستحق بالجناية على معنى انه مخير بين شيئين فإذا فوت أحدهما تعين الاخر وهذا غير موجود هنا فانه ما تصرف في نصيب نفسه بشئ وانما أسقط حقه في فسخ

[118]

كتابة صاحبه في نصيبه وما كان دفع نصيب صاحبه مستحقاً عليه فلهذا لا يجعل بهذا الاجازة مختاراً للفداء ولكن يكون عليهما الاقل من قيمته ومن ارش الجناية بمنزلة ما لو كتبه وهما لا يعلمان بالجناية * عبد جنى على حر بقطع يده ثم قطع يد العبد رجل حر ولا يعلم أي الجنائتين قبل فقال الحر كانت جناية العبد على قبل الجناية عليه وقال المولى بل كان ذلك بعد الجناية عليه فالقول قول المولى في ذلك لان سبب استحقاق المولى ارش يد العبد ظاهر وهو ملكه رقبته والمجني عليه يدعي استحقاق ذلك عليه بدعواه سبق جناية العبد عليه فعليه اثبات ما يدعي بالبينة؟ وان لم يكن له بينة فعلى المولى اليمين لان الحر يدعي تاريخاً سابقاً في جناية العبد عليه وهذا التاريخ لا يثبت الا ببينة فإذا لم يكن له بينة وحلف المولى خير فان شاء دفع العبد إلى المجني عليه وان شاء فداه بجميع الارش قال (ألا ترى) ان عبداً لو قطع يد حر وجرح المولى عبده فقال المولى قبلت ذلك قبل جناية عبدي عليه وقال المجني عليه بل فعلته بعد ذلك كان القول قول المولى لان المجني عليه يدعي اختيار الفداء والمولى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه فكذلك ما سبق وان التقى عبد وحر ومع كل واحد منهما عصا فشح كل واحد منهما صاحبه موضحة فبرئاً جميعاً ولا يدري

أيهما بدأ بالضربة فقال المولى للحر أنت بدأت بالضربة وقال الحر بل العبد بدأ بها فالقول قول المولى لما بينا من المعنيين ان الحر يدعي سبق تاريخ في جناية العبد عليه ويدعي استحقاق ارش الجناية على العبد فإذا حلف المولى كان على الحر نصف عشر قيمة العبد للمولى أرش الموضحة ويدفع المولى عبده بجنايته أو يفديه وكذلك ان كان مع العبد سيف فمات العبد وبرا الحر لانه لا قصاص على العبد هاهنا فانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس والحر انما جنى على العبد بالقصاص فلا يجب عليه القصاص فان مات العبد من ذلك فكان الواجب الارش كما في المسألة الاولى وإذا ثبت أن القول قول المولى في انكار التاريخ كان على عاقلة الحر جميع قيمة العبد لان نفس العبد تحمله العاقلة فيكون مقدار ما تقتضيه ضربة الحر في قيمته إلى الوقت الذي ضرب العبد الحر وهو الوقت الذي يفديه المولى ذلك يكون للمولى ويكون في الباقي أرش جنايته على الحر لا ان الحر استحق نفسه بجنايته عليه وقد مات وأخلف بدلا فيقوم البديل مقامه ويؤمر المولى بدفع ذلك القدر إلى الحر الا أن يكون أرش جنايته عليه أقل من ذلك فحينئذ يدفع إليه مقدار ارش جنايته والباقي للمولى وان كان السيف مع الحر والعصا مع معبد وقد مات العبد وأرش جراحة الحر

[119]

أكثر من قيمة العبد فقال المولى أنت بدأت فضربت عبدي وقال الحر بل العبد بدأ فضربني فالقول قول المولى لانه منكر سبق التاريخ في جناية عبده عن الحر يكون له أن يقتل الحر قصاصا لانه قتل عبده بالسيف وبطل حق الحر لان المستحق له بجناية العبد نفس العبد وقد مات ولم يخلف بدلا يمكن استيفاء حقه منه لانه انما أخلف القصاص وابقاء موجب جناية العبد على الحر فيما دون النفس من القصاص غير ممكن * فان قيل كان ينبغي أن لا يجب القصاص على الحر لانه ان كان الحر جنى على العبد أولا فقد استحق نفسه بجنايته ثم أقدم على قتل نفس هي مستحقة له بالجناية فصير ذلك شبهة في اسقاط القود عنه في الوجهين * قلنا لا كذلك فان عبد الوجنى على الحر ثم جنى الحر عليه وقتله يجب عليه القصاص لان موجب جناية العبد على مولاه على ما بينا أن جناية الخطأ تتباعد عن الجاني وتتعلق باقرب الناس إليه وأقرب الناس إلى العبد مولاه ولهذا خير المولى بين الدفع وبين الفداء وحق المجنى عليه في العبد حق ضعيف حتى لا يمنع بقود شئ من تصرفات المولى فيه ومثل هذا الحق الضعيف لا يعتبر شبهة في اسقاط القود فان أقام الحر البينة على العبد انه بدأ فضربه فهذا مثل الاول لما بينا أن حقه في العبد بسبب جنايته حق ضيف؟ فلا يمنع ذلك وجوب القصاص عليه بقتله اباة وقد فات محل حق الحر فبطل حقه * ولو التقى عبد وحر ومع كل واحد منهما عصا فاضطربا فشح كل واحد منهما صاحبه موضحة فبرا منها وانفق المولى والحر انهما لا يدريان أيهما بدأ فان المولى يدفع المولى أو يفديه لان جناية العبد على الحر معلومة وهي تثبت الخيار للمولى فان دفعه رجع على الحر بنصف أرش جناية الحر عليه لان جناية الحر عليه ان سبقت فلمولى الارش وان تأخرت فليس للمولى عليه شئ لان الارش مدفوع مع العبد بجنايته فلا اعتبار الاحوال قلنا يرجع على الحر بنصف أرش جنايته على العبد وان فداه رجع على الحر بجميع ارش جنايته على العبد لانه بالفداء طهره عن جنايته وارش جناية الحر عليه سالم له بعد الفداء وان تقدمت جناية العبد على الحر * ولو كانا عبيدين فشح كل واحد منهما صاحبه معا وبرا خير مولى كل واحد منهما فان شاء

دفعه وان شاء فداه بجناية مملوكه على مملوك صاحبه فان اختار الدفع صار عيد كل واحد منهما للاخر فلا يتراجعان بشئ سوى ذلك لان كل واحد منهما وصل إلى ما كان مستحقا له وان اختار الفداء أدى كل واحد منهما أرش جناية الاخر تاما وان سبق أحدهما بالضربة قبل لمولى البادي بالضربة ادفعه أو افده لان عبده سبق بالجناية فيخير هو أولا فان دفعه صار العبد

[120]

للمدفع إليه ولا يرجع الدافع عليه بشئ لانه لو رجع بشئ لزمه دفع ذلك مع عبده عن الجناية فتبقى جناية عبد الاخر عليه معتبرة فان مات البادي من الضربة وبرئ الآخر وقيمة كل واحد منهما خمسة آلاف فان قيمة الميت في عنق الحي يدفع بها أو يفدى فان فداه بقيمة الميت رجع في تلك القيمة بارش جناية عبده لان حقه كان ثابتا في رقة الميت باعتبار جنايته على ملكه وقد مات وأخلف بدلا فيكون له أن يرجع في ذلك البديل بارش جراحة عبده وان دفعه رجع بارش شجة عبده في عنقه ويخير المدفع إليه بين الدفع والفداء لان الجناية من عبده كانت بعد الشجة فلا يتعلق حق مولى المجني عليه بارش تلك الشجة وقد كان قبل جنايته مولى المجني عليه مخيرا بين الدفع والفداء فكذلك بعد جنايته (ألا ترى) أن عبدا لوشج عبدا موضحة ثم جاء عبد آخر فقتل الشاج خطأ خير مولاه بين الدفع والفداء فان فداه كان أرش جراحة المشجوع في ذلك الفداء وان دفعه خير مولى العبد الميت فان شاء دفعه على ما سبق وقد أعاد جواب هذا السؤال بعد هذا باسطر وقال مولى الميت بالخيار ان شاء دفع أرش جناية الحي مكان قيمة عبده في عنق الباقي ويخير مولاه فان شاء دفعه وان شاء فداه وان أبى أن يدفع المولى أرش جناية الحي فلا شئ له في عنق الحي لان عبده هو البادي بالجناية فلا يكون له في عنق الحي شئ حتى يؤدي أرش جنايته (ألا ترى) أن عبده لو كان حيا بدى به فقيل له ادفعه أو افده فكذلك إذا كان ميتا ولو برأ الاول ومات الاخر من الجناية خير مولى الاول بين الدفع والفداء لان عنده هو الذي بدأ بالجناية فان فدى عبده كان أرش جناية عبده في الفداء بعد ما يدفع منه أرش موضحة العبد الاخر لان العبد الاخر جنى على عبده وهو مشجوع فلا يتعلق به حقه بارش الشجة وانما كان حقه في العبد مشجوجا وقد مات وأخلف عوضا وان دفع عبده فلا شئ له عليه لان حقه بالدفع يسقط عن أرش جناية العبد الاخر على عبده فإذا استوفى ذلك لزمه دفعة مع عبده فلا يكون استيفاؤه مفيدا شيان ولو تضارب العبد* بالعصا فشح كل واحد منهما صاحبه موضحة فبرأ والبائى معروف ثم ان عبد الرجل قتل البائى منهما خطأ قيل لمولاه ادفعه أو افده فان فداه بقيمة أدى مولاه من تلك القيمة أرش جراحة العبد الباقي والفضل له من قبل أن مولى البادي هو المخاطب أولا وحكم جناية مملوكه انما يتبين باختيار مولى العبد الثالث الدفع أو الفداء فلماذا بدئ به ولما اختار الفداء فقد اخلف البادي قيمته فلمولى العبد الباقي في تلك القيمة ارش الجناية على عبده والفضل لمولى

[121]

البادي ثم يرجع مولى البادي بارش جراحة عبده في عنق العبد الباقي فيدفع بها أو يفدي لانه قد وصل إلى مولى العبد الباقي كمال حقه وان دفع مولى القاتل عبده قام المدفوع مقام المقتول وقد بينا ان المقتول لو كان الباقي كان بخير مولاه أولاً فان دفعه لم يكن له على المولى المدفوع إليه من ارش جراحة عبده وشئ وان فداه رجع في عنق صاحبه بارش جراحة عبده فكذا هنا ولو كان العبد الثالث قتل الاخر منهما فدفعه مولاه قام المدفوع مقام المقتول فان فداه بقيمته خير مولى البادي بين الدفع والفداء فان دفعه إليه شئ له على مولى المقتول ولا في قيمته لان عند اختياره الدفع يكون حق مولى المقتول ثابتاً في ارش الجنابة على العبد البادي فلا يفيد رجوع مولاه عليه شيئاً لان ما قبضه منه يلزمه رده عليه وان فداه فقد طهر عبده من الجنابة وقد فات المقتول وأخلف قيمة فيرجع في تلك القيمة بارش جراحة عبده وان مات العبد القاتل خير مولى العبد البادي فان شاء دفع ارش شجة المقتول وان شاء دفع نفسه وأيهما فعل فقد بطل حقه لان حقه كان في المقتول مشجوجاً وقد فات ولم يخلف عوضاً لان عوضه كان العبد القاتل وقد فات وصار كان لم يكن مات البادي بالضربة من شئ آخر وبقي الاخر فان مولى البادي بالخيار ان شاء دفع إلى مولى الثاني ارش جنابة عبده ويتبع عبده بارش جنابة عبده لان بالفداء طهر عبده عن الجنابة وقد جنى العبد الاخر على عبده فيتبعه بارش ذلك وبخير مولى العبد بين ان يدفع بذلك أو يفديه وان أبى أن يدفع الارش فلا شئ له في عنق العبد الحي لما بينا أنه كان هو المخاطب ابتداءً لبداءة عبده بالجنابة وشرط وجوب الجنابة بوجه الخطاب له على مولى الباقي أن يدفع ارش جنابة عبده عليه فإذا انعدم هذا الشرط بابائه لم يكن له أن يرجع عليه بشئ كما قال أبو حنيفة رحمه الله في مولى المفقوءة عيناه إذا دفع الشجة لم يكن له أن يرجع على الباقي بشئ * ولو أن عبيد التقياً ومع كل واحد منهما عصاً فشح كل واحد منهما صاحبه موضحة وأحدهما بدأ بالضربة وهو معلوم فمات الضارب الاول منهما من ضربة صاحبه وبرأ الاخر فمولى العبد الميت بالخيار ان شاء دفع ارش جنابة الحي فكانت قيمة عبده في عنق الحي وخير مولاه بين أن يدفعه أو يفديه لانه بالفداء طهر عبده وان شاء قتل العبد الباقي وبخير مولاه بين الدفع والفداء ولا يتعلق حقه بذلك لان العبد الباقي انما قتل الضارب الاول وهو مشجوج وان أبى مولى الميت أن يدفع ارش جنابة الحي فلا شئ له في عنق الحي لتفويته شرطه كما بينا ولو كانا برئاً من الموضحتين ثم ان

[122]

البادي منهما قتل الاخر خطأ خير مولاه فان شاء دفعه وان شاء فداه بارش الموضحة وبالقيمة لانه تخلل بين الجنائين برء فتكون جنابته الثانية على المجنى عليه الاول بمنزلة جنابته على غيره فإذا فداه فلا شئ له لان عند اختيار الدفع يلزمه أن يدفع ارش الجنابة على عبده معه فلا يكون استيفاءه مفيداً شيئاً وان فداه كان ارش شجة المقتول لمولاه خاصة ويكون ارش شجة الحي في هذه القيمة المقبوضة يأخذه مولاه منها لان حقه كان ثابتاً في المقتول وقد فات وأخلف قيمة فيثبت حقه في تلك القيمة وذلك بقدر ارش شجة الحي وان كان الاخر هو الذي قتل البادي خطأ فانه بخير مولى المقتول فان شاء أبطل جنابته ولا شئ لواحد منهما على صاحبه وان شاء فداه بارش موضحة الحي ثم يخير مولى الحي بين أن يدفع عبده أو يفديه بقيمة المقتول وهذا نظير ما سبق على معنى أن مولى البادي هو المخاطب أولاً وشرط ثبوت حق الرجوع له ان يفدي عبده بموضحة العبد

الحي فان وجد منه هذا الشرط يكون له أن يطالب مولى الحي بموجب جناية عبده على عبده فان أبى ايجاد هذا الشرط كان مبطلا حقه فلا شئ لواحد منهما على صاحبه وان اختار مولى العبد الاخر دفع عبده فدفعه فان ارش الشجة التي شجها الاول في عنقه فان شاء المدفوع إليه فداه وان شاء دفعه المولى إلى المدفوع فهو قائم مقام المقتول وسواء دفعه أو فداه لم يكن للاول شئ لان الجناية من الاخر على الاول كانت وهو مشجوج فلا يتعلق حق مولى الاول ببدل تلك الشجة قال الحاكم رحمه الله أراد أن الاخر يسبق إلى الدفع قبل أن يختار الاول شيئاً فالحكم ما بينه أولاً وان كان لا يعرف البادئ من العبد بالضربة ثم قتل أحدهما صاحبه بعد ما برئنا فانه يخير مولى القاتل فان شاء دفع عبده وان شاء فداه بقيمة المقتول المشجوج صحيحا لانا تيقنا جناية القاتل على المقتول وكنا قد علمنا أن المقتول كان صحيحا واشتبه حال وقت القتل فيجب التسمك بما كان معلوماً فلهذا يفديه بقيمة صحيحا ان اختار الفداء فان دفعه كان له نصف ارش شجته في عنقه باعتبار الاحوال كما بينا فان شاء فداه المدفوع إليه بذلك وان شاء دفع منه حصة قيمة العبد مشجوجا من العبد الذي دفعه أو يفديه فان فداه بقيمته رجع عليه بارش الشجة في الفداء الذي دفعه بعد ما يدفع العبد المقتول نصف ارش شجته لان ذلك القدر لا يتعلق به حق الذي فدى عبده بقيمته باعتبار الاحوال فيه فيسلم ذلك لمولى العبد المقتول من الفداء أو يرجع فيما بقي منه بارش شجة عبده * ولو التقى عبدان وتضاربا فقطع كل واحد منهما يد صاحبه معا

[123]

فبرئنا فانه يخير مولى كل واحد منهما فان شاء دفع عبده وأخذ عبد صاحبه وان شاء أمسك عبده ولا شئ له في قول أبي حنيفة وقد تقدم بيان هذه المسألة في الحر كان هو القاطع ليد العبد فكذلك في العبدين * ولو أن أمة قطعت يد رجل ثم ولدت ولدا فقتلها ولدها خطأ فان المولى بالخيار ان شاء دفع الولد إلى المقطوعة يده وان شاء فداه وأيهما فعل خير مولى المقطوعة يده بين دفع الاقل من دية العبد ومن قيمة الام لان حق المقطوعة يده كان ثابتا في الام والولد ما انفصل عنها بمنزلة عبد آخر جنى عليها فتعتبر جنايته لحق صاحب اليد ويخير كما بينا ولو أن عبدا قتل رجلا خطأ ثم ان عبد الرجل قطع يد هذا العبد خطأ فبرئاً فمولى القاطع بالخيار ان شاء دفع عبده وان شاء فداه وأيهما فعل خير مولى المقطوعة يده فان شاء دفع عبده وما أخذ بجنايته معه وان شاء فداه لان عبده كان صحيحا حين قتل الرجل فحق وليه كان ثابتا في الجزء الفائت منه بقطع العبد يده إلى بدل فيثبت حقه في بدله أيضا فإذا اختار دفعه فعليه بذلك ذلك ولم يكن هذا اختيارا للاخر لان نفس كل واحد منهما انما استحقت بجنايته وأحدهما منفصل عن الاخر فكان هذا وما لو كانت جنابتهما على شخصين سواء فلا يكون اعتاقه أحدهما اختيارا في حق الاخر لانه لا يتعذر دفع الاخر بجنايته بسبب هذا الاعتاق وهذا بخلاف ما سبق فان المولى لو أعتق العبد المدفوع باليد المقطوعة كان ذلك منه اختيارا للفداء لان دفعهما كان باعتبار جناية واحدة وفي الجناية الواحدة اختياره في البعض يكون اختيارا في الكل * ولو أن رجلا قطع يد رجل فأعتقه مولاه قبل أن يبرأ وهو يعلم بذلك أو لا يعلم فلا شئ له في قول أبي حنيفة وله أن يرجع بنقصان قيمة عبده في قولهما وهذا بناء على ما سبق فان بالاعتاق فوت بتسليم الجثة ولو منع ذلك عند أبي حنيفة لم يرجع بشئ فكذلك إذا فوته وعندهما له أن يمتنع عن تسليم الجثة ويرجع بنقصان القيمة فكذلك إذا

فوت ذلك بالعتق * أم ولد بين رجلين كاتبها فقتلت أحد الموليين خطأ فعليهما الاقل من القيمة ومن الدية لان جناية المكاتبه على مولاهما كجنايتها على اجنبي آخر وقد جنت وهي مكاتبه فعليها الاقل من قيمتها ومن ارش الجناية فان قتلت الاخر بعده فعلى عاقلتها الدية لانها عتقت حين قتلت الاول منهما على اختلاف الاصلين لان عندهما وان لزمها السعاية في نصيب الاخر فالمستسعى حر وعند ابي حنيفة لا سعاية على أم الولد لمولاهما فعرفنا انها قتلت الاخر منهما وهي حرة فعليها الدية وعليها كفارتان لان الكفارة بالقتل تجب على المملوكة كما

[124]

تجب على الحر وان قتلتهما معا فعليها قيمتهما لانها جنت على كل واحد وهي مكاتبه وانما عتقت بعد ذلك ولو جنت على اجنبيين ثم عتقت كان عليها قيمتها لهما فكذلك ان جنت على موليينها وإذا قطع الرجل يد عبد قيمته ألف درهم فلم يبرأ حتى زادت قيمته فصارت ألفي درهم ثم قطع آخر رجله من خلاف ثم مات منهما جميعا قال على الاول ستمائة وخمسة وعشرون درهما وعلى الاخر سبعمائة وخمسون درهما قال الحاكم رحمه الله وفي جواب هذه المسألة نظر وانما قال ذلك لانه أحاب في نظير هذه المسألة في كتاب الدييات بخلاف هذا وقد بينا تمامه * قال الشيخ الامام الاجل الزاهدي رحمه الله وعندني ما ذكر هاهنا صحيح وتأويله أن قيمته صارت ألفي درهم صحيحا لا مقطوع اليد فعلى هذا التأويل الجواب ما ذكره في الكتاب من قبل أن الاول حين قطع يده وقيمته ألف لزمه بالقطع خمسمائة ثم الثاني بقطع الرجل أتلف نصف ما بقي فيلزمه أيضا خمسمائة لانه إذا كان قيمته صحيحا ألفي درهم فقيمته مقطوع اليد ألف درهم وقد أتلف نصفه بقطع الرجل وهو مقطوع اليد فيلزمه خمسمائة فحين مات منها فقد صار كل واحد منهما متلفا نصف ما بقي منه بسرابة جنيته الا أن حق الاول لا معتبر بزيادة القيمة فيكون عليه نصف هذا من القيمة الاولى كانت ألف درهم وربع تلك القيمة مائتان وخمسون فعليه بالسرابة نصف ذلك الربع وهو مائة وخمسة وعشرون فإذا ضمنت ذلك إلى خمسمائة يكون ستمائة وخمسة وعشرين وقد أوجب على الاول هذا المقدار والاخر منهما لزمه بالسرابة قيمة ما تلف بسرابة فعله وذلك معتبر من قيمة وقت جنايته ألفي درهم وربع تلك القيمة خمسمائة فنصف الربع مائتان وخمسون وقد وجب عليه باصل الجناية خمسمائة وبالسرابة مائتان وخمسون فذلك سبعمائة وخمسون درهما والله أعلم بالصواب (كتاب المعامل) قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد بن سهل السرخسي رحمه الله املاء يوم الاربعاء الرابع عشر من شهر ربيع الاخر سنة ست وستين واربعمائة الاصل في ايجاب الدية على العاقلة في الخطأ وشبه العمد قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما روي في حديث حمل بن مالك أن النبي عليه السلام قال لاولياء الضاربة قوموا فدوه قال أخوها

[125]

عمر بن عويمر الاسلامي أندى من لا عقل ولا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان أو قال دعني وأراجز العرب قوموا فدوه فقال ان لها بيتاهم سراة الحي وهم أحق بها مني فقال أنت أحق بها قم فدوه وشئ من المعقول يدل عليه وهو أن الخاطئ معذور وعذره لا يعدم حرمة نفس المقتول ولكن يمنع وجوب العقوبة عليه فأوجب الشرع الدية صيانة لنفس المقتول عن الهدر وفي إيجاب الكل على القاتل إجحاف به واستئصال فيكون بمنزلة العقوبة وقد سقطت العقوبة عنه للعذر فضم الشرع إليه العاقلة لدفع معنى العقوبة عنه وكذلك في شبه العمد باعتبار أن الآلة آلة التأديب ولم يكن فعله محظورا محضا ولهذا لا يجب عليه القصاص فلا يكون جميع الدية عليه في ماله لدفع معنى العقوبة عنه ولكن الشرع أوجب الدية هاهنا مغلطة ليظهر تأثير معنى العمد وأوجبها على العاقلة لدفع منع العقوبة عن القاتل ثم هذا الفصل لا يحصل الا بضرب استهانة وقلة مبالاة وتقصير في التحرز وإنما يكون ذلك بقوة يجرها المرء في نفسه وذلك بكثرة أعوانه وأنصاره وإنما ينصره عاقلته فضموا إليه في إيجاب الدية عليهم وان لم يجب لهذا المعنى وكل أحد لا يأمن على نفسه أن يتلى بمثله وعند ذلك يحتاج إلى اعانة غيره فينبغي أن يعين من ابتلى ليعينه غيره إذا ابتلى بمثله كما هو العادة بين الناس في التعاون والتوادد فهذا هو صورة أمة متناصرة وجبلة قوم قوامين بالقسط شهداء لله متعاونين على البر والتقوى وبه أمر الله تعالى الأمة هذه ثم كانت للعرب في الجاهلية أسباب للتناصر منها القرابة ومنها الولاء ومنها الحلف ومنها ممالحة العدو وقد بقي ذلك إلى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكونوا حلفاء له كما كانوا حلفاء لجدته عبد المطلب ودخل بنو بكر في عهد قريش ليكونوا حلفاء لهم الحديث فكانوا يضلون عن حليفهم وعديدهم ويعقل عنهم حليفهم وعديدهم ومولاهم باعتبار التناصر كما يعقلون عن أنفسهم باعتبار التناصر فلما كان في زمن عمر رضي الله عنه ودون الدواوين صار التناصر بينهم بالديوان فكان أهل ديوان واحد ينصر بعضهم بعضها وان كانوا من قبائل شتى فجعل عمر العاقلة أهل الديوان بيانه في الحديث الذي بدأ به الكتاب فقال بلغنا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض العقل على أهل الديوان لانه أول من وسع الديوان فجعل العقل فيه وكان قبل ذلك على عشيرة الرجل في أموالهم وبهذا أخذ علماؤنا رحمهم الله فقالوا العقل على أهل الديوان من العاقلة وأبي الشافعي ذلك فقال هو على العشيرة فقد كان عليهم في عهد رسول الله صلى الله عليه

[126]

وسلم ولا نسخ بعد رسول الله ولكننا نقول قد قضى به عمر رضي الله عنه على أهل الديوان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه منكر فكان ذلك اجماعا منهم * فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم * قلنا هذا اجتماع على وفاق ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فانهم علموا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى به على العشيرة باعتبار النصره وكان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر رضي الله عنه الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان فقد كان المرء يقاتل قبيلته عن ديوانه على ماروي عن علي رضي الله عنه أن يوم الحمل وصفين جعل بازاء كل قبيلة من كان من أهل تلك القبيلة ليكونوا هم الذين يقاتلون قومهم فلماذا فضوا بالدية على أهل الديوان ثم الشافعي يقول؟ الزام الدية العاقلة بطريق الصلة والصلة

المالية مستحقة بوصلة القرابة دون الديوان كالنفقة والميراث ونحن نقول الوجوب عليهم بطريق الصلة كما قال وإيجابه فيما هو صلة أولى وأهل ديوان واحد فيما يخرج من الصلة لهم بعين العطاء كنفس واحدة وإيجاب هذه الصلة فيما يصل إليهم بطريق الصلة أولى في إيجابه ومن أصول أموالهم ثم لاشك أن المعتبر النصره ففي حق كل قاتل يعتبر ما به تتحقق النصره وتناصر أهل الديوان يكون بالديوان فان كان القاتل من قوم يتناصرون بالحلف فذلك هو المعتبر لان المعنى متى عقل في الحكم الشرعي تعدى الحكم بذلك المعنى إلى الفروع ثم القاتل أحد العواقل يلزمه من الدية مثل ما يلزم أحد العاقلة عندنا وعند الشافعي ليس على القاتل شيء من الدية لان الخطأ مرفوع قال الله تعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به وقال عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وإنما يتحقق ذلك إذا لم يكن عليه شيء من الدية ثم هذا الجزء كسائر الاجزاء فبالمعنى الذي نوجب سائر الاجزاء على العاقلة من نصره أو صلة نوجب؟ هذا الجزء عليهم أيضا ولكننا نقول الايجاب على العاقلة لدفع الاحفاف والاستئصال عن القاتل والتخفيف عليه وذلك في الكل لا في الجزء ثم الوجوب عليهم باعتبار النصره ولاشك انه ينصر نفسه كما ينصر غيره وكما انه معدور؟ غير مؤاخذ شرعا فالعاقلة لا يؤاخذون بفعله أيضا قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى ومن لم يحن فهو أبعد من المؤاخذة من الجاني المعدور فإذا أوجبنا على كل واحد من العاقلة جزءا من الدية فلان نوجب عليه مثل ذلك أولى وهذا لان محل أداء الواجب العطاء الذي يخرج لهم بطريق الصلة وهم في ذلك كنفس واحدة فكما يخرج العطاء لغير القاتل يخرج للقاتل وذكر عن المعرور بن سويد قال

[127]

فرض عمر بن الخطاب رضي الله عنه الدية تؤخذ في ثلاث سنين فالنصف في سنتين وما دون الثلث في سنة وبه نأخذ فنقول جميع الدية متى وجبت بنفس القاتل كانت مؤجلة في ثلاث سنين سواء كانت على العاقلة أو في مال القاتل كالأب يقتل ابنه عمدا وقد بينا هذا في الديات وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منه في سنة ومتى كان الواجب بالقتل ثلث بدل النفس أو أقل من ذلك كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة وهذا لان تقوم النفس بالمال غير معقول وإنما عرف ذلك شرعا والشرع انما ورد بإيجاب الدية مؤجلة في ثلاث سنين فعلينا اتباع ذلك واتباع الاجزاء بالجملة في مقدار ما يثبت فيها من الاجل والشافعي يجعل التأجيل لمعنى التخفيف كالايجاب على العاقلة معن التخفيف معقول فأما في التأجيل فمعنى نقصان المالية لان المؤجل في المالية أنقص من الحال وبسبب صفة العمدية يخرج من أن يكون متسحقا للتخفيف ولكن ليس لهذه الصفة تأثير في إيجاب زيادة على قيمة المتلف ولو أوجبنا الدية عليه حالا كان ذلك زيادة * فان قيل أليس في شبه العمد أن الدية تجب مغلظة وفيه إيجاب زيادة المالية باعتبار صفة العمد * قلنا نعم ولكننا انما ننكر إيجاب الزيادة بالرأي فيما لا مدخل للرأي فيه وتلك الزيادة انما أوجبناها بالنص كاصل المال بمقابلة النفس أو جناه بالنص بخلاف القياس وعن ابراهيم قال في دية الخطأ وشبه العمد في النفس على العاقلة على أهل الديوان في ثلاثة أعوام في كل عام الثلث وما كان من جراحات الخطأ فعلى العاقلة على أهل الديوان إذا ثلاثة أعوام في كل عام الثلث وما كان من جراحات الخطأ فعلى العاقلة على أهل الديوان إذا بلغت الحاجة ثلث

الدية ففي عامين وان كان النصف فكذلك وان كان الثلث ففي سنة واحدة وذلك كله على أهل الديوان وبه نقول فان الواجب وما دون ذلك بمنزلة ضمان المال يكون على الجاني والشافعي يسوي بين القليل والكثير والقياس فيه أحد السببين أما التسوية فكما ذهب إليه الشافعي في ايجاب الكل على العاقلة والتسوية في أن لا يوجب شئ على العاقلة كما في ضمان المال ولكننا تركنا القياس بالسنة وانما جاءت السنة في أرش الجنين بالايجاب على عاقلته وأرش الجنين نصف عشر بدل الرجل فيقضى بذلك على العاقلة وفيما دونه يؤخذ بالقياس وفي حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون أرش الموضحة

[128]

وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ففيما دونه يؤخذ بالقياس وهذا لان الايجاب على العاقلة كان لمعنى دفع الاحفاف عن الجاني وذلك في الكثير دون القليل فلهذا أوجبنا الكثير على العاقلة دون القليل والفاضل بينهما يكون مقدرًا وأدنى ذلك ارش الموضحة قال وليس على النساء والذرية ممن كان له عطاء في الديوان عقل لانه بلغنا عن عمر رضي الله عنه قال لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة وانما جعل الفصل فيما يؤدى والله أعلم على عشيرة الرجل ولم يحيوا على وجه العون لصاحبهم لانهم أهل يد واحدة ونصرة واحدة على غيرهم وهذه النصرة انما تقوم بالرجال دون النساء فبنية المرأة لا تصلح لهذه النصرة وكذلك النصرة لا تقوم بالصبيان (ألا ترى) ان الشرع نهى عن قتل النساء والصبيان من أهل الحرب لانهم يقاتلون لدفع من يقاتلهم وتناصرهم فيما بينهم وذلك لا يحصل بالنساء والصبيان وكذلك الجزية التي خلت عن النصرة لم توجب على النساء والصبيان فكذلك تحمل العقل وعلى هذا لو كانت المرأة هي القاتلة أو الصبي لم يكن عليهما شئ من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء على القاتل باعتبار انه أحد العواقل وهو لا يوجد في النساء والصبيان ولا ينظر إلى مالهم من فرض العطاء في الديوان لان ذلك ليس باعتبار النصرة بل باعتبار المؤنة كما فرض عمر رضي الله عنه لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم العطاء في الديوان فكان يوصله لهن في كل سنة * وإذا قتل الرجل خطأ فلم يرفع إلى القاضي حتى مضت سنون ثم رفع إليه فانه يقضى بالدية على عاقلته في ثلاث سنين من يوم يقضى لان ثبوت الاجل يبنى على وجوب المال والمال انما يجب بقضاء القاضي فاما قبل القضاء فالمال ليس بواجب لان ضمان المتلفات يكون بالمثل بالنص ومثل النفس نفس الا انه إذا رفع إلى القاضي فيتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وتحول الحق بقضائه إلى المال كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب على المغرور بقضاء القاضي وان كان رد عينه متعذرا قبل القضاء ولكن في الحكم جعل الواجب رد العين إلى أن يحوله القاضي إلى القيمة بقضائه لتحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن شيئاً واعتبر قيمة الولد يوم القضاء لهذا وهو نظير الاجل في حق العين فانه لا يعتبر ما مضى من المدة قبل الخصومة وانما يكون ابتداء التأجيل من وقت قضاء القاضي فكذلك هاهنا ابتداء التأجيل يكون من وقت قضاء القاضي فان كانوا أهل ديوان قضى بذلك في اعطياتهم فيجعل الثلث في أول عطاء يخرج لهم بعد قضائه وان لم يكن بين القتل وقضائه وبين خروج

أعطياتهم الأشهر أو أقل من ذلك لان التأجيل في حق العاقلة كان لمعنى تأخر خروج العطاء ومحل قضاء الدية منه العطاء فانما يعتبر خروج العطاء بعد القضاء (ألا ترى) انه لو لم يخرج سنين لم يطالبوا بشئ فكذلك إذا خرج بعد قضاء القاضي بشهر أو أقل يؤخذ منه ثلث الدية والثلث الثاني في العطاء الآخر إذا خرج ان أبطأ بعد الحول أو عجل قبل السنة وكذلك الثلث الثالث فان عجل للقوم العطاء فخرجت لهم ثلاثة أعطية مرة وهي أعطية استحقوها بعد قضاء القاضي بالدية فان الدية كلها تؤخذ من تلك الاعطية الثلاثة لوصل محل اداء الدية منه إلى يد العاقلة قال ولا يقضى بالدية على القوم حتى يصيب الرجل في عطائه من الدية كلها أربعة دراهم أو ثلاثة أو أقل من ذلك عندنا وقال الشافعي ما يقضى به على كل واحد منهم لا يكون أقل من نصف دينار لانها صلة واجبة شرعا فيعتبر بالزكاة وأدنى ما يجب في الزكاة نصف دينار أو خمسة دراهم فقد كان ذلك بمعنى نصف دينار في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكننا نقول الايجاب عليهم للتخفيف على القاتل وانما يجب على وجه لا يتعسر ذلك عليهم وذلك في ايجاب القليل دون الكثير ثم هذه صلة يؤمرون بأدائها على وجه التبرع فلا يبلغ مقدارها مقدار الواجب من الزكاة بل ينقص من ذلك (ألا ترى) انه لا تجب هذه الصلة في أصول أموالهم وانما تجب فيما هو صلة لهم وهو العطاء فعرفنا أنه مبنى على التخفيف من كل وجه وقد ظن بعض أصحابنا رحمهم الله ان التقدير بثلاثة دراهم فيما يؤخذ منهم في كل سنة وذلك غلط فقد فسرها هنا فقال حتى يصيب الرجل في عطائه من الدية كلها أربعة دراهم أو ثلاثة دراهم فعرفنا انه لا يؤخذ في كل سنة من كل واحد منهم الا درهم أو درهم وثلث فان قلت العاقلة فكان يصيب الرجل أكثر من ثلاثة دراهم أو أربعة ضم إليهم أقرب القبائل في النسب من أهل الديوان حتى يصيب الرجل في عطائه ما وصفنا وهذا لان ايجاب الزيادة عليهم اجحاف بهم فلا يجوز فلذلك ضم إليهم أقرب القبائل كما ضمنا العاقلة إلى القبائل للتحرز عن الاجحاف بهم ولانه متى حزبهام أمر ولا يتمكن من دفع ذلك عنهم بانفسهم فانما يستعينون بأقرب القبائل إليهم فإذا كانوا في بعض الاحوال يستنصرون بهم عند الحاجة فكذلك يضمون إليهم في تحمل العقل عند الحاجة قال ولا يستحقون العطاء عندنا الا بأخر السنة فلذلك قلنا إذا خرج العطاء بعد القضاء بشهر أو أقل أخذ منه ثلث الدية ومعنى هذا أن العطاء انما يخرج لهم في العادة في كل سنة واستحقاق ذلك عند تمام السنة لانهم يستحقون

ذلك بطريق الصلة والتبرع إلى آخر المدة في حكم المعاوضات دون الصلوات وانما يكون استحقاق الصلة عند تمام المدة ولا يثبت الملك فيها الا بالقبض بمنزلة الجزية ولهذا قلنا ان من مات من أهل الذمة أو أسلم لم يكن عليه شئ من الجزية وفي حق أهل الديوان ان من مات منهم قبل خروج العطاء وقبل تمام السنة لم يصر عطاؤه ميراثا لورثته فعرفنا ان وجوبه باعتبار آخر السنة فمتى كان يجرى ذلك الوقت بعد القضاء كان العطاء الواجب باعتبار ذلك الوقت محلا لاخذ الدية منه وإذا لم يقض عليهم بالدية حتى

مضت سنون ثم قضى بها ولم يخرج للناس أعطياتهم الماضية لم يكن فيها من الدية شئ لان وجوب هذه الاعطية باعتبار مدة مضت قبل قضاء القاضي وقد بينا أن وجوب الدية بقضاء القاضي فمحل الاداء الاعطيات التي تجب بعد القضاء فلهذا لا يستوفي من الاعطيات الماضية شئ من الدية ويستقبل بصاحب الدية الاعطية المستقبلية بعد القضاء ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب رزق يأخذه في كل شهر قضى عليهم بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم قائم مقام العطاء فان العطاء انما كان محلاً لقضاء الدية منه لانه صلة يخرج لهم من بيت المال ولاجله اجتمعوا واثبتوا أسماءهم في الديوان وهذا موجود في الرزق إذا كانوا أصحاب رزق ثم ينظر ان كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث وان كان يخرج في كل شهر فمقدار نصف سدس الثلث يؤخذ من كل رزق حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث يؤخذ من كل رزق وان خرج الرزق بعد قضاء القاضي بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر كما بينا فان كانوا يأخذون الارزاق في كل ستة أشهر فخرج لهم رزق ستة أشهر بعد القضاء أخذ منهم سدس الدية وان كانت لهم أرزاق في كل شهر ولهم أعطية في كل سنة فرضت عليهم الدية في أعطياتهم دون أرزاقهم لان الارزاق انما كانت خلفاً عن الاعطيات ولا يعتبر الخلف مع وجود الاصل وهذا لان الارزاق لهم لكفاية الوقت فاخذ شئ من ذلك منهم يؤدي إلى اضرار بهم وبعيالاتهم فيشق ذلك عليهم عادة فأما الاعطيات فليست لكفاية الوقت ولكن لتألفهم حتى يكونوا مجتمعين في الديوان يقومون بالنصرة فلا يشق عليهم الاداء من الاعطيات فلهذا قلنا عند الاجتماع بفرض الدية من الاعطيات دون الارزاق ومن جنى عليهم من أهل البادية وأهل الثمن الذين لا ديوان لهم فرضت الدية على عواقلهم في أموالهم في ثلاث سنين على الاقرب فالاقرب منهم يوم يقضى القاضي بالدية لان تناصرهم

[131]

بالقرب وانما يعتبر ذلك عند القضاء بالدية كما في حق أهل الديوان ويضم إليه أقرب القبائل في النسب حتى يصيب الرجل من الدية في السنين الثلاثة ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم لتحقيق معنى التخفيف عليهم وهذا المعنى هنا أولى بالاعتبار منه في حق أهل الديوان لان المأخوذ من أموالهم هاهنا والاداء من الاعطيات يكون أيسر من الاداء من أصول الاموال ومن أقر بقتل خطأ ولم يرتفعوا إلى القاضي سنين ثم ارتفعوا قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى لان ما يثبت بالاعتراف لا تتحمله العاقلة لقوله عليه السلام ولا صلحاً ولا اعترافاً وهذا لان اقراره في حقه محمول على الصدق وفي حق عاقلته محمول على الكذب لكونه متهماً في حقهم ثم موجب الجناية في الاصل على الجاني ثم تحمل العاقلة للتخفيف عليه فإذا لم يثبت النسب في حق العاقلة ففي الواجب عليه باعتبار الاصل والتأجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار من القتل لا يكون أقوى من الثابت بالمعينة وفي القتل المعين الدية انما تجب بقضاء القاضي فيها أولاً ولو أقر انه قتل ولي هذا الرجل وأقر أنه خاصمه إلى قاضي بلد كذا فقامت بذلك البينة فقضى به القاضي على عاقلته من أهل ديوان الكوفة وصدقه ولي الجناية في ذلك وكذبه العاقلة فلا شئ على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة على العاقلة ولم يكن عليه شئ في ماله لانهما تصادقا على أن الواجب بقضاء القاضي تقرر على العاقلة وبعد تقررته على العاقلة لا يبقى عليه

وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول فهناك السبب الموجب للدية على العاقلة هو قضاء القاضي ولم يوجد أصلا فيقضى بها في مال المقر قال الا أن يكون له عطاء معهم فتكون عليه حصته من ذلك لانه في مقدار حصته يقر على نفسه وفي حصة عواقلهم يقر عليهم فيؤخذ بما أقر به على نفسه وهذا يبين أن القاتل انما يكون أحد العواقل عندنا وإذا كان له عطاء في الديوان فأما إذا لم يكن فليس عليه من الدية شئ لان الدية تؤخذ من الاعطيات * فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه إلى عاقلة بقضاء القاضي فإذا توى ذلك على العاقلة بحجودهم ينبغي أن يقضى بالكل عليهم كما إذا توى الدين على المحال عليه بحجوده عاد الدين إلى ذمة المحيل * قلنا هذا مستقيم فيما إذا كان أصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا أيضا لم يكن دينا عليه وانما كان بطريق الصلة لصيانة دم المقتول عن الهدر وبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول إليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف والعمد الذي لا قود فيه يقضى بالدية من مال القاتل في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضي لقوله

[132]

عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولان ذلك للتخفيف ودفع الاجحاف عن القاتل والعامد لا يستحق ذلك ولو قتل عشرة رجلا فعلى العاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين لان ما يجب على كل واحد منهم بدل النفس وبديل النفس يكون مؤجلا في ثلاث سنين فيعتبر الجزء منه بالكل ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر وانما يريد به إذا كان لاهل مصر ديوان على حدة أو كان تناصرهم باعتبار القرب في السكنى وأهل مصر أقرب إليه من أهل مصر آخر ويعقل أهل كل مصر عن أهل سوقهم وقراهم لانهم اتباع لاهل مصر فإذا حزبهم أمر استنصروا بهم فأهل مصر يعقلون عنهم باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانها بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لانه انما استنصر باهل ديوانه لاجبر انه (ألا ترى) أن القرب في السكنى لا يكون أقوى من قرب القرابة * ولو أن اخوين لاب وأم ديوان أحدهما بالكوفة وديوان الآخر بالبصرة لم يعقل أحدهما عن صاحبه وانما يعقل عن كل واحد منهما أهل ديوانه فكذلك ما سبق ولو أن قوما من أهل خراسان أهل ديوان واحد مختلفين في انسابهم منهم من له ولاء ومنهم القربى ومنهم من لا ولاء له جنى بعضهم جنابة عقل عنه أهل رايته وأهل فنائه وان كان غيره أقرب إليه في النسب لان استنصاره باهل رايته أظهر ومن كان أهل الديوان لا يرجع في استنصاره إلى عشيرته عادة ولان عطاء أهل راية واحدة انما يخرج من بيت المال جملة واحدة فهم في ذلك كنفوس واحدة وان كان عدد أهل رايته قليلا ضم إليهم الامام من رأى من أهل الديوان حتى يجعلهم عاقلة واحدة لدفع الاجحاف عن أهل رايته وانما يضم إليهم الامام من يكون أقرب إليهم في معنى النصره إذا حزبهم أمر في ذلك وانما يعرف ذلك الامام فجعل مفوضا إلى رايته لهذا ومن لا ديوان له من أهل البادية ونحوهم تعاقلوا على الانساب وان تباعدت منازلهم واختلقت الباديتان لان تناصرهم بالانساب ولان حالهم في معنى الذين كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد بينا أنه قضى بالعقل على الاقارب ولا يعقل أهل البادية عن أهل الامصار الذين عواقلهم في العطاء لان أهل الامصار انما يقوم بنصرتهم والذب عنهم أهل العطاء من أهل ديوانهم لا أهل اخوة البادية وهم انما يتقوون بأهل العطاء وكذلك لا يعقل أهل العطاء؟ عن أهل البادية

لانهم يتقوون بهم ولا ينصر بعضهم بعضا وان كانوا اخوة لاب وأم وانما
ينصر كل واحد منهم أهل العطاء ومن جنى جناية على أهل المصر وليس
في عطاء وأهل البادية

[133]

أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر لانهم من
الذين يقومون بنصرة أهل المصر والدفع عنهم ولا يخصون بذلك من كان له
في المصر عطاء دون من لا عطاء له فلهذا كانوا عاقلة لجميع أهل المصر
وذلك لا يعقل عن صاحب العطاء أهل البادية وان كان فيهم نازلا وأصحاب
الارزاق الذين لا اعطيات لهم بمنزلة أهل العطاء في جميع ذلك لكون
الارزاق خلفا عن الاعطيات في حقهم * وان كان لاهل الذمة عواقل
معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا خطأ فديته على عواقلهم بمنزلة
المسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام في المعاملات ومعنى التناصر الذي
ينبى عليه العقل يوجد في حقهم كما يوجد في حق المسلمين وان لم يكن
لهم عاقلة معروفة يتعاقلون بها فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم
يقضى بها عليه لما بينا أن أصل الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه إلى
العاقلة إذا وجدت فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة مسلم في دار الحرب
قتل مسلما خطأ وهما أجنبيان منها فانه يقضى بالدية عليه في ماله لان
من يكون في دار الحرب فأهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا
الفعل لم يكن بنصرتهم ولا يعقل مسلم عن كافر ولا كافر عن مسلم
والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت ملتهم لان التعاقل ينبنى على
الموالة والتناصر وذلك ينعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين
كفروا بعضهم أولياء بعضهم وقال والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من
ولايتهم من شئ حتى يهاجروا فلما انقطعت الموالة بين من هاجر ومن
لم يهاجر حين كانت الهجرة فريضة كان ذلك قطعاً للموالة بين الكفار
والمسلمين وحكم الميراث والنفقة يؤيد ما ذكرنا * ولو كان القاتل من أهل
الكوفة وله بها عطاء فلم يقض بالدية على عاقلته حتى جعل ديوانه إلى
البصرة فانه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة وعلى قول زفر
يقضى على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف أيضا لان
الموجب للمال الجناية عند قضاء القاضي وقد تحققت منه وعاقلته أهل
ديوان الكوفة وبعد ما تحول إلى ديوان البصرة لم يوجد منه جناية وانما
تعقل العاقلة عند جنايته (ألا ترى) ان القاضي لو قضى بالبينة على عاقلته
بالكوفة ثم تحول إلى ديوان البصرة قبل استيفاء شئ كانت الدية على
عاقلته من أهل الكوفة فكذلك قبل قضاء القاضي لوجهين. أحدهما ان
وجوب الدية في القتل الخطأ ثابت بالنص فيستوي فيه القضاء وغير
القضاء. والثاني على أن الدية * العاقلة بطريق الصلة والصلات لا تصير دينا
بقضاء القاضي قبل الاستيفاء كنفقة الاقارب. وجه قولنا ان المال لا يجب
بنفس القتل وانما يجب بقضاء

[134]

القاضي على ما قررنا ان العجز عن استيفاء المثل انما يتقرر بقضاء
القاضي ثم أصل الوجوب على القاتل وبعد ما وجب عليه تتحمل عنه عاقلته

(ألا ترى) انه لو أقر بقتل خطأ كانت الدية عليه خاصة ولو كان الوجوب على العاقلة ابتداء وجبت عليه بذلك عند الاقرار فإذا ثبت ان الوجوب عليه عند قضاء القاضي فانما تتحمل عنه من يكون عاقلة له عند القضاء وهم أهل ديوان البصرة بخلاف ما إذا قضى بها على عاقلته بالكوفة لان هناك قد تقرر الوجوب عليهم فلا يتحول إلى غيرهم بعد ذلك ثم إذا تحول بعد قضاء القاضي تؤخذ منه في عطائه بالبصرة حصته لان في مقدار حصته محل الاداء وعطاؤه من ديوان البصرة عند الاداء فيؤخذ ذلك القدر منه وفيما زاد على ذلك محل الاداء عطاء أهل الكوفة لان ذلك التقدير عليهم بقضاء القاضي ولو قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وتعذر الاخذ منهم ضم إليهم أقرب القبائل في النسب حتى يعقلوا معهم لدفع الاحجاف عنهم ولا يشبه قلة العاقلة بعد القضاء تحول الرجل بعطائه من بلد إلى بلد لان الذين يضافون إليهم عاقلة واحدة وهذه عاقلة مستقلة يعنى ان الذين يضمنون إليهم يكونون بمنزلة الاتباع لهم فلا تتبدل العاقلة باعتبارهم * يوضحه ان الضم لدفع الاحجاف عنهم وذلك عند الاداء فيصير فيه إلى وقت الاداء وأما القضاء على العاقلة ففي حكم وجوب الدية وذلك يثبت بقضاء القاضي فيعتبر فيه وقت القضاء ولو كان رجل مسكنه بالكوفة فقتل رجلاً خطأ فلم يقض عليه حتى تحول عن الكوفة واستوطن البصرة فانه يقضى بالدية على عاقلته بالبصرة ولو كان قضى بها بالبصرة على عاقلته بالكوفة ولم ينتقل عنهم لان من لا عطاء له إذا كان يسكن مصراً فعاقلته أهل ديوان ذلك المصير بمنزلة من له عطاء وكذلك البدوي إذا التحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء فانه يقضى بالدية على أهل الديوان وان كان ذلك بعد القضاء على عاقلته بالبادية لم يتحول عنهم لان الجناية لم تجنحها العاقلة وانما جناها الرجل فانما يكون على عاقلته إذا قضى بها عليهم (ألا ترى) ان التأجيل في الدية يعتبر من وقت قضاء القاضي ولو قلنا تتحول بتحويله إلى ديوان آخر بعد القضاء لكان إذا تحول بعد مضي سنة يؤخذ الثلث من الديوان الذي انتقل إليهم حالاً وذلك ممتنع وفي اعتبار الاجل من وقت قضاء القاضي دليل ظاهر على أن الجناية انما توجب المال بقضاء القاضي ولو أن قوماً من أهل البادية قضى عليهم بالدية في أموالهم في ثلاث سنين فأدوا الثلث أو الثلثين أو لم يؤدوا أشياء حتى جعلهم الامام في العطاء صارت الدية عليهم في أعطياتهم وان كان قد قضى بها أول مرة

[135]

في أموالهم لان العطاء من أموالهم فليس في أخذ ذلك من العطاء يعتبر القضاء الاول لان العطاء محل الاداء فيكون المعتبر فيه وقت الاداء لا وقت القضاء والاخذ من العطاء بمعنى التيسير عليهم فهو بمنزلة أقرب من القبائل إليهم عند قتلهم فانه يعتبر فيه وقت الاداء لا وقت قضاء القاضي ولكنه يقضى عليهم في أعطياتهم بما كان قضى عليهم بالبادية حتى ان كان قضى بالابل لم يتحول عن ذلك لان في القضاء بشئ آخر ابطال القضاء الاول وذلك لا يجوز وليس في القضاء به في أعطياتهم ابطال القضاء الاول * وإذا قتل ابن الملاعنة رجلاً خطأ فعقلت عنه عاقلة الام ثم ادعاه الاب وثبت نسبه منه فرجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم قضى القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب بهالان النسب كان ثابتاً منه بالفراش وقد انقطعت النسبة عنه بقضاء القاضي ولكن بقي أصل النسب موقوفاً على حقه حتى إذا ادعاه غيره لم يثبت منه وإذا ادعاه هو ثبت النسب منه مع كونه مناقضاً وان كذبت الام في ذلك وانما يثبت النسب من وقت العلوق لا من وقت الدعوى فتبين أنه عقل

حناية كانت على عاقلة أبيه وعاقلة الام ما كانوا متبرعين فيما أدوا بل أجبروا عليه بقضاء القاضي فيثبت لهم حق الرجوع على عاقلة الاب وبصير حالهم مع عاقلة الام كحال ولي الجناية وقد بينا ان ولي الجناية لو كان هو المقضي له بالدية عليهم كان التأجيل فيه معتبرا من وقت قضاء القاضي لا من وقت الجناية فكذلك إذا قضى به لعاقلة الام عليهم يعتبر التأجيل فيه من وقت قضاء القاضي لا من وقت دعوى الاب وهذا لان التأجيل لتأخر المطالبة وذلك بعد تقرر الوجوب عليهم وانما يتقرر بقضاء القاضي وكذلك إذا مات المكاتب عن ولد حر ووفاء فلم يؤد الكتابة حتى جنى ابنه وابنه من امرأة حرة مولاه لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنائته قوم أمه ثم أدى الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما أدوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند اداء البدل يستند إلى حال حياته فتبين انه كان للولد ولاء من جانب الاب حين جنى وان موجب جنائته على موالى أبيه وموالى أمه ما كانوا متبرعين عنه في الاداء فيرجعون بالمؤدى على موالى الاب * وكذلك رجل أمر صبيا أن يقتل رجلا فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الامر لان الأمر متسبب متعد فانه استعمل الصبي في أمر لحقه فيه تبعة فيثبت لعاقلته حق الرجوع بما أدوا على الامر غير انه ان كان الامر يثبت الامر بالبينة فرجوعهم على عاقلة الأمر لان التسبب في الجناية لا يكون فوق المباشرة وان

[136]

كان الأمر ثبت باقراره فانهم يرجعون عليه في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضي على الأمر أو على عاقلته فان اقراره ليس بحجة على العاقلة وان كانوا اجتمعوا في أول الامر وقضى القاضي بها لولى الجناية على عاقلة الصبي ولعاقلة الصبي على عاقلة الأمر لان القضاء باعتبار السبب والسبب هو الجناية وذلك قد وجد من الصبي فيقضى للمولى على عاقلة الصبي ثم الرجوع على عاقلة الأمر بسبب الامر وذلك بين الأمر والصبي فيقضى لعاقلة الصبي على عاقلة الأمر مثل ذلك فكلمما أخذ ولي الجناية من عاقلة الصبي شيئا أخذت عاقلة الصبي من عاقلة الأمر بمثل ذلك لان الرجوع لدفع الغرم عن عاقلة الصبي وانما يتحقق الغرم بالاداء فيرجعون بقدر ما أدوا بمنزلة رجوع الكفيل على الاصيل إذا كان كفل عنه بامر * ولو أن ابن الملائنة قتل رجلا خطأ فقضى القاضي بالدية على عاقلة الام فأدوا الثلث ثم ادعاه الاب وحضروا جميعا فانه يقضى لعاقلة الام بالثلث الذي أدوا على عاقلة الاب لانهم ما كانوا متبرعين في اداء ذلك ويبدأ بهم في سنة مستقبلة قبل أهل الجناية ويبطل الفصل عن عاقلة الام ويقضى بالثلثين الباقيين على عاقلة الاب في السنتين بعد السنة الاولى ولا يسترد من ولي الجناية ما أخذ من عاقلة الام لانه ملك ذلك بسبب صحيح فان القاضي قضى بذلك على عاقلة الام فكان قضاؤه ذلك حقا يومئذ وانما يبطل الفصل على عاقلة الام لانه تبين بالقضاء بثبوت نسبه من أبيه أن جنائته على عاقلة أبيه لا عاقلة أمه ولا فائدة في استيفاء ما بقي من عاقلة الام ثم القضاء بالرجوع لهم على عاقلة الاب بل يستوفي ما بقي من عاقلة الاب بخلاف ما تقدم في مسألة الأمر مع الصبي فان هناك السبب بين ولي الجناية وبين الامر وهنا السبب بين ولي الجناية وعاقلة الاب قد ظهر بدعوى السبب فلهذا قضى بالباقي عليهم ثم في السنة الاولى بعد القضاء ليس لولى الجناية أن يستوفي منهم شيئا لانه قد ثبت لعاقلة الام حق الرجوع عليهم بما أدوا في هذه السنة وحققهم مقدم فانهم يرجعون بما استوفاه ولي الجناية فلو قلنا بأن ولي الجناية

يستوفي منهم في هذه السنة أيضا شيأ أدى إلى أن يستوفي منهم ثلثي دية واحدة في سنة واحدة وفيه اجحاف بهم وعلى هذا ابن المكاتب الذي وصفناه لانه بمنزلة ابن الملائنة حين استندت حرية ابنه إلى حياة أبيه وإذا كان المرأة حرة ومولاه لبني تميم تحت عبد لرجل من همدان فولدت غلاما فعاقلة الابن عاقلة أمه لانه لا ولاء له من جهة أبيه فانه عبد والولاء كالنسب فيتبع الولد فيه أمه إذا انعدم من قبل الاب كما في النسب فان جنى جنابة فلم يقض بها القاضي

[137]

على عاقلة الام حتى عتق الاب فان القاضي يحول ولاءه إلى موالى أبيه لانه ظهر له ولاء في جانب الاب وهو الاصل كما في النسب ثم يقضى القاضي بالجنابة التي قد جناها على عاقلة أمه ولا يحولها عنهم * وكذلك لو كان حفر بئرا قبل عتق أبيه ثم سقط فيها انسان بعد عتق أبيه وما خاصم في ذلك حتى قضى بالدية على عاقلة الام ان كان بالغاً وان كان صغيراً فأبوه لان مباشرة السبب كانت منه فهو الخصم بالقضاء بالسبب عليه والحكم يبنى على السبب ثم انما يقضى هاهنا على عاقلة الام بخلاف ما تقدم في ابن الملائنة وابن المكاتب لان هذا ولاء حادث حدث بعد الجنابة ولم يستند إلى وقت سابق فلم يتبين به انه عند جنابته لم تكن على عاقلة موالى أمه وفي مسألة النسب لم يثبت من وقت الدعوى وانما ثبت من وقت العلوق وذلك عتق المكاتب الميت عند أداء بدل الكتابة لا يثبت مقصوراً على حالة الاداء بل يستند إلى حال حياته فلهذا كان القضاء هناك على عاقلة أبيه وهاهنا على عاقلة الام وكذلك في مسألة حفر البئر لان عند الوقوع انما يصير جانباً بالحفر السابق وقد كانت عاقلته في الوقت قوم أمه * ولو أن امرأة مسلمة مولاة لبني تميم جنت جنابة أو حفرت بئراً فلم يقض بالجنابة حتى ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فأعتقها رجل من همدان ثم وقع في البئر رجل فمات قضى بتلك الجنابة على بني تميم لانه انما حدث لها ولاء بسبب الاعتاق بعد الجنابة أو الحفر فلا أثر لهذا الولاء في الجنابة التي كانت منها قبل ذلك كما في المسألة المتقدمة وعلل في الكتاب فقال لان الحالة الثانية غير الحالة الاولى يعنى ان حالها تبدل بالسبي والعتق فكانت في حكم شخص آخر وانما يقضى بالجنابة الاولى على عاقلة الجانية وعاقلة الجانية بنو تميم فاما همدان فعاقلة امرأة أخرى في الحكم لانها تبدل حالها حين صارت في حكم امرأة أخرى * حربي أسلم ووالى مسلماً في دار الاسلام ثم جنى جنابة عقلت عنه عاقلة الذي والاه فان ولاء الموالاة عندنا بمنزلة ولاء العتق في حكم عقل الجنابة وقد بينا هذا في كتاب الولاء ثم لا يكون له أن يتحول بولائه بعد الجنابة لانها تأكدت بفعل الجنابة فان عقلوا عنه أو لم يقض بها حتى أسر أبوه من دار الحرب فاشتراه رجل وأعتقه جر ولاء ابنه لان ولاء العتق أقوى من ولاء الموالاة فبعد ما ظهر لابيه ولاء عتق لا يبقى ولاء الموالاة في حقه بل يلغى حكماً وتأكده لا يمنع من ذلك بمنزلة الولد الثابت ولاؤه لموالى أمه عليه ثم لا ترجع عاقلة الذي كان والاه على عاقلة موالى الاب بشئ فلا تزول تلك الجنابة عنهم وان لم يكن قضى بها عليهم لان هذا ولاء حادث بسبب

حديد وهو اعتاق الاب فلا يظهر أثره في الجناية الثانية وكذلك لو حفر بئرا أن يؤسر أبوه ثم وقع فيها انسان بعد عتق الاب فان ذلك على عاقلة الذي والاه دون عاقلة أبيه والخصومة في سببه مع الجاني لان مباشرة السبب كانت منه * ذمي أسلم ولم يوال أحدا حتى قتل قتيلا خطأ فلم يقض به حتى والى رجلا من بني تميم ثم جنى جناية أخرى فانه يقضى بالجنايتين على بيت المال ويجعل ولاؤه لجماعة المسلمين وتبطل موالاته مع الذي والاه لان الذي أسلم ولم يوال أحدا فولأؤه لبيت المال حتى يكون ميراثه لو مات لبيت المال فإذا جنى جناية تعقل وجب على بيت المال وتأكد به حكم ذلك الولاء ولا يصح منه عقد الموالاتة بعد ذلك مع أحد فلهذا كان موجب جنايته على بيت المال * وكذلك لو رمى بسهم أو حجر خطأ قبل أن يوالي أحدا فلم تقع الرمية حتى والى رجلا ثم وقعت فقتلت رجلا كانت موالاته باطلة لانه بالرمي جان (ألا ترى) ان المعتبر حالة الرمي حتى لو رمى إلى صيد وهو مسلم ثم ارتد فأصابه السهم حل تناوله وإذا كان بالرمي جانيا وذلك حصل منه قبل الموالاتة تأكد به الولاء لبيت المال * ولو حفر بئرا في الطريق فلم يقع فيها أحد حتى والى رجلا ثم وقع فيها رجل فمات فان دية القتل عليه في ماله وولاء الذي والاه صحيح ولا يشبه هذا ما مضى قبله من الرمية والجناية لان مجرد الحفر ليس بجناية يجب بها أرش حتى يعطب فيها انسان فقد والى وليس في عنقه جناية فصحت الموالاتة والرمية كانت جناية منه فأنما والاه وفي عنقه جناية وبيان هذا الفرق أن الرامي مباشر ولا تتحقق المباشرة الا باعتبار فعله (ألا ترى) انه بالرمي ملتزم القود إذا كان عمدا والكفارة إذا خطاء فعرفنا انه جان حين رمى وأما الحافر فليس بمباشر للقتل ولهذا لا تلزمه الكفارة ولا يحرم الميراث ولكنه متسبب وانما يتم هذا السبب عند وقوع الواقع في البئر فقد والى وليس في عنقه جناية فصحت الموالاتة ثم دية هذا الواقع في البئر لا تكون على من والاه لانه عند الوقوع صار جانيا عليه بالحفر السابق وقد كان ذلك قبل الموالاتة ومن والاه لم يتحمل عنه موجب أفعاله قبل الموالاتة ولا يعقل عنه بيت المال لانه ان جعل ذلك على بيت المال بطل ولاؤه ولا وجه لا بطال الولاء المحكوم بصحته فلنا ان وجب عليه دية القتل في ماله بمنزلة من لا عاقلة له وكذلك الرجل يسلم ويوالي رجلا ثم يجنى أو يرمي أو يحفر بئرا ثم ينتقل بولائه فهو بمنزلة ما تقدم لان الاول في المعنى تحول بالولاء فانه كان مولى لبيت المال فلا فرق بين أن يتحول بولاء كان ثابتا عليه لبيت المال وبين أن يتحول بولاء

كان ثابتا عليه لانسان بعقده (ألا ترى) أن حافر البئر لو لم يقع في البئر أحد حتى تحول بولائه إلى رجل فوالاه وعاقده ثم جنى جنايات كثيرة كان عقلها على عاقلة المولى الاخر علم بالحفر أو لم يعلم لانه لم يدرا انه يقع في البئر انسان أولا يقع فيكون ولاؤه مع الثاني صحيحا وعقل جنايته عليه فبعد ما عقلوا إذا وقع في البئر رجل لو قلنا بان ديته على عاقلة المولى الاول أو على بيت المال بطل هذا كله وذلك لا يستقيم ثم اشتغل في الكتاب بالكلام مع زفر رحمه الله فقال ان قال قائل فكيف لم يشتهه الولاء المنتقل بعنق الاب قبل القضاء للعاقلتين اللتين تكون احدهما عاقلة ثم لا يتحول إلى العاقلة الاخرى وقد قلت إذا تحول من ديوان إلى ديوان قبل

قضاء القاضي انه يقضى بالدية على أهل الديوان الذي انتقل إليهم ثم أشار إلى الفرق فقال إذا انتقل من ولاء إلى ولاء صارت الحالة الثانية في حقه غير الحالة الاولى فيكون ذلك بمنزلة نفسه ونظيره ما بينا في المرأة الجانية إذا ارتدت فسيبت وأعتقت وصاحب العاقلتين لم يتحول حاله بل حاله واحدة وان تحولت عاقلته بتحوله من ديوان إلى ديوان فلهذا كان المعتبر عاقلته وقت القضاء واستوضح هذا بما بينا ان نفس القتل الواجب عليه النفس فانما يتحول إلى الدية بقضاء القاضي وعند القضاء العاقلة يتحملون عنه فمن ضرورته أن يكون الوجوب عليه أولاً والدليل عليه ما ذكرنا من الاقرار بقتل الخطأ ثم استوضح بهذا بمسألة مبتدأة فقال كان أبو حنيفة رحمه الله يقول لو أن رجلاً قتل رجلاً خطأ فلم يقض عليه بالدية حتى صالحه على عشرين ألف درهم أو على ألفي دينار أو على مائتي بعير أو ثلاثة آلاف شاة أو ثلثمائة؟ بقرة لم يجز ذلك ورد إلى الدية ولو قضى القاضي عليه بالف دينار فصالح على عشرين ألف درهم أو على مائتي بعير باعيانها كان جائزاً في هذا يتبين ان النفس انما تصير ما لا يقض القضاء القاضي فالقضاء ما يقع عليه الصلح بدل النفس وبديل النفس شرعاً مقدر بعشرة آلاف درهم أو مائة من الابل فالصلح على أكثر من ذلك باطل وبعد قضاء القاضي بالدنانير قد وجبت الدنانير فانما يقع الصلح بعد ذلك من الدنانير على الدراهم أو الابل ثم هذه المسألة لا يستقيم جوابها على أصل أبي حنيفة فان عنده البقر والغنم ليسا بأصل في الدية ولا يدخلهما التقدير فينبغي أن يجوز الصلح عنده على أي مقدار كان منها وقيل بل هو مستقيم لان عنده القاضي لو قضى في الدية بالبقر والغنم كان قضاؤه نافذا فيما يقضى بالفى شاة ومائتي بقرة لان ذلك مجتهد فيه فينفذ قضاء القاضي به وكذلك إذا اصطلح الخصمان لان صلحهما في حقهما كقضاء القاضي به ولو قضى القاضي في الدية بثلاثة

[140]

آلاف شاة أو ثلثمائة بقرة لم يجز قضاؤه فكذلك إذا اصطلح الخصمان على ذلك * ولو أقر رجل بقتل رجل خطأ عند القاضي وأقام ولي الجانية عليه البينة قضى بالدية على العاقلة لان الولي محتاج إلى هذه البينة فوجب قبولها وبه يتبين ان المال لا يجب بدون القضاء لان الاقرار موجب بنفسه فلو وجب المال به عليه لا يستقيم قبول البينة من الولي بعده والقضاء به على العاقلة فان قال الولي بعد الاقرار به لا أعلم لي بينة فاقض لي بها عليه في ماله فقضى القاضي بها في مال المقر ثم وجد ولي الجانية بينة فاراد أن يحول ذلك إلى العاقلة لم يكن له ذلك لان المال قد وجب عليه بقضاء القاضي فلا يكون للولي أن يبطل قضاءه ببينته فتحول ذلك إلى العاقلة ولو قال الولي لا تعجل بالقضاء في ماله لعلني أجد بينة فاخره القاضي ثم وجد بينة قضى له على العاقلة لما بينا * ولو أن رجلاً من أهل البادية حفر بئراً في الطريق ثم ان الامام نقل أهل البادية إلى الامصار فتفرقوا فيها وصاروا أصحاب أعطية ثم وقع في تلك البئر انسان كانت الدية على عاقلته يوم وقع الرجل في البئر لان عند الوقوع في البئر يصير جانياً بالحفر السابق وأورد هذا النوع لا يوضح ما سبق من الفرق بين هذا الحفر وغيره * قال وكذلك لو حفر وهو من أهل العطاء ثم أبطل الامام عطاءهم وردهم إلى انسابهم فتعاقلوا عليها زماناً طويلاً ثم مات انسان في البئر كان عليه اليوم الذي وجب المال فيه لما بينا ان الرجل لم يخرج من نسبه وان أثبت له في الديوان عطاء ولم يتحول إلى حالة أخرى وانما انتقلت عاقلته فلا تتبدل به نفسه * ولو أن أهل الكوفة جنى رجل

منهم جناية وقضى بها على عاقلته ثم ألحق بقوم من قومه من أهل البادية أو من أهل المصر لم يكن لهم ديوان وجعلوا مع قومهم عقلوا معهم ودخلوا فيما قضى به من الجناية ولم يدخلوا فيما أدوا قبل ذلك وهذا بمنزلة ما لو قلت العاقلة حتى ضم الامام إليهم أقرب القبائل في النسب والاصل في هذا كله أن حال الجاني إذا تبدل حكما وانتقل من ولاء إلى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى كان قضى بها أو لم يقض وان ظهرت حالة حقيقية مثل دعوى الملاءنة حولت الجناية إلى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ولو لم تختلف حالة الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك الوقت بالقضاء فان كان قضى على الاولى لم ينتقل إلى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية وإذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أدأؤه * ولو أن رجلا من أهل البادية من أهل الابل جنى جناية فلم يقض

[141]

بها حتى نقله الامام وقومه فجعلهم أهل عطاء وجعل عطاءهم الدنانير ثم رفع إلى القاضي قضى عليهم بالدنانير دون الابل لان وجوب المال بقضاء القاضي وعند قضاء القاضي ما لهم عطاء فيقضى بالدية من جنس ذلك ولو كان قضى عليهم بمائة من الابل ثم نقله الامام وقومه إلى العطاء وجعل عطاءهم الدنانير أخذوا بالابل أو بقيمتها وان لم يكن لهم مال غير العطاء أخذت قيمة الابل من اعطياتهم قلت القيمة أو كثرت لان الابل تعينت دية بقضاء القاضي والحيوان لا يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلا يتغير حكم ذلك القضاء بصيرورتهم من أهل العطاء ولكنهم يؤخذون بما قضى به عليهم في أموالهم فان لم يكن لهم مال غير العطاء أخذت قيمة الابل من اعطياتهم لان ذلك ما لهم وقد ذكر قبل هذا إذا قضى عليهم بالدية ثم جعلهم الامام أهل العطاء صارت الدية عليهم في اعطياتهم ومن أصحابنا رحمهم الله من بين في هذه المسألة روايتين كلناهما في هذا الكتاب ومنهم من وفق فقال هناك أبهم الجواب أنه يؤخذ من اعطياتهم للتيسير عليهم ولم يبين ماذا يؤخذ ثم فسر ذلك هاهنا فقال تؤخذ قيمة الابل من اعطياتهم وتأويل ما ذكر هناك انه قضى من جنس العطاء عليهم بالدية ولم يعين جنسا منها بقضاء حتى صاروا أهل عطاء وانما يعين عليهم بعد ذلك ما هو من جنس العطاء ويأخذه من العطاء وهاهنا عين الجنس عند قضائه وقضى عليهم بمائة من الابل والعطاء وليس من جنس الابل فيكون الرأي إليهم ان شاؤا أدوا الابل من أموالهم وان شاؤا القيمة فإذا لم يكن لهم مال غير العطاء تؤخذ القيمة من اعطياتهم * ولو أن ذميا أسلم ووالى رجلا ثم جنى جناية خطأ فلم يقض بها القاضي على العاقلة بشئ حتى أبرأ أولياء المجني عليه الجاني من الجناية فللجاني أن يتحول بولائه عن الذي والاه لان بابرائه سقط موجب الجناية ولم يجب شئ على الذي والاه لان الوجوب عليه بقضاء القاضي ولو كان الابراء بعد ما قضى القاضي على العاقلة بالدية لم يكن له أن يتحول بولائه لان بقضاء القاضي وجبت الدية على العاقلة لتأكد الولاية ثم بسقوطه عن العاقلة بالابراء وسقوطه بالاستيفاء سواء ومعنى هذا الفرق أن موجب الجناية قبل القضاء على الجاني فالابراء يكون اسقاطا عن العاقلة وهذا بخلاف ما تقدم إذا لم يوجد الابراء ولا القضاء حتى تحول بولائه إلى غيره لان هناك موجب الجناية الاولى الباقية فانما يقضى القاضي به على عاقلة الاولى فلا يمكن أن يتحول حتى لو كان أقر الجاني بالجناية كان له أن

يتحول سواء قضى بها عليه في ماله أو لم يقض لان موجب الجنابة الثانية
باقراره يكون عليه

[142]

لا على عاقلته فلم يوجد في حق العاقلة ما يتأكد به الولاء ولو لم يكن
ولكنه التحق معهم في ديوانهم فجنى بعضهم فعقل عنه معهم لم يكن له
أن يتحول بولائه عنهم لان الذي وآلاه ليس له أن يحول إذا عقل عنهم
فكذلك لا يكون له أن يتحول عنهم (ألا ترى) ان المولى بعد ما عقل عنه لم
يكن له أن يبرأ من ولائه كما ليس له أن يتحول بالولاء عنه وقد كان قبل
العقل لكل واحد منهما ذلك فإذا لم يكن لاحدهما أن يتحول بعد عقل
الجنابة لم يكن للآخر أن يحوله أيضا ولو أخذ معهم العطاء ولم يعقل عنهم
كان له أن يتحول عنهم لان بأخذ العطاء لا يتأكد حكم الولاء بينه وبينهم إنما
يتأكد ذلك بعقل الجنابة اعتبار الولاء الموالاة فان ذلك إنما يتأكد بعقل
الجنابة حتى ان عقل عقل الجنابة لكل واحد منهما أن يتحول بولائه وليس
له ذلك بعد عقل الجنابة من جانب واحد أو من جانبين والله أعلم بالصواب
(كتاب الوصايا) (قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد
بن أبي سهل السرخسى رحمة الله عليه أعلم بان الوصية عقد مندوب إليه
مرغوب فيه ليس بفرض ولا واجب عند جمهور العلماء وقال بعض الناس
الوصية للوالدين والاقربين إذا كانوا ممن لا يرثونه فرض وعند بعضهم
الوصية واجبة على أحد ممن لم يرثوه واستدلوا بقوله تعالى كتب عليكم إذا
حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب
علينا يكون فرضا وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر
إذا كان له مال يريد الوصية فيه ان يبيت ليلتين الا وصيته مكتوبة عند رأسه
وحجتنا في ذلك ان الوصية مشروعة لنا لا علينا قال عليه السلام ان الله
تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه
حيث شئتم أو قال حيث أحببتم والمشروع لنا ما لا يكون فرضا ولا واجبا
علينا بل يكون مندوبا إليه بمنزلة النوافل من العبادات ثم التبرع بعد الوفاة
معتبر بالتبرع في حالة الحياة وذلك احسان مندوب إليه وكذلك التبرع
بالوصية بعد الموت وأما الآية فقد اتفق أكثر أهل التفسير على أن ذلك كان
في الابتداء قبل أن ينزل آية الموارث ثم انتسخ وتكلموا في ناسخه وكان
أبو بكر الرازي رحمه الله يقول إنما انتسخ بقوله من بعد وصية يوصى بها
أو دين فانه نص على الميراث بعد وصية منكرة فلو كانت الوصية للوالدين
والاقربين ثابتة بعد نزول هذه الآية

[143]

لذكر الارث بعد الوصية المعرفة لان تلك وصية معهودة وهذا قول الشافعي
أيضا بناء على مذهبه أنه لا يجوز نسخ الكتاب بالسنة والرزاي كان لا يجوز
نسخ الكتاب الا بالخبر المتواتر وأكثر مشايخنا رحمهم الله يقولون إنما
انتسخ هذا الحكم بقوله عليه السلام ان الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا
وصية لو ارث وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل به ونسخ
الكتاب جائز بمثله عندنا لان ما تلقته العلماء بالقبول والعمل به كالمسموع
من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو سمعناه يقول لا تعملوا بهذه الآية

فان حكمها منسوخ لم يجز العمل بها ولاجل شهرة هذا الحديث بدأ الكتاب به ورواه عن أبي قلابة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث وفي بعض الرواية قال الا أن يجيزه الورثة وفي هذه الزيادة بيان ان المراد نفي الجواز لا نفي التحقيق ومن ضرورة نفي الجواز نفي الفرضية والوجوب والحديث مرسل بالطريق الذي رواه ولكن المراسيل حجة عندنا كالمسانيد أو أقوى من المسانيد لان الراوي إذا سمع الحديث من واحد لا يشق عليه حفظ اسمه فيرويه مسندا وإذا سمعه من جماعة يشق عليه حفظ الرواية فيرسل الحديث فكان الارسال من الراوي المعروف دليل شهرة الحديث فاما الحديث الذي رواه فهو شاذ فيما تعم به البلوى والوجوب لا يثبت بمثله ثم هو محمول على ما كان ابتداء قبل نزول آية الموارث أو المراد أن ذلك لا يليق بطريق الاحتياط والاخذ بمكارم الاخلاق لقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شعبانا وجاره طاوإلى جنبه والمراد ما بينا ثم الوصية تتقدر بقدر الثلث من المال وهي مأخوذة من الدين لحديث رضى الله عنه قال انكم تقرؤن الوصية قبل الدين وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدأ بالدين قبل الوصية وهكذا نقل عن ابن عباس رضى الله عنهما فهذا منهما اشارة إلى معنى التقديم والتأخير في الآية ثم قضاء الدين من أصول حوائج المرء لانه تفرغ به ذمته والوصية ليست من أصول حوائجه وحاجته مقدمة في تركته (ألا ترى) انه يقدم جهازه وكفنه لحاجته إلى ذلك فكذلك قضاء الدين ثم زعم بعض أصحابنا أن الوصية بعد الدين تقدم على الميراث لطاهر الآية وأكثرهم قالوا التقديم لا يظهر في الوصية بل الوارث يستحق الثلثين ارثا في الوقت الذي يستحق الموصى له الثلث بالوصية والمراد من الآية تقديم الوصية على الميراث في الثلث لانه محل للارث إذا لم يوص فيه بشئ فإذا أقصى كانت الوصية في الثلث مقدمة على الميراث والدليل على أن محل الوصية النافذة شرعا ثلث

[144]

المال ما رواه من حديث سعد بن مالك قال يارسول الله أوصى بمالي كله فقال لا قال فبنصفه قال لا قال فبثلثه قال الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير أن من تدعهم فقراء يتكففون الناس وفي رواية يتكففون وأصل هذا الحديث مروى أن سعدا رضى الله عنه مرض بمكة عام حجة الوداع فدخل عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم يعوده فقال يا رسول الله خلف عن دار الهجرة فأموت بمكة فقال أنى لارجو أن يبيقك الله ينتفع بك أقوام ويضربك آخرون لكن البائس سعد بن خولة يرثى له ان مات بمكة قيل هذا من النبي عليه السلام اشارة إلى ما جرى عن الفتوح على يد سعد في زمن عمر رضى الله عنه ثم قال يا رسول انى لا يرثنى الا ابنة لى أفأوصى بمالي كله الحديث وفيه دليل على انه لا ينبغي للمرء أن يوصى باكثر من ثلثه لان النبي عليه السلام ذم المعتدين في الوصية والتعدي في الوصية مجاوزة حدها قال الله تعالى ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون وفي الحديث الحيف في الوصية أكبر الكبائر والحيف هو الظلم والميل وذلك بمجاوزة الحد المحدود شرعا بان يوصى لبعض ورثته أو يوصى باكثر من ثلث ماله على قصد الاضرار بورثته والدليل على ان محل الوصية الثلث ما روينا من قوله ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم ثم بين المعنى بقوله انك تدع عيالك أغنياء معناه ورثتك أقرب اليك من الاجانب فترك المال خير لك من الوصية فيه وفي هذا دليل أن التعليل في الوصية أفضل وذلك مروى عن أبي بكر وعمر وقال لان يوصى بالخمسة

أحب اليانا من أن يوصى بالربع ولان يوصى بالربع أحب اليانا من أن يوصى بالثلث وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك وزادو قال من أوصى بالثلث فلم يترك شيئاً يعني لم يترك شيئاً مما جعل له الشرع حق الوصية فيه فعرفنا ان القليل في الوصية أفضل لان ذلك أبعد عن وحشة الورثة فانه إذا أوصى بجميع الثلث قال الوارث لا منة له علي فانه ما ترك الوصية بما زاد على الثلث الا لعجزه عن تنفيذه شرعاً وحق الوارث ثبت في ماله شرعاً قال عليه السلام ان أفضل الصدقة أن تتصدق وأنت صحيح صحيح تأمل العيش وتخشى الفقر حتى إذا بلغ هذا وأشار إلى التراقي قلت لفلان كذا ولفلان كذا كان ذلك وان لم يقل وانما تحل الوصية بالثلث شرعاً لمن يترك مالا كثيراً يستغني ورثته بثلثيه اما لكثرة المال أو لقله الورثة هكذا روي ان علياً استأذنه رجل في الوصية لمن يترك خيراً يريد قوله تعالى ان ترك خيراً ثم يستدل بظاهر هذا الحديث من يقول بان الغني الشاكر أفضل من الفقير الصابر فان النبي عليه السلام قدم صفة الغني لوارثه سعد فقال

[145]

انك ان تدع عيالك أغنياء ولكننا نقول قدم صفة الغني لهم واختار الفقير لنفسه والافضل ما اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه ثم انما قدم الغني على الفقير الذي يسأل كما قال من أن تدعهم فقراء يتكفون الناس أي يلحون في السؤال ونحن انما نقدم الفقير الصابر دون الذي يسأل كما وصفهم الله بقوله تعالى يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس الحافا وهذا لان الفقير مع الصبر أسلم للمرء وأزين للمؤمن قال عليه السلام الفقير أزين للمؤمن من العذار الجيد على جلد الفرس فأما الغني فسبب للطغيان والفتنة قال الله تعالى كلا ان الانسان ليطغى أن رآه استغنى وروي أن حمزة بن عبد المطلب أوصى إلى زيد بن حارثة يوم أحد وان علياً رضي الله عنه أوصى إلى الحسن رضي الله عنهم وفيه دليل أن للمرء أن يوصى إلى غيره في القيام بحوائجه بعد وفاته وهذا من نظر الشرع له أيضا فقد يفرط في بعض حوائجه في حياته أو تحترمه المنية فيحتاج إلى من يقوم مقامه في القيام بحوائجه بعد موته والايضاء إلى الغير كان مشهوراً بين الصحابة رضي الله عنهم فان أبا بكر رضي الله عنه استخلف عمر وأوصى إلى عائشة رضي الله عنها في حوائجه وعمر أوصى إلى حفصة وتكلم الناس في أن رسول الله صلى الله عليه وسلم هل أوصى إلى أحد والصحيح عندنا انه لم يوص إلى أحد بشئ انما أمر أبا بكر أن يصلي بالناس وبه استدلوا على خلافته فقالوا ما اختاره لامر ديننا الا وهو يرضي به لامر ديننا وينبغي أن يوصى إلى من هو أقرب إليه إذا كان أهلاً لذلك كما أوصى علي إلى ولده الحسن رضي الله عنه وأوصى حمزة إلى زيد بن حارثة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أختى بينهما حين قدم المدينة وذكر عن ابن مسعود انه سئل عن انسان أوصى بسهم من ماله فقال هو السدس وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال مطلق لفظ السهم في الوصية والاقرار ينصرف إلى السدس وهو مروى عن جماعة من أهل اللغة منهم اياس بن معاوية قالوا السهم السدس وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالوا للموصى له سهم مثل أخس سهام الورثة وروي ذلك في الكتاب عن شريح لان ماله يصير سهاماً بين ورثته فذكر السهم ينصرف إلى ذلك وأخس السهام متيقن فيه الا أن يجاوز السهم فحينئذ لا تنفذ الوصية فيما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة وأبو حنيفة يقول هذا ان لو ذكر السهم معرفاً وقد ذكره منكراً بقوله أوصيت لكم بسهم من مالي فينصرف إلى ما فسر أهل اللغة السهم به * وبيان

المسألة يأتي في موضعه وعن عمر رضي الله عنه قال إذا أوصى الرجل بوصيتين فالأخيرة منهما أملك وبظاهره

[146]

أخذ الشافعي فقال الوصية الثانية بالثلث أو بالعتق للذي أوصى به لغيره يكون دليل الرجوع عن الوصية الأولى ولكننا نقول المراد وصيتان بينهما منافاة بأن يوصى ببيع عبده من إنسان ثم يوصى بعتقه أو على عكس ذلك فإن بين هاتين الوصيتين في محل واحد منافاة فالثانية منهما دليل الرجوع عن الأولى فأما إذا أوصى إلى إنسان بعبد بعينه ثم أوصى لآخر بذلك العبد فلا منافاة بين الوصيتين في المحل ومراده أن يكون كله لاحدهما إن لم يقبل الآخر الوصية أو لم يبق إلى ما بعد موت الموصى وإن لم يكن مشتركا بينهما إن قبلا جميعا الوصية فلا تكون الثانية منهما دليل الرجوع عن الأولى وإن لم يستحق الموصى له الأول الترحيح بالسبق فلا أقل من أن يزاحم الموصى له الثاني وعن إبراهيم في الرجل يموت ولم يحج قال إن أوصى أن يحج عنه فمن الثلث وإن لم يوص فلا شيء وبهذا نأخذ وقد بينا المسألة في كتاب المناسك فنقول فيما يجب حقا لله تعالى خالصا كالزكاة والحج لا يصير ديناً في التركة بعد الموت مقدما على الميراث ولكنه ينفذ من الثلث إن أوصى به كما ينفذ بسائر التبرعات وإن لم يوص به فهو يسقط بالموت في أحكام الدنيا وإن كان مؤاخذاً في الآخرة بالتفريط في الأداء بعد التمكن منه وعلى قول الشافعي يصير ذلك ديناً في تركته مقدما على الميراث أوصى به أو لم يوص وقد بينا المسألة في كتاب المناسك والزكاة وعن إبراهيم في الرجل يوصي بثلث ماله يحج به عنه أو يعتق به رقية فلم تتم الحجة ولا الرقية قال يتصدق عنه ولسنا نأخذ بهذا فإن تنفذ الوصية تجب على ما أوجبه الموصى بحسب الامكان والتحرز عن التبديل واجب بالنص قال تعالى فمن بدله بعد ما سمعه الآية وإنما يحج بثلثه من حيث يبلغ وإن كان الثلث لقلته بحيث لا يمكن أن يحج به عنه فهو لورثته وكان إبراهيم ذهب في ذلك إلى أن مقصود الموصى التقرب إلى الله تعالى بثلث ماله ونيل الثواب في ذلك القدر من المال فيجب تحصيل مقصوده؟ بحسب الامكان وذلك في التصديق به ولكننا نقول اعتبار التعبير في ألفاظ الشرع يجب لأنها لا تخلو عن حكمه حميدة فأما في أوامر العباد فيعتبر اللفظ (ألا ترى) أنه لو أمر إنساناً بأن يطلق امرأته للسنة فطلقها بغير السنة لم يقع والشرع أمر بإيقاع الطلاق للسنة ومن طلق امرأته لغير السنة كان طلاقه واقعا وعن إبراهيم قال لا بأس بأن يوصى المسلم للنصراني أو النصراني للمسلم فيما بينه وبين الثلث وهكذا عن شريح وبه نأخذ فإن الوصية تبرع بعد الوفاة بعقد مباشرة فيعتبر بالتبرع في حياته ولا بأس بعقد الهبة بين المسلم والذمي في حال الحياة والاصل فيه قوله

[147]

تعالى لا ينهاكم الله إلى قوله إن تبرؤهم وتقسطوا إليهم وإن أراد بهذا بيان الفرق بين الوصية والميراث فإن الارث لا يجري مع اختلاف الدين لأن الارث طريق الولاية والخلافة على معنى أنه يبقى للوارث المال الذي كان للمورث واختلاف الدين يقطع الولاية فأما الوصية فتمليك بعقد

مبتدأ ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصى بخلاف الوارث وعن ابراهيم في الرجل يستأذن ورثته في الوصية فيأذنون له ثم يرجعون بعد موته قال لهم ذلك ان شاؤا رجعوا وبه نأخذ فان الاجازة من الورثة معتبرة في الوصية بما زاد على الثلث أو في الوصية للوارث وانما تعتبر اجازتهم بعد موت الموصى فأما في حياته فلا تعتبر لان الاجازة اما أن تكون بمنزلة التملك منهم أو بمنزلة اسقاط الحق وانما ثبت ذلك كله لهم بعد موت الموصى فتمليكهم قبل ان يملكوا أو اسقاطهم لحقهم قبل ان يتقرر وجوب الحق لهم يكون لغوا ثم اجازتهم في حالة الحياة لا تكون دليل الرضى منهم بهذا بل الظاهر أنهم كارهون له الا أنهم احتشمو المورث فلم يجاهروه بالاباء فلو لزمهم حكم الاجازة في حالة الحياة تضرروا بخلاف ما بعد الموت فاجازتهم بعد الموت دليل الرضى منهم وعن ابراهيم في رجل أوصى لغير وارث بدين أو أقرب به قال هو جائز ولو أحاط بماله ومراده الاقرار بالدين لا الوصية وانما سماه وصية لذكره اباه فيما بين الوصايا وفي موضع الوصية وبهذا نأخذ فنقول الاقرار لغير الوارث بالدين صحيح وان أحاط بماله وهو مروى عن ابن عمر رضي الله عنه وقد روى مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبيناه في كتاب الاقرار وعن الشعبي انه سئل عن رجل له ثلاث بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم قال له الربع وبه نأخذ لان مثل الشئ غيره فهو جعل نصيب أحد البنين معيارا لما أوجب الوصية فيه وجعل وصيته بمثل ذلك فاما أن يقال يصير الموصى له بالايجاب كابن آخر له مع البنين الثلاثة فله الربع أو يقال ينظر في نصيب أحد البنين فيزداد على أصل السهام مثل ذلك الموصى له والمال بين البنين الثلاثة على ثلاثة أسهم لكل واحد منهم سهم فإذا زدنا للموصى له سهما على الثلاثة كانت السهام أربعة ثم نعطيه ذلك السهم فيكون له الربع ولايجوز له أن يعطى الثلث بهذا الايجاب لان ذلك حينئذ ينفذ الوصية له في نصيب أحد البنين لا في مثل نصيب أحدهم وهو انما أوصى له بمثل نصيب أحدهم وعن ابراهيم والشعبي قالا في رجل أوصى لرجلين بالنصف والثلث فردوا إلى الثلث أن الثلث بينهم على خمسة أسهم لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب

[148]

الثلث اثنان وهذا قول أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله فأما عند أبي حنيفة رحمه الله فالثلث بينهما نصفان والاصل عند أبي حنيفة أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم اجازة الورثة تبطل في حق الضرب بها في الثلث وبيانه إذا أوصى لرجل بجميع ماله والاخر بثلث ماله فلم تجز الورثة أو أوصى لرجل بجميع ماله والاخر بنصف ماله فلم تجز الورثة فعند أبي حنيفة الثلث بينهما نصفان في الفصلين جميعا وعندهما في الفصل الاول يكون الثلث بينهما ارباعا على أن يضرب الموصى له بالجميع بالثلث في سهام جميع المال الثلاثة والموصى له بالثلث بسهم واحد وفي الفصل الثاني يكون الثلث بينهما أثلاثا على أن يضرب الموصى له بالجميع بسهمين والموصى له بالنصف بسهم فهما يقولان ما يوجب الموصى بعد موته معتبر بما أوجبه الله تعالى من السهام للورثة بعد الموت والله تعالى أوجب للزوج النصف وللأخت النصف واللام الثلث فكان موجب استحقاق كل واحد منهم بما أوجب له عند الانفراد والضرب بجميع ما سمي له بالوصية في محل الميراث عند المزاحمة فذلك فيما أوجب الموصي المقصود استحقاق كل واحد منهما لما أوجبه له عند الانفراد واجازة الورثة * يوضحه ان الموصى قصد سلامة ما سمي لكل واحد منهما بكما له

وتفضيل أحدهما على الآخر ففي أحد الحكمين تعذر تحصيل مقصوده عند عدم اجازة الورثة وفي الحكم الآخر ما تعذر تحصيل مقصوده فيجب تحصيله كما لو قال أوصيت بهذه الألف لفلان منهما بستمائة ولفلان منها بسبعائة تعتبر تسميته لكل واحد منهما وفي القدر الذي سمي التفضيل بينهما وان تعذر اعتباره في استحقاق جميع المسمى لكل واحد منهما لصيق المحل ثم وصيته بالنصف والثالث ينصرف كل واحد منهما إلى جزء شائع في جميع ماله وفيما ذهب إليه أبو حنيفة تنفذ وصية أحدهما بجميع الثلث الذي له أن يوصى به وجعل الزيادة فيما أوصى لآخرهما بثلث ماله للآخر خاصة حتى يبطل بعدم اجازة الورثة وذلك خلاف ما أوجبه الموصى (ألا ترى) أنه لو أوصى لأحدهما بثلث ماله وللآخر بسدس ماله ولأحدهما بالثلث وللآخر بالربع ان لكل واحد منهما أن يضرب بجميع ما أوصى به له في الثلث وكذلك لو أوصى لأحدهما بالف درهم وللآخر بالفين وثلث ماله ألف وضرب كل واحد منهما في الثلث بجميع ما سمي له وكذلك لو أعتق في مرضه عبدا قيمته ألف وعبدا قيمته ألفان وثلث ماله ألف أو باع من انسان عبدا وحاباه بالف وبيع من أحد شيئا وحاباه بالفين وضرب كل واحد منهما في الثلث بجميع ما حاباه وان كان أكثر من ثلث

[149]

ماله فكذلك فيما سبق ولابي حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم اجازة الورثة مفسوخة بتغيير الوصية المفسوخة كالمرجوع فلا يستحق الضرب بها كالوصية بمال الجار وانما قلنا ذلك لأنها كانت موقوفة على اجازة الورثة فتتفسخ بردهم كالبيع الموقوف على اجازة المالك يفسخ برده وتأثيره ان حق الضرب فيه بناء على صحة الايجاب وقد بطل ذلك بالانفساخ فلا معنى للضرب به في مزاحمة وصية الايجاب فيها صحيح ولهذا فارق الموارث فان ما أوجبه الله تعالى لكل وارث صحيح قطعاً ويقينا فعرفنا ان المراد المضاربة بها عند صيق المحل لعلمنا ان المال الواحد لا يكون له نصفان وثلث وبه فارق الوصية بالثلث والسدس لان كل واحد منهما ايجاب صحيح لا يفسخ برد الوارث فان كل واحد منهما ايجاب بتسمية يوجد ذلك فيما هو محل الوصية وهو الثلث فاما هذا فايجاب بتسمية لا توجد تلك التسمية الا فيما هو حق الورثة فيبطل بردهم الايجاب فيما يتناول حقهم وكذلك الوصية بالالف والالفين فانها ما وقعت في حق الورثة بهذه التسمية لان حق الورثة في اعيان التركة دون الألف المرسلة (ألا ترى) انه يتصور تنفيذ جميع هذه الوصية على ما سمي الموصى من غير اجازة الورثة بان يكثر مال المورث فكذلك في مسألة العتق فان ذلك وصية بالبراءة عن السعاية والسعاية بمنزلة الالف المرسلة (ألا ترى) انه يتصور تنفيذ الوصية لكل واحد منهما بدون اجازة الورثة بان يكثر مال الميت وكذلك في مسألة المحاباة فالوصية بالمحاباة تكون من الثمن وذلك بمنزلة المال المرسل حتى يتصور تنفيذه واحد منهما بدون اجازة الورثة عند كثره المال * فان قيل هذا فاسد فان الخلاف ثابت فيما إذا أوصى بعبد بعينه لانسان قيمته ألف وبعبد آخر بعينه لانسان قيمته ألفان ولا مال له سواهما وهنا يتصور تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سمي له بغير اجازة الورثة بان يكثر مال الميت فيخرج العبدان من الثلث * قلنا نعم ولكن وصيتهما بعين التركة حق الورثة فكانت تلك الوصية واقعة في حق الورثة (ألا ترى) انها لا تصح الا بعد قيام ملكه في العين عند الوصية بخلاف الوصية بالالف المرسلة فانها صحيحة ان لم يكن في ملكه مال عند الوصية والطريق الآخر لابي حنيفة أن الوصية

بما زاد على الثلث وصية ضعيفة حتى لا يجب تنفيذها الا باجازة الورثة
والوصية بالارث وصية قوية ولا مزاحمة بين الضعيف والقوي في
الاستحقاق ولكن الضعيف في مقابلة القوي كالمعدوم بمنزلة الوصية
للوارث مع الوصية للاجنبي فانه لا تثبت المزاحمة بينهما والمضاربة عند

[150]

عدم اجازة الورثة وبه فارق المورايت فقد استوى السهام في القوة
وكذلك والوصايا في الثلث فقد استوت في القوة لمصادفة كل واحد منهما
محل الوصية وكذلك التركة إذا كانت ألفا وفيها دين ألف ودين ألفان لان
الدينين استويا في القوة وكذلك الوصايا في الالوف المرسلة والعنق
والمحابة فانها استوت في القوة حين لم تصح في حق الورثة على ما بينا
وقول الموصى قصد تبين قلنا الفصيل بناء على صحة الايجاب في حق
الاستحقاق وقد بطل ذلك بالرد على الطريق الاول وهو ضعيف على
الطريق الثاني فلا يزاحم القوي وبه فارق مسألة الالف لان مطلق الاضافة
اليهما بعقبة تفسير وهو ما سمي من الستمئة لاحدهما والسبعمئة للاخر
فيكون الحكم لذلك التفسير استواء الايجاب في القوة وما قالوا ان
الايجاب ينصرف إلى جزء شائع هاهنا فاسد فانه إذا أوصي بثلاث ماله لابنه
استحق الموصى له جميع الثلث ولو انصرف الايجاب إلى ثلث شائع في
جميع المال صار له ثلث الثلث لان ذلك القدر صادف محل الوصية وحيث
استحق جميع الثلث عرفنا ان تسمية الثلث مطلقا تنفيذ محل الوصية
لتصحيح ايجابه في جميعه كالعبد المشترك بين اثنين يبيع أحدهما نصفا
مطلقا فانه ينصرف البيع إلى نصيبه خاصة فهذا مثله وعن أبي عاصم
الثقفي قال سألتني ابراهيم عن رجل أوصي بنصف ماله وثلثه وربعه
فأجازوا قلت لا علم لي بها قال لي خذ مالا له نصف وثلث وربع وذلك اثنا
عشر فخذ نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المال على ذلك
وهذا قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة رحمه الله بخلاف ذلك ولم
يزد على ذلك حتى اختلفوا في تخريج المسألة على قول أبي حنيفة وهذه
مسألة معروفة تدعى الثقفية وربما يمتحن من يدعى التحرز في المقدرات
من أصحابنا فأما تخريج قولهما فظاهر لان القسمة عندهما على طريق
العول والمضاربة فالموصى له بالنصف يضرب بنصف المال ستة من اثني
عشر والموصى له بالثلث يضرب باربعة من اثني عشر والموصى له بالربع
يضرب بثلاثة فمبلغ هذه السهام ثلاثة عشر فحينئذ اجازة الوارثة يقسم
جميع المال بينهم على ذلك وعند عدم الاجازة يقسم الثلث بينهم على ذلك
وأما عند أبي حنيفة فقسمة المال بينهم عند اجازة الورثة على طريق
المنازعة فخرج أبو يوسف رحمه الله قوله على طريق ومحمد رحمه الله
على طريق آخر والحسن رحمه الله على طريق آخر وكل واحد منهما روي
طريقه عنه وطريق الحسن أوجه فأما طريق أبي يوسف فهو ان الموصى
له بالنصف فضل الموصى له بالثلث بسهمين لا تفاوت ما بين النصف
والثلث سهمان ولا منازعة في هذين السهمين لصاحب الثلث والربع
فياخذهما صاحب

[151]

النصف ثم لا منازعة لصاحب الربع فيما زاد على الربع إلى تمام الثلث وهو سهم وصاحب الثلث والنصف كل واحد منهما يدعى ذلك وفي المال سعة فيأخذ كل واحد منهما سهما ففي ثمانية استوت منازعتهم فيها يكون بينهم اثلاثا فانكسر بالاثلاث فيضرب أصل المال اثنا عشر في ثلاثة فيكون ستة وثلاثين لصاحب النصف أخذ مرة سهمين ومرة سهما وقد ضربنا ذلك في الثلاثة وهي تسعة وصاحب الثلث أخذ سهما وذلك ثلاثة والباقي أربعة وعشرون بينهم لكل واحد منهم ثمانية فحصل لصاحب الربع ثمانية من ستة وثلاثين ولصاحب الثلث أحد عشر ولصاحب النصف سبعة عشر وأما تخريج محمد لقول أبي حنيفة فقريب من هذا ولكنه قال لما أخذ صاحب النصف سهمين بلا منازعة تراجع حقه إلى الثلث فوصاياهم جميعا بعد ذلك اجتمعت في الثلث ومن أصل أبي حنيفة أن الوصايا متى وقعت في الثلث فالقسمة بين أربابها على طريق العول فيضرب صاحب النصف بما بقي من حقه وهو أربعة من اثني عشر وصاحب الثلث بأربعة أيضا وصاحب الربع بثلاثة فيكون بينهم على أحد عشر فالسبيل أن تضرب أصل المال اثني عشر في إحدى عشر فيكون مائة واثنين وثلاثين كان قد أخذ صاحب النصف سهمين وضربنا سهما في أحد عشر وذلك اثنان وعشرون يبقى بعد ذلك مائة وعشرة لصاحب الربع من ذلك ثلاثون ولصاحب الثلث أربعون ولصاحب النصف كذلك فجملة ما حصل لصاحب النصف اثنان وستون ولصاحب الثلث أربعون ولصاحب الربع ثلاثون فاما تخريج الحسن رحمه الله لقوله فهو انه اجتمع هاهنا وصيتان وصية في الثلث ووصية فيما زاد على الثلث وأبو حنيفة يرى القسمة على طريق العول في الوصايا في الثلث والقسمة على طريق المنازعة في الوصايا فيما زاد على الثلث فيعتبر كل واحد منهما ويبدأ بقسمة الثلث لان القسمة على طريق العول تكون عن موافقة فهو أقوى مما يبنى على المنازعة ولان الوصية في محلها أقوى مما إذا جاوزت محلها فنقول يضررب صاحب النصف في الثلث بجميع الثلث وهي أربعة وصاحب الثلث بمثله وصاحب الربع بينهم فيضرب الثلث بينهم على أحد عشر فيكون جميع المال على ثلاثة وثلاثين ثم يأتي إلى القسمة بطريق المنازعة فنقول صاحب النصف حقه في النصف من جميع المال وذلك ستة عشر ونصف وقد وصل إليه أربعة يبقى له من حقه اثنا عشر ونصف وصاحب الثلث كان حقه في أحد عشر وصل إليه أربعة يبقى له سبعة فما زاد على سبعة إلى تمام اثني عشر ونصف لا منازعة فيه لصاحب الثلث فيأخذه صاحب النصف وذلك خمسة ونصف ثم صاحب

[152]

الربع كان حقه في الربع وذلك ثمانية وربع وصل إليه ثلاثة يبقى له خمسة وربع فما زاد على خمسة وربع إلى تمام سبعة لا منازعة فيه لصاحب الربع فصاحب الثلث والنصف كل واحد منهما يدعى وفي المال سعة فيأخذ كل واحد منهما سهما وثلاثة ارباع بلا منازعة فجملة ما أخذ من اثنين وعشرين وهو ثلثا المال تسعة مرة خمسة ونصف ومرتين سهم وثلاثة ارباع وذلك ثلاثة ونصف والباقي ثلاثة عشر استوت منازعتهم فيه فيكون بينهم اثلاثا فانكسر بالاثلاث وكان قد انكسر بالانصاف والارباع الا أن الربع يجزى عن النصف لان النصف يخرج عن مخرج الربع فالسبيل أن يضررب ثلاثة في أربعة فيكون اثني عشر ثم يضررب أصل المال وذلك ثلاثة وثلاثون في اثني عشر فيكون ثلثمائة وستة وتسعين الثلث من ذلك مائة واثنان وثلاثون كان لصاحب النصف من ذلك أربعة مضروبة في اثني عشر وذلك ثمانية وأربعون ولصاحب الثلث مثل ذلك ولصاحب الربع ثلاثة مضروبة في اثني عشر وذلك

سته وثلاثون وكان ما أخذ صاحب النصف من الثلاثين بلا منازعة خمسة ونصف مضروبة في اثني عشر فذلك ستة وستون وما أخذه صاحب النصف وصاحب الثلث ثلاثة ونصف مضروبة في اثني عشر وذلك اثنان وأربعون بينهما نصفان لكل واحد منهما أحد وعشرون وكان الذي لا يستقيم بينهم ثلاثة عشر مضروبة في اثني عشر فيكون ذلك مائة وستة وخمسين بينهم لكل واحد منهم اثنان وخمسون فصاحب الربع ما وصل إليه من الثلاثين الا اثنان وخمسون وصاحب الثلث أخذ مرة اثنين وخمسين ومرة أحد وعشرين وذلك ثلاثة وسبعون وصاحب النصف أخذ مرة اثنين وخمسين ومرة أحد وعشرين ومرة ستة وستين فيكون ذلك مائة وتسعة وستين فإذا جمعت بين هذه السهام بلغت سهام ثلثي المال مائتين وأربعة وستين فإذا ضمته إلى الثلث الذي اقتسموه على طريق العول كانت الجملة ثلثمائة وستة وتسعين فاستقام التخريج وعن ابراهيم رحمه الله قال إذا أوصى الرجل وأعتق بدئ بالعتق وبه نأخذ وهو مروى على ابن عمر رضى الله عنه وهذا لان العتق أقوى سببا من سائر الوصايا فانه لا يحتمل الفسخ وهو اسقاط للرق والمسقط يكون متلاشيا وسائر الوصايا يتحمل الفسخ والرجوع عنها وثبوت الحكم بحسب السبب ولا مزاحمة للضعيف مع القوي ثم أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أخذا بظاهر هذا الحديث فقد ما العتق على المحاباة المتقدمة وأبو حنيفة رحمه الله خص المحاباة من سائر الوصايا باعتبار انها أقوى سببا فسيبها عقد الضمان وعقد الضمان أقوى من التبرع وقوة العتق باعتبار حكم السبب

[153]

فعند البداءة بالمحاباة يترجح بالسبق وبقوة السبب فقال يبدأ بها وعند البداءة بالعتق يستويان من حيث ان للعتق قوة السبق وقوة الحكم وللمحاباة قوة السبب والمعتبر أولا السبب فان الحكم يبنى على السبب فيتحصان وسيأتي بيان المسألة في موضعها وعن ابراهيم في رجل يوصى إلى رجل فيموت الموصى إليه فيوصى إلى رجل آخر فان وصيتهما جميعا صحيحة وبه نأخذ فان الموصى بعد موت الموصى قائم مقام الموصى في ولايته في المال وقد كانت ولايته في ماله ومال الموصى الاول فيخلفه وصيه في التصرف في المالين لان بعد قبول الوصية التصرف في مال الموصى الاول من حوائج الوصي كالتصرف في مال نفسه وانما يقيم الموصى مقامه فيما هو من حاجته وعن ابراهيم في الرجل يوصى لام ولده في حياته وصحته فيموت قال هو ميراث وان أوصى عند موته لها بوصية فهو لها من الثلث والمراد بوصيته لها في صحته الاقرار والهبة لا الوصية المضافة إلى ما بعد الموت لان حالة الصحة وحالة المرض في ذلك سواء وبه نأخذ فنقول الهبة لام الولد والاقرار لها بالدين باطل من المولى لانها باقية على ملكه وكسبها له بمنزلة القنة فأما وصيته لها مضافة إلى ما بعد الموت فصحيحة لانها تعنى بالموت ووجوب الوصية يكون بعد الموت فالوصية لها بمنزلة الوصية لجارية أجنبية وعن ابن عمر رضى الله عنه قال إذا أقر الرجل عند موته بدين لو ارث فانه لا يجوز الا بينة وان أقر لغير وارث بالدين جاز ولو أحاط بجميع ماله وبه نأخذ في الفصلين وقد روى في بعض الروايات مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد بينا ذلك في الاقرار وعن ابراهيم في المرأة يضربها الطلق قال هي بمنزلة المريض في الوصية والتبرع والطلق اسم لوجع الولادة ويسمى ذلك مخاضا أيضا قال الله تعالى فأجاءها المخاض إلى جذع النخلة ومتى أخذها وجع الولادة فهي بمنزلة المريض لانها أشرفت على

الهلاك الا أنه قد يأخذها الوجود ثم يسكن فباعتبار ذلك الوجود لا تصير في التبرعات كالمريضة بمنزلة مرض يعقبه براء وانما تصير كالمريضة إذا أخذها الوجود الذي يكون آخره انفصال الولد عنها من سلامتها به أو موتها لان المعتبر مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به ومن أوصى بأكثر من ثلث ماله لم يجز في الفضل على الثلث الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار لان حقهم تعلق بماله بمرضه ولكن الشرع جعل الثلث محلا لوصية الموصى ليتدارك به ما فرط في حياته فما زاد على ذلك إذا أوصى به فقد قصد الاضرار بورثته باسقاط حقهم عما تعلق حقهم به واينثار الاجنبي على من أثره الشرع وهو الوارث فللوارث أن يرد عليه

[154]

قصده بأن يأبى الاجازة ولا معتبر باجازته في حياة الموصى عندنا وقال ابن أبي ليلى تصح اجازته في حياته وليس له أن يرجع بعد وفاته لانه سقط حقه بالاجازة وبالمرض قد تعلق حقه بماله فيصح اسقاطه وفقه هذا أن حق الوارث انما يثبت في ماله بالموت ولكن سبب موته المرض فلما أقيم هذا السبب مقام حقيقة الموت في منع المورث من التصرف المبطل لحق الوارث فكذلك قام مقامه في صحة اسقاط الحق من الوارث بالاجازة ولكننا نقول اسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز ويعتبر المرض بسبب تعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت فقبل اتصال الموت لا يكون سببا وهذا الاتصال موهوم فيكون هذا اسقاط الحق قبل تقرير السبب ثم الاجازة من الوارث انما تعمل لوجود دليل الرضى منه بتصرف المريض واجازته في حياة الموصى لا تدل على ذلك بل الظاهر انه احتشم المورث فلم يجاهره بالرد من غير أن يكون راضيا بوصيته بخلاف ما إذا أجازته بعد الموت وفي الاجازة بعد الموت ان لم يكن الوارث من أهله بان كان صغيرا فهو باطل أيضا لانه اسقاط الحق بطريق التبرع فأما إذا كان كبيرا فاجازته صحيحة ويسلم المال للموصى له بطريق الوصية من الموصى عندنا وعند الشافعي صحيحة بطريق التملك من الوارث ابتداء منه حتى لا يتم الا بالقبض على قوله وعندنا يتم من غير قبض الموصى له والشيعون لا يمنع صحة الاجازة وليس للوارث أن يرجع فيه. وجه قوله أن بنفس الموت قد صار قدر الثلثين من المال ملكا للوارث لان الميراث يثبت من غير قبول الوارث ولا يرتد بالرد فاجازته تكون اخراجا للمال عن ملكه بغير عوض وهذا فيه لا يتم الا بالقبض كما لو أوصى بمال جاره فاجازته الجار بعد موته ولكننا نقول تصرف الموصى صادق ملكه وامتنع نفوذه بقيام حقه الغير فيه اجازة من له الحق تكون اسقاطا كاجازة المرتهن بيع الراهن وكذلك ان أجازوا وصية الوارث ولو أوصى بالف درهم من مال رجل أو بعبد أو ثوب فجاز ذلك الرجل قبل موته أو بعده فله أن يرجع عنه ما لم يدفعه إلى الموصى له فإذا دفعه إليه جاز لان وصيته من مال غيره بمنزلة الهبة كانه وهب مال غير فلا يصح إلى بالتسليم والقبض كما لو وهب مال نفسه بخلاف الوصية من مال نفسه بأكثر من الثلث لانه أوصى بمال نفسه الا أنه لم ينفذ لحق الورثة فإذا أجازوا فقد أبطلوا حقهم وجاز من قبل الوصي جواز الوصية فلم يكن التسليم من شرط صحتها وجوازها وإذا أوصى الرجل لرجل بعبد ولاخر بثوب ولاخر بدار والثلث يبلغ الف درهم والوصية تبلغ

ألفا وخمسمائة أصاب كل واحد منهم ثلثى وصيته وبطل الثلث لانه لا بد من ابطال الفضل على الثلث وليس أحدهم بابطالها أولى من الآخر وقد استووا في استحقاق الثلث فكذا في ابطاله فينقص من وصية كل واحد منهما ثلثها ووجه ذلك ان ينظر إلى مبلغ الوصايا وإلى ثلث ماله فان كانت الزيادة مقدار الثلث ينقص من نصيب كل واحد منهما الثلث وان كان نصف النصف وتفسيره إذا أوصى لرجل بعبد قيمته ألف درهم ولاخر بثوب قيمته ثلثمائة درهم ولاخر بدار قيمتها مائتان فذلك كلة ألف وخمسمائة وثلث ماله ألف فالزيادة مقدار الثلث فينقص من وصية كل واحد منهم مقدار الثلث فلصاحب العبد ثلثا العبد ولصاحب الدار ثلثا الدراهم ولصاحب الثوب ثلثا الثوب فاستقام الثلث والثلثان وإذا أوصى لذوى قرابته بالثلث فان ذوى قرابته كل ذى رحم محرم منه * قال رضى الله عنه هنا خمسة ألقاظ أما ان يوصى لذوى قرابته أو لا قاربه أو لانسابه أو لرحامه أو لذوى أرحامه فأبو حنيفة يعتبر خمسة أشياء ذا رحم محرم وأثنين فصاعدا ما سوى الوالد والولد ومن لا يرث والاقرب فالاقرب وفي قول أبي يوسف الاول يدخل فيها جميع ذوى رحم محرم منه الاقرب والابعد في ذلك سواء ثم رجع فقال كل من يجمعه وأباه أقصى أب في الاسلام ويدخل في الوصية ذو الرحم وغير ذى الرحم المحرم كلهم سواء وهو قول محمد والاختلاف في موضعين أحدهما أنه يصرف إلى ذوى الرحم المحرم ولا يصرف إلى غيرهم عند أبي حنيفة وعندهما ذو الرحم المحرم وغيره سواء والثاني أنه يصرف إلى الاقرب فالاقرب عنده وعندهما يستوى فيه الاقرب والابعد واتفقوا أنه لا يدخل فيها الوصية لو ارث لقوله عليه السلام لا وصية لو ارث وكذلك يعتبر الاثنان بالاتفاق لان ذوى لفظ جمع وأقل الجمع اثنان في الميراث (ألا ترى) ان الاخوين ينقلان الام من الثلث إلى السدس فكذلك في الوصية إذ هي أخت الميراث فلذلك لا يصرف إلى الولد لانهما يسميان قرابة لقوله تعالى ان ترك خيرا لوصية للوالدين والاقربين من بينهما فتيين ان الوالدين غير القرابة فإذا خرج الاب من أن يكون قريبا للابن خرج الابن من أن يكون قريبا للاب وهل يدخل فيها الحدود وولد الولد ففي الزيادات انه يدخل ولم يذكر فيه خلافا وروى الحسن عن أبي حنيفة ان الجد وولد الولد يدخلان في الوصية وكذا روى عن أبي يوسف لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد وانما اعتبر أبو حنيفة ذا الرحم المحرم لان الموصى قصد بالوصية صلة الرحم لانه مأمور بها قال الله تعالى ان الله يأمر بالعدل

والاحسان وابتاء ذى القربى وقال جل وعلا وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم الله فلما كان مأمورا بصلة القرابة وانما تجب الصلة ممن كان ذا رحم محرم منه فانصرفت الوصية إليه دون غيره لان القرابة المطلقة قرابة ذى الرحم المحرم لاختصاصها باحكام مخصوصة من عدم جواز المناكحة والعتق عند الملك وعدم الرجوع في الهبة ووجوب النفقة عند العشرة فانصرفت الوصية إليه وانما اعتبر الاقرب فالاقرب لان كل من كان أقرب إليه فهو أشبه بهذا اللفظ فكان أولى كما في العصبات وذوى الارحام في الميراث والاقرب في الشفعة وجه قول أبي يوسف الاول أنه ينصرف إلى كل ذى رحم محرم منه الاقرب والابعد منه سواء لانهم في استحقاق الاسم سواء (ألا ترى) انه لو أوصى لاختوته وله اخوة بعضهم لا ب

وأم وبعضهم لآب وبعضهم لأم أنهم في الوصية سواء ولا يعتبر الأقرب. وجه قوله الآخر وهو قول محمد أنه يدخل فيه ذو والرحم المحرم وغير ذي الرحم المحرم ويصرف إلى كل من يجمعه وأباه أقصى أب في الإسلام إن هذا اللفظ في الأبعدين أكثر استعمالاً من الأقربين (ألا ترى) أنه لا يقال لآخ أو العم هذا قريبى فيدخلون كلهم في الوصية (ألا ترى) إلى ما روى في الخبر لما نزل قوله تعالى وأنذر عشيرتكم الأقربين جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم أقرباءه سبعين نفساً وقال لهم انى نذير لكم بين يدي عذاب شديد وكان فيهم ذو رحم محرم وغيره فثبت أن كلهم في الوصية سواء إلا أنه لا يمكن أن يدخل فيه جميع أولاد آدم عليه السلام فيجعل الحد فيه من يجمعه وإباهم أقصى أب في الإسلام لأنه لما ورد الإسلام صارت المعرفة بأهل الإسلام وكان قبل ذلك يعرف بقبائل الجاهلية وهما إنما قالا ذلك في زمانهما لأن في ذلك الوقت ربما يبلغ إلى ثلاثة آباء أو أربعة آباء ولا يجاوز ذلك ففتتبن أقرباؤه أما في زماننا فلا يمكن أن يعتبر ذلك لأن النسبة قد طالت فتقع الوصية لقوم مجهولين فإن ترك عمين وخالين وهم ليسوا بورثة فعند أبي حنيفة الوصية للعمين دون الخالين لأن العم أقرب من الخال لأنه من قبل الأب بدليل والولاية وعندهما الثلث بينهم بالسوية ولو كان له عم واحد وخالان كان للعم النصف والنصف للخالين عنده لأنه أوصى بلفظ الجمع وهو قوله ذوي وأقل الجمع في الوصية اثنان ويصرف النصف إلى الخالين لأنهما يستحقان اسم القرابة فإذا خرج العم من الوسط صار كأنه لم يترك إلا الخالين قال محمد رحمه الله إذا أوصى بثلاث ماله لقبيلة دخل الموالى فيه لأنهم ينسبون إلى تلك القبيلة وقد روى عن النبي عليه السلام أنه قال مولى القوم منهم هذا إذا كانوا يحصون

[157]

فإن كانوا لا يحصون فالوصية باطلة لأن المقصود من هذه الوصية الصلة (ألا ترى) أنه يستوي فيه العني والفقير فإذا كانوا لا يحصون صاروا مجهولين فبطلت وجه الإحصاء ذكرناه في الشرب والشفعة ولا خلاف في المسألة إلا أنه نص علي قول محمد وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا أوصى لفقراء أهل بيته فلكل من ينسب إلى أقصى جد في الإسلام من قبل الرجال وكذا لمحتاجي أهل بيته أي إذا أوصى لأهل بيته فإن كان الموصى من أولاد العباس فكل من كان نسبه إلى العباس من قبل الأب دخل فيه سواء كان هو بنفسه ذكر أو أنثى بعد أن يكونا منسويين إليه من قبل الآباء ومن كان نسبه إليه من قبل الأم لا يدخل فيه لأنه لا يسمى من أهل بيته وإنما يسمى من أهل بيت آخرين وكذلك الوصية لجنس فلان أو لمحتاجي جنسه لأن الجنس وأهل البيت سواء وسواء كانوا يحصون أو لا يحصون لأن هذا سبيل الصدقة لأنه حصر الفقراء والمحتاجين وجهالة المتصدق عليه لا تمنع؟ الصحة فإن قابض الصدقة هو الله تعالى وهذا عندهم إلا أن عند أبي حنيفة يعتبر الأقرب فالأقرب ولا يعطى غير ذي الرحم المحرم وعندهما تصرف إلى الكل * ولو أوصى بثلاث ماله لآخوته وله ستة أخوة متفرقين وله ولد يجوز ميراثه فالثالث بين آخوته سواء لأن الاستحقاق بالاسم وهم في استحقاق الاسم سواء بخلاف ما لو أوصى لأقرباء فلان عند أبي حنيفة لأنه يصح أن يقال هذا أقرب من فلان ولا يصح أن يقال هذا أكثر أخوة من فلان بل كلهم في استحقاق الاسم سواء هذا إذا كان له ولد يجوز ميراثه فإن لم يكن فلا وصية للوارث وللأخوين لآب ثلث ذلك لأنهما لا يرثان * فإن قيل وجب أن يصرف جميع الثلث إليهما إذا لم

تصح الوصية لهم كما لو أوصى لحي وميت * قلنا الاضافة كانت صحيحة إلى الاخوين لاب وأمين ولاخوين لام (ألا ترى) انه لو أجازت الورثة جازت الا أنهم خرجوا بعد الدخول في الوصية فلا يزداد حق الاخ لاب (ألا ترى) انه لو أوصى لثلاثة نفر فمات اثنان قبل موته كان للباقي ثلث الثلث لصحة الاضافة (ألا ترى) انه لو قال الثلث الذي أوصيت به لفلان أوصيت به لوارثه فانه يكون رجوعا بخلاف ما لو قال لفلان وفلان وأحدهما ميت لان الميت ليس بمحل بوجه ما فلا يدخل تحت اللفظ (ألا ترى) انه لو قال الثلث الذي أوصيت به فلان فقد أوصيت به لفلان الميت لا يكون رجوعا وإذا أوصى بثلثه لبني فلان فهذا لا يخلو اما أن يكون الاب هو قبيلة مثل تميم وكليب ووائل لا يكون قبيلة بل أب خاص فان كانت قبيلة خاصة دخل

[158]

فيه الذكور والاناث لان المراد بالنسبة والمرأة تقول أنا من بني فلان كما يقول الرجل لانه لا حقيقة لهذه النسبة وانما ينسب إليها مجازا فيتناول جنس من ينسب إليها حقيقة كان أو مجازا (ألا ترى) انه لو يدخل فيه الحليف والخليل وإذا كانوا يحصون فان كانوا لا يحصون فهي باطلة لان في القبيلة أغنياء وفقراء والوصية للأغنياء صلة والصلة للمجهول باطلة أما إذا كان فلان أب صلب فان كانوا ذكور دخلوا في الوصية لان لفظ البنين للذكور حقيقة فينصرف إليه ما أمكن وان كن انا لا يدخل فيه ذكور واحدة منهم لان اللفظ لا يتناولهن وان كانوا ذكورا وانا فاعند أبي حنيفة وأبي يوسف الوصية للذكور دون الاناث وعند محمد يدخل فيه الذكور والاناث وهو احدي الروايتين عن أبي حنيفة رواه يوسف بن خالد السمين لابي يوسف وأبي حنيفة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف ان البنين جمع لابن يقع على الذكور لانه حقيقة (ألا ترى) أنهم لو كانوا كلهم انا لا يدخلوا في الوصية ومحمد يقول البنين إذا ذكروا مطلقا يقع على الذكور والاناث عند اشتراكهم قال الله تعالى يا بني آدم ولم يقصر اللفظ على الذكر خاصة لان النسب إلى الجد بمنزلة النسب إلى الاب في الحقيقة لان أكثر الناس ينسب إلى الجد ليعرف دون الاب (ألا ترى) ان ابن أبي ليلى ينسب إلى جده وكذلك أبو نصر بن سلامة ينسب إلى جده لان سلامة جده لا أبوه وإذا كان ينسب إلى الجد صار الحكم أن الصلب والجد سواء ولو أوصى بثلاثة لولد فلان وله بنون وبنات كان الثلث بينهم سواء لان الولد اسم الجنس المولود ذكرا كان أو أنثى واحدا كان أو أكثر ولو كانت له امرأة حامل دخل ما في بطنها في الوصية لانه دخل تحت تسمية الولد (ألا ترى) انه يرث فيدخل تحت الوصية أيضا فان كانت له بنات وبنو ابن فالوصية لبناته دون بني ابنه لان لفظ الولد يتناول ابنه حقيقة ويتناول أولاد الابن مجازا فمهما أمكن صرفه إلى حقيقته لا يصرف إلى مجازه ولا يدخل أولاد البنات لانهم من قوم آخرين وليسوا من أولاده لان النسب للاباء ولو كان له ولد واحدا ذكر أو أنثى فجميع الوصية له لانه هو المستحق للاسم على الحقيقة فلا يصرف إلى مجازه والولد اسم جنس يتناول الولد الواحد فصاعدا وإذا أوصى لفلان أو لبطن فلان فالجواب فيه مثل الجواب في قوله لقبيلة فلان يدخل فيه البنون والبنات وهذا إذا كانوا يحصون فأما إذا كانوا لا يحصون فالوصية باطلة لانه للمجهول الا إذا قال لفقراهم فحينئذ يجوز لان المقصود به التقرب إلى الله تعالى فان كانوا يحصون يدفع إلى جميعهم لانه بمنزلة التسمية لهم وان كانوا

لا يحصون يجوز أن يدفع إلى بعضهم دون بعض غير أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجوز صرفه كله إلى فقير واحد وعند محمد لا يجوز إلا أن يصرف إلى اثنين لأن الوصية أخت الميراث والجمع في باب الميراث اثنان فصاعدا ولهما أن الفقر اسم جنس والجنس يتناول الواحد فصاعدا دل عليه قوله تعالى إنما الصدقات للفقراء الآية ولو دفع إلى فقير واحد جاز ولهذا لو قال ان تزوجت النساء فعبدي حر فتزوج امرأة واحدة يعتق * ولو أوصى بثلثة لفلان وفلان أو بني فلان وفلان ثم مات الموصى فالمسألة على ثلاثة أوجه أما أن يموت أحدهما قبل موت الموصى أو بعد موته أو كان ميتا وقت الوصية أما إذا مات بعد موته فإنه يكون الثلث بين الحي والميت نصفين ولأن الموصى لما مات أولا فقد وجبت الوصية لهما فإذا مات أحدهما صار نصيبه لورثته وإن مات أحدهما قبل موته صار نصف الثلث للحي ونصفه مردودا إلى ورثة الموصى لأنه مات قبل وجوب الوصية له لأن الوصية تملك بعد الموت وقد مات قبل الملك وإنما يكون للحي نصف الثلث لأن الاضافة اليهما كانت صحيحة وكان لكل واحد منهما نصف الثلث فلا يزداد حقه بموت الآخر فكان لورثة الموصى وأما إذا كان أحدهما ميتا وقت الوصية فإن كان الموصى قال بني فلان وفلان فللحي نصف الوصية ولا شيء لورثة الميت لأن كلمة بين كلمة تقسيم وتجزئة فصار كأنه أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث وإذا بطل نصيب الميت رجع إلى ورثة الموصى ولا يكون للحي إلا النصف ولو قال لفلان وفلان وأحدهما ميت فالوصية كلها للحي سواء علم بموته أو لم يعلم ويروى عن أبي يوسف أنه قال ان كان الموصى علم بموته فالثلث كله للحي وإن لم يعلم فللحي نصفه لأنه إذا لم يعلم بموته كان قصده تمليك نصف الثلث لكل واحد منهما فلا يثبت إلا ذلك بخلاف ما إذا علم بموته لأنه قصد صلة الحي منهما وجه ظاهر الرواية أنه أضاف الوصية إلى اثنين أحدهما تصلح الاضافة إليه والآخر لا تصلح فبطلت الاضافة إلى من لا تصلح إليه الاضافة وتثبت إلى من تصلح الاضافة (ألا ترى) انه لو قال ثلث مالي لفلان ولهذه الاسراء ولهذه الاسطوانة كان الثلث كله لفلان ولو قال ثلث مالي لفلان ولعقبه فالثلث كله لفلان لأن الاضافة إلى العقب فاسدة لأن عقبه من عقبه فإذا كان هو حيا لا يكون له عقب وإذا بطلت الاضافة إلى العقب ثبت ثلث المال إليه ولو قال ثلث مالي لفلان وللمساكين كان نصفه لفلان ونصفه للمساكين عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين بناء على ما ذكرنا أن عنده

المساكين اسم جمع فيتناول الاثنين وعندهما اسم جنس فيقع على الأدنى وكذا لو قال ثلث مالي لفلان وللحج كان نصفه للحج لأن الوصية للحج وصية لله تعالى فصار كأنه أوصى لاثنتين وإذا قال حجوا عني حجة وأعتقوا عني نسمة ينفذ من الثلث لأن الوصية نفاذها من الثلث فإذا كان لا يسعها ينظر ان كانت الحجة حجة الاسلام بدى بها وإن أخره الميت لأن حجة الاسلام أقوى من نسمة التطوع ويعلم أن اسقاط الفرض أهم إليه من غيره إلا أنه أخره ليقبل قلبه وإن كان حجه تطوعا وليس أحدهما باولى من الآخر فيبدأ بما بدأ به الميت لأنه أهم عنده هذا إذا أوصى بعق نسمة منه بغير عينها أما إذا كانت النسبة بعينها فانهما يتحاصان في الثلث لأن الوصية بالعق وصية

للعبء إذا كان معيناً والوصية بالحج وصية لله تعالى فصار بمنزلة وصيتين مختلفتين فيتحاصن بخلاف ما إذا كانت النسمة بغير عينها لانهما وصيتان لله تعالى وإذا أوصى بالثلث لبنى فلان وهم أربعة فمات منهم اثنان وولد للاب ولد آخر ثم مات الوصي فالثلث لولده يوم يموت الموصى لان الوصية تملك بعد الموت فانصرف إلى الموجودين بعد الموت (ألا ترى) انه يعتبر ماله يوم الموت لا يوم الوصية وكذا لو قال ثلث مالى لموالى فلان وفلان العربي ثم مات منهم ميت وأعتق فلان منهم عبداً ثم مات الموصى فالثلث لمواليه يوم مات لما ذكرنا ولو كان لفلان موالى أعتقهم وموالى أعتقوه فان لم يكن من العرب ولم يبين لاي الفريقين أوصى فالوصية باطلة لان الموصى له مجهول لان المولى يذكر ويراد به المولى الاسفل ويذكر ويراد به الاعلى ولا يمكن الجمع بينهما لاختلاف المقصود لان المقصود من الوصية للاسفل زيادة انعام ومن الوصية للاعلى الشكر على النعمة وهما متضادان لا يمكن الجمع بينهما وروى عن أبي حنيفة أن الثلث للمولى الاسفل لان قصده بالوصية البر والناس يقصدون بالبر المولى الاسفل دون الاعلى (ألا ترى) انه لو وقف على مواليه كان للاسفل دون الاعلى كذلك هنا وروى عنه أيضا ان الثلث بين الفريقين نصفان لان الاستحقاق بالاسم وهم في استحقاقه سواء (ألا ترى) انه لو وصى لاختوته وله أخ لآب وأم وأخ لأم ان الثلث بينهم لاستحقاق الاسم كذلك هاهنا ولو أوصى بثلث ماله لفلان وله مال فهلك ذلك المال أو لم يكن له مال ثم اكتسب مالا فله ثلث ماله يوم يموت لان الوصية تملك عند الموت ولان الرجل لا يكون ماله أبداً على حالة واحدة فربما يستفيد وربما يهلك فلما أوصى بثلث ماله مرسلًا ولم يقيده صار كأنه قال لفلان ثلث مالى الذى

[161]

يكون وقت الموت (ألا ترى) انه لو ربح في المال ربحاً أو زاد في المال شيئاً ان له ثلث جميع المال * ولو أوصى له بثلث غنمه فهلكت الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم من الاصل فالوصية باطلة وكذا العروض كلها لان الوصية تعلقت به فالهلاك يبطلها وكذلك ان لم يكن موجوداً فاستفاد لانه علقه بالعين وأنها غير موجودة وكذا لو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي ثم مات وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة إذا لم يكن له في الاصل غنم ولا حنطة ومثله لو قال شاة من مالى أو قفيز حنطة من مالى أو ثوب من مالى فالوصية جائزة ويعطى له قيمة شاة لانه أضافها إلى ماله فالمال اسم للجنس يتناول الدراهم والدنانير والعروض ونحوها والشاة ليست من أجزاء هذا المال فعلم انه أراد قيمة شاة من ماله * ولو أوصى له بشاة ولم يقل من غنمي ولا من مالى فمات وليس له غنم لم تذكر في هذا الكتاب وينبغى أن يعطى له شاة أو قيمة شاة وقد ذكر في السير الكبير مسألة تدل على هذه الحالة قال إذا قال الامام من قتل قتيلاً فله جارية من السبى فان كان في السبايا جارية فانه يعطى له وان لم يكن فانه لا يعطى له ولو قال من قتل قتيلاً فله جارية ولم يقل من السبى فانه يعطى جارية على كل حال كذلك هنا * ولو أوصى لرجل بثوب ثم قطعه وخاطه قميصاً فهذا لا يخلو اما أن يغيره عن جنسه أو يزيد فيه أو ينقصه اما إذا غيره عن جنسه كان رجوعاً كما إذا أوصى له بثوب ثم قطعه وخاطه قميصاً أو أوصى له بقطن ثم غزله أو بغزل ثم نسجه أو بحديدة ثم صاغ منها اناء أو سيفاً أو بفضة ثم صاغ منها خاتماً أو غيره كان رجوعاً لانه لما غيره عن حاله استدل به انه أراد الرجوع إذا لو كان من قصده البقاء على الوصية لما كان يغيره عن حاله فالذى أوصى به لم يوجد والذى وجد لم يوص به لانه صار شيئاً آخر

وأما إذا زاد فيه فإن كانت زيادة لها قيمة مثل الثوب إذا صبغته والسويق
أذالته بالسمن أو أوصى له بدار وليس فيها بناء فبنى فيها كان ذلك رجوعاً
لان الموصى له لا يتوصل إليه الا ببذل وقد جعل وصيته بغير بذل فلما لم
يتوصل إليه الا ببذل يستدل به أنه أبطل الوصية وأما إذا زاد شيئاً يتوصل به
إليه بغير بذل كما أوصى بدار ثم حصصها أو طينها فذلك لا يكون رجوعاً لان
ذلك تحسين وتزيين ويتوصل إليه بغير بذل فلم يكن رجوعاً وكان ذلك دليل
البقاء على الوصية * وكذلك لو أوصى له بثوب ثم غسله لم يكن رجوعاً لانه
ليس بزيادة وانما ذلك لازالة الدرن والوسخ وأما إذا نقصه فان كان نقصاناً
يبقى الغير مع ذلك النقصان لا يكون رجوعاً كما إذا أوصى له بثوب ثم
قطعه ولم يخطه لان الشئ لم يتغير عن

[162]

حاله لكن انتقص وان كان لا يبقى مع ذلك النقصان كان رجوعاً كما إذا
أوصى له بشاة ثم ذبحها لان اللحم لا يبقى إلى وقت الموت والانسان وان
مرض مرضاً شديداً فانه لا ينقصى أجله فلما كان عنده أن اللحم لا يبقى
إلى وقت موته فقد قصد الرجوع عن الوصية * ولو أوصى له بقطن ثم
حشابه قباء أو ببطانة ثم بطن بها أو بطهارة ثم ظهر بها ثوباً فذلك رجوع
لان هذا يعد استهلاكاً من طريق الحكم (ألا ترى) أن الغاصب لو فعل هذا
انقطع حق المالك فالاستهلاك يدل على الرجوع * ولو أوصى له بعبد أو
ثوب ثم باعه ثم اشتراه فبيعه رجوع عن الوصية لانه لما باعه صار بحال لو
أوصى به في هذه الحالة لا يصح لانه وصية بملك الغير فكان بيعه دليلاً على
الرجوع * ولو أوصى لرجل بعبد لا يملكه ان يشتري له ثم تملكه الموصى
بهيئة أو ميراث أو وصية ثم مات فهو جاز من ثلثه لانه أوصى بشراء ذلك
العبد وبدفعه إلى فلان فإذا ملكه بوجه من أسباب الملك دفع بموته الشراء
عن الورثة وليس هذا كما إذا قال أوصيت بهذا العبد لفلان والعبد لغيره ثم
ملكه أنه لا تنفذ وصيته لانه لو لم يشتري في تلك المسألة لا يجب على الورثة
شراؤه فان ذلك بمنزلة هبة عبد الغير ان أجاز صاحبه جاز والا فلا أما في
مستلثنا فلو لم يشتري بنفسه يجب على الورثة شراؤه ان قدروا عليه ودفعه
إليه فلما اشترى بنفسه أو ملكه بوجه آخر وجب عليهم نصفين لانه أوصى
لكل واحد منهما بجميع العبد الا انه لما تضايق عن حقهما يقضى بينهما
لاستوائهما هذا كدار بيعت ولها شفيعان ثبت حق الشفعة لكل واحد منهما
على الكمال الا انه يقضى بينهما الضيق المحل كذلك هنا قال في الاصل
انه متى سمى الوصية الاولى وأوصى بها للثاني كان رجوعاً عن الوصية
الاولى ومتى سمى الوصية به ولم يسم الوصية الاولى لم يكن رجوعاً وكان
ذلك بينهما * وبيانه إذا أوصى بعبد لرجل ثم قال العبد الذي أوصيت به
لفلان أوصيت به لفلان آخر كان رجوعاً لانه سمى الوصية الاولى واستأنف
الوصية للثاني فكان رجوعاً واستئنافاً للوصية للثاني وكذلك لو قال العبد
الذي أوصيت به لفلان هو لفلان آخر وكذا لو قال العبد الذي أوصيت به
لفلان قد أوصيت به فلان آخر لانه سمى الوصية الاولى واستأنف الوصية
لثاني بحرف قد لانه للايقاع والابلاغ في الاستئناف فكان رجوعاً وكذا لو
قال العبد الذي أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان آخر ولو قال العبد
الذي أوصيت به لفلان وقد أوصيت به لفلان كان بينهما نصفين ولم يكن
رجوعاً لان الواو للعطف والجمع فقد جمع بينهما في الوصية ولم يستأنف
الوصية للثاني أما إذا سمي الموصى

به ولم يسم الوصية الاولى لم يكن رجوعا ولكن كان بينهما كما إذا أوصى بعبد الرجل ثم أوصى به لآخر لما ذكرنا ولو لم يوص به لاحد ولكنه جحد وصية الاول وقال لم أوص له فهذا رجوع هكذا ذكر هنا في الجامع إذا قال اشهدوا أنني لم أوص له لا يكون رجوعا وهذه المسألة على قياس تلك المسألة ينبغي أن لا يكون رجوعا وبعضهم فرق لاختلاف الوضع أما من جعل في المسألة روايتين فوجه من قال انه رجوع أن الوصية تحتل الرد والنقص فكان الجحود رجوعا كما إذا جحد الموكل الوكالة كان حجرا على الوكيل والمتبايعين إذا جحد البيع كان اقالة منهما ووجه الرواية التي لا تكون رجوعا أن الوصية وجوبها بالموت بدليل انه يعتبر القبول والرد بعد الوفاة فإذا قال لم أوص له بشئ فهو صادق في مقالته على معنى انه لم يوجب له الوصية بعد فلا يكون رجوعا ومن فرق لاختلاف الوضع قال هنا جحد الوصية فكان رجوعا وفي الجامع لم يجحد ولكن قال اشهدوا أنني لم أوص له بشئ فقد أمر الشهود أن يكذبوا عليه فلا يكون رجوعا والاصح ما ذكره المعلى في نوادره أن على قول أبي يوسف الجحود يكون رجوعا عن الوصية وعلى قول محمد لا يكون رجوعا فما ذكر هنا قول أبي يوسف وما ذكر في الجامع قول محمد. وجه قوله أن الرجوع فسخ ورفع للعقد الثابت وجحود أصل العقد لا يكون تصرفا فيه بالرفع كما ان جحود النكاح من الزوج لا يكون رفعا له بالطلاق. وجه قول أبي يوسف انه بالجحود يبقى العقد في الماضي ومن ضرورته نفي العقد في الحال والثابت بضرورة النص كالثابت بالنص وهو يملك نفي العقد في الحال ان كان لا يملك نفيه في الماضي وبه فارق النكاح لان نفي النكاح من الاصل يقتضى نفي وقوع الطلاق عن المحل الا انه يقتضى ايقاع الطلاق على المحل في الحال * ولو أوصى له بثلاث غنمه أو ابله أو طعامه أو شئ مما يكال أو يوزن من صنف واحد فاستحق الثلثان من ذلك أو هلك وبقي الثلث وله مال كثير يخرج الباقي من ثلثه فللموصى له جميع ما بقي وقال زفر في الاستحقاق كذلك وفي الهلاك للموصى له ثلث ما بقي لانه بالاستحقاق تتبين أنه عند الوصية ما كان يملك الا الثلث وأن تصرفه تناول ذلك الثلث لان وصيته بالعين لا تصح الا باعتبار ملكه في المحل فأما بالهلاك فلا يتبين ان الهالك لم يكن على ملكه وقت الايجاب وانما وجب له الثلث شائعا فما هلك يهلك على الشركة وما لم يبق يبقى على الشركة ولكننا نقول ان تنفيذ الوصية بعد الموت وعند ذلك محل الوصية هو الباقي في الفصلين

جميعا فيستحق جميع ما بقي وهذا لان الموصى جعل حاجته في هذه العين مقدمة على حق وراثته بقدر ما سمي للموصى له فكان حق الورثة فيه كالتابع وانما يجعل الهالك من التابع لا من الاصل وهذا بخلاف ما إذا أوصى له بثلاث ثلاثة اجناس من المال فاستحق جنسان أو هلك جنسان قبل موت الموصى فان للموصى له ثلث ما بقي لان هناك الموصى له لا يستحق جميع ما بقي بما أوجبه له بحال (ألا ترى) انه لو بقيت الاجناس لم يكن له أن يجبر الورثة على أن يقسم الكل قسمة واحدة فيعطونه أحد الاجناس وفي الجنس الواحد هو مستحق لجميع ما بقي بما أوجبه حتى إذا لم يهلك منه شئ كان له أن يجبر الورثة على القسمة ليأخذ الثلث والباقي هو الثلث * ولو أوصى له بثلاث ثلاثة وبثلاثة من الرقيق واستحق البعض أو هلك لم

يكن للموصى له الا ثلث الباقي ومن أصحابنا من يقول هو عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى قسمة الجبر في الدور والرقيق فهي عنده كالأجناس المختلفة فما عندهما فينبغي أن يكون للموصى له جميع ما بقى لانه بمنزلة جنس واحد عندهما في أنها تقسم قسمة واحدة والأصح قولهم جميعا لانهما لا يقولان بقسمة لجبر في الدور الا أن يرى القاصي المصلحة في ذلك فلا يكون الموصى له مستحقا للدور الباقية بما أوجب له الموصى وكذلك لا يريان قسمة الجبر في الرقيق الا عند التساوي في المالية ولا يكون ذلك الا نادرا فالتفاوت في بنى آدم كثير في الظاهر فلهذا لا يكون للموصى له الا ثلث ما بقى ولو أوصى لرجل بعبد قيمته خمسمائة ولاخر بثوب قيمته مائة ولاخر بسيف قيمته مائتان وله سوى ذلك ألف درهم أو عروض بقيمة ألف فان الورثة ان لم يجزوا فلكل واحد منهم ثلاثة ارباع وصيته لان مبلغ الوصايا ثمانمائة درهم وثلث مال الرجل ستمائة فكان الثلث من مبلغ الوصايا بقدر ثلاثة ارباعه فعند عدم الاجازة يبطل من وصية كل واحد منهم الربع فيسلم لصاحب العبد ثلاثة ارباع العبد وقيمته ثلثمائة وخمسة وسبعون ولصاحب الثوب ثلاثة ارباع الثوب وقيمته خمسة وسبعون ولصاحب السيف ثلاثة ارباع السيف وقيمته مائة وخمسون فجملة ما نفذت فيه الوصية ستمائة وحصل للورثة ألف درهم وربع العبد قيمته مائة وخمسة وعشرون وربع الثوب قيمته خمسون ذلك ألف ومائتان فاستقام الثلث والثلثان * ولو أوصى لرجل بسيف قيمته مائة ولاخر بسدس ماله وله خمسمائة درهم سوى السيف كان لصاحب السيف أحد عشر سهما من اثني عشر سهما من السيف في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه اجتمع في السيف وصيتان وصية بجميعه ووصية بسدسه والقسمة في هذا عند أبي حنيفة

[165]

على طريق المنازعة فخمسة أسداس السيف تسلم لصاحب السيف بلا منازعة وقد استوت منازعتهما في السدس فكان بينهما نصفين وتبين أن سهام السيف صارت على اثني عشر لحاجتنا إلى سدس ينقسم نصفين وقيمة السيف مائة فكل مائة من الخمسمائة يكون على اثني عشر أيضا فذلك ستون سهما للموصى له بالسدس سدس ذلك لانه أوصى له بسدس ماله فيستحق به السدس من كل مال وذلك عشرة فتبين أن للموصى له بالسدس أحد عشر سهما عشيرة من الخمسمائة وسهم من السيف ولصاحب السيف أحد عشر فقد بلغت سهام الوصايا اثني عشر وعشرين وذلك دون الثلث لان سهام المال اثنان وسبعون والسالم للورثة خمسون فكان التخرج مستقيما وفي قول أبي حنيفة ومحمد قسمة السيف بين الموصى لهما على طريق العول فيضرب فيه صاحب السيف بستة وصاحب السدس بسهم فيكون السيف بينهما على سبعة أسهم والخمسمائة الاخرى تجعل كل مائة على سبعة أيضا فذلك خمسة وثلاثون للموصى له بالسدس سدس ذلك وذلك خمسة وخمسة أسداس سهم فقد نفذت الوصية له في هذا القدر من الخمسمائة وفي سهم من السيف وذلك ستة وخمسة أسداس ولصاحب السيف ستة من السيف كلها فذلك اثنا عشر وخمسة أسداس وجملة سهام المال اثنان وأربعون فكانت الوصية بأقل من الثلث فلا حاجة إلى اجازة الورثة ولو كان أوصى مع هذا أيضا بالثلث كان الثلث بينهم يضرب فيه صاحب السدس بسدس خمسمائة وثلث سدس السيف وصاحب السدس بثلث خمسمائة وخمسة أسداس سدس السيف وصاحب السيف بخمسة أسداس السيف الا سدس سدس السيف فما أصاب صاحب السيف

كان في السيف وما أصاب صاحب الثلث كان في الدراهم وفيما بقي من السيف وكذلك ما أصاب صاحب السدس في قياس قول أبي حنيفة وهذا لانه اجتمع في السيف ثلاث وصايا ووصية بجميعه ووصية بثلثه ووصية بسدسه فتكون القسمة على طريق المنازعة وفي الحاصل تصير سهام السيف على ستة وثلاثين لحاجتنا إلى سدس ينقسم أثلاثا فلصاحب الجميع ثلثاه بلا منازعة أربعة وعشرون وسدس وهو ستة لا منازعة فيه لصاحب السدس فهو بين صاحب الثلث والجميع نصفان لكل واحد منهما ثلاثة وقد استوت منازلهم في السدس فيكون بينهم ستين أثلاثا لكل واحد منهما سهما فحصل للموصى له بالسيف بلا منازعة أربعة وعشرون وبالمنازعة خمسة فذلك تسعة وعشرون وهو خمسة أسداس السيف الا سدس سدسه لان كل سدس منه ستة وحصل لصاحب الثلث بالمنازعتين

[166]

خمسة وذلك خمسة أسدس سدس السيف وحصل لصاحب السدس سهما وهو ثلث سدس السيف كما قال في الكتاب ثم المال الاخر وهو خمسمائة تجعل كل مائة منه على ستة وثلاثين فيصير جملته مائة وثمانين للموصى له بالثلث ثلث ذلك وهو ستون وللموصى له بالسدس سدس ذلك ثلاثون فكان لهما تسعون وظهر ان مبلغ سهام الوصايا مائة وستة وعشرون وهو أكثر من الثلث فالسبيل فيه أن يجعل ثلث المال بينهم على هذه السهام والثلثان ضعف ذلك فجملة المال ثلثمائة وثمانية وسبعون السيف من ذلك سدسه وذلك ثلاثة وستون يأخذ صاحب السيف من ذلك تسعة وعشرين مقدار حقه وصاحب الثلث خمسة وصاحب السدس سهمين ويبقى للورثة من السيف سبعة وعشرون ثم يأخذ صاحب الثلث من سهام الخمسمائة مقدار حقه ستين وصاحب السدس ثلاثين فجملة ما نفذت فيه الوصية لهم مائة وستة وعشرون وحصل للورثة ضعف ذلك مائتان واثنان وخمسون مائتان وخمسة وعشرون من الخمسمائة وسبعة وعشرون من سهام السيف فاستقام الثلث والثلثان ولم يذكر تخريج قولهما في الكتاب وعندهما القسمة على طريق العول فيضرب صاحب السيف في السيف بستة وصاحب الثلث بسهمين وصاحب السدس بسهم فكان السيف بينهم على تسعة وكل مائة من الخمسمائة الباقية تكون على تسعة أيضا فذلك خمسة وأربعون للموصى له بالثلث ثلث ذلك خمسة عشر وللموصى له بالسدس سدس ذلك سبعة ونصف فكان جملة سهام الوصايا احد وثلاثون ونصف وذلك فوق الثلث فيجعل الثلث بينهم على أحد وثلاثين ونصف والثلثان ضعف ذلك فيكون جملته أربعة وتسعين ونصف السيف من ذلك السدس وذلك خمسة عشر وثلاثة أرباع للموصى له بالسيف ستة كله من السيف وللموصى له بالثلث سهما وللموصى له بالسدس سهم ويبقى للورثة من سهام السيف ستة وثلاث أرباع يأخذ الموصى له بالثلث مما بقي خمسة عشر والموصى له بالسدس سبعة ونصف فإذا جمعت بين ذلك حصل تنفيذ الوصية لهم في احد وثلاثين ونصف وحصل للورثة ضعف ذلك ثلاثة وستون فاستقام الثلث والثلثان فإذا أزدت ازالة الكسر فلا طريق فيه سوى التضعيف * قال رحمه الله وقد خرج شيخنا الامام الحلواني رحمه الله قولهما على طريق آخر وهو أن السيف لما صار بين الموصي لهم على تسعة باعتبار العول فكل مائة من الخمسمائة الباقية تكون على ستة لانه لا عول في الخمسمائة الباقية فسهم الخمسمائة الباقية اذن وثلاثون للموصى له بالثلث عشرة وللموصى له

بالسدس خمسة فذلك خمسة عشر فإذا ضمنت ذلك إلى سهام السيف تسعة كان أربعة وعشرين فيجعل الثلث بينهم على أربعة وعشرين وجميع المال اثنان وسبعون السيف من ذلك اثنا عشر لصاحب السيف ستة ولصاحب الثلث منه سهمان ولصاحب السدس منه سهم يبقى ثلاثة من تسعة للورثة وسهام الخمسمائة ستون للموصى له بالثلث عشرة وللموصى له بالسدس خمسة ويبقى للورثة من ذلك خمسة وأربعون فجملة ما سلم للورثة من المال ثمانية وأربعون وقد نفذت الوصية في أربعة وعشرين فاستقام الثلث * قلت هذا واضح ولكنه غير مستقيم على طريق أهل الحساب لان القسمة الواحدة مع تفاوت مقدار السهام لا تكون فإذا كان السيف وقيمه مائة على تسعة أسهم ثم تجعل كل مائة من الخمسمائة على ستة أسهم بين السهام تفاوت في المقدار فكيف تستقيم قسمة الكل بينهم بهذا الطريق قال هو كذلك ولكن صاحب المذهب نص على هذا الطريق وعليه خرج المسائل إلى آخر الباب تأمل في ذلك تأملته فوجدته كما قال ومن تلك المسائل قال لو أوصى لرجل بالثلث ولاخر بعبد قيمته الف درهم وله ألفا درهم سوى ذلك فان صاحب الثلث يضرب فيه بثلاث الالفين وسدس العبد ويضرب صاحب العبد بخمسة أسداس العبد فما أصاب صاحب العبد فهو في العبد وهو النصف وما أصاب الثلث فهو فيما بقي من العبد والمال فيكون له خمس ما بقي من العبد وخمس المال في قول أبي حنيفة لانه اجتمع في العبد وصيتان وصية بجميعه وبثلثه فيسلم ثلثاه لصاحب الجميع بلا منازعة والثلث بينهما نصفان لاستواء منازعتهم فيه وإذا صار العبد على ستة فكل ألف من الالفين كذلك فهما اثنا عشر للموصى له بالثلث أربعة فبلغت سهام الوصايا عشرة فيجعل ذلك ثلث المال وجميع المال ثلاثون العبد من ذلك عشرة هو للموصى له بالعبد خمسة وهي نصف العبد وللموصى له بالثلث خمسة أسهم سهم من العبد وهو خمس ما بقي منه وأربعة أسهم من سهام الالفين وذلك خمس العشرين وحصل للورثة من الالفين ستة عشر سهما ومن العبد أربعة أسهم فاستقام الثلث والثلثان وفي قول أبي حنيفة ومحمد يكون لصاحب الثلث ما بقي من العبد وهو سدس العبد وسدس الالفين وانما يستقيم هذا الجواب عندهما على الطريق الثاني لان الموصى له بالعبد يضرب في العبد بستة والموصى له بالثلث من ذلك بسهمين فسهم العبد ثمانية وكل واحد من الالفين على ستة باعتبار الاصل للموصى له بالثلث من ذلك أربعة فبلغت سهام الوصايا اثني عشر وذلك الثلث وجميع المال ستة وثلاثون العبد منه اثنا عشر

للموصى له بالعبد ستة نصف العبد وللموصى له بالثلث من العبد سهمان وهو ثلث ما بقي منه وسدس جميع العبد وله من الالفين أربعة من أربعة وعشرين وهو السدس فاستقام التخرج على هذا الطريق ثم قال في الاصل فأي هذين القولين قلت فهو حسن وهو اشارة إلى أن بين الطريقين في المعنى تفاوتاً وبهذا اللفظ يستدل من يزعم أن مذهب المتقدمين من أصحابنا ان كل مجتهد مصيب وليس كما زعموا لانه أراد به

أن كل واحد من الطريقتين طريق حسن في التخرير عند أهل الحساب لا أن يكون كل واحد من المجتهدين مصيبا للحكم باجتهاده حقيقة ولو أوصى بثلث ماله لرجل وبجميع المال لآخر فان لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان عند أبي حنيفة رحمه الله وقد بينا هذا وان أجازوا فجميع المال بينهما أسداسا في قول أبي حنيفة على ما رواه أبو يوسف ومحمد باعتبار طريق المنازعة لانه يسلم الثلثان لصاحب الجميع وقد استوت منازعتهما في الثلث فكان بينهما نصفين فحصل لصاحب الجميع خمسة أسداس المال ولصاحب الثلث سدس المال وعندهما القسمة بطريق العول فلصاحب الجميع ثلاثة أرباع المال ولصاحب الثلث ربع المال قال الحسن وهو الصحيح عند أبي حنيفة أيضا على طريق المنازعة لا كما روى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يبدأ بقسمة الثلث بينهما وقد استوت منازعتهما فيه فكان بينهما نصفين ثم يأتي إلى الثلاثين وقد بقي من حق صاحب الثلث السدس فما زاد على ذلك وهو نصف المال يسلم لصاحب الجميع وفي مقدار السدس استوت منازعتهما فكان بينهما نصفين فحصل لصاحب الثلث مرة السدس ومرة نصف السدس فذلك ربع المال والدليل على فساد ما ذهب إليه من تخرير قوله انه يؤدي ذلك إلى أن يكون ما يسلم للموصى له بالثلث عند الاجازة وعدم الاجازة سواء والاجازة كما تؤثر في الزيادة في حق صاحب الجميع فكذلك في حق صاحب الثلث ويؤدي ذلك أيضا إلى أن يكون نصيب صاحب القليل عند عدم الاجازة فوق نصيبه عند الاجازة لانه إذا أوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بسدس ماله فعند عدم الاجازة الثلث يكون بينهما أثلاثا فيصيب صاحب الثلث تسع المال وعند وجود الاجازة يأخذ صاحب الجميع خمسة أسداس المال بلا منازعة ثم السدس بينهما نصفان فنصيبه نصف سدس المال وذلك دون تسع المال ومن المحال أن يسلم له عند عدم الاجازة أكثر مما يسلم له عند الاجازة فظهر أن تخرير الحسن لقول أبي حنيفة رحمه الله أصح * ولو أوصى لرجل بنصف ماله ولاخر بجميع ماله ولاخر بثلث ماله فأجاز ذلك

[169]

الورثة فالنصف لصاحب الجميع وصاحب النصف نصفان والثلث بينهم أثلاثا في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد القسمة على طريق العول بينهم على أحد عشر سهما لصاحب الجميع ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهران وهو قياس ما تقدم * ولو كان له عيذان قيمتها سواء ولا مال له غيرهما فأوصى لرجل بأحدهما بعينه ولاخر بثلث ماله فان الثلث يقسم بينها على سبعة أسهم لصاحب الثلث ثلاثة في العبيدين جميعا اثنان في الذي لا وصية فيه للاخر وواحد في الذي فيه الوصية للاخر ولصاحب العبد أربعة أسهم في قول أبي حنيفة لانه اجتمع في العبد الموصى بعينه وصيتان بجميعه وبثلثه فللموصى له بالجميع خمسة أسداس على طريق المنازعة وللموصى له بالثلث سدس والعبد الاخر يصير على ستة أيضا للموصى له بالثلث منه سهران فكان جملة سهام الوصايا ثمانية الا أن وصية الموصى لله بالعبد زادت على الثلث لان جميع المال اثنا عشر والثلث منه أربعة ووصيته خمسة فما زاد على الثلث تبطل وصيته فيه عند عدم الاجازة ضربا واستحقاقا كما هو أصل أبي حنيفة في الوصية بالعين فيبقى حقه في أربعة وحق صاحب الثلث في ثلاثة سهم منه في العبد الموصى بعينه وسهران في العبد الاخر فلهذا قال يقسم الثلث بينهما على سبعة وعلى قول أبي يوسف ومحمد الثلث بينهما على خمسة أسهم وهذا انما يستقيم على الطريقة الثانية لهما فان العبد

الموصى بعينه يضرب الموصى له بجميعه بثلاثة فيه والموصى له بالثلث بسهم فيكون بينهما على أربعة والعبد الآخر على ثلاثة أسهم لانه لا عول فيه للموصى له بالثلث سهم فحصل له سهمان في العبدین ولصاحبه ثلاثة كلها في العبد الموصى بعينه فلهذا كان الثلث بينهما على خمسة أسهم * ولو أوصى لرجل بعبد وبثلث ماله لآخر وبعبده ذلك أيضا لآخر وبسدس ماله لآخر وقيمة العبد ألف درهم وله ألفان سوى ذلك فان الثلث يقسم بينهم على اثنين وسبعين سهما يضرب فيه صاحبا العبد بأحد وثلاثين سهما وصاحب الثلث بسبعة وعشرين ونصف وصاحب الثلث بثلاثة وعشر ونصف في قول أبي حنيفة لانه اجتمع في العبد أربع وصايا والقسمة عنده على طريق المنازعة فيه فثلثا العبد بين صاحبي العبد نصفان وسدس بينهما وبين صاحب الثلث أثلاثا والسدس الباقي بينهما أرباعا فعند تصحيح هذه السهام ينتهى الحساب إلى اثنين وسبعين سهما لحاجتنا إلى حساب ينقسم سدسه أثلاثا وأرباعا فيسلم للموصى لهما بالعبد الثلثان ثمانية وأربعون والسدس وهو اثنا عشر بينهما وبين صاحب الثلث أثلاثا والسدس الآخر بينهم أرباعا لكل واحد منهم ثلاثة يحصل لكل

[170]

واحد من صاحبي العبد أحد وثلاثون ولصاحب الثلث سبعة ولصاحب السدس ثلاثة ثم صار كل ألف من الألفين على اثنين وسبعين فالألفان مائة وأربعة وأربعون سهما لصاحب الثلث من ذلك الثلث ثمانية وأربعون ولصاحب السدس أربعة وعشرون فإذا جمعت ذلك كله بلغت سهام الوصايا مائة وأربعة وأربعين فهو ثلث المال والثلثان ضعف ذلك فجملة المال أربعمائة واثنان وثلاثون العبد من ذلك مائة وأربعة وأربعون لكل واحد من صاحبي العبد من ذلك مقدار حقه واحد وثلاثون كلها في العبد ولصاحب الثلث من العبد سبعة ومن الألفين ثمانية وأربعون فذلك خمسة وخمسون ولصاحب السدس من العبد ثلاثة ومن الألف أربعة وعشرون وذلك سبعة وعشرون * وفي الكتاب خرجه على النصف من ذلك لانه جوز الكسر بالانصاف وجعل الثلث اثنين وسبعين وحصل لصاحبي العبد أحد وثلاثون لكل واحد منهما خمسة عشر ونصف ولصاحب الثلث سبعة وعشرون ونصف ولصاحب السدس ثلاثة عشر ونصف فاستقام التخرج على ما قلنا * وفي قول أبي يوسف ومحمد الثلث بينهم على أحد وعشرين سهما لان العبد الموصى بعينه يضرب كل واحد منهما فيه بسهام جميعه ستة والموصى له بالثلث يضرب فيه بسهمين والموصى له بالسدس يضرب فيه بسهم فيكون بينهم على خمسة عشر وكل واحد من الألفين يكون على ستة باعتبار الاصل فللموصى له من الألفين الثلث أربعة من اثني عشر وللموصى له بالسدس سهمان وان ضمنها هذه الستة إلى سهام العبد خمسة عشر كان الكل أحدا وعشرين فلهذا كان الثلث بينهم على أحد وعشرين * ولو أوصى لرجل بعبده ولاحر بنصفه ولاحر بثلث ماله والعبد يساوى ألفا وله ألفان سوى ذلك ولم يجزوا قسم الثلث بينهم على ثلاثين سهما لصاحب العبد اثنا عشر ونصف في العبد ولصاحب النصف ثلاثة ونصف فيه ولصاحب الثلث أربعة عشر فيما بقى من العبد والمال في قول أبي حنيفة لان نصف العبد يسلم لصاحب العبد بلا منازعة والسدس بينه وبين صاحب النصف نصفان والثلث بينهم أثلاثا فبلغت سهام العبد ستة وثلاثين للموصى له بالعبد مرة ثمانية عشر ومرة ثلاثة ومرة أربعة فذلك خمسة وعشرون وللموصى له بالنصف مرة ثلاثة ومرة أربعة فذلك سبعة وللموصى له بالثلث أربعة ثم كل ألف من الألفين يصير على ستة وثلاثين أيضا فسهام الألفين اثنان وسبعون

ولصاحب الثلث ثلث ذلك وهو أربعة وعشرون فبلغت سهام الوصايا ستين
فيجعل الثلث بينهم على ذلك والثلثان ضعف ذلك وجملة المال مائة
وثمانون * وفي الكتاب خرجه على

[171]

النصف من ذلك فقال يقسم الثلث بينهم على ثلاثين لصاحب العبد اثنا
عشر ونصف ما أعطيتاه وهو خمسة وعشرون ولصاحب النصف ثلاثة
ونصف نصف ما جعلناه له وهو سبعة كلها في العبد ولصاحب الثلث أربعة
عشر نصف ما أعطيتاه وهو ثمانية وعشرون وهذه الأربعة عشر له فيما
بقي من العبد والمال سدس ذلك في العبد والباقي في المال * قال
عيسى رحمه الله هذان الحرفان الاخيران خطأ وإنما ينبغي أن يجمع ما
بقي من العبد والمال فيقسم ذلك بين الموصى له بالثلث والورثة على
أربعة وسبعين سهما فما أصاب أربعة عشر ذلك فهو للموصى له بالثلث
وما أصاب ستين سهما فهو للورثة لان الموصى له بالثلث شريك الورثة
في التركة فيضرب هو فيما بقي من التركة بسهام حقه والورثة بسهام
حقهم وان اعتبرنا الاصل فينبغي أن يكون للموصى له بالثلث مما بقي من
العبد سبع حقه لا سدسه لانه كان له من العبد سهمان ومن الالفين اثنا
عشر فإذا جمعت الكل كان ماله من العبد سبع حقه * ولو أوصى لرجل بعبد
قيمه أكثر من الثلث ولاخر بعد قيمته أقل من الثلث ضرب صاحب الاقل
بقيمة عبده وضرب الاخر بمقدار الثلث من قيمة عبده في قول أبي حنيفة
وفي قولهما يضرب كل واحد منهما بجميع قيمة عبده وهو بناء على
اختلافهم في بطلان الوصية فيما زاد على الثلث عند عدم الاجازة في حق
الضرب * ولو أوصى لرجل بمائة درهم بعينها ثم وهبها لآخر وسلمها إليه
ثم رجع فيها ومات فالوصية باطلة لانها تعلقت بعين المائة وقد أخرجها
عن ملكه بالهبة والتسليم فصار به راجعا والوصية متى بطلت بالرجوع لا
تعود الا بالتجديد ولو كان غاصبها غاصب ثم رجعت إليه بعينها لم تبطل
الوصية لانها باقية على ملك الموصى وان كانت في يد الغاصب واستهلكها
الغاصب فقضى عليه بمثلها بطلت الوصية لانها كانت مقصورة على العين
فلا يجوز تنفيذها من محل آخر بخلاف ما إذا استهلكها مستهلك بعد موت
الموصى لان حق الموصى له تأكد فيها بالموت فثبتت في بدلها وما كان
حقه متأكدا فيها قبل موته يبطل بقوات العين ولا يتحول إلى البديل
كالموهوب قبل التسليم إذا أنلفه انسان يبطل حق الموهوب له فيه بخلاف
ما بعد التسليم ولو كان اشترى بها عبدا فاستحق العبد ورجعت إليه المالية
بعينها فالوصية باطلة لانها خرجت عن ملكه فان بدل المستحق مملوك
بالقبض فصارت المائة مملوكة لبائع العبد وان استحق العبد ولهذا كان عينا
بعد تصرفه فيه بعد الاستحقاق والوصية بعد ما بطلت لا تعود الا بالتجديد
والله تعالى أعلم بالصواب

[172]

(باب الوصية في الحج) (قال رحمه الله) وإذا أوصى الرجل أن يحج عنه بمائة
درهم وثلثه أقل من مائة فانه يحج عنه بالثلث من حيث يبلغ لان محل
الوصية الثلث وللموصى له الوارث المنفعة وهو قصد بهذه الوصية صرف

المائة من ماله إلى هذا النوع من القرية فيجب تحصيل مقصوده بحسب الامكان كما لو أوصى أن يتصدق بمائة من ماله وثلثه أقل من مائة يتصدق عنه بقدر الثلث * ولو أوصى أن يحج عنه حجة بمائة درهم وهى ثلثه فاحج الوصي بها فيبقى من نفقة الحاج وكسوته واطعامه شئ كان ذلك لورثته الميت لان الحاج عن الغير له أن ينفق على نفسه من ماله في الذهاب والرجوع ولاحق له فيما يفضل من ذلك على ما بينا في المناسك ان الاستئجار على الحج لا يجوز فما يفضل بعد رجوعه فهو من مال الميت وقد فرغ عن وصيته فيكون لورثته فان جامع ففسد حجه فعليه الكفارة ورد ما بقى من النفقة والكسوة ويضمن ما أنفق لانه أذن له في الانفاق بشرط أن يؤدي بسفوره حجة صحيحة وقد فوت هذا الشرط بالافساد فعليه رد ما بقى وهو ضامن لما أنفق لانه تبين انه أنفق بغير رضى الموصى ثم ذكر ما لو اعتمر قبل الحج أو قرن أو اعتمر عن آخر وقد تقدم بيان هذه الفصول في المناسك ولو أستأجروا رجلا ليحج عنه فحج كان عليه أن يرد ما يفضل في يده من النفقة لان الاستئجار لم يصادف محله فكان باطلا ومنى بطلت الاجارة بقى مجرد الاذن كما في استئجار النخيل لترك الثمار عليها إلى وقت الادراك فعليه أن يرد ما فضل في يده وليس عليه شئ مما أنفق لانه أنفق باذن صحيح وان عجزت النفقة عنه كان عليهم أن يكملوا له نفقة مثله وما لا بد منه له وتجزى الحجة عن الميت بمنزلة ما لو أمره بان يحج عن الميت من غير استئجار * وإذا أوصى أن يحج عنه فالأفضل أن يحج من قد حج لانه أقدر على أداء الافعال وأبصر بذلك وهو أبعد عن خلاف العلماء واشتباه الاثار وان حج عنه ضرورة جاز عندنا خلافا للشافعي وقد بيناه في المناسك وان أحجوا عنه امرأة فانه يجزيهم ذلك لان الخنعية حين استأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في أن تحج عن أبيها أذن لها في ذلك واستحسن ذلك منها فدل على أنه يجوز احجاج المرأة عن الرجل وقد أسأوا في ذلك لنقصان حال النساء في باب الاحرام حتى أن المرأة تلبس المخيط في احرامها ولا ترفع صوتها بالتلبية ولا ترمل في الطواف ولا تسعى في بطن الوادي وتترك طواف الصدر بعذر الحيض ولا ضرورة لهم في احجاجها عن الميت لان فيمن يحج عن الرجال كثرة وان كانت المرأة هي الموصية فأحجوا عنها رجلا أجزأها لان

[173]

الظاهر أن ذلك مجزئ كان مقصودها أو لم يكن مقصودها وإذا أوصى بالحج فانه يحج عنه من بلده لانه لو عزم على الخروج بنفسه للحج كان يخرج من بلده ويتجهز لسفر الحج من بلده فكذلك إذا أوصى به بعد موته فالظاهر ان مقصوده تجهيز من يحج عنه من بلده وان مات في الطريق فان كان خرج للتجارة فانه يحج عنه من بلده أيضا وان خرج هو يريد الحج فمات في الطريق يحج عنه من حيث مات وفي الجامع ذكر القياس والاستحسان في المسألة ففي القياس يحج عنه من بلده وفي الاستحسان وهو قولهما يحج عنه من حيث مات. وجه الاستحسان أنه باشر بعض العمل بنفسه ولم ينقطع ذلك بموته فيبنى عليه كما إذا وصى باتمامه وبيان هذا أن خروجه على قصد الحج قرينة وطاعة قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله الآية ولم ينقطع ذلك بموته لما روى ان النبي عليه السلام قال من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة وهذا بخلاف ما إذا خرج للتجارة فان سفوره ذلك ليس لاداء الحج فلا يصير به مؤديا شياً من الاعمال وبخلاف ما إذا مات بعد ما أحرم لان احرامه انقطع بالموت ولهذا يخمر وجهه ورأسه ولا يمكن

البناء على المنقطع * يوضحه ان في اعتبار هذا الطريق تحصيل مقصوده وفي الاخذ بالقياس تفويت مقصوده لان الذي يحج عنه من بلده ربما يموت فيحتاج إلى أن يحج آخر من بلده أيضا حتى يقضى في ذلك ماله قبل أن يحصل مقصوده وجه قول أبي حنيفة ان عمله قد انقطع بموته ولا بناء على المنقطع كما لو أحرم ثم مات وأوصى أن يحج عنه وبيان هذا من وجهين أحدهما ان النبي عليه السلام قال كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة والخروج للحج ليس من هذه الثلاثة فينقطع بالموت ثم خروجه انما يكون قربة بطريق موصل إلى أداء الحج وقد تبين أن هذا الخروج ما كان يوصله إلى ذلك والدليل عليه انه ظهر بموته ان سفره كان سفر الموت لا سفر الحج لما روى ان النبي عليه السلام قال إذا أراد الله تعالى قبض روح عبد بارض جعل له إليها حاجة فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء ثم هناك يحج عنه من بلده فهنا كذلك وان كان له أوطان مختلفة فمات وهو مسافر وأوصى بالحج عنه فانه يحج عنه من أقرب الأوطان إلى مكة لانه هو المتيقن به وبمطلق اللفظ لا يثبت الا بالتيقن بما هو كامل في نفسه لان الاطلاق يقتضى الكمال فان لم يكون له وطن فمن حيث مات لانه لو تجهز بنفسه للحج انما يتجهز من حيث هو فكذلك إذا أوصى وهذا لان من لا وطن له

[174]

فوطنه حيث حل وان أحجوا عنه من موضع آخر فان كان أقرب إلى مكة فهم ضامنون وان كان بعد فلا ضمان عليهم لان في الاول لم يحصل مقصوده بصفة الكمال والاطلاق يقتضى ذلك وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة وان أوصى أن يحجوا عنه فأحجوا رجلا فسرقته نفقته في بعض الطريق فرجع عليهم أن يحجوا آخر من ثلث ما بقى في أيديهم من حيث أوصى الميت في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ان بقى من ثلث ماله ما يمكن أن يحج به من حيث أوصى فكذلك الجواب في قول محمد ان لم يبق شئ من ثلث عزل للحج تبطل الوصية وعلى هذا الخلاف لو قال أعتقوا عنى نسمة بمائة درهم فاشتروها فماتت قبل أن تعتق كان عليهم أن يعتقوا من ثلث ما بقى في أيديهم وفي قول محمد بطلت الوصية لان الوصي قائم مقام الموصى والورثة كذلك يقومون مقام المورث في تنفيذ وصيته فكان تعيين الموصى والورثة بعض المال لوصيته كتعيين الموصى ولو عينه بنفسه فهلك ذلك المال بطلت الوصية فكذلك إذا عين ذلك المال لوصيته وقاسم الورثة ثم هلك بطلت الوصية والدليل عليه أن مقاسمة الوصي مع الموصى له على الورثة يصح فلان تصح مقاسمته مع الورثة عن الموصى كان أولى لان الموصى أقامه مقام نفسه باختياره والورثة في تمييز محل الميراث من محل الوصية تصح فأما مقاسمته في تمييز محل الوصية عن البعض لا يجوز فما بقى من الثلث شئ فقد بقى محل الوصية فيجب تنفيذ الوصية باعتبار ما بقى وهو نظير مقاسمة الوصي عن الصغير مع الكبير تصح ومقاسمته بين الصغير لتميز نصيب بعضهم عن بعض لا تصح وأبو حنيفة يقول مقصود الموصى لم يكن المقاسمة وانما كان لتحصيل القرية له بالعتق ويجعل الهالك على التركة كان لم يكن فتنفذ الوصية في هذه القسمة من ثلث ما بقى وفيه جواب عما قاله محمد رحمه الله ان الوصي انما يقوم مقام الموصى فما فيه تحصيل مقصوده خاصة وهذا بخلاف مقاسمته مع الموصى له لان فيه تحصيل مقصوده فان مقصوده تنفيذ الوصية وفي هذه المسألة تنفيذ الوصية وهذه المسألة في الحقيقة نظير الاولى في المعنى فان السفر كان مقصوده فيدور مع ذلك

المقصود جعل ذلك أبو حنيفة وجوده كعدمه وهاهنا التعيين والقسمة لمقصود فإذا لم يحصل ذلك المقصود كان وجود القسمة كعدمها ولو كان الموصى له بالثلث غائباً فقاسم الموصى الورثة على الموصى له لم تجز عليه حتى إذا هلك في يده ما عزله للموصى له

[175]

كان له أن يرجع على الورثة بثلث ما أخذوه بخلاف ما إذا قاسم على الورثة مع الموصى له لأن الورثة يخلفون المورث في العين يبقى لهم الملك الذي كان للمورث ولهذا يرد الوارث بالعيب وبصير مغروراً فيما اشتراه مورثه والموصى قائم مقام الموصى فيكون قائماً مقام من يخلفه في ملكه وأما الموصى له فيثبت الملك له بايجاب مبتدأ حتى لا يرد بالعيب ولا يصير مغروراً فيما اشتراه الموصى فلا يقوم الموصى مقامه في تعيين محل حقه ولكن ما هلك مما عزله يهلك على الشركة وما بقى يبقى على الشركة والعزل إنما يصح بشرط أن يسلم المعزول للموصى له وأذا أوصى أن يحجوا عنه وارثاً لم يجز إلا أن يجيزه الورثة لأن فيه إيثاره بشئ من ماله لنفقته على نفسه وكما أنه لا يجوز إيثاره بشئ من المال تمليكاً منه بدون اجازة الورثة فكذلك إباحته له لنفقته على نفسه * ولو أوصى بان يحج عنه بمائة درهم وأوصى بما بقى من ثلثة لفلان وأوصى بالثلث من ماله لآخر والثلث بمائة درهم فنصف الثلث للحج ونصفه لصاحب الثلث لاستواء الوصيتين في القوة والمقدار ولا شئ لصاحب ما بقى لأنه لم يبق من الثلث شئ والايجاب بهذا اللفظ يتناول ما بقى وإذا لم يبق من الثلث شئ بطل الايجاب لانعدام المحل وهو بمنزلة العصبة مع أصحاب الفرائض فان للعصبة ما بقى بعد حق أصحاب الفرائض وإذا لم يبق شئ لم يكن له شئ بقول فان مات الموصى له بالثلث قبل موت الموصى فما بقى من الثلث للموصى له بما بقى لان وصية الموصى له بالثلث بطلت بموته قبل موت الموصى فكأنها لم تكن ولكن لا يصح هذا الجواب علي ما وضعه عليه في الابتداء ان الثلث مائة درهم لأنه أوصى أن يحج عنه بمائة فيجب تنفيذ هذه الوصية أولاً ثم لا يبقى من الثلث شئ لان ذلك لا يكون له بما بقى إلا أن يكون الثلث أكثر من مائة فحينئذ يحج عنه بالمائة والفضل للموصى له بما بقى وإذا كانت الوصايا لله تعالى لا يسعها الثلث مثل الحجة والنسمة والبدنة بدئ بالذي بدأ به ما خلا حجة الاسلام أو الزكاة أو شيئاً واجبا عليه فانه يبدأ بالواجب وان كان الميت آخره استحسّن ذلك ودع القياس فيه وقد تقدم في ترتيب الوصايا من البيان ما هو كاف والله أعلم بالصواب (باب الوصية للوارث والاجنبي والقاتل) (قال رحمه الله) قد بينا أن الوصية للوارث لا تجوز بدون اجازة الورثة لقوله عليه السلام لا وصية لوارث إلى أن يجيزه الورثة فان أوصى لبعض ورثته ولاجنبي جازت حصة

[176]

الأجنبي وبطلت حصة الوارث لان الايجاب تناولها بدليل ان عند اجازة الورثة ثم الاستحقاق لهما فبطلانه في حصة الوارث بعدم الاجازة لا يبطل حصة الاجنبي ولا يزيد في نصيبه بخلاف الوصية لحي وميت فالايجاب في حق الميت غير صحيح أصلاً وهذا بخلاف الاقرار لوارثه ولاجنبي لان الاقرار

أخبار عن واجب سابق وقد أقر بالمال مشتركا بينهما ولا يمكن اثباته بهذه الصفة لما فيه من منفعة الوارث والوصية إيجاب مبتدأ وانما يتناول إيجابه نصف الثلث في حق كل واحد منهما فأمكن تصحيحه في نصيب الأجنبي كما أوجب الموصى له وعلى هذا الوصية للقاتل وللأجنبي مع الإقرار لهما لأن صفة القتل في المنع عن الوصية والإقرار كصفة الوراثة على ما نبينه ولو أوصى له بشئ وهو وارث يوم أوصى ثم صار غير وارث أو كان غير وارث يوم الوصية ثم صار وارثا ومات الموصى انما ينظر إلى يوم يموت الموصى فان كان الموصى له وارثه لم تجز الوصية وان لم يكن وارثه جازت الوصية لأن الوصية عقد مضاف إلى ما بعد الموت وانما تحقق الوجوب له عند الموت ولأن المانع صفة الوراثة ولا يعرف ذلك إلا عند الموت لأن صفة الوراثة لا تكون إلا بعد بقاء الوارث حيا بعد موت المورث وكذلك الهبة في المرض والكفالة فان ذلك في حكم الوصية حتى تعتبر من الثلث في حق الأجنبي ولا يصح للوارث أصلا وقد بينا الفرق بين هذا وبين الإقرار في كتاب الإقرار ان هناك ان صار وارثا بسبب تحدد الإقرار كان الإقرار صحيحا وان ورثه بسبب كان قائما وقت الإقرار لم يصح الإقرار * وإذا أوصى لمكاتب وارثه أو لعبد وارثه فهو باطل من أجل أن ذلك ينتفع به الوارث فان المولى يملك كسب عبده وله حق الملك في كسب مكاتبه * ولو أوصى لمكاتبه وقد كاتبه في مرضه أو في صحته جازت الوصية لانه ليس في هذا منفعة لبعض الورثة دون البعض فانه ان اعتق فالوصية سالمة له وهو أجنبي وان عجز فرقته وكسبه يكون ميراثا بين جميع الورثة قال وبلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه انه لم يجعل للقاتل ميراثا وعن عمر رضى الله عنه مثله وعن عبيدة السلماني رضى الله عنه قال لا يورث قاتل بعد صاحب البقرة والوصية عندنا بمنزلة ذلك ولا وصية للقاتل أما الكلام في نفي الارث للقاتل فقد بيناه في الديات وأما الوصية للقاتل فلا تصح عندنا سواء أوصى له قبل الجراحة أو بعدها وقال مالك تصح الوصية له في الوجهين وقال الشافعي ان أوصى له قبل أن يجرحه بطلت الوصية بقتله إياه وان أوصى بعد ما جرحه صحت الوصية وجه قول مالك ان هذا تمليك المال بالعقد فالقتل

[177]

لا يبطله كالتمليك بالبيع والهبة وبان كان يبطل الارث لا يستدل على انه يبطل الوصية كالرق واختلاف الدين فانه ينفي التوريث ولا يمنع الوصية والفرق للشافعي من وجهين أحدهما انه ان كان الجرح بعد الوصية فالظاهر أن الموصى نادم على وصيته راجع عنها وإذا كانت الوصية بعد الجرح فلم يوجد بعد الوصية ما يدل على الرجوع عنها بل الظاهر انه قصد الانتداب إلى ما ندب إليه وهو مقابلة السيئة بالاحسان والثاني انه إذا جرحه بعد الوصية فالموصى له قصد الاستعجال بفعل محذور فيعاقب بالحرمان كالميراث فأما إذا أوصى له بعد الجراحة فلم يتوهم قصد الاستعجال في تلك الجراحة ولا بعد الوصية فبقيت الوصية على حالها وجه قولنا ظاهر قوله عليه السلام ليس للقاتل شئ ويدخل الوصية والميراث جميعا في عموم هذا اللفظ وقال ولا وصية للقاتل ولأن الملك بالوصية يثبت بعد الموت فيكون معتبرا بالملك الثابت بالميراث ولا فرق بينهما في المعنى لأن بطلان الوصية للوارث لدفع المغايظة عن سائر الورثة وبطلان الوصية للقاتل لهذا المعنى أيضا فانه يغبطهم أن يقاسمهم قاتل أبيهم تركة أبيهم بسبب الارث أو بسبب الوصية وفي هذا المعنى لا فرق بين أن تتقدم الوصية على الجرح أو تتأخر عنه وبه فارق الرق والكفر فان الحرمان بهما

لانعدام الاهلية للولاية لا لدفع المغايظة عن سائر الورثة ولا معتبر بالاهلية للولاية في الوصية وبخلاف سائر عقود التمليكات لانها لا تشابه الارث صورة ولا معنى وكذلك لو كان القاتل وارثا فأوصى لله له لم تجز الوصية وهذا تجوز في العبارة فان القاتل لا يكون وارثا وان كان وارثا كالصبي والمعتوه والوصية لمثل هذا القاتل تصح ثم الوجه فيه انه اجتمع فيه وصفان كل واحد منهما بانفراده يجرئ الوصية فاجتماعهما أولى فان أجازت الورثة الوصية للقاتل جازت في قول أبي حنيفة ومحمد ولم تجز في قول أبي يوسف ذكر قوله في الزيادات لان الوصية أخت الميراث ولا ميراث للقاتل وان أوصى به الورثة فكذلك الوصية وهذا لان الحرمان كان بطريق العقوبة حقا للشرع فلا يتغير ذلك بوجود الرضى من الورثة والدليل عليه انه لو أوصى لحربي في دار الحرب لم تجز الوصية لتباين الدارين وان أجازت الورثة وانما امتنعت الوصية للحربي لكونه محاربا حكما والقاتل محارب له حقيقة فلان لا تنفذ الوصية له باجازه الورثة كان أولى وجه قولهما ان الوصية للقاتل أقرب إلى الجواز من الوصية للوارث لان الامر في نفس الوصية للوارث مشهور وفي نفس الوصية للقاتل مسبور و العلماء اتفقوا على أن لا وصية للوارث واختلفوا في جواز الوصية للقاتل ثم باجازه الورثة تنفيذ الوصية

[178]

للوارث فكذلك للقاتل والمعنى فيهما واحد وهو ان المغايظة تنعدم عند وجود الرضى من الوراث بالا اجازه في الموضوعين جميعا بخلاف ميراث القاتل فان ثبوت الملك بالميراث بطريق الحكم حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد والاجازة انما تعمل فيما يعتمد القبول ويرتد بالرد وبخلاف الوصية للحربي في دار الحرب لان بطلانها لا نعدام الاهلية في جانب الموصى له فان من في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت ولهذا تنقطع العصمة بتباين الدارين حقيقة وحكما والميت لا يكون أهلا للوصية له ولا تأثير للاجازه في اثبات الاهلية لمن ليس باهل وكذلك الوصية لعبد القاتل أو لمكاتبه فانها كالوصية للقاتل لما ثبت له من حقيقة الملك أو حق الملك في الموصى به وقال في الاصل إذا كانت الوصية لمولاه أو لعبده أبطلناها وقال الحاكم تأويله عندنا إذا كان المولى هو القاتل فأوصى له أو لعبده فأما إذا كان العبد هو القاتل فالوصية لمولاه وصية صحيحة (ألا ترى) ان عبد الوارث إذا قتل المورث لا يحرم المولى ميراثه وهذا لانه لاحق للعبد في ملك مولاه وليس في حق المولى ما يحرمه الارث والوصية لابن القاتل وأبويه وغيرهم من قرابته جائزة وكذلك لمالك؟ هؤلاء من عبيدهم ومكاتبهم ومدبريهم وأمهات أولادهم على قياس الارث فان ابن القاتل وأبويه يرثون المقتول وان لم يرثه القاتل وهذا لانه ليس للقاتل في ملك هؤلاء حق الملك ولا حقيقة الملك وإذا أقر لقاتله بدين فان كان مريضا صاحب فراش حتى مات لم يجز وان كان يذهب ويحيى فهو جائز لان الجرح وان كان سبب الهلاك ولكن لا يصير به في حكم المريض ما لم يصر صاحب فراش فان المريض انما يباين الصحيح بهذا لان الانسان لا يخلو عن نوع مرض وان كان صحيحا فإذا لم يصر صاحب فرش كان هو في حكم الصحيح وإذا كان صاحب فراش فهو مريض وان تكلف لمشيئه إلى بعض حوائجه وكذلك الهبة إذا قبضها للقاتل وهو مريض فان تصرف المريض كالمضاف إلى ما بعد الموت فأما إذا كان يذهب ويحيى فهو صحيح ينفذ تصرفه في الحال مع القاتل كما ينفذ مع غيره وهكذا الجواب في الاقرار للوارث والهبة له وإذا ضربت المرأة الرجل بحديدة أو بغير

حديده فأوصى لها ثم تزوجها فلا ميراث لها ولا وصية وإنما لها مقدار
صداق مثلها من المسمى وما زاد على ذلك في معنى الوصية فيبطل
بالقتل ولو اشترك عشرة في قتل رجل أحدهم عبده وأوصى لبعضهم بعد
الجنابة وأعتق عبده فالوصية باطلة لان كل واحد منهم قاتل له على الكمال
(ألا ترى) انه يلزمهم القصاص إذا كان عمدا

[179]

والكفارة إذا كان خطأ كما لو تفرد به وان كل واحد منهم يحرم عن الميراث
فكذلك الوصية الا أن العتق بعد ما تعذر لا يمكن رده فيكون الرد بايجاب
السعاية عليه في قيمته والعتق على القاتل في دم العمد جائز لان الواجب
القصاص والقصاص ليس بمال (ألا ترى) ان من تلقه بالشهادة باطلة والاكراه
على العفو لا يكون ضامنا وانه لا يعتبر من الثلث بحال فيكون صحيحا
للقاتل وجعل العفو في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء أو أقوى منه ولو
كان خطأ فعفا عنه كان هذا منه وصية لعاقلته فيجوز من الثلث لان الواجب
في الخطأ الدية على العاقلة وهو مال قلنا أصل الوجوب على القاتل
والعاقلة يتحملون عنه فتكون هذه وصية للقاتل قلنا باعتبار المال الوصية
تكون للعاقلة وهم المنتفعون بهذه الوصية فان قيل جزؤ من الدية على
القاتل ففي ذلك الجزء الوصية منه تكون للقاتل قلنا نعم ولكن نتعذر
الوصية في ذلك الجزء لان كل جزء من بدل النفس يتقرر وجوبه على
القاتل ففي ذلك الجزء الوصية تتحملة العاقلة كما لو اشترك ألف نفس
قتل رجل فالجزء الواجب على كل واحد منهم مع قتله يتحملة العاقلة
وكذلك ان كان القاتل عبدا لان الوصية بالعفو تقع لمولاه فان موجب جنابة
العبد على المولى وهو الذي يخاطب بدفعه أو فدائه (ألا ترى) ان بمد عتق
العبد لا يطالب بشئ وإذا أوصى لعبده بثلث ماله صحت الوصية لان رقبته
من جملة ماله فيكون موصيا له بجزء منها فان قتله العبد فوصيته باطلة
غير انه يعتق ويسعى في قيمته لانه تعذر رد العتق فيكون الرد بايجاب
السعاية وعلى هذا المدبر إذا قتل مولاه عمدا أو خطأ فعليه أن يسعى في
قيمه لرد الوصية وعليه في العمد القصاص فان كان المقتول وليا
فعفى أحدهما عنه أنقلب نصيب الاخر مالا فعليه أن يسعى في نصف
قيمه للاخر لانها انما صارت مالا بعد ما عتق وصار أحق بمكاسبه الا أن
الواجب بسبب جنابة كانت منه في حال رقه فيكون الوجوب عليه من
القيمة دون الدية بخلاف ما إذا قتل مولاه خطأ لانه حين وجب المال بسبب
الجنابة كان المولى أحق بكسبه وموجب جنابته على غيره يكون على
المولى فلا يجب بجنابته على مولاه شئ من ذلك لانه لو وجب وجب على
نفسه وأم الولد إذا قتلت سيدها خطأ فليس عليها سعاية في شئ لان
عتقها ليس بوصية وموجب جنابتها على غير المولى يكون على المولى فلا
يلزمه بالجنابة على مولاه خطأ شئ وان قتلته عمدا وليس لها منه ولد كان
عليها القصاص فان عفى أحد الوارثين سعت للاخر في نصف قيمتها لان
نصيب الاخر انما انقلب مالا يعد ما عتقت وصارت أحق بكسبها وان كان لها
منه

[180]

ولد بطل عنها القصاص لصيرورة جزء منه لولدها وعليها أن تسعى في قيمتها لان القصاص انما انقلب مالا بعد موت المولى حين ورث ولدها جزءاً منه وإذا أوصى لقاتله بالثلث وأجاز ذلك الورثة بعد موته جاز وإن أجازته قبل موته فهو باطل بمنزلة الوصية للوارث وقد تقدم بيانه ولو أوصى لرجل بوصية فقامت البينة عليه انه قاتل وصدقهم بذلك بعض الورثة وكذبهم بعضهم فانه يبرأ من حصة الذين كذبوا من الدية وتجاوز وصيته في حصتهم من الثلث ويلزمه حصة الذين صدقوا من الدين وتبطل وصيته في حصتهم من الثلث لان في حق كل فريق يجعل كأن الفريق الاخر في مثل حالة إذ لا ولاية لبعضهم على البعض وإذا قامت عليه بينة بالقتل وأبراه الميت فابراه عفو منه فيصح من الثلث ان كان القتل خطأ ولا وصية له بعد ذلك لان القتل ثبت عليه بالبينة فان في حق الذين كذبوهم حتى لو كذب الورثة الشهود جازت الوصية له بعد وإذا جرح الرجل في مرضه جراحة عمداً أو خطأ فقال المجروح لم يجر حتى؟ فلان ثم مات من ذلك كان القول قوله ولا سبيل للورثة على القاتل لانهم يخلفونه وبعد ما قال لم يجر حتى لا سبيل له عليه في دعوى القتل فكذلك لورثته وان أقام ورثته البينة على القتل لم تقبل بينتهم لان قبول البينة ينبنى على صحة الدعوى منهم وبعد قول المجروح لم يجر حتى فلان لا يصح كما لا يصح الدعوى منه قبل موته بخلاف ما إذا قال لأجراحة لى قبل فلان ثم ادعى عليه القتل وأثبت بالبينة جازت لانه نفى موجب الجرح ودعواه موجب النفس لا تنافى ما أبغاه من موجب الجرح وفي الاول نفى أصل الجرح ومن ضرورته نفى القتل إذ القتل بدون الجرح لا تصور له أما ظاهراً أو باطناً وإذا أوصى الرجل لرجلين بوصية وأقام كل واحد من ورثته البينة على أحد الموصى لهما انه قتل صاحبهما خطأ كان على كل واحد منهما خمسة آلاف للذي أقام عليه البينة ولا وصية له في حصة الذي أقام عليه البينة بالقتل وتجاوز له الوصية في حصة الاخر بالحساب لان كل واحد منهما يثبت الحق على المشهود عليه لنفسه ولصاحبه وصاحبه مكذب لشهوده فيخرج كل واحد منهما من ان يكون قاتلاً في حق من كذب المشهود عليه ويبقى قاتلاً في حق الاخر في حكم الدية والوصية جميعاً واذ أوصى الرجل لرجلين لكل واحد منهما بالثلث وأوصى لآخر بعيد فشهد الموصى لهما بالثلث على الموصى له بالبعد انه قاتل فشهادتهما باطلة لانهما يجران الثلث إلى أنفسهما ويسقطان مزاحمة الموصى له بالبعد معهما في الثلث ويلزمه الدية أيضاً ولهما من ذلك الثلث فكانا شاهدين لا نفسيهما والموصى له بالثلث شريك الوارث

[181]

في التركة فهذه الشهادة لا تقبل من الورثة للتهمة فكذلك من الموصى له وكذلك لو شهدا على وارث أو على أجنبي انه قتله خطأ لان المعنى في الكل سواء وإذا أعتق الرجل في مرضه صبياً صغيراً لا مال له غيره ثم قتل الصبي مولاه عمداً فعليه أن يسعى في قيمتين يدفع له من ذلك الثلث وصية له ويسعى فيما بقي لان الصبي لا يحرم الارث بسبب القتل فكذلك لا يحرم الوصية ومحل الوصية الثلث فيلزمه السعاية فيما زاد على الثلث والمعتق في المرض ما دام عليه شئ من السعاية فهو بمنزلة المكاتب فلماذا ألزمه السعاية في قيمته بسبب الجنابة وفي قيمته بسبب العتق في المرض بعد أن يسلم له من ذلك الثلث ولو كان كبيراً فقتل مولاه خطأ سعى في قيمتين للورثة ولا وصية له لانه قاتل وهذا أقوى وهذا كله قول أبى حنيفة رحمه الله فأما عندهم عليه السعاية في قيمته لرد الوصية

والدية على العاقلة لان المستسعى حر عندهما ولو قتل غيره مولاه خطأ كانت الدية على عاقلته وكذلك إذا قتل مولاه وعند أبي حنيفة هو بمنزلة المكاتب فعليه السعاية في قيمته لاجل الجنابة وكذلك قولهما في الصبي أن الدية تجب على عاقلته كما لو قتل غيره مولاه لانه حرفان كان عليه السعاية لم يحسب له قيمته من الثلث بطريق الوصية لان الصبي لا يحرم الوصية وان كان قاتلا والله أعلم (باب الوصية بالغلة والخدمة) (قال رحمه الله) والوصية بخدمة العبد أو غلته أو سكنى الدار وغلته تجوز عندنا وعلى قول ابن أبي ليلى لا يجوز شئ من ذلك موقتا ولا غير موقت لان الموصى يملك له بايجابه وذلك لا يصح منه فيما ليس بمملوك له والمنفعة والغلة التى تحدث بعد موته ليس بمملوكة له وبايجابه لا يتناول المنفعة والغلة التى تحدث في حال حياته فيبطل وصيته بها ولكننا نقول المنفعة تحتل التملك ببذل وبغير بدل في حال الحياة فيجعل التملك بعد الموت أيضا وهذا لان الموصى تبقى العين على ملكه حتى يجعله مشغولا بنصرفه موقوفا على حاجته فانما يحدث المنفعة على ملكه فإذا ثبت هذا في المنفعة فكذلك في الغلة لانها بدل المنفعة والوصية بخلاف الميراث فالارث لا يجرى في الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيره أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا لا يتصور الا فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين فاما الوصية ايجاب ملك بالعقد بمنزلة الاجارة والاعارة فيما أبقي فان أوصى بخدمة عبده سنة

[182]

وليس له مال غيره فان العبد يخدم الورثة يومين والموصى له يوما حتى يستكمل الموصى له سنة لان الوصية لا تنفذ في أكثر من الثلث وفي زمان الخدمة تكون بد الورثة مقصورة عن العبد فلا يمكن قصر يدهم عن جميع المال بسبب الوصية والعبد لا يحتل القسمة في نفسه فتكون القسمة بطريق المهابة في الخدمة وحق الورثة في سهمين وحق الموصى له في سهم فيخدمهم يومين والموصى له يوما حتى يستكمل الموصى له سنة وصارت الوصية بالخدمة ما لم يستوف الموصى له كمال حقه بمنزلة الوصية بالرقبة ولو أوصى بسكنى دار سنة ولا مال له غيرها فانه يسكن ثلثها سنة ويسكن الورثة الثلثين لان الدار يمكن قسمتها بالاجزاء وهذا النوع من القسمة أقرب إلى المعادلة لان كل واحد منهما يستوفى نصيبه من السكنى في الوقت الذى يستوفيه صاحبه بخلاف ما إذا تهايا عن الزمان فان هناك يسبق أحدهما بالاستيفاء فلا يصار إليه الا عند تعذر قسمة السكنى بالاجزاء ولكن ليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثى الدار الا في رواية عن أبي يوسف يقول ان ذلك حقه على الخلوص فينفذ بيعهم فيه ولكننا نقول حق الموصى له بالسكنى ثابت في سكنى جميعها بدليل أنه لو ظهر للميت مال آخر تخرج الدار من ثلثه كان هو أحق بسكنى جميعها ولو خرب ما في يده من الدار كان له ان يزاحم الورثة فيما في أيديهم وفي البيع ابطال حقه فكانوا ممنوعين من ذلك ولو أوصى له بغلة عبده سنة وليس له مال غيره كان له ثلث غلته تلك السنة لان الغلة عين مال محتلم القسمة فانما تنفذ الوصية في مقدار الثلث من الغلة في سنة واحدة بخلاف الخدمة فانها لا تحتل القسمة بالاجزاء فللموصى له أن يستوفى الخدمة بطريق المهابة إلى أن يكون ما يستوفيه خدمة سنة كاملة كما أوصى لزيد وكذلك ان أوصى له به وكذلك ان أوصى له بغلة داره فهذا وغلة العبد سواء لان الغلة في الموضوعين جميعا تحتل القسمة فلا يسلم للموصى له الا ثلث الغلة في سنة واحدة وأن أراد الموصى له قسمة

الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذى يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف فانه يقول الموصى بمنزلة الشريك فيما يجب تنفيذ الوصية فيه فكما ان للشريك ان يطالب بالقسمة ليكون هو الذى يستغل نصيبه فكذلك الموصى له بالغلة هاهنا ولكننا نقول القسمة تبني على ثبوت حق الموصى له فيما تلاقيه القسمة ولاحق له في عين الدار انما حقه في الغلة وقسمة الدار لا تكون قسمة للغلة فلا يكون له ان يطالب بها وليس للموصى له بسكنى الدار وخدمة العبد ان يؤجرهما عندنا وقال الشافعي

[183]

له ذلك لان تملك المنفعة بعقد مضاف إلى ما بعد الموت كتمليك المنفعة في حال الحياة ولو تملك المنفعة بالاستئجار في حال الحياة ملك الاجارة من غيره فكذلك إذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنفعة معتبرة بالعين والعين سواء تملكها ببدل أو بغير بدل تملك الاعتياض عنه مع غيره فكذلك المنفعة بخلاف المستعير فانه لا يملك المنفعة عندي ولكن الاعارة في حكم الاباحة ولهذا قلت المستعير لا يعير من غيره والدليل على الفرق ان الاعارة لا يتعلق بها اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم كالوصية بالعين وحثنا في ذلك أن الموصى له بملك المنفعة يتعلق بها اللزوم كالوصية بالعين وحثنا في ذلك أن الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تملكها من الغير بعوض كالمستعير وهذا لان المستعير مالك للمنفعة فان التملك في حال الحياة أقرب إلى الجواز منه بعد الموت وإذا كانت المنفعة تحتل التملك بعد الموت بغير عوض فلان تحتل ذلك في حال الحياة أولى وتصح بلفظ التملك حتى لو قال ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة وانما لا يتعلق بهذا اللفظ اللزوم لكونها متعيرية عن البدل وكذلك الوصية الا أن غير الموصى لا يتمكن من الرجوع بعد موت الموصى والموصى ماتت فلا يتصور رجوعه فيه وهذا لان المنفعة ليست بمال وفي تملكها بمال احداث معنى المالية فيها فانما تثبت هذه الولاية فيها لمن يملكها تبعاً لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها فاما إذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما يملك معنى وليس له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فإذا كان الموصى وأهله في موضع آخر عرفنا أن المقصود له أن يحمل العبد إلى أهله لخدمتهم وإذا كانوا في بصره فمقصوده إلى تمكنه من خدمة العبد من غير ان يلزمه مشقة السفر فلا يكون له أن يخرجه من بلده وقد بينا هذه المسألة في كتاب الصلح وما فيها من اختلاف الروايات ولو أوصى له بخدمه عبده وللآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة كلها لصاحب الخدمة لانه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً وما أوجبه لكل واحد منهما يحتمل الوصية بانفراده فيعطف؟ احدى الوصيتين على الاخرى لا يتحقق بينهما مشاركة فيما أوجبه لكل واحد منهما ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذلك إذا أوصى بالرقبة

لإنسان آخر لان الوصية قياس الميراث من حيث ان الملك يثبت بها بعد الموت (ألا ترى) أنه لو أوصى بأمة رجل وبما في بطنها لآخر وهو يخرج من الثلث كان ذلك كما أوصى ولا شئ لصاحب الامة في الولد ولو أوصى لرجل بخاتم ولاخر بغصه كان كما أوصى ولا شئ لصاحب الخاتم من الغص ولو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر؟ لفلان كان كما أوصى فأما إذا فصل أحد الايجابين عن الاخر في هذه المسألة فعلى قول أبي يوسف الجواب كذلك وعلى قول محمد تكون الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك الخاتم والغص والقوصرة والتمر. وجه قول أبي يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني يبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزمه شياً في حال فيكون حالة البيان الموصول فيه والمفصول سواء كما في الوصية بالرقبة والخدمة فان هناك المفصول والموصول سواء في الحكم ومحمد يقول اسم الخاتم يتناول الحلقة والغص جميعاً فاسم الجارية يتناولها وما في بطنها وفي القوصرة كذلك ومن أصلنا أن العام موجبة ثبوت الحكم في كل ما يتناوله على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فاجتمع في الغص الوصية لكل واحد منهما بايجاب على حدة فيجعل الغص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية للثاني فيه دليل الرجوع عن الاول كما لو أوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة فاسم الرقبة لا يتناول الخدمة ولكن الموصى له بالرقبة انما يستخدمها لان المنفعة تحدث على ملكه ولا حق للغير فيه فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له بالرقبة حق بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لان ذلك بمنزلة دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الغص فإذا جنى العبد الموصى له بخدمته ورقبته جناية فالفداء على صاحب الخدمة لان فيما هو المقصود بالعبد وهو الاستخدام هو المختص به كالمالك وبالفداء تسلم الخدمة له ولا يسلم لصاحب الرقبة شئ في الحال فإذا فداءه خدمه على حاله لانه طهره عن الجناية وان مات صاحب الخدمة انتقضت الوصية لان الحق للموصى له في الخدمة لا يحتمل التوريث لانها لا تبقى وقتين فلا يتصور أن تكون مملوكة للمورث ثم للوارث فتبطل الوصية بموته عندنا خلافاً للشافعي فانه يرى توريث المنفعة وقد بينا هذا في الاجارات ثم يقال لصاحب الرقبة اد إلى ورثته ذلك الفداء لانه ظهر أن صاحب الرقبة هو المنتفع بذلك الفداء فان خدمة العبد تسلم له وقد كان الموصى له مضطراً إلى ذلك الفداء فلا يكون متبرعاً فيه فان أبي أن يرد الفداء

على ورثته بيع فيه العبد وكان بمنزلة الدين في عتقه لانه انما جنى العبد بذلك الفداء ولولاه لكانت نفسه مستحقة بالجناية وإذا أوصى لصاحب الخدمة في أول الامر أن يفدى لم يجز على ذلك لانه لا يملك شيئاً من الرقبة وقد رضى بطلان حقه في الخدمة حين أبي أن يفدى ويقال لصاحب الرقبة ادفعه أو افده فأيهما صنع بطلت وصية صاحب الخدمة لانه ان دفعه فقد فات محل وصيته وان فداءه فانما يفديه بما أسلم له من خدمته والموصى له حين أبي أن يفديه فقد رضى بصيرورة العبد مستهلكاً فيما لحقه من الجناية والغرم ولو قتل رجل العبد خطأ ولم يجن العبد فعلى عاقلة القاتل

قيمته يشتري بها عند عدم صاحب الخدمة لان القيمة قائمة مقام الرقبة وقد كانت الرقبة للموصى له بها مشغولة بحق الموصى له بالخدمة فيها فكذلك ما يقوم مقامها ولا يقال حق الموصى له بالخدمة في المنفعة والمنفعة لا تقوم بالاتلاف لان الوصية بالخدمة وان تعلق بالمنفعة فالاستحقاق بها يتعدى إلى العين ولهذا يعتبر خروج العين من الثلث والقيمة بدل العين فيشتري بها ما يقوم مقام العين الاولى ويثبت فيه حق صاحب الخدمة كما كان ثابتا في الاولى وان كان القتل عمدا فلا قصاص فيه الا أن يجتمع على ذلك صاحب الرقبة وصاحب الخدمة أما صاحب الرقبة فلانه هو المالك للعبد وولاية استيفاء القصاص تثبت بملك الرقبة وأما صاحب الخدمة فلان في استيفاء القصاص ابطال حقه في الخدمة وهو حق لازم له فلا يجوز ابطاله بغير رضاه فان اختلفا فيه تعذر استيفاء القصاص فوجب قيمته في مال القاتل يشتري بها عبدا فيخدمه مكانه لان في استيفاء المال مراعاة الحقين ولو فقأ رجل عينه أو قطع يده دفع العبد وأخذت قيمته صحيحا لان هذه الجناية استهلاك له حكما فيعتبر باستهلاكه حقيقة فيوجب قيمته صحيحا من الجاني بعد تسليم الجثة إليه ويشتري بها عبدا مكانه ولو قطعت يده أو فقئت عينه أو شج موضحة فادى القاتل ارش ذلك فان كانت الجناية تنقص الخدمة اشترى بالارش عبدا آخر يخدم صاحب الخدمة مع العبد الاول لان الارش بدل الفأنت بالجناية وقد كان حق الموصى له بالخدمة ثابتا في ذلك الجزء ولما كان فواته ينقص الخدمة فيثبت في بدله أيضا أو يباع العبد فيضم ثمنه أيضا إلى ذلك الارش ويشتري بهما عبد ليكون قائما مقام الاول ولكن هذا إذا اتفقا عليه فان اختلفا في ذلك لم يبع العبد لان رقبته لاحدهما وخدمته للاخر فلا يجوز بيعه الا برضاها ولكن يشتري بالارش عبد يخدمه معه فان لم يوجد بالارش عبد وقف الارش حتى يصطلحا عليه فان اصطلحا

[186]

على أن يقتسماه نصفين أجزت ذلك بينهما لان الحق لا يعدوهما فإذا تراضيا فيه على شيء كان لهما ذلك ولا يكون ما يستوفيه الموصى له بالخدمة من نصف الارش بدلا عن نقصان الخدمة لانه لا يملك الا الاعتياض عن الخدمة ولكن يكون اسقاطا لحقه ذلك بالمال الذي يستوفيه بمنزلة ما لو كان العبد قائما على حاله فصالح الموصى له بالرقبة على مال يستوفيه منه ليسلم العبد إليه فان كانت الجناية لا تنقص الخدمة فالارش لصاحب الرقبة لانه بدل جزء فات من ملكه وظهر أنه لم يكن لصاحب الخدمة حق في ذلك الجزء حين لم يتنقص؟ الخدمة بفواته وكل مال وهب للعبد أو تصدق به عليه أو اكتسبه فهو لصاحب الرقبة لان الكسب يملك بملك الرقبة وهو المختص بملك الرقبة ولو كان مكان العبد أمة كان ما ولدت من ولد لصاحب الرقبة لانه تولد من عينها وعينها ملك صاحب الرقبة ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه إذا أنفق عليه فان العبد لا يقوى الخدمة الا بذلك وهو أحق بخدمته فيلزمه نفقته كالمستعير فانه ينفق على المستعار وينتفع به وان أبى أن ينفق رده على صاحبه فيلزمه نفقته فهذا كذلك أيضا فان كان أوصى بخدمة عبد صغير وبرقبته لآخر وهو يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فإذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة لان بالنفقة عليه في حالة الصغر تنمو العين والمنفعة في ذلك لصاحب الرقبة وإذا صار بحيث يخدم فهو بالنفقة يتقوى على الخدمة والمنفعة في ذلك لصاحب الخدمة فلماذا كانت النفقة عليه ثم نفقة المملوك على المالك باعتبار الاصل الا أن

يصير معدا لانتفاع الغير به فحينئذ تكون النفقة على المنتفع كالمولى إذا زوج أمته ولم يؤها بيتا كانت نفقتها على المولى فان بواها مع الزوج بيتا كانت نفقتها على الزوج ولو أوصى بدابة لرجل وبظهرها ومنفعتها لآخر كانت مثل العبد سواء لاستوائهما في المعنى وإذا كان لرجل ثلاثة أعبد فأوصى برقبة أحدهم لرجل وبخدمة آخر لرجل آخر ولأمال له غيرهم وقيمة الموصى بخدمته خمسمائة درهم وقيمة الموصى برقبته ثلثمائة وقيمة الباقي ألف فالثلث بينهما على ثمانية أسهم خمسة لصاحب الخدمة في خدمة العبد الموصى بخدمته فيكون له من خدمته ثلاثة أيام وللورثة يوم ويكون للآخر من رقبة عبده مائتان وخمسة وعشرون لان الوصية بالخدمة في الاعتبار من الثلث والمضاربة بها بمنزلة الوصية بالرقبة وجملة المال ألف وثمانمائة فوصية كل واحد منهما كانت بأقل من الثلث فيضرب كل واحد منهما بجميع وصيته وقيمة العبد الموصى بخدمته خمسمائة درهم فيضرب

[187]

صحابها في الثلث بذلك وصاحب الرقبة بثلث ماله فإذا جعلت كل مائة سهما كان الثلث بينهما على ثمانية ثم ثلث المال بقدر ثلاثة ارباع الوصيتين لان ثلث المال ستمائة ومبلغ الوصيتين ثمانمائة ويقدر لكل واحد منهما ثلاثة ارباع وصيته في الحال فيجتمع في العبد الموصى بخدمته حق الورثة وحق الموصى له بخدمته حقه في ثلاثة ارباعه وحق الورثة في الربع فلهذا قال يخدم الموصى له بخدمته ثلاثة ايام والورثة يوما ولصاحب الرقبة ثلاثة ارباع رقبة عبده وذلك مائتان وخمسة وعشرون فإذا مات صاحب الخدمة استكمل صاحب الرقبة عبده كله لان الوصية بالخدمة قد بطلت وجميع العبد للآخر خارج من الثلث وزيادة وكذلك ان مات العبد الذي كان يخدم لان بموته بطلت الوصية بالخدمة وصار الميت كان لم يكن فيبقى السالم للورثة عند التساوى ألف درهم فيمكن تنفيذ الوصية في عبد يساوى ثلثمائة درهم لان ذلك دون الثلث ولو كانت قيمته العبد سواء كان لصاحب الخدمة نصف خدمة العبد ولصاحب الرقبة نصف رقبة الآخر لان حقهما في الثلث سواء والثلث بقدر رقبة واحدة فينقذ لكل واحد منهما والوصية في نصف الثلث مما أوصى له ولو أوصى بالعبيد كلهم لصاحب الرقبة وبخدمة أحدهم لصاحب الخدمة لم يضرب صاحب الرقاب لا بقيمة واحد منهم ويضرب الآخر بقيمة الآخر فيكون هذا كالباي الذي قبله وهو قول أبى حنيفة بناء على أن الوصية بالعين فيما زاد على الثلث عند عدم الاجازة من الورثة تبطل ضربا واستحقاقا ولو كانوا يخرجون من الثلث كان لصاحب الرقبة ما أوصى له به من الرقاب ولصاحب الخدمة ما أوصى له به لاتساع محل الوصية ويجتمع في العبد الواحد الوصية برقبته وبخدمته فإذا مات صاحب الخدمة رجع ذلك إلى صاحب الرقبة ولو لم يكن له مال غيرهم فأوصى بثلث كل عبد منهم لفلان وأوصى بخدمة أحدهم بعينه لفلان فانه يقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب الخدمة ثلاثة أخماس الثلث في خدمة ذلك العبد وللآخر خمسا الثلث في العبد الباقين في كل واحد منهما خمس رقبة لان حق الموصى له بالخدمة في العبد الموصى بخدمته تقدم على حق الآخر (ألا ترى) انه لو كان العبد واحدا فأوصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر لا تثبت المزاحمة لصاحب الرقبة مع صاحب الخدمة فيه فكذلك هاهنا الموصى له بثلث كل عبد لا يزاحم الموصى له بالخدمة في الثلث بشئ من وصيته في هذا العبد وانما يزاحمه وصيته في العبد

الاخرين وقد أوصى له بثلث كل واحد منهما فإذا جعلنا كل ثلث سهمها كان حقه في سهمين وحق الموصي له بالخدمة في ثلاثة

[188]

فلهذا كان الثلث بينهم على خمسة والثلث بقدر رقبة واحدة فللموصى له بالخدمة ثلاثة أحماس ذلك كله في العبد الموصى بخدمته واجتمع فيه حقه وحق الورثة وذلك في خمسة فلهذا كانت المهابة في الخدمة على خمسة أيام يخدم الورثة يومين والموصى له ثلاثة أيام ويكون للآخر خمسا الثلث في العبد الباقيين فيسلم له من كل واحد منهما خمس الرقبة ولو كان أوصى بثلث ماله لصاحب الرقاب وبخدمة أحدهم بعينه لصاحب الخدمة ولا مال له غيرهم قسم الثلث بينهما نصفين لان الموصى له بثلث مال يزاحم الموصى له بالخدمة في الثلث بوصيته في العبد الموصى بخدمته (ألا ترى) انه لو كان العبد واحدا فأوصى بخدمته لانسان وبثلث ماله لآخر ثبت الزاحمة بينهما في العبد بوصيتهما وهذا لان الخدمة تتناولها الوصية بثلث المال كما تتناول الرقبة لان ذلك من ماله بخلاف الاول فان الوصية بالرقبة لا تتناول الخدمة بحال لان الخدمة غير الرقبة إذا ثبت هذا فنقول حقهم في الثلث على السواء فيقسم الثلث بينهما نصفين فما أصاب صاحب الخدمة فهو في العبد الموصى بخدمته وذلك نصفه وما صاب صاحب الثلث وهو نصف العبد كان له والعبد الثلاثة في كل عبد ثلث ذلك الثلث فيكون دون الخدمة في العبد الموصى بخدمته في كل ستة أيام يخدم الموصى له بالخدمة ثلاثة والورثة يومين والموصى له بالثلث يوما حتى يموت صاحب الخدمة فإذا مات بطلت وصيته فزال مزاحمته فيكون الموصى له بثلث المال جميع وصيته وهو ثلث كل عبد من العبد الثلاثة وإذا أوصى بخدمة عبده لرجل وبغلة لآخر وهو يخرج من الثلث فانه يخدم صاحب الخدمة شهرا وبغل على صاحب الغلة شهرا لا استواء حقهما فيه الا انه في الخدمة جعل المناوبة بالايام لتيسر ذلك وفي الاستغلال جعل النوبة بالشهور لان استغلال العبد لا يكون عادة فيما دون الشهر ويتعذر استغلاله في كل نوبة إذا جعلت بالايام وفي كل شهر طعامه على من له منفعته لان الغرم مقابل بالغنم وبالنفقة يتوصل إلى الخدمة والعمل وكسوته عليهما نصفان لاستواء حقهما فيه وتعذر تجديد الكسوة في كل نوبة وان جنى العبد جنابة قيل لهما أفدياه لان تملكهما من استيفاء حقهما يكون بالفداء فان أبيا فقداه؟ الوارث بطلت وصيتهما لانهما حين أبيا الفداء فقد رضيا بدفعه وصار في حكم المستهلك في حقهما بمنزلة ما لو دفع بجنابته ولو أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم وللآخر بثلث ماله ولا مال له غير العبد فثلث العبد بينهما نصفان في قول أبي حنيفة لان الوصية بغلة العبد كالوصية برقبته في الاعتبار من الثلث فالموصى له بالغلة موصى له بجميع

[189]

المال ومن أصل أبي حنيفة ان الوصية بما زاد على الثلث عند عدم الاجازة تبطل في حق الضرب فلهذا قال الثلث بينهما نصفان فما أصاب صاحب الثلث فهو له وما أصاب صاحب الغلة استغل بحسب غلته وينفق عليه منها كل شهر درهم كما لو أوصى وانما يحبس جميع تلك الغلة لجواز أن يمرض

أو تبطل فلا يعمل في بعض الشهور ويحتاج إلى الانفاق عليه مما هو محبوس لحقه فإن مات وقد بقي منها شيء رد على صاحب الثلث وبرج عليه أيضا مما يحبس على صاحب الغلة من رغبة العبد لان وصيته بطلت بموته فإن حقه في بدل المنفعة وهي الغلة وقد بينا ان وارثه لا يخلفه فيما له من الحق في المنفعة فكذلك في بدلها وهذا لانه لم يصير مملوكا له ولكن ثبت له حق يستحق ان لو بقي حيا ومثل هذا لا يورث وإذا بطلت وصيته وزالت مزاحمته سلم جميع الثلث لصاحب الثلث والمحبوس من الغلة بدل منفعة جزء من الثلث فيكون للموصى له بالثلث ولو أوصى لرجل بغلة داره ولا مال له غيرها فاحتاجت الورثة إلى سكنها قسمت الدار ثلاثا ويكون للورثة ثلاثا واستغل ثلثها صاحب الغلة لان الدار تحتل القسمة وثلاثها خالص حق الورثة فيجب تمكينهم من صرف نصيبهم إلى حاجتهم وهو السكنى وانما يكون ذلك بالقسمة ولو أوصى لرجل بغلة داره ولاخر بعبد ولاخر بثوب فإن ثلث مال الميت يقسم بينهم يضرب فيه كل واحد بما سمي له فما أصاب صاحب الدار كان له غلة ذلك لان الموصى أوجه له فيصرف إليه إلى أن يموت صاحب الغلة فحينئذ تبطل وصيته ويقسم الثلث بينهم وبين من بقي من أهل الوصية لزوال مزاحمته الا أن هاهنا ان كان حصل من الغلة شيء قبل موته فهو لورثته لانه صار مالكا لما حصل من الغلة حتى يتمكن من استيفائها في الحال وهو عين فيخلفه وارثه فيها ولو أوصى بغلة داره وعبيده في المساكين جاز ولا يجوز ذلك في السكنى والخدمة الا لانسان معلوم لان الغلة عين مال يتصدق به وهذا وصية بالتصدق على المساكين فأما السكنى والخدمة لا يتصدق بهما بل تعار العين لاجلها والاعارة لا تكون الا من انسان معلوم ثم المساكين محتاجون إلى ما يسد خللتهم ويحصل ذلك لهم بالغلة وقل ما يحتاجون إلى الخدمة والسكنى وقيل أن ينبغي أن يجوز على قياس من يجز الوقف فان هذا في معنى وقف على المساكين ومن أوصى بظهر دابته لانسان معلوم يركبها في حاجته ما عاش فهو جائز لانه وصية بالاعارة منه ولو أوصى بظهرها للمساكين أو في سبيل الله تعالى كان باطلا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو جائز وهذا لان من أصل أبي حنيفة ان

[190]

الوقف لا يتعلق به اللزوم وان وقف المنقول لا يجوز وان كان مضافا إلى ما بعد الموت وهو قول أبي يوسف فأما عند محمد وقف المنقول جائز فيما هو متعارف بين ذلك في السير الكبير وروى فيه ان ابن عمر رضى الله عنه مات عن ثلثمائة فرس ونيق ومائتي بعير مكتوب على اخاذاها حبس لله تعالى فجوز ذلك استحسانا ولو لم يوص به لانسان بعينه وهما أبطلا ذلك الا أن يوصى به لانسان بعينه فيجوز حينئذ لحاجته ولو قال في صحته غلة داري هذه أو عبيدي هذا صدقة في المساكين فان ردت بعد موتي فهي وصية من ثلثي تباع ويتصدق بثمنها جاز ذلك لانا قد بينا ان ابن أبي ليلى لا يجوز الوصية بالغلة أصلا فلا يأمن الموصى من أن يرفع ورثته إلى قاض يعتقد قوله فيبطل وصيته فيحزر عن ذلك بما ذكر من الوصية الثانية وعلقها بردي؟ الاولى والوصية تحتل التعليق وهذا التعليق فيه فائدة ابقاء الاولى لان الورثة لا يحتالون في ابطال الاولى إذا علموا انهم لا يستفيدون بذلك شيئا ثم المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فإذا ردت الاولى وجب تنفيذ الوصية الثانية فيباع إذا كان يخرج من ثلثه ويتصدق بثمنه ولو أوصى بداره أو بارضه فجعلها حبسا على الاخر والاخر من ورثته لا يباع أبطلت ذلك وجعلتها ميراثا للحديث لاحبس عن فرائض الله تعالى ولان هذا

في معنى الوصية للوارث ولانه ان جعل في معنى الوقف فالوقف على
بعض ورثته بعد موته لا يجوز والتأييد من شرط الوقف ولم يوجد ذلك ولو
أوصى بغلة داره لانسان ويسكنها لآخر ويرقيتها لآخر وهي الثلث فهدمها
رجل بعد موت الموصي عرم قيمة ما هدم من بنائها وتبنى مساكن كما
كانت فتؤجر ويأخذ غلتها صاحب الغلة ويسكنها الآخر لان حقه كان تعلق
بالبناء الاول فيحول إلى البدل وهو القيمة وطريق ابقاء حقهما منه أن
تبنى مساكن كما كانت ليكون الثاني قائما مقام الاول وكذلك البستان إذا
أوصى بغلته فقطع رجل نخله أو شجره والحاصل أن الوصية بغلة البستان
تتناول الثمار بغلة الدار والعبد يتناول الاجرة وكذلك بغلة الارض تتناول
الاجرة والحصة من الخارج إذا وقعت مزارعة وبغلة الامة يتناول الاجرة دون
الولد حتى انها لو ولدت لا يكون الولد للموصى له بالغلة وان ما تولد من
عينها كالثمار ولكن يستحق بمطلق الاسم ما يطلق عليه اسم الغلة في كل
شئ عادة واسم الغلة يطلق على الثمار ولا يطلق على اولادها ولو أوصى
لرجل بثلث ماله ولاخر بغلة داره وقيمة الدار ألف وله ألفان سوى ذلك
فلصاحب الغلة نصف غلة الدار لانه موصى له بالثلث معنى كالموصى له
الآخر بالثلث بينهما

[191]

نصفان نصفه لصاحب الغلة كله في الدار فلهذا كان له نصف غلة الدار
ولصاحب الثلث نصف الثلث فيما بقى من المال والدار ان شئت قلت
خمس ذلك في الدار وأربعة أخماسه في المال لانه شريك الورثة فيقاسم
الورثة بحسب المال والمال المقسوم بينه وبين الورثة نصف الدار وقيمته
خمسمائة وألفان فإذا جعلت كل خمسمائة سهما كانت أخماسا وأن شئت
قلت ثلثا ذلك في المال وثلثه في الدار لان مزاحمة الموصى له بالغلة قد
انعدمت في نصف الدار وحق الموصى له ذلك فلصاحب الغلة نصف غلة
الدار لانه موصى له بالثلث معنى كالموصى له الآخر بالثلث بينهما

[191]

نصفان نصفه لصاحب الغلة كله في الدار فلهذا كان له نصف غلة الدار
ولصاحب الثلث نصف الثلث فيما بقى من المال والدار ان شئت قلت
خمس ذلك في الدار وأربعة أخماسه في المال لانه شريك الورثة فيقاسم
الورثة بحسب المال والمال المقسوم بينه وبين الورثة نصف الدار وقيمته
خمسمائة وألفان فإذا جعلت كل خمسمائة سهما كانت أخماسا وأن شئت
قلت ثلثا ذلك في المال وثلثه في الدار لان مزاحمة الموصى له بالغلة قد
انعدمت في نصف الدار وحق الموصى له بالثلث في ثلث الدار بدليل أنه
لولا وصية الآخر لكان يسلم له ثلث الدار فإذا فرغ من حق الآخر مقدار حقه
وزيادة أخذ جميع حصته من الدار وهو الثلث مما يستوفيه فإذا مات صاحب
الغلة فلصاحب الثلث ثلث الدار والمال لان وصية صاحب الغلة قد بطلت
فان استحققت الدار بطلت وصية صاحب الغلة لانها كانت وصية بالعين فلا
تبقى بعد استحقاق العين وان لم تستحق ولكنها انهدمت قيل لصاحب
الغلة ابن نصيبك منها وبنى صاحب الثلث نصيبه والورثة نصيبهم ليمكن
كل واحد منهم من الامتناع بنصيبهم وأيهم أبى أن يبنى لم يجبر على ذلك

ولم يمنع الاخر من أن يبنى ما يصيبه من ذلك ويؤجره ويسكنه لان الابى
منهما قصد الاضرار بنفسه وبغيره وله أن يلزم الضرر في حق نفسه وليس
له أن يلزم الضرر غيره ولو أوصى لرجل بسكنى داره أو بخلتها فادعاه
رجل وأقام البينة أنها له فشهد الموصى له بالغلة أو السكنى انه أقر أنها
للميت لم تجز شهادته لانه يجر إلى نفسه بذلك نفعا وهو أنه يمهد محل
حقه وكذلك لو شهد للميت بدين أو بمال أو بقتل خطأ فشهادته باطلة لانه
له في مال الميت نصيبا وهو متهم في هذه الشهادة فان مال الميت كلما
كثر كان خيرا له وفي وصيته (ألا ترى) أنه لو ظهر على الميت دين كان
يقضى من المشهود به ويسلم له وصيته فلهذا لا تقبل شهادته والله أعلم
بالصواب (تم الجزء السابع والعشرون من كتاب المبسوط) (وبليه الجزء
الثامن والعشرون وأوله باب الوصية بغلة الارض والبستان)

مكتبة يعسوب الدين عليه السلام الإلكترونية