

المبدع شرح المقنع

مصلحة العباد، و يمنع ما فيه فسادهم، و العبد محتاج إلى النكاح، فالمصلحة تقتضي تبوت ملك البضع له، و إلا فكون العبد يملك مطلقاً إضرار بالسيد، و منعه مطلقاً إضرار به، فالعدل ثبوت قدر الحاجة، و قولهم: إنه لا يملك المال ممنوع (و لو وهب له سيده أمة، لم يكن له التسري بها إلا بإذنه) لأن الهبة، إن لم تصح فظاهر، و إن صحت، فالعبد محجور عليه، لأنه لا يملك هبة ما في يده، و لا شك أن ذلك يؤدي إلى تنقيص المال مرة، و إلى الإعدام أخرى، لأنها ربما حملت، و ذلك تنقيص، ولذلك جعل عيباً في المبيع، و ربما ماتت منه، و ذلك إعدام، فإن أذن له في التسري، لم يصح رجوعه فيه، نص عليه في رواية محمد بن مهران و إبراهيم بن هانئ كالنكاح، قال ابن حمدان: حيث يجب إعفاه، و لأنه ملكه بضعاً أبيح له وطؤه كما لو زوجه.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 223

فرع: إذا ملك المعتق بعضه بجزئه الحر، فله وطؤها بلا إذن سيده في الأقيس، و لا يتزوج إلا بإذنه.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 223

فصل

(9/112)

(و عليه إطعام بهائمهم و سقيها) و إقامة من يرعاها، لما روى ابن عمر مرفوعاً قال: «عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعاً، لا هي أطعمتها، و لا هي أرسلتها تأكل من خشاش الأرض» متفق عليه. قال في «الغنية»: و يكره له أطعامه فوق طاقته، و إكراهه على الأكل على ما اتخذته الناس عادة لأجل التسمين، و يحرم عليه أن يقتله عبثاً، قاله ابن حزم (و ألا يحملها ما لا تطيق) لأن الشارع منع تكليف العبد ما لا يطيق، و البهيمة في معناها، و لأن فيه تعذيباً للحيوان الذي له حرمة في نفسه، و إضرار به، و ذلك غير جائز (و لا يحلب من لبنها ما يضر بولدها) لأن كفايته واجبة على مالكة، أشبه ولد الأمة، و يكره أن يعلق عليها جرساً أو وترأ، أو جز معرفة و ناصية، و في جز ذنبها روايتان: أظهرهما الكراهة (و إن عجز عن الإنفاق عليها، أجب على بيعها، أو إيجارها أو ذبحها، إن كانت مما يباح أكله) لأنها نفقة حيوان واجبة عليه، فكان للحاكم إجباره عليها كنفقة العبد، فإن امتنع من البيع، بيعت عليه، كما يباع العبد إذا طلبه بإعسار سيده بنفقته، فإن كانت مما لا يؤكل، أجب على الإنفاق عليها كالعبد الزمن، و ذكر في «الكافي»: أنه إذا امتنع من الإنفاق عليها، أجب على بيعها، فإن أبى، أكرهت، و أنفق عليها، فإن أمكن، و إلا بيعت، و قال ابن عقيل: يحتمل ألا يجبر، و يأمره به بالمعروف، و ينهاه عن المنكر، لأن البهيمة لا يثبت لها حق من جهة الحكم بدليل أنه لا تصح منه الدعوى، و لا ينصب عنها خصم، فصارت كالزرع و الشجر، و جيفتها له، و نقلها عليه، قاله أبو يعلى الصغير.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 228

(9/113)

باب الحضانة

الحضانة - بفتح الحاء- مصدر حضنب الصغير حضانة، أي: تحملت مؤنته و تربيته، و الحضانة التي تربي الطفل، سميت به لأنها تضم الطفل إلى حضنها، و هي واجبة، لأنه يهلك بتركه، فوجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الأنفاق عليه، و إنجاؤه من المهالك، و مستحقها رجل عصبه، و امرأة وارثة، أو مدلية بوارث كخالة و بنات أخوات، أو مدلية بعصبة كبنات إخوة و أعمام، ثم هل تكون لحاكم، أو لبقية الأقارب من رجل و امرأة، ثم لحاكم؟ فيه وجهان.

(9/114)

(أحق الناس بحضانة الطفل و المعتوه) و هو المختل العقل (أمه) أي: إذا كانت حرة عاقلة عدلاً في الظاهر، لا نعلم فيه خلافاً، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: إن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا، كان بطني وله وعاء و ثديي له سقاء، و حجري له حواء، و إن أباه طلقني، و أراد أن ينتزعه مني، فقال لها، النبي: «أنت أحق به ما لم تنكحي» رواه أحمد و أبو داود، و لفظه له، و لقضاء أبي بكر على عمر بعاصم بن عمر لأمه فقال: ربحها، و شمها، و لطفها خير لها منك، رواه سعيد. و اشتهر ذلك، و ليس له مثل شفقتها، و لا يتولى الحضانة بنفسه، و إنما يدفعه إلى من يقوم به، و ظاهره: ولو بأجرة مثل، كرضاع، قاله في «الواضح» و اقتصر عليه في «الفروع» فإن لم تكن موجودة، أو كانت ولم تستوعب الشروط، انتقل إلى من يليها في الاستحقاق، و هو المنبه عليه بقوله: (ثم أمهاتها) لأن ولادتهن متحققه، فهن في معنى الأم (الأقرب فالأقرب) لأن الأقرب أكمل شفقة من الأبعد، و أقرب شبيها بالأم (ثم الأب) في الصحيح عنه لأنه أقرب من غيره، و ليس لغيره كمال شفقتة، يترجح بها، فوجب أن يكون أحق بها بعد من ذكر (ثم أمهاته) لأنهن يدلين بمن هو أحق، فإن قيل: الجد يدل بالاقرب، فساواهن في ذلك، فلم يقدم عليه؟ قيل: الأبوية مع التساوي، فوجب الرجحان، دليله: الأم مع الأب، و عنه: أن أم الأب مقدمة على أم الأم، لأنها تدلي بعصبة، فعليها يكون الأب أولى بالتقديم، لأنهن يدلين به، فيكون الأب بعد الأم، ثم أمهاته (ثم الجد) لأنه أب أو بمنزلته، و مقتضاه: تقديمه بعد الأب، ترك العمل به في أمهات الأب لما ذكر من الترتيب بالأبوية (ثم أمهاته) لما ذكر في أمهات الأب، فإن قيل: الأخوات يدلن بالأب، و هو أحق من الجد، فيجب أن يكون من يدل به أحق ممن يدل بالجد، قيل:

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 230

(9/115)

أمهات الجد اجتمع فيهن الإدلاء بالجد، و كون الطفل بعضاً منهن، و ذلك مفقود في الأخوات (ثم الأخت للأبوين، ثم الأخت للأب، ثم الأخت للأم) قدم على سائر القرابات، لأنهن يشاركن في النسب، و قدم في الميراث، و تقدم

الأخت للأبوين لقوة قرابتها، ثم من كانت لأب، ثم لأم، نص عليه (ثم الخالة) لأنها تدلي بالأم، و لأن الشارع قدم خالة ابنة حمزة على عمته صفية، لأن صفية لم تطلب، و جعفر طلب نائياً عن خالتها، فقضى الشارع بها لها في غيبتها (ثم العممة) أي: لأبوين، ثم لأب، ثم لأم (في الصحيح عنه) كالأخوات، قد تبع المؤلف القاضي و أصحابه في تقديم الخالة على العممة، و الأخت من الأب على الأخت من الام، قال بعضهم: فتناقضوا، و قدم من على الأعمام، لأنهن نساء من أهل الحضانة، فقدم على من في درجتهم من الرجال كتقديم الأم على الأب، ثم خالات أبويه، ثم عمات أبيه، ثم بنات الأعمام، و قيل: تقدم بنات الإخوة و الأخوات على العمات و الخالات و من بعدهن، و هل تقدم أم أمه على أم أبيه، و أخته لأمه على أخته لأبيه، و خالته على عمته، و خالة أمه على خالة أبيه، و خالات أبيه على عماته، و من أدلى بعممة و خالة بأم على من أدلى بأب، أو بالعكس؟ فيه روايتان (و عنه: الأخت من الأم والخالة أحق من الأب، فتكون الأخت من الأبوين أحق) لأنهن نساء يدلين بالأم، فكن أولى من الأب كالجداً و يكون هؤلاء أحق من الأخت من الأب و من جميع العصابات) لأنهن أحق من الأب، و الأب أحق من الأخت من الأب و من جميع العصابات، فعلى هذه: تقدم نساء الحضانة على كل رجل، و قيل: إن لم يدلين به، و يحتمل تقديم نساء الام على الأب و جهته، و قيل: تقدم العصابة على امرأة مع قربه، فإن تساويا فوجهان (وقال الخرقي: و خالة الأب أحق من خالة الأم) فيؤخذ منه تقديم قرابة الاب على قرابة الأم، لأنهن يدلين بعصبة، فقدمن كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم، لأن الخالات أخوات الام،

(9/116)

فيجربن في الاستحقاق و التقديم فيما بينهن مجرى الأخوات المفترقات، و إن قلنا بتقديم الخالات، فبعدهن العمات، و العكس بالعكس، فإذا عدمن، انتقلت إلى خالة الأب على قول الخرقي، و على الصحيح إلى خالة الأم (ثم تكون للعصبة) و أقربهم أب، ثم جد، ثم أقرب عصبة على ترتيب الميراث، و لأن لهم ولاية و تعصياً بالقرابة، فتثبت لهم الحضانة كالأب، بخلاف الأجنبي، فإنه لا قرابة لهم و لا شفقة (إلا أن الجارية ليس لابن عمها حضانتها) رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 230

(9/117)

و علله (لأنه ليس من محارمها) و ليس هذا خاصاً بابن العم، بل يجري ذلك في كل عصبة غير ذي محرم، و ظاهره: و لو كانت مميزة، و في «المغني» و «الشرح»: إذا بلغت سبعا، لم تسلم إليه، و في «الترغيب»: تشتتهى، و اختار صاحب «الهدى»: مطلقاً، و حينئذ يسلمها إلى ثقة يختارها هو، أو إلى محرمه، لأنه أولى من أجنبي و حاكم، و هذا إذا لم يكن بينهما رضاع محرم، فإن كان فيجوز له حضانتها، و كذا قال فيمن تزوجت، و ليس للولد غيرها، و هذا متوجه، و ليس بمخالف للخبر لعدم عمومه (و إذا امتنعت الأم من حضانتها، انتقلت إلى أمها) في أظهر الوجهين، لأن حق القريب، سقط لمعنى اختص به، فاخص

السقوط به، كما لو سقط المانع (و يحتمل أن تنتقل إلى الأب) لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها، سقط فرعها، وكذا الخلاف في الأب، إذا أسقط حقه، بخلاف الأخت للأبوين، وأنها إذا أسقطت حقها، لم يسقط حق الأخت من الأب وجهاً واحداً، لأن استحقاقها من غير جهتها، و ليست فرعاً عليها (فإن عدم هؤلاء كلهم، فهل للرجال من ذوي الأرحام حضانة؟ على وجهين: أحدهما: لهم ذلك) لأن لهم رحماً و قرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم، أشبه البعيد من العصبية (فيكن أبو الأم و أمهاته أحق من الخال) لأنه يسقطه في الميراث (و في تقديمهم على الأخ من الأم وجهان) أحدهما: يقدم الأخ من الأم، لأنه يرث بالفرض، و يسقط ذوي الأرحام كلهم، فيقدم عليهم في الحضانة. و الثاني: أبو الأم و أمهاته أولى منه، لأن أبا الأم يدلي إليها بالأبوة، و الأخ يدلي بالبُوة، و الأب يقدم على الابن في الولاية، فيقدم في الحضانة، لأنها ولاية. و الوجه الثاني: لا حق لهم فيها، و ينتقل الأمر إلى الحاكم، لأنهم ليسوا ممن يحضن بنفسه، و لا لهم ولاية لعدم تعصبيهم، أشبهوا الأجانب (و لا حضانة لرقيق) لعجزه عنها بخدمة مولاه، و ظاهره: و لو كان فيه جزء رقيق، لأنه لا يملك نفعه الذي يحصل

(9/118)

الكفالة، و في «المغني» و «الشرح» في معتق بعضه: قياس قول أحمد يدخل في مهاياة، أي له الحضانة في أيامه، و في «الفنون»: لم يتعرضوا لإم ولد، فلها حضانة ولدها من سيدها، وعليه نفقتها لعدم المانع، و هو الاشتغال بزوج و سيد، و قال في «الهدى»: لا دليل على اشتراط الحرية (و لا فاسق) لأنه لا يوفي الحضانة حقها، و لا حضانة للولد، لأنه ينشأ على طريقتة، و خالف صاحب (الهدى) لأنه لا يعرف أن الشرع فرق لذلك و أقر الناس. و لم يبينه بياناً واضحاً عاماً، و لإحتياط الفاسق و شفقتة على ولده (و لا كافر على مسلم) بل ضرره أعظم، لأنه يفتنه عن دينه، و يخرج عن الإسلام بتعليمه الكفر و تربيته عليه، و في ذلك كله ضرر فكان منفيًا (و لا امرأة مزوجة) اقتصر عليه الخرفي و الحلواني، و كذا أطلقه أحمد لقوله عليه السلام: «أنت أحق به ما لم تنكحي» فجعل استحقاقها مشروطاً بعدم النكاح، و شرطه: أن تكون مزوجة (لأجنبي من الطفل) و كذا في «المحرر» و «الوجيز» لأنها تشتغل عن الحضانة بحقوق الزوج، و ظاهره: و لو رضي الزوج، قال صاحب «الهدى»: لا تسقط إن رضي، بناء على أن سقوطها لمراعاة حق الزوج، و مقتضاه: أنها إذا كانت مزوجة بنسب للطفل، لم يمنع ذلك من الحضانه، و قيل: لا حضانة لها، و إن تزوجت بنسب إلا أن يكون جد للطفل، و الأشهر: و قريبه، و هو معنى قول بعضهم: و نسبه، و يتوجه احتمال «ذا رحم محرم»، و عنه: لها حضانة الجارية فقط إلى سبع سنين، لما روي أن علياً، و جعفرأ و زيد بن حارثة تنازعوا في حضانة بنت حمزة، فقال علي: بنت عمي، و قال زيد: بنت أختي، لأنه عليه السلام أختي بينهما، و قال جعفر: بنت عمي، و خالتها عندي، فقال النبي: «الخالة أم» و سلمها إلى جعفر، رواه أبو داود بنحوه. فجعل لها الحضانة، و هي مزوجة، لأن الحاضنة إذا تزوجت بمن هو من أهل الحضانة كالجدة المزوجة بالجد، لم تسقط، لأنه يشاركها في الولاية و الشفقة عليه، أشبه الأم إذا كانت

(9/119)

مزوجة بالأب، و ظاهره: لا يعتبر الدخول في الأصح، لأنه بالغقد ملك منافعها، و استحق زوجها منعها من الحضانة، أشبه ما لو دخل بها. و الثاني: لا تسقط إلا بالدخول، لأنها به تشتغل عن الحضانة.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 230

فرع: كل عصبتين تساويان، و أحدهما متزوج بمن هي أهل للحضانة، قدم بذلك (فإن زالت الموانع منهم) فأسلم الكافر، و عقل المجنون، و عتق الرقيق، و عدل الفاسق (رجعوا إلى حقهم منها) لأن سببها قائم، وإنما امتنعت لمانع، فإذا زال المانع، عاد الحق بالسبب السابق الملازم، كالزوجة إذا طلقت، وعنه: لا يعود حقها في طلاق رجعي بعد العدة، وصححه في «المستوعب» لأن الزوجية قائمة بدليل أنه يلحقها طلاقه وظهاره، فلذلك لا تعود إليه قبل انقضاء عدتها، وجوابه: أنها مطلقة، فعاد حقها من الحضانة كالبائن. ونظيرها: لو وقف على أولاده، فمن تزوج من البنات، فلا حق لها، قاله القاضي، وهل يسقط حقها بإسقاطها؟ فيه احتمالان.

(9/120)

فائدة: هل الحضانة حق للحاضن، أو عليه؟ فيه قولان، وهل لمن له الحضانة أن يسقطها وينزل عنها؟ فيه قولان، وإنه لا تجب عليه خدمة الولد أيام حضانته إلا بأجرة، إن قلنا: الحق له، وإلا وجبت عليه خدمته مجاناً، وللفقير الأجرة على القولين، وإن وهبت الحضانة للأب، وقلنا الحق لها لزمته الهبة، ولم ترجع فيها، وإن قلنا: الحق عليها، فلها العود إلى طلبها، ذكره في «الهدى» ونسبه إلى أنه كلام أصحاب مالك (ومتى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد بعيد آمن ليسكنه، فالأب أحق) هذا هو المشهور، سواء كان المقيم هو الأب، أو المنتقل، لأنه اختلف في مسكنهما، فكان الأب أحق كما لو انتقلت من بلد إلى قرية (وعنه: الأم أحق) وقيدتها في «الترغيب» و«المستوعب» بإقامتها لأنها أتم شفقة، أشبه ما لو لم يسافر واحد منهما، وقيل: للمقيم منهما وقال في «الهدى»: إن أراد المنتقل مضارة الآخر وانتزاع الولد، لم يجب إليه، بل يعمل ما فيه مصلحة الولد، وهو مراد الأصحاب، لكن الأول هو الصحيح، لأن الأب هو الذي يقوم بتأديب ولده وتخرجه، وحفظ نسبه، فإذا لم يكن في بلده ضاع، أشبه ما لو كان في قرية، والبعيد هو مسافة القصر، جزم به الأكثر، لأن ما دونه في حكم القريب، ونصه: ما لم يمكنه العود في يومه، اختاره في «المغني» ونصره في «الشرح» لأن مراعاة الأب له ممكنة في ذلك بخلاف ما زاد (فإن اختلف شرط من ذلك، فالمقيم منهما أحق) لأن لا معنى في انتزاعه، وهو صور منها: إذا كان السفر لحاجة، ثم يعود، فالمقيم أولى، لأن في المسافرة بالطفل إضراراً به، وقيل: للأم، وقيل: مع قربه. ومنها: إذا كان الطريق، أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفاً، فالمقيم أحق، لأن في السفر خطراً أو تغييراً بالولد. ومنها: إذا كان للسكنى مع قربه فكذا، وقيل: للأم، فلو انتقلا جميعاً إلى بلد واحد، فالأم على حضانتها، وكما لو أخذ الأب، ثم اجتمعا، فإنه يعود حقها.

فرع: غير الأب من العصابات وغير الأم ممن له الحضانة، يقوم مقامهما في ذلك.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 230

فصل

(وإذا بلغ الغلام سبع سنين) وهو عاقل (خير بين أبويه) على المذهب (فكان مع من اختار منهما) قضى به عمر، رواه سعيد. وعلي، رواه الشافعي والبيهقي. وعنه: أبوه أحق، وعنه: أمه، وقيل: حتى يأكل، ويشرب، ويتوضأ، ويلبس وحده، فيكون أبوه أحق به بلا تخير، والأول هو المنصور لما روى أبو هريرة قال: جاءت امرأة إلى النبي، فقالت: إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عتبة، ونفعتني، فقال النبي «هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت» فأخذ بيد أمه، فانطلقت به، رواه الشافعي، وأحمد، والترمذي وصححه، ورجاله ثقات. ولأنه إذا مال إلى أحد أبويه، دل على أنه أرفق به، وأشفق عليه، وقيد بالسبع، لأنها أول حال، أمر الشرع فيها بمخاطبته بالصلاة، بخلاف الأم، فإنها قدمت في حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته، لأنها أعرف بذلك وهذا إذا كانا من أهل الحضانة، فإن كانا معدومين، أو من غير أهلها، فإلى امرأة كأخته، أو عمته، فإنها تقوم مقام الأم، فلو بلغ سبع سنين غير مميز، أو خمس عشرة معتوهاً، فأمه، فلو اختار الصبي أباه، ثم زال عقله رد إلى الأم وعلم منه أنه لأحضانة على البالغ الرشيد ويقوم أين شاء وأحب، ويستحب ألا يفرد عنهما، فأما الجارية فليس لها ذلك، ولأبيها منعها منه، فعن لم يكن لها أب، قام الولي مقامه (فإن اختار أباه، كان عنده ليلاً ونهاراً، ولا يمنع من زيارة أمه) لما فيه من الإغراء بالعقوق وقطيعة الرحم (ولا تمنع هي تمرضه) لأنه صار بالمرض كالصغير في الحاجة (وإن اختار أمه، كان عندها ليلاً) لأنه مستحق الحضانة (وعند أبيه نهاراً ليعلمه الصناعة والكتابة، ويؤدبه) لأن ذلك هو القصد من حفظ الولد (فإن عاد، فاختر الآخر، نقل إليه، ثم إن اختار الأول، رد إليه) هكذا أبداً، لأن هذا اختيار تشه، وقد يشتهي

أحدهما في وقت دون آخر، فأتبع بما يشتهي، وقيل: إن أسرف - تبين قلة تمييزه - أخذته أمه، وقيل يقرع بينهما، ولا يقر بيد من لا يصونه ويصلحه (فإن لم يختار أحدهما، أقرع بينهما) لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، وفي «الترغيب»: احتمال: أمه أحق كبلوغه غير رشيد، وإذا قدم أحدهما بالقرعة، ثم اختار الآخر، نقل إليه (وإن استوى اثنان في الحضانة كالأختين، قدم أحدهما بالقرعة) أي قبل السبع، ويكون لمن اختاره الطفل بعدها إن خير.

فرع: سائر العصابة كالأب في التخيير والإقامة والنقلة بالطفل، إن كان محرماً، و ذو الحضانة من عصابة و ذوي رحم في التخيير مع الام كالأب، و حضانة رقيق لسيدته، فإن كان بعضه حراً، تهايافيه سيده و قريبه و إذا بلغت الجارية سبعاً، كانت عند أبيها- لأن الغرض من الحضانة الحضان، و هو لها بعد

السبع لأنها تحتاج إلى الحفظ، وإنما تخطب من أبيها، فكان أولى من غيره، و عنه: الام أحق، قال في «الهدى»: وهي الأشهر عن أحمد، وأصح دليلاً، و عنه: تخير، و جوابه: أن الشرع لم يرد بها فيها، و الفرق بينهما واضح، و المذهب الأول، تبرعت بحضانتها أم لا، و عنه: بعد تسع، فإن بلغت، فهي عنده حتى يتسلمها زوج، و عنه: عندها، و قيل: إن حكم برشدها فحيث أحببت كغلام، و قاله في «الواضح» و خرجه على عدم إجبارها، و المراد بشرط كونها مأمونة و لا تمنع الام من زيارتها و تمريرها. لأن الحاجة داعية إلى ذلك، و هي أحق بالسهر و الصيانة، لأنها مخدرة بخلاف أمها، فإن تخرجت، و عرفت، و عقلت فلا يخاف عليها.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 237

فرع: لم أقف في الخنثى المشكل بعد البلوغ على نقل، و الذي ينبغي أن يكون كالنبت البكر حتى يجيء في جواز استقلاله و انفراده عن أبويه الخلاف. و الله أعلم.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 237

(9/123)

كتاب الجنایات

و هي جمع جنایة، و جمعت - و إن كانت مصدرًا - لتنوعها إلى عمد و خطأ، و المراد بها جنایات الجراحة و نحوها. و هي كل فعل عدوان على نفس أو مال، لكنها - في العرف - مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان بما يوجب قصاصاً، أو نحوه، و سموها الجنایة على الأموال غصبا، و نهبا، و سرقة، و إتلافاً. و أجمع العلماء على تحريم القتل بغير حق، و سنده قوله تعالى: {و لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق} (الانعام: 151) و قوله: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد إلا إله إلا الله، و أني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، و النفس بالنفس، و التارك لدينه المفارق للجماعة» متفق عليه من حديث ابن مسعود. فإذا فعل ثم تاب، قبلت عند الأكثر للآية و الخبر المتفق عليه، و كالكافر، و عنه: لا تقبل، ذكرها أبو الخطاب في «انتصاره» و هي قول ابن عباس، لقوله تعالى: {و من يقتل مؤمناً متعمداً} الآية (النساء: 93) و حملت على من قتله مستحلاً، و لم يتب، أو على أن هذا جزاؤه، إن جازاه الله تعالى. (القتل على أربعة أضرب: عمد، و شبه عمد، و خطأ، و ما أجري مجرى الخطأ) كذا ذكره المؤلف تبعاً لأبي الخطاب، و جزم به في «الوجيز» و وجهه: أنه إذا قصد قتله بما يصلح غالباً عرفاً، فهو عمد، و إن كان بما لا يصلح للقتل غالباً، فهو شبه عمد، و إن لم يقصد القتل، فهو خطأ، و ما ألحق به كالقتل بالسبب، و كالتائم ينقلب على إنسان، لكن الأولى أن الحكم الشرعي لا يزيد على ثلاثة: عمد، و شبه عمد، و خطأ، صرح به الخرقى، و المؤلف في «الكافي» و المجد في «محرره» و الجد في «فروعه» لأن ما أجري مجرى الخطأ خطأ، لأن فاعله لم يقصده أذ هو من فعل من لا يصح قصده (فالعمد) يختص القود به (أن يقتله بما يغلب على الظن موته به، عالماً بكونه آدمياً معصوماً) هذا بيان للعمد الموجب للقصاص شرعاً، فالأول احتراز من شبه

العمد، و الثاني احتراز من الخطأ، و الثالث و هو «معصوماً» احتراز من الحربي

9

(9/124)

نحوه، لأنه غير معصوم (و هو تسعة أقسام) و سيأتي بيانها (أحدها: أن يجرحه بماله مور) أي: نفوذ (في البدن من حديد أو غيره) كرصاص، و ذهب، و فضة، فهذا كله إذا جرحه جرحاً كبيراً، فمات، فهو عمد بغير خلاف نعلمه، و لو طالت علة منه (مثل أن يجرحه بسكين، أو يغرزه بمسلة، فيموت) فهذا عمد محض، ثم أشار إلى محل الخلاف فقال: (إلا أن يغرزه بإبرة، أو شوكة و نحوهما) كشرطة الحجام (في غير مقتل، فيموت في الحال، ففي كونه عمداً و جهان) و جملته: أنه إذا جرحه جرحاً صغيراً في غير مقتل، فمات في الحال، فقال ابن حامد: لا قود فيه، لأن الظاهر، أنه لم يمت منه كالعصي. و الثاني - و هو الأشهر - فيه القصاص، و هو ظاهر الخرقى، لأن المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن في حصول القتل به بدليل ما لو قطع شحمة أذنه، أو أنملته، و لأنه لما لم يمكن إدارة الحكم و ضبطه بغلبة الظن، و جب ربطه بكونه محددًا، و لأن في البدن مقاتل خفية، و هذا له سراية و مور، أشبه الجرح الكبير (و إن بقي من ذلك ضمناً) أي: متألماً، و هو بفتح الصاد و كسر الميم، و قال الجوهري: هو الذي به الزمانة في جسده، و قيل: هو الذي لزمته علة (حتى مات) فاتفقوا على أن فيه القود، قاله في «الشرح» و «الترغيب» لأن الظاهر أنه مات منه، و قيل: لا يجب به القصاص، لأنه لما احتتم حصول الموت بغيره ظاهراً، كان شبهة في درء القصاص (أو كان الغرز بها في مقتل كالقواد و الخصيتين) و العين، و الخاصرة، و الصدغ، و أصل الأذن (فهو عمد محض) لأن الإصابة بذلك في مقتل، كالإصابة بالسكين في غيرمقبل، و كذا إن بالغ في إدخال الإبرة و نحوها في البدن، لأنه يشهد ألمه، و يؤدي إلى القتل الكبير (و إن قطع سلعة) خطيرة أو بطها (من أجنبي بغير إذنه، فمات، فعليه القود لأنه متعد بفعله أشبه ماله قتلها) (وإن قطعها حاكم من صغير) أو مجنون (أو وليه فمات فلا قود) جزم في «الوجيز» لأنه فعلة لمصلحته، أشبه ما لو ختنه، ولو عبر بقوله:

(9/125)

وإن قطعها من صغير ونحوه وليه لكان أولى لشموله الحاكم و غيره (الثاني أن يضربه بمثل كبير فوق عمود الفسطاط) وهو بيت من شعر، و عموده الخشبية التي يقوم عليها، قال القاضي: هو ما فيه دقة و رشاقة، و حاصله: أنه إذا قتله بمثل يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله، فهو عمد موجب للقصاص، وهو قول النخعي، و الزهري، و ابن سيرين، و الأكثر لقوله تعالى:

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 240

{يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى} (البقرة: 87) ولما روى أنس: أن يهودياً قتل جارية على أوضاع لها بحجر، فقتله النبي بين حجرين. و لما روى أبو هريرة قال: قام فينا رسول الله فقال: «ومن قتل له قتيل، فهو بخير النظرين: إما أن يؤدي، وإما أن يقاد» متفق عليهما. ولأن المثل يقتل

غالباً، فوجب القصاص به كامحدد، ومقتضاه: أنه إذا ضربه بمثل عمود
الفسطاط: أنه لا يجب القود، نص عليه، لأنه عليه السلام لما سئل عن المرأة
التي ضربت جارتها بعمود الفسطاط، فقتلتها و جنينها، ف قضى في الجنين
بغرة، و قضى بالدية على عاقلتها. ولا شك أن العاقلة لا تحمل القصاص، ونقل
ابن مشيش عنه: أنه يجب، ولعله ضربه بالعمود الذي يتخذه الترك لخيمهم، فإنه
يقتل غالباً (أو بما يغلب على الظن أنه يموت به كاللت) وهو - بضم اللام - نوع
من آلة السلاح معروف في زماننا، وهو لفظ مولد، ليس من كلام
العرب (والكودين) وهو لفظ مولد أيضاً، وهو عبارة عن الخشبة الثقيلة التي يدق
بها الدقاق الثياب (والسندان) الظاهر: أنه مولد، وهو عبارة عن الآلة المعروفة
من الحديد الثقيلة، يعمل عليها الحداد صناعته (أو حجر كبير) لاشتراك الكل
في كونه يقتل غالباً ولأن القصاص هنا لكونه مثقلاً، فلا أثر للفرق (أو يلقي عليه
حائطاً أو سقفاً، أو يلقيه من شاهق) لاشتراك الكل في القتل (أو يعيد الضرب
بصغير) كالعصى والحجر الصغير، لأن الإعادة تقوم مقام المثقل الكبير كذا نقله
أبو طالب (أو يضربه

(9/126)

به) مرة (في مقتل) لأن القتل حصل به، و فيهما وجه في «الواضح» وفي الأولى
في «الانتصار»: هو ظاهر كلامه (ألا في حال ضعف قوة من مريض أو صغر أو
كبر، أو حر أو برد، و نحوه) لأنه قتله بما يقتل غالباً، أشبه المثقل الكبير،
ومثله: لو قتله بكلمة، ذكره ابن عقيل. وفي «الرعاية»: يعلمه، وقيل: أو يجهله،
فإن قال: لم أقصد قتله، لم يصدق (الثالث: ألقاه في زبية أسد) الزبية بوزن
غرفة، وهي الرابية التي لا يعلوها الماء (أو أنهشه) بالمعجمة و المهملة سواء و
قيل بالمهملة: الأخذ بأطراف الأسنان، وبالمعجمة: بالأضراس (كلباً أو سباعاً، أو
حية، أو السعه عقرباً من القواتل ونحو ذلك، فقتله) نقول: إذا جمع بينه و بين
سبع، أو نمر في مكان ضيق كزبية و نحوها، فقتله، فهو عمد، فيه القود، لأنه إذا
تعمد الإلقاء، فقد تعمد قتله بما يقتل غالباً، وإن فعل به فعلاً لو فعله الآدمي،
لم يكن عمداً، لم يجب القود، لأن السبع صار آلة الآدمي، فكان فعله كفعله،
فإن ألقاه مكتوفاً في فضاء، فقتله فعليه القود، وكذا إن جمع بينه و بين حية
في مكان ضيق، فنهشته، وقتله، وقال القاضي: لا يجب الضمان في صورتين،
لأن الأسد والحية يهربان من الآدمي، و جوابه: أن هذا يقتل غالباً، فكان عمداً
محضاً، والأسد يأخذ الآدمي المطلق، فكيف يهرب من مكتوف؟، والحية إنما
تهرب في مكان واسع، وذكر القاضي فيمن ألقى مكتوفاً في أرض مسبعة، أو
ذات حيات، فقتلته: أن في وجوب القصاص روايتان، وهذا تناقض، فإنه نفى
الضمان بالكلية في صورة كان القتل فيها أغلب وأوجب القصاص في صورة
كان فيها أنذر، والأصح إنه لا قصاص هنا، و يجب الضمان، لأنه فعل فعلاً تلف
به، وهو لا يقتل مثله غالباً، وقوله: من القواتل، يحترز به عن حية الماء و ثعبان
الحجاز، أو سبع صغير، فقيل: هو شبه عمد كالسوط، و كما لو كتفه و طرحه
في أرض مسبعة، فقتله سبع، أو نهشته حية، فمات، وقيل: عمد.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 240

(9/127)

فرع: قال ابن حمدان: إذا أغرى كلبه على رجل، فقتله لم يضمن، بخلاف ما لو عقره، أو خرق ثوبه (الرابع: ألقاه في ماء يغرقه، أو نار لا يمكنه التخلص منها) فمات به، لا الموت حصل بعد فعل يغلب على الظن إسناد القتل إليه، فوجب كونه عمداً، وظاهره: أنه إذا ألقاه في ماء يسير، فلبث فيه اختياراً حتى مات، فهدر، وإن تركه في نار يمكنه التخلص منها، فلم يخرج حتى مات، فلا قود، ولا يضمن في وجهه، لأنه مهلك لنفسه بإقامته كما يسير في الأصح، لكن يضمن ما إصابت النار منه، ويضمنه في آخر، لأنه جان بالإلقاء المفضي إلى الهلاك، لأن يسير النار مهلك بخلاف يسير الماء، وقيل: إن قدر أن ينجو منهما، فلم يفعل حتى مات، وجبت الدية.

(9/128)

مسألة: إذا حفر في بيته بئراً، وستره ليقع فيه أحد، فوقع فمات، وقد دخل بإذنه، فهو عمد، وقيل: لا كما لو دخل بلا إذنه، أو كانت مكشوفة بحيث يراها الداخل، ويقبل قول المالك في عدم الإذن (الخامس: خنقه بحبل أو غيره) وهو نوعان: أحدهما: أن يخنقه بحبل في عنقه، ثم يعلقه في خشية، أو نحوها، فيموت، فهو عمد، سواء مات في الحال، أو بقي زمناً، لأن هذا جرت به عادة اللصوص و المفسدين. الثاني: أن يخنقه، وهو على الأرض (أو سد أنفه و فمه) حتى مات، أي: فعل ذلك في مدة يموت في مثلها غالباً، فهو عمد، وهو قول عمر بن عبد العزيز و النخعي، وإن كان من مدة لا يموت في مثلها غالباً، فهو عمد خطأ، ذكره في «المغني» و «الشرح» وظاهره: أنه يعتبر سدهما جميعاً، لأن الحياة في الغالب لا تفوت إلا بسدهما، نقل أبو داود: إذا غمه حتى يقتله، قتل به (أو عصر خصيتيه حتى مات) أي: عصرهما عصاراً يقتله غالباً، فمات أو بقى سالماً من ذلك كله مدة يموت فيها غالباً فالقود وإن صح ثم مات، لم يضمنه لأنه لم يقتله، أشبه ما لو برىء الجرح، ثم مات (السادس: حبسه ومنعه الطعام والشراب) ويتعذر عليه الطلب (حتى مات جوعاً وعطشاً في مدة يموت في مثلها غالباً) لأن الله تعالى أجرى العادة بالموت عنده، فإذا تعمد الإنسان، فقد تعمد القتل، وقوله: في مدة يموت في مثلها غالباً، لأن الناس يختلفون في ذلك، لأن الزمان إذا كان شديد الحرارة، وكان الشخص جائعاً، مات في الزمن القليل، وإن كان شعبان، والزمن معتدل أو بارد، لم يمت إلا في الزمن الطويل، ومقتضاه: أنه إذا كان في مدة لا يموت في مثلها غالباً، فهو عمد الخطأ، وإن شككنا فيها، لم يجب القود، أو ترك الأكل والشرب مع القدرة فمات، فهدر (السابع: سقاه سماً، لا يعلم به) فمات، فعليه القود، لأنه فعل فعلاً يقتل مثله غالباً، فكان عمداً كما لو ضربه بمحدد (أو خلطه) سماً (بطعام، فأطعمه، أو خلطه بطعامه فأكله، وهو لا يعلم به، فمات) لما روى أنس: «أن

(9/129)

يهودية أتت النبي بشاة مسمومة، فأكل منها النبي ، فاعترفت، فأمر بقتلها» رواه أبو داود. وأطلق ابن رزين فيما إذا ألقمه سما، أو خلطه به قولين (فإن علم أكله به، وهو بالغ عاقل) فلا ضمان عليه، أشبهه ما لو قدم إليه سكيناً، فقتل بها نفسه، وعلم منه أنه يشترط لنفي الضمان أمران: البلوغ والعقل، لأن الصبي والمجنون لاعتبره بفعلهما، ويشترط له أيضاً شرط آخر، لم يذكره المؤلف، وهو العلم بكون السم قاتلاً، لأن من جهل ذلك لا يصح أن يقال: علم بكونه قاتلاً، ذكره ابن المنجا، إذ هو شيء يصاد القوة الحيوانية (أو خلطه بطعام نفسه، فأكله إنسان بغير إذنه، فلا ضمان عليه) لأنه لم يقتله، وإنما الداخل قتل نفسه، أشبهه ما لو حفر في داره بئراً ليقع فيها اللص إذا دخل يسرق منها، وكذا لو دخل بإذنه، فأكل الطعام المسموم بلا إذنه (فإن ادعى القاتل بالسم: أنني لم أعلم أنه سم قاتل، لم يقبل قوله في أحد الوجهين) جزم به في «الوجيز» وقدمه في «المحرر» و«الفروع» لأن السم يقتل غالباً، أشبهه ما لو جرحه، وقال: لا أعلم أنه يموت به (ويقبل في الآخر) وقيل: ويجعله مثله، لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل، وهذا شبهة تسقط القود (ويكون شبه عمد) لأنه من حيث إنه قصد فعل الشيء الداعي إلى القتل يشبه العمد، كما لو كان لا يقتل مثله غالباً (الثامن: أن يقتله بسحر يقتل مثله غالباً) إذا كان الساحر يعلم ذلك، أشبهه المحدد، وكذا إذا بقي مدة يموت في مثلها غالباً، ومقتضاه: أنه إذا كان مما لا يقتل غالباً أنه خطيء العمد، وعلى الأول: لو ادعى الجهل بكونه يقتل، ومثله يجهله، أو كان غير قاتل، أو ادعى قاتل المريض الجهل بمرضه في وجهه، فشبه عمد (التاسع: أن يشهد على رجل بقتل عمد أو ردة، أو زنى) كذا في «المحرر»، وعبارة «الوجيز» و«الفروع»: ولو شهدت بينة بما يوجب قتله، وهي أحسن (فيقتل بذلك، ثم يرجع) أو يرجع واحد من ستة، ذكره في «الروضة» (ويقول: عمدنا قتله) وفي «الكافي»: وعلمنا أنه يقتل، وفي «المغني»: لم

(9/130)

يجز جهلها به، وفي «الترغيب» و«الرعاية»: وكذبتهما قرينة، فعليهما القود، لما روى القاسم بن عبد الرحمن: أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه أنه سرق، فقطعه، ثم رجعا عن شهادتهما، فقال علي: لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما، ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل غالباً، أشبهه المكروه (أو يقول الحاكم: علمت كذبهما، وعمدت قتله، أو يقول الولي ذلك) لزم القود، لأنهما في معنى الشهود، فكان الحاصل بسببهما عمداً كالقتل الحاصل بسبب الشاهدين، فلو أقر الشاهدان، والحاكم، والولي جميعاً بذلك، فعلى الولي القصاص، لأنه باشر القتل عمداً وعدواناً، وقال في «الشرح»: ينبغي أن لا يجب على غيره شيء، لأنهم متسببون، والمباشرة تبطل حكم التسبب كالدافع مع الحافر، وفي «الترغيب» وجه: هما كعمسك مع مباشر، وإن لم يقر الوالي، فالقصاص على الشهود والحاكم لأنهم متسببون، وحاصله: لأنه يختص بالمباشرة العالم، ثم ولياً، ثم البينة والحاكم، وقيل: ثم حاكماً، لأنه سببه أخص من البينة، فإن حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله، فلو باشر القتل وكيل الولي، وأقر بالعلم، وتعمد القتل ظلماً، فهو القاتل، وإلا فالحكم يتعلق بالولي، وقيل: في قتل حاكم وجهان كمزك، فإن المزكي لا يقتل عند القاضي، لأنه غير

ملجىء، ويقتل عند أبي الخطاب وغيره، وإذا صار الأمر إلى الدية على البنية والحاكم، فقيل: على عددهم، وقيل: نصفين، ولو رجع الولي والبنية، ضمنه الولي.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 240

(9/131)

فرع: إذا قال بعضهم: عمدت قتله، وبعضهم: أخطأت، فلا قود على المتعمد على الأصح، وعليه بحصته من الدية المغلظة، والمخطيء من المخففة، ولو قال: كل واحد تعمدت، وأخطأ شريكى، فوجهان في القود، ولو قال: كل واحد عمدنا، والآخر أخطأنا، لزم المقر بالعمد القود، والآخر نصف الدية (فهذا كله) أي: الأقسام التسعة، وشبهه (عمد محض) أي: لا شبهة فيه (موجب للقصاص) بغير خلاف نعلمه (إذا كملت شروطه أي: بالشروط السابقة.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 240

فصل

: (وشبه العمد: أن يقصد الجناية بما لا يقتل غالباً) هذا بيان لشبه العمد، سمي بذلك، لأنه قصد الفعل، وأخطأ في القتل، وسمي خطأ العمد، وعمد الخطأ لاجتماعهما فيه، فقوله: يقصد الجناية: يحترز به عن الخطأ، وبما لا يقتل غالباً: يحترز به عن العمد المحض، زاد في «المحرر» و «الوجيز» و «الفروع»: ولم يجرحه بها، وقال جماعة: ولم يقصد قتله (فيقتل، إما لقصد العدوان عليه، أو لقصد التأديب له، فيسرف فيه) فهذا لا قود فيه في قول الأكثر، لما روى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً، قال: «عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد، ولا يقتل صاحبه» رواه أحمد وأبو داود. وعن عبد الله ابن عمرو مرفوعاً: «ألا إن في قتل الخطأ شبه العمد، قتيل السوط والعصا، فيه مائة من الإبل، منها أربعون في بطونها أولادها» رواه أبو داود، وابن ماجه.

(9/132)

ولهم من حديث ابن عمر مثله، ورواهما النسائي والدارقطني مسنداً ومرسلاً، سماه «خطأ العمد» وأوجب فيه الدية لا القصاص، وهذا قسم ثبت بالسنة، والقسمان الآخران ثبتا بالكتاب (نحو أن يضربه بسوط، أو عصا، أو حجر صغير) لأن العادة، لم تجري بقتله بذلك (أو يلكره) اللكر: الضرب بجميع الكف في أي موضع من جسده، وقال في «النهاية»: هو الضرب بالكف في الصدر (أو يلقيه في ماء قليل، أو يسحره بما لا يقتل غالباً) والمرجع في ذلك إلى أهل العلم به، لأن ما يقتل غالباً، هو عمد (أو يصيح بصبي، أو معتوه) وفي «الواضح»: أو امرأة، وقيل: أو مكلف (وهما على سطح، فيسقطان) لأن الصياح في العادة، لا يقتل غالباً، فإذا تعقبه الموت، كان شبه عمد (أو يغتفل عاقلاً، فيصيح به، فيسقط، أو نحو ذلك) كذهاب عقله، فالدية على العاقلة، لما روى أبو هريرة قال: «اقتلت امرأتان من هذيل، فرمت احدهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فقضى النبي أن دية جنينها عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها» متفق عليه. فأوجب ديتها على العاقلة، وهي لاتحمل العمد، نقل

الفضل: في رجل بيده سكين، فصاح به رجل، فرمى بها، ففقرت رجلاً، هل على من صاح به شيء؟ قال: هذا أخشى عليه، قد صاح به.
فرع: إذا أمسك الحية - كمدعي المشيخة - فقتلته، فقاتل نفسه، وإن قيل: إنه ظن أنها لاتقتل، فشبه عمد بمنزلة من أكل حتى بشم، فإنه لم يقصد قتل نفسه، وإمساك الحيات جناية، وهو محرم، ذكره الشيختقي الدين.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 240
فصل

(9/133)

(والخطأ على ضربين: أحدهما: أن يرمي الصيد، أو يفعل ماله فعله، فيقتل إنساناً، فعليه الكفارة، والدية على العاقلة) قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه أن القتل أن يرمي شيئاً، فيصيب غيره، لا أعلمه يختلفون، وتجب الكفارة على القاتل لقوله تعالى: {ومن قتل مؤمناً خطأ، فتحرير رقبة مؤمنة} (4: 29) فالدية على العاقلة، لأنها إذا وجبت الدية عليها في شبه العمد، فلأن تجب في الخطأ بطريق الأولى، ولأن الخطأ يكثر، فلو وجبت الدية على القاتل لأجحف به، فناسب تعليقها بالعاقلة لتحصيل مجموع الأمرين من إيفاء المجني عليه حقه مع عدم الإجحاف بالجاني.
مسألة: من قال: كنت يوم قتله صغيراً، أو مجنوناً، وأمكن، صدق بيمينته.

(9/134)

(الثاني: أن يقتل في دار الحرب من يظنه حربياً، ويكون مسلماً، أو يرمي إلى صف الكفار، فيصيب مسلماً، أو يتتربس الكفار بمسلم، ويخاف على المسلمين، إن لم يرمهم، فيرمهم، فيقتل المسلم، فهذا فيه الكفارة) روي عن ابن عباس، وقاله عطاء، ومجاهد، وعكرمة، وقتادة، وغيرهم، لقوله تعالى: {فإن كان من قوم عدو لكم، وهو مؤمن، فتحرير رقبة مؤمنة} (4: 29) (وفي وجوب الدية على العاقلة روايتان) إحداهم: تجب، لقوله تعالى: {ومن قتل مؤمناً خطأ} الآية. وللخبر السابق، ولأنه قتل مسلماً خطأ، فوجبت، كما لو كان في دار الاسلام. والثانية: لاتجب، وهي ظاهر المذهب، لقوله تعالى: {وإن كان من قوم عدو لكم} الآية. فلم يذكر دية في هذا القسم، وذكرها في الذي قبله وبعده، وهذا ظاهر في أنها غير واجبة، وبها يخص عموم ما ذكر، وعنه: تجب في الأخيرة، وفي «عيون المسائل»: عكسها، لأنه فعل الواجب هنا (والذي أجري مجري الخطأ كالتائب ينقلب على إنسان، فيقتله، أو يقتل بالسبب مثل أن يحفر بئراً، أو ينصب سكيناً، أو حجراً) تعدياً، ولم يقصد جناية (فيؤول إلى إتلاف إنسان) لأنه يشارك الخطأ في الإتلاف، وإنما لم يجعل خطأ لعدم القصد في الجملة، وقال بعض أصحابنا: الأقسام ثلاثة، فيكون ما ذكر خطأ، وصرح به في «الفروع» قال في «المحرر»: والقتل بالسبب ملحق بالخطأ، إذا لم يقصد به الجناية، فإن قصدها فشبه عمد، وقد يقوى، فيلحق بالعمد، كما ذكرنا في الإكراه والشهادة (وعمد الصبي والمجنون، فهذا كله لا قصاص فيه) لأنه إذا لم يجب بالخطأ، فهذا أولى (والدية على العاقلة) لأنها تحمل دية الخطأ، فما أجري

مجراه كذلك(وعليه الكفارة في ماله)لأن الأمر في الخطأ كذلك في الذي
أجري مجراه.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 249
فصل

(9/135)

(وتقتل الجماعة بالواحد)على الأشهر لما روى ابن عمر: أن غلاماً قتل غيلة،
فقال عمر: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم» رواه البخاري. وهذا إذا كان
فعل كل واحد منهم صالحاً للقتل به، وإلا فلا، مالم يتواطؤوا على ذلك (و عنه:
لا يقتلون)نقلها حنبل، روي ذلك عن ابن عباس، وابن الزبير، لقوله تعالى:
{النفس بالنفس} (5: 54) يدل على أنه لا يوجد وكثر من نفس واحدة بنفس
واحدة، ولأن كل واحد من الجماعة مكافىء للمقتول، فلا يؤخذ أبدال بمبدل
واحد، كما لا تؤخذ ديات بمقتول واحد ولأن التفاوت في الأوصاف يمنع بدليل أن
الحر لا يؤخذ بالعبد، فالتفاوت في العدد أولى، وعليها: تلزمهم دية واحدة، قال
ابن المنذر: لا حجة مع من أوجب قتل الجماعة بواحد، وعلى الأولى، تلزمهم
دية واحدة، نص عليه وهو أشهر كخطأ، ونقل ابن مهران: تلزمهم ديات، كما لو
انفرد كل واحد منهم، ونقل ابن منصور والفضل: أن قتله ثلاثة، فله قتل
أحدهم، والعفو عن آخر، وأخذ الدية كاملة من أحدهم (و المذهب: الأول)لقوله
تعالى {ولكم في القصاص حياة} لأنه إذا علم أنه متى قتل، قتل به، انكف عنه،
فلو لم يشرع القصاص في الجماعة بالواحد، لبطلت الحكمة في مشروعية
القصاص، ولإجماع الصحابة، فروى سعيد، عن هشيم، عن يحيى بن سعيد، عن
سعيد بن المسيب، أن عمر قتل سبعة من أهل صنعاء، قتلوا رجلاً، وعن علي
وابن عباس معناه، ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً، فكان كالإجماع، ولأنها
عقوبة تجب للواحد على الواحد، فوجب على الجماعة كحد القذف، والفرق
بين قتل الجماعة والدية أن الدم لا يتبعض بخلاف الدية، وهذا إذا قلنا: إن
موجب العمد أحد شيئين: القصاص، أو الدية، فمتى عفى عن القود، تعينت
الدية، وإن قلنا: موجب القود فقط، فللأولياء أن يعفوا عن القليل والكثير من
غير تقدير (وإن جرحه أحدهما جرحاً، والآخر مائة)جرح، أو أوضه أحدهما، أو
شجه الآخر أمة، أو أحدهما جائفة، والآخر غير جائفة(فهما سواء في القصاص و

(9/136)

الدية)لأن اعتبار التساوي يفضي إلى سقوط القصاص عن المشتركين، إذ لا
يكاد جرحان يتساويان من كل وجه، ولو احتمل التساوي، لم يثبت الحكم، لأن
الشرط يعتبر العلم بوجوده؛ ولا يكتفي باحتمال الوجود، بل الجهل بوجوده
كالعلم بعدمه في انتقاء الحكم، ولأن الجرح يحتمل أن يموت به دون المائة.
فرع: إذا اشترك ثلاثة، فقطع أحدهم يده، والآخر رجله، والثالث أوضه، فمات
فللولي قتل جميعهم، و العفو عنهم إلى الدية، و يأخذ من كل واحد ثلثها، وله
أن يعفو عن واحد، فيأخذ منه ثلث الدية، ويقتل الآخرين، وأن يعفو عن اثنين،

فيأخذ منهما ثلثي الدية، ويقتل الثالث.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 251

(9/137)

(وإن قطع أحدهما من الكوع، ثم قطعه الآخر من المرفق، فهما قاتلان)أي:
فهما سواء في القصاص أو الدية، إذا قطع الثاني قبل بروع جراحة الأول على
المذهب، لأنهما قطعان، فإذا مات بعدهما، وجب عليهما القصاص، كما لو كانا
في يدين، وقيل: القاتل هو الثاني، فيقاد الأول، لأن قطع الثاني قطع سبئية،
قطعه ومات بعد زوال جنايته، وعلى الأول: إن سقط القود بعفو، غرماً ديته
نصفين، وإن اندمل الجرحان، فعلى من قطع من الكوع القود، وعلى الآخر
حكومة، وعنه: ثلث دية اليد، و لو قتلوه بأفعال لا يصلح واحد لقتله نحو أن
يضربه كل منهم سوطاً في حاله، أو متواليًا، فلا قود، وفيه عن تواطىء وجهان،
قاله في «الترغيب» (وأن فعل أحدهما فعلاً لا تبقى الحياة معه كقطع
حشوته) بضم الحاء وكسرهما: أمعاؤه (أو مريئه) بالهمز، وهو مجرى الطعام
والشراب في الحلق (أو ودجيه) بفتح الواو وكسرهما، والودجان هما عرقان في
العنق (ثم ضرب عنقه آخر، فالقاتل هو الأول) لأن الحياة لا تبقى مع
جنايته (ويعزر الثاني) كما لو جني على ميت، فلهذا لا يضمه، ودل على أن هذا
التصرف فيه كميت لو كان عبداً، فلا يصح بيعه، كذا جعلوا الضابط من يعيش
مثله، ومن لا يعيش، وكذا علل الخرقى المسألتين، مع أنه قال في الذي لا
يعيش: خرق بطنه، وأخرج حشوته، فقطعها، فأبأنها منه، وهذا يقتضي أنه لو لم
يبنها، لم يكن حكمه كذلك مع أنه بقطعها لا يعيش، فاعتبر كونه لا يعيش في
موضع خاص، فتعميم الأصحاب فيه نظر (وإن شق الأول بطنه، أو قطع يده،
ثم ضرب الثاني عنقه، فالقاتل هو الثاني) لأنه هو المفوت للنفس جزماً، فعلى
هذا: عليه القصاص في النفس، و الدية إن عفا عنه، لأنه لم يخرج بجرح الأول
من حكم الحياة (وعلى الأول ضمان ما أتلّف) لأنه حصل بجنايته (بالقصاص أو
الدية) لأن الحياة تارة تكون موجبة للقصاص كقطع اليد عمداً، وتارة لا تكون
كذلك كقطعها خطأ، لكن جرح الأول إن كان موجبا للقصاص، خير بين قطع
طرفه، و العفو عن ديته،

(9/138)

والعفو مطلقاً، وإن كان لا يوجب قوداً كالجائفة، فعليه الأرش، وإنما جعلنا عليه
القصاص، لأن الثاني بفعله قطع سبئية الأول، وإن كان جرح الأول يفضي إلى
الموت لا محالة، إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة، وتبقى معه الحياة
المستقرة، فالقاتل هو الثاني، لأن عمر لما جرح و سقي لبناً، فخرج من جوفه،
فعلم أنه ميت، وعهد إلى الناس، وجعل الخلافة في أهل الشورى، فقبل
الصحابة عهده، وعملوا به (وإن رماه من شاهق، فتلّقه آخر بسيف، فقده،
فالقاتل هو الثاني) لأنه فوت حياته قبل المصير إلى حال ييأس فيها من حياته،
أشبه ما لو رماه بسهم، فبادره آخر، فقطع عنقه قبل وصول السهم إليه، ولأن
الرمي سبب، و القتل مباشرة (وإن رماه في لجة، فتلّقه حوت، فابتلعه،

فالقود على الرامي في أحد الوجهين) جزم به في «الوجيز» وقدمه في «الفروع» وهو المذهب، لأنه تسبب إلى قتله، ولم توجد مباشرة، فصلح إسناد القتل إليه، فوجب أن يعمل السبب عمله، وبه فارق ما تقدم. والثاني: لا قود عليه، لأنه متسبب، والإتلاف حصل بالمباشرة، وهو يوجب قطع التسبب، وكما لو منعه موج أو غيره، أو كان الماء غير مغرق والأول أصح، لأن قطع التسبب لا يكون إلا بشرط صلاحية إسناد التلف إلى المباشرة، وهو مفقود هنا، وعلى هذا: لا فرق بين أن يلتقمه قبل أن يمس الماء، أو بعده قبل الغرق، أو بعده، وقيل: إن التقمه بعد حصوله فيه قبل غرقه، وقيل: شبه عمد، ومع قلة فإن علم بالحوت، فالقود، وإلا دية (وإن أكره إنساناً) مكلفاً (على القتل) أي: على قتل مكافئة (فقتل، فالقصاص) أو الدية، قاله في «المحرر» و«الوجيز» (عليهما) لأن المكره تسبب إلى قتله بما يفضي إليه غالباً، أشبه ما لو أنهشه حية، والمكره قتله ظلماً لاستيقاء نفسه، كما لو قتله في المجاعة ليأكله، فعلى هذا: إن صار الأمر إلى الدية، فهي عليهما كالشريكين، وفي «الموجز»: إذا قلنا: تقتل الجماعة بالواحد، وخصه بعضهم بمكره، ويتوجه عكسه، لا يقال: المكره ملجأ،

(9/139)

لأنه غير صحيح، لأنه متمكن من الإمتناع، ولهذا يَأْتَمُّ بالقتل، وقوله عليه السلام: «عفي لأمتي عما استكرهوا عليه» محمول على غير القتل (وإن أمر من لا يميز، أو مجنوناً) أو أعجمياً لا يعرف خطر القتل، وفي «الرعاية» و «الفروع»: أو كبيراً يجهل تحريمه (أو عبده الذي لا يعلم أن القتل محرم) كمن نشأ في غير بلاد الإسلام (فقتل، فالقصاص على الأمر) لأن القاتل هنا كالألة، أشبه ما لو أنهشه حية، ونقل منها: إذا أمر صبيّاً أن يضرب رجلاً، فضربه، فقتله، فعلى الأمر، ولا شيء عليه بدفع سكين إليه، ولم يأمره، وفي «الإنتصار»: إن أمر صبيّاً، وجب على أمره وشريكه في رواية، وإن سلم، لا يلزمها، فلعجزه غالباً، وظاهره: أنه إذا أقام في بلاد الإسلام بين أهله، فلا يخفى عليه تحريم القتل، ولا يعذر فيه إذا كان عالماً، وحينئذ يقتل العبد، ويؤدب سيده الأمر، نص عليه. وعنه يقتل الأمر، ويحبس العبد حتى يموت كممسكه، وعلم أنه إذا أمره بزنى أو سرقة، فعلى المباشر (وإن أمر كبيراً عاقلاً عالماً بتحريم القتل، فقتل، فالقصاص على القاتل) بغير خلاف نعلمه، لأنه مقتول ظلماً، فوجب عليه القصاص، كما لو لم يؤمر، وقال ابن المنجا: المراد بالكبير هنا من يميز. وليس بكبير، فلا قود عليه، ولا على الأمر، لأنه غير مكلف، ولأن تمييزه يمنع كونه كالألة، وليس بظاهر.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 251

(9/140)

فرع: إذا قال لغيره: اقتلني، أو اجرحني، ففعل غير مكره، وهما مكلفان فهدر، نص عليه. وعنه: تلزم الدية، وعنه: عليه دية نفسه إرثاً ويحتمل القود، ولو قال ذلك عبد لمن يقتل به، فقتله، ضمنه لسيد بما ل فقط، نص عليه. ولو قال:

اقتلني، وإلا قتلتك، فخلاف كإذنه، وفي «الانتصار»؛ لا إثم ولا كفارة، وفي «الرعاية»: اقتل نفسك، وإلا قتلتك، إكراه كاحتمال في: اقتل زيدا، أو عمراً (وإن أمر السلطان بقتل انسان بغير حق من يعلم ذلك، فالقصاص على القاتل) لأنه غير معذور في فعله، لقوله عليه السلام: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» ولأن غير السلطان لو أمره بذلك كان القصاص على المباشر، علم أو لم يعلم، ويحتمل أن خاف السلطان، قتل، كما لو أكرهه (وإن لم يعلم، فعلى الأمر) لأن المأمور معذور لوجوب طاعة الإمام في غير المعصية، والظاهر من حاله أنه لا يأمر إلا بالخلق.

(9/141)

فرع: إذا أكره السلطان على قتل أحد بغير حق، فالقود أو الدية عليهما، فإن كان الإمام يعتقد جواز القتل دون المأمور كمسلم قتل ذمياً، فقال القاضي الضمان عليه دون الإمام، لأنه قتل من لا يحل له قتله، قال في «المغني»: ينبغي أن يفرق بين المجتهد والمقلد، فإن كان مجتهداً، فهو كقول القاضي، وإن كان مقلداً، فلا ضمان عليه، لأن له تقليد الإمام فيما رآه، وإن كان الإمام يعتقد تحريمه، والمأمور يعتقد حله، فالضمان على الأمر كما لو أمر السيد عبده الذي لا يعتقد تحريم القتل به (وإن أمسك إنساناً آخر ليقتله، فقتله، قتل القاتل) بغير خلاف نعلمه، لأنه قتل من يكافئه عمداً بغير حق (وحبس الممسك حتى يموت في إحدى الروايتين) نصره في «الشرح» وقدمه في «الفروع» وجزم به في «الوجيز» لما روى ابن عمر مرفوعاً، قال: «إذا أمسك الرجل، وقتله الآخر، قتل القاتل، ويحبس الذي أمسك» رواه الدارقطني. وروى الشافعي نحوه من قضاء علي رضي الله عنه، ولأنه حبسه إلى الموت، فيحبس الآخر عن الطعام والشراب حتى يموت (والأخرى: يقتل أيضاً) اختارها أبو محمد الجوزي، وقدمها في «الرعاية» وادعاه سليمان بن موسى إجماعاً، لأن قتله حصل بفعلهما، كما لو جرحاه، لكن إن لم يعلم الممسك أنه يقتله، إنه لا شيء عليه، وكذا الخلاف لو فتح واحد فمه، وسقاه آخر، سماً قاتلاً، فمات وجزم في «الوجيز» بقتله، ومثله: لو أمسكه ليقطع طرفه، ذكره في «الانتصار»، أو تبع رجلاً ليقتله، فهرب، فأدركه آخر فقطع رجله، ثم أدركه الثاني، فقتله، فإن كان الأول حبسه بالقطع ليقتله الثاني، فعليه القود في القطع، وحكمه في النفس حكم الممسك، فإن لم يقصد حبسه، فعليه القطع دون القتل، كالذي أمسكه غير عالم (وإن كتف إنساناً، وطرحه في أرض مسبعة، أو ذات حيات، فقتلته، فحكمه حكم الممسك) ذكره القاضي، قال المؤلف: والصحيح أنه لا قصاص فيه، لأنه لا يقتل غالباً، وتجب فيه الدية، لأنه فعل به فعلاً متعمداً لا يقتل غالباً، فهو شبه عمد.

(9/142)

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 251
فرع: إذا أمسك زيد عبداً، فقتله آخر، ضمنه زيد، ورجع على عاقلته، وله تضمين أيهما شاء، وإن أمسكه لغير قتله، لم يضمه الممسك بحال، قاله

في «الرعاية» ومن تعرض لقتل زيد، ولم يدفعه عن نفسه، وسكت، فقتله،
ضمنه إن قلنا: الدية إرث، وإن قلنا: له فوجهان.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 251

فصل

(إن اشترك في القتل اثنان، لا يجب القصاص على أحدهما كالأب وأجنبي في قتل الولد، والحر والعبد في قتل العبد، والخطيء والعامد، ففي وجوب القصاص على الشريك روايتان) إحداهم: لا قصاص عليه، لأنه تركب من موجب وغير موجب، فلم يجب القصاص لكون القتل لم يتمحض موجبا. والثانية: يجب على الشريك، قدمها في «الرعاية» واختارها أبو محمد الجوزي، لأن سقوطه عن شريكه لمعنى مختص به، فلم ينفذ إلى غيره، وكما لو أكره أبا على قتل ابنه (أظهرهما: وجوبه على شريك الأب والعبد) لأن قتلها محض عمد عدوان، ولأنه شارك في القتل العمد العدوان، فيقتل به كشريك الأجنبي، وفعل الأب يقتضي الإيجاب لكونه تمحض عمدا عدوانا، والجنابة به أعظم إثما، ولذلك خصه الله بالنهي، وإنما امتنع الوجوب في حق الأب لمعنى مختص بالمحل، لا لقصور في السبب الموجب، وكذلك كل شريكين امتنع القود في حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب كمسلم وذمي في قتل ذمي (وسقوطه عن شريك الخطيء) في قول أكثر العلماء، لأنه لم يتمحض عمدا، فلم يجب به قود كشبه العمد، وكما لو قتله واحد بجرحين عمدا وخطأ، وكذا الخلاف لو اشترك مكلف وغير مكلف، والأصح في المذهب أنه لا قصاص على البالغ، وهو قول الحسن والأوزاعي، لأنه شارك من لا إثم عليه فبفعله كشريك الخطيء (وفي شريك السبع وشريك نفسه وجهان) وصورته أن يجرحه أسد، أو نمر أو يجرحه إنسان، يجرح نفسه متعمدا، وهما في شريك الولي المقتص، وشريك القاطع حدا، وشريك دفع الصائل أحدهما: لا

(9/143)

قصاص فيه، لأنه شارك من لا يجب عليه القصاص كشريك الخطيء بل أولى. والثاني: عليه القصاص، واختاره أبو بكر و جزم به في «الوجيز» وهو المنصوص، لأنه قتل عمد متمحض، فوجب القصاص على الشريك كشريك الأب، فأما إن جرح نفسه خطأ، فلا قصاص على شريكه في الأصح، وإذا قلنا لا قود عليه، أو عدل إلى طلب المال منه، لزمه نصف في الدية، وقيل: يلزمه كمالها في شريك السبع خاصة، وقيل: يلزمه كمالها في شريكه المقتص، و دية شريك مخطيء في ماله، لا على عاقلته على الأصح، قاله القاضي (ولو جرحه إنسان عمدا، فداوى جرحه بسم، أو خاطه في اللحم) الحي (أو فعل ذلك وليه، أو الإمام) فمات (ففي وجوب القصاص على الجرح وجهان) أحدهما: لا قصاص عليه، وهو أشهر، لأن المداوي قصد مداواة النفس، فكان فعله عمد خطأ كشريك الخطيء. والثاني: بلى، لأنه شريك في القتل، لكن إن كان سم ساعة، يقتل في الحال، فقد قتل نفسه، وقطع سراية الجرح، وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد أن جرح، وينظر في الجرح، فإن كان موجبا للقصاص، فلوليه استيفاؤه، وإلا أخذ الأرش، وإن كان السم لا يقتل غالبا، ففعل الرجل في نفسه عمد الخطيء، وشريكه كشريك الخطيء، وإن خاطه غيره بغير إذنه كرها، فهما

(9/144)

باب شروط القصاص

(وهي أربعة) وسبذكرها المؤلف (أحدها: أن يكون الجاني مكلفاً) لأن القصاص عقوبة، وغير المكلف ليس محلاً لها (فأما الصبي والمجنون، فلا قصاص عليهما) بغير خلاف، لأن التكليف من شروطه، وهو معدوم، وكذا إذا كان زائل العقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمغمى عليه، لأنه لا قصد لهم صحيح، فلا قال القاتل: كنت يوم القتل صغيراً أو مجنوناً، صدق مع الإمكان بيمينه، وإن قال: أنا الآن صغير، فلا قود ولا يمين (وفي السكران وشبهه) كمن زال عقله بسبب غير معذور فيه كمن يشرب الأدوية المخيثة (روايتان) وذكر أبو الخطاب: أن ذلك مبني على طلاقه، وفيه روايتان، فيكون في وجوب القصاص عليه وجهان: أحدهما: لا يجب عليه، لأنه زائل العقل، أشبهه المجنون، ولأنه غير مكلف، وأشبهه الصبي (أصحهما: وجوبه عليه) نصره في «المغني» و«الشرح» وجزم به القاضي وصاحب «الوجيز» لأن الصحابة أوجبوا عليه حد القذف، وإذا وجب الحد، فالقصاص المتمحض حق آدمي أولى، ولأنه يفضي إلى أن يصير عصيانه سبباً لإسقاط العقوبة عنه، والطلاق قول يمكن إلغاؤه، بخلاف القتل.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 262
فصل

(9/145)

(الثاني: أن يكون المقتول معصوماً) أي معصوم الدم، لأن القصاص إنما شرع حفظاً للدماء المعصومة، وزجراً عن إتلاف البنية المطلوب بقاؤها، وذلك معدوم في غير معصوم (فلا يجب القصاص بقتل حربي) لا نعلم فيه خلافاً، ولا تجب بقتله دية ولا كفارة، لأنه مباح الدم على الإطلاق كالخنزير ولأن الله تعالى أمر بقتله، فقال: (فاقتلوا المشركين) التوبة وسواء كان القاتل مسلماً أو ذمياً (ولا مرتد) لأنه مباح الدم، أشبهه الحربي (ولا زان محصن) أي: لا يجب بقتله قصاص، ولا دية، ولا كفارة كالمرتد، وحكى بعضهم وجهاً: أن على عاقلته القود، لأن قتله إلى الإمام كمن عليه القصاص، إذا قتله غير مستحق، وجوابه بأنه مباح الدم متحتم قتله، فلم يضمن كالحربي، وظاهره: ولو قبل ثبوته عند حاكم، قال في «الرعاية» و«الفروع»: والمراد قبل التوبة، فهدر، وإن بعدها إن قبلت ظاهراً فكإسلام طارئ، فدل أن طرف محسن كمرتد، لا سيما وقولهم: عضومن نفس، وجب قتلها، ولكن يعزر للأفتئات على ولي أمر، كمن قتل حربياً (وإن كان القاتل ذمياً) فيه تنبيه على مساواة الذمي للمسلم في ذلك، لأن القتل منهما صادم محله، ويحتمل في قتل الذمي بالزاني المحصن، قاله في «الترغيب» لأن الحد لنا، وإمام نائب، قال في «الروضة»: إن أسرع ولي قتل أو أجنبي، فقتل قاطع طريق قبل وصوله الإمام، فلا قود، لأنه انهدر

دمه، و ظاهره: ولا دية، وليس كذلك (ولو قطع مسلم أو ذمي يد مرتد، أو حربي، فأسلم، ثم مات، أو رمى حربياً، فأسلم قبل أن يقع به السهم، فلا شيء عليه) لأنه لم يكن على معصوم، ولأنه رمى من هو مأمور برميهِ، فلم يضمن، لأن الاعتبار في التضمن بحال ابتداء الحياة، لأنها موجبة، و حالها لم يكن كل من الحربي و المرتد أهلاً لأن يضمن، فلم يكن على الجاني شيء لفوات الأهلية المشتركة لوجوب الضمان، و ظاهره: أنه لا قصاص ولا دية عليه، و جعله في «الترغيب» كمن أسلم قبل الإصابة (وإن رمى مرتداً، فأسلم قبل وقوع السهم به، فلا

(9/146)

قصاص) لأنه رمى من ليس بمعصوم، أشبه الحربي (وفي الدية وجهان) أحدهما: لا تجب، وهو الأشهر كردة مسلم، و كالحربي. و الثاني: تجب، لأن الرمي هنا محرم لما فيه من الافتئات على الإمام، و كتلفه بئثر حفرت، و قيل: كمرتد لتفريطه، إذ قتله ليس إليه، والعمل على الأول، قاله الحلواني. رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 263
فائدة: قال في «الرعاية»: و إن رمى مرتداً أو حربياً، فأصابه بعد إسلامه، فمات، فهدر، كما لو بان أن الحربي كان قد أسلم قبل الرمي، و كتم إسلامه، و قيل: تجب الدية، و قيل: للمرتد فقط، وهي دية حر مسلم مخففة على عاقلته، و قيل: يقتل به (وإن قطع يد مسلم، فارتد، و مات، فلا شيء على القاطع في أحد الوجهين) هذا هو الأصح، لأنها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون بدليل ما لو قطع طرف ذمي، فصار حربياً، ثم مات من جراحه، و أما اليد فالصحيح أنه لا قود فيها، أصلهما: هل يفعل به كفعله، أم في النفس فقط، و هل يستوى فيه الإمام، أم قريبه؟ فيه وجهان: أصلهما: هل ماله فيء، أم لورثته؟. و الوجه الثاني: يجب كما لو قطع طرفه، ثم جاء آخر، فقتله. و جوابه: بأنه قطع، صار، قتلاً، لم يجب به القتل، فلم يجب به القتل كما لو قطع من غير مفصل، و ظاهره: أنه لا تجب دية الطرف في وجه، لأنه قتل لغير معصوم، و تجب في آخر، لأن يسقط حكم سرية الجرح لا يسقط ضمانه، كما لو قطع طرف رجل، ثم قتله آخر، فعلى هذا: يجب ضمانه، فلو قطع يده ورجليه، ثم ارتد و مات، ففيه ديتان، لأن الردة قطعت حكم السرية، و على الأول: يجب عليه الأقل من دية النفس أو الطرف، يستوى فيه الإمام (وفي الآخر: يجب القصاص في الطرف) لأن المجني عليه حال القطع، كان مكافئاً، و القتل بسبب القطع غير موجب للقصاص هنا، فوجب القطع لانتفاء إفضائه إلى القصاص في النفس (أو نصف الدية) لما سبق، و قيل: لا قود ولا دية في عمد ذلك ولا خطئه، لأن الجرح صار بالسرية نفساً، فدخل القطع فيه تبعاً، ولو قتله

(9/147)

في تلك الحال، لم يضمنه، فكذا إذا مات بالسرية (وإن عاد إلى الإسلام، ثم مات، و جب القصاص في النفس) مع العمد، أو الدية مع الخطأ (في ظاهر كلامه) ونص عليه في رواية محمد بن الحكم، لأنه مسلم حال الجنابة و الموت،

فوجب القصاص بقتله كما لو لم يرتد، وأما الدية فتجب كاملة، وقيل: نصفها، لأنها من جرح مضمون وسراية غير مضمونة، كما لو جرحه إنسان، وجرح نفسه، ومات منها (وقال القاضي) يتوجه عندي، واختاره في «التبصرة» (إن كان زمن الردة مما تسري فيه الجناية، فلا قصاص فيه) كما لو عفى بعض المستحقين، ولهذا لو وجدت الردة في أحد الطرفين، لم يجب القصاص، ويجب نصف الدية، وقيل: كلها، وهل تجب في الطرف الذي قطع في إسلامه؟ فيه وجهان.

تنبيه: إذا رمى مسلماً، فلم يقع به السهم حتى ارتد، فلا ضمان عليه، وفي دية الجرح روايتان: إحداهما حال الإصابة. والثانية: حال السراية، وهل الاعتبار في القتل بحال الرامي، أو بحال الإصابة؟ فيه وجهان. قال في «الرعاية»: والأولى أن كل جناية تهدر ابتداء تهدر دواماً، وإن تغير الحال بعد، وما ضمن ابتداء ضمن دواماً، ويعتبر المقدار بالآخرة، فلو تبدل حال الرامي و المرمي بين الإصابة و الرمي، فلا قود حتى يكمل حالها في الطرفين، وفي تحمل العقل يعتبر الطرفان والواسطة، وإذا كان المرمي مضمون الدم في الطرفين، اعتبر الضمان بالآخرة، وإن كان مضموناً حين الرمي دون الإصابة، فهد، وإن انعكس، ضمن حال الإصابة.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 263
قصل

(9/148)

(الثالث: أن يكون المجني عليه مكافئاً للجاني) لأن المجني عليه، إذا لم يكن مكافئاً للجاني، فيكون أخذه أخذاً به لأكثر من الحق (وهو أن يساويه في الدين) لقوله عليه السلام: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم ولا يقتل مؤمن بكافر» رواه أحمد، وأبو داود، والنسائي. وفي لفظ: «ولا يقتل مسلم بكافر» وعن علي قال: «من السنة ألا يقتل مؤمن مسلم بكافر» رواه أحمد. ولأن الكافر منقوص بالكفر، فلا يقتل به المسلم كالمستامن، لا يقال: الآيات والأخبار الدالة على قتل مسلم بمثله شاملة لقتل المسلم بالكافر، لأنه يجب تخصيصها بما ذكر، وقد روي السلماني: أقاد مسلماً بذمي قتل، قال أحمد: ليس له إسناد، وقال أيضاً: هو مرسل، وقال الدارقطني: السلماني ضعيف، إذا أسند، فكيف إذا أرسل (والحرية والرق) لقول علي وابن عباس: لا يقتل حر بعد، رواه الدارقطني. ولأنهما شخصان لا يجري بينهما القصاص في الأطراف السليمة، فلم يجب في النفس كالأبوة، ولأنه منقوص بالرق، فلم يقتل به الحر لرجحانه عليه بوصف الحرية (فيقتل كل واحد من المسلم الحر أو العبد، والذمي الحر أو العبد أو بمثله) لحصول المكافأة بينهما، ويقتل الذمي بمثله، اتفقت أديانهم، أو اختلفت، نص عليه في النصرايين يقتل بالمجوسي، وذمي بمستامن وعكسه، والعبد المسلم بمثله في قول أكثرهم، لقوله تعالى: {كتب عليكم القصاص في القتلى} (2: 871) وكتفاوت الفضائل كالعلم، والشرف، لا مكاتب بعيد، ويقتل بعيد ذي الرحم المحرم في الأشهر، فإن قتل رقيق مسلم رقيقاً مسلماً لذمي، ففي جواز القود وجهان، وإن تساوت القيمة، وإن قتل عبد ذمي عبداً مسلماً، قتل به، ويقتل قن بمكاتب في الأصح،

فإن كانا لسيد، فلا قود في وجه، ويقتل كل منهما بالمدير وأم الولد، وبالعكس.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 266

(9/149)

فرع: إذا قتل من بعضه حر مثله أو أكثر منه حرية، قتل به في الأصح، ولا يقتل بعبد، ولا يقتل به حر (ويقتل الذكر بالأنثى) بغير خلاف، لقوله تعالى: {وكتبتنا عليهم فيها أن النفس بالنفس} (5: 54) و لأنه - عليه السلام - قتل يهوديا رض رأس جارية بين حجرين، ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف الآخر، فقتل به كالرجل بالرجل (والأنثى بالذكر في الصحيح عنه) في قول عامتهم، لأنها دونه (وعنه: يعطي الذكر نصف الدية إذا قتل بالأنثى) لما روى سعيد ثنا هشيم، أن يونس عن الحسن، عن علي قال: يقتل الرجل بالمرأة، ويعطي أولياؤه نصف الدية. ولأن ديتها نصف ديته، فوجب أن يعطي ذلك ليحصل التساوي (وعنه: لا يقتل العبد بالعبد إلا أن تستوي قيمتهما) لأنه بدل مال، فيعتبر فيه التساوي كالقيمة (ولا عمل عليه) والصحيح الأول للنص، ولأنه قصاص، فلا يعتبر فيه التساوي في القيمة كالأحرار، ولم يتعرض المؤلف للختنى، وحاصله: أنه يقتل كل واحد من الذكر والأنثى بالختنى، ويقتل بهما، لأنه إما رجل، أو امرأة (ويقتل الكافر بالمسلم) لأنه - عليه السلام - قتل يهودياً بجارية، ولأنه إذا قتل بمثله، فمن فوقه أولى (والعبد بالحر) لأنه أكمل منه، أشبه قتل الكافر بالمسلم (والمرتد بالذمي) لأن المرتد كافر، فيقتل بالذمي كالأصلي، لأن المرتد أسوأ حالاً من الذمي، لأنه مهدر الدم، بخلاف الذمي، فعلى هذا: لافرق بين أن يبقى على رده، أو يعود إلى الإسلام، ونبه عليه بقوله: (وإن عاد إلى الإسلام، نص عليه) لأن الاعتبار في القصاص بحال الجنابة، وحالة المرتد والذمي سواء بالنسبة إلى نفس الكفر (ولا يقتل مسلم بكافر) مطلقاً في قول أكثر العلماء منهم: عمر، وعثمان، وعلي، وزيد، لقوله علي السلام: «لا يقتل مسلم بكافر» رواه البخاري. وظاهره: ولو ارتد، ولأنه منقوص بالكفر، فلا يقتل به المسلم كالمستأمن، وقيل: يقتل به للعمومات، وإن الخبر في الحربي، كما يقطع بسرقة ماله، وفي كلام بعضهم: حكم المال غير حكم النفس

(9/150)

بدليل القطع بسرقة مال زان محصن، وقاتل في محاربة، ولا يقتل قاتلها، والفرق أن مالهما باق على العصمة كمال غيرهما، وعصمة دمهما زالت، وعجب أحمد من قول الشعبي والنخعي: أنه يقتل المسلم بالمجوسي، واستثنى عنه لأنه ليس بمحقون الدم (ولا حر بعبد) لقوله تعالى: {الحر بالحر والعبد بالعبد} (2: 871) فدل على أنه لا يقتل به الحر، ولما روى أحمد عن علي أنه قال: من السنة أنه لا يقتل حر بعبد. وعن ابن عباس مرفوعاً مثله، رواه الدارقطني. ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوي في السلامة، فلا يقتل به كالأب مع ابنه، ويتوجه عكسه، وهو قول ابن المسيب والنخعي، ولأنه آدمي معصوم، أشبه الحر، وجوابه: أنه منقوص بالرق، فلم يقتل به الحر كالمكاتب إذا ملك ما يؤدي (إلا أن يقتله، وهو مثله، أو يجرحه، ثم يعلم القاتل أو

الجرح، أو يعتق ويموت المجروح، فإنه يقتل به) نص عليه. وحاصله: أن الاعتبار في التكافؤ بحالة الوجوب كالجرح، فعلى هذا: إذا قتل ذمي ذمياً، أو جرحه، ثم أسلم الجرح، ومات المجروح، أو قتل عبد عبداً، أو جرحه، ثم عتق القاتل، أو الجرح، ومات المجروح، وجب القصاص، لأنهما متكافئان حال الجنائية، ولأن القصاص قد وجب، فلا يسقط بما طرأ كما لو جن، ذكره الأصحاب، وقيل: لا يقتل به، وقاله الأوزاعي كما لو كان مؤمناً حال قتله، ولأول أقيس، لا يقال: لم اعتبرت المكافأة عند ذلك؟ لأن القصاص عقوبة، فكان الاعتبار فيها بحال الوجوب دون الاستيفاء، ولأن القصاص حق وجب عليه قبل إسلامه وعتقه، فلم يسقطه الإسلام كسائر الحقوق (ولو جرح مسلم ذمياً، أو جرح حر عبداً، ثم أسلم المجروح، وعتق ومات، فلا قود) لأن المكافأة معدومة حالة الجنائية (وعليه دية حر مسلم في قول ابن حامد) قدمه في «المحرر» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأن الاعتبار في الأرش بحال استقرار الجنائية بدليل ما لو قطع يدى رجل ورجليه، فسرى إلى نفسه، ففيه دية واحدة اعتباراً بحال استقرار الجنائية، ولو اعتبر حال

(9/151)

الجنائية، وجبت ديتان، وللسيد أقل الأمرين من نصف قيمته، أو نصف دية حر، والباقي لورثته، وقيل: الدية لسيدة لوجوبها عليه قبل العتق، وما زاد منها على أرش الجنائية إرث (وفي قول أبي بكر) والقاضي، وأصحابه، وابن حامد فيما حكاه ابن عقيل عنه في «التذكرة» وهو ظاهر كلام أحمد (في الذمي دية ذمي، وفي العبد قيمته لسيدة) ودية مسلم لو ارث مسلم، لأن حكم القصاص معتبر بحال الجنائية، فكذا إذا أسلم، أو عتق. نقل حنبلي: يأخذ قيمته وقت جنائته، وكذا ديته، نقله حرب، إلا أن يجاوز أرش الجنائية، فالزيادة للورثة، وإن وجب بهذه الجنائية قود، فطلبه للورثة على هذه، وعلى الأخرى للسيد.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 266

(9/152)

فرع: قتل أو جرح ذمي ذمياً، أو عبد عبداً، ثم أسلم، أو عتق مطلقاً، قتل به في المنصوص كجنونه في الأصح، وعدم قتل من أسلم ظاهر نقل بكر كإسلام حربي قاتل، وكذا إن جرح مرتد ذمياً، ثم أسلم، وليست التوبة بعد الجرح، أو بعد الرمي قبل الإصابة مانعة من القود في ظاهر كلامهم، وجزم به شيخنا كما بعد الزهوق، ذكره في «الفروع» (وإن رمى مسلم ذمياً عبداً، فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم، فلا قود) لعدم المكافأة (وعليه دية حر مسلم) للورثة، ولا شيء للسيد (إذا مات من الرمية، ذكره الخرقى) لا نزاع في وجوب دية حر مسلم إذا مات من الرمية، لأن الإلتاف حصل لنفس حر مسلم، فتعين ألا قود، قاله الخرقى، والقاضي، وابن حامد، إذ الرمي جزء من الجنائية، ولا ريب في انتفاء المكافأة حال الرمي، وإذا عدمت المكافأة في بعض الجنائية، عدمت في كلها، إذ الكل ينتفي بانتفاء بعضه، وكما لو رمى مرتداً، فأسلم (وقال أبو بكر) وجزم به في «الوجيز» وهو ظاهر كلام أحمد (عليه القصاص) لأنه قتل مكافئاً

له عمداً عدواناً، فوجب القود كما لو كان حراً مسلماً حال الرمي، ولأن الاعتبار بالإصابة بدليل ما لو رمى، فلم يصبه حتى ارتد، وكقوله من علمه، أو ظنه ذمياً، أو عبداً، فكان قد أسلم، أو عتق، أو قاتل أبيه، فلم يكن في الأصح، وفي «الروضة»: إذا رمى مسلم ذمياً، هل تلزمه دية مسلم، أو دية كافر؟ فيه روايتان اعتباراً بحال الإصابة أو الرمية، ثم بنى مسألة العبد علي الرويتين في ضمانه بدية أو قيمة، ثم بنى عليهما من رمى مرتداً، أو حربياً، فأسلم قبل وقوعه، هل يلزمه دية مسلم، أو هدر؟.

(9/153)

فرع: إذا رمى كافراً، فأصابه السهم بعد أن أسلم، كانت ديته لورثته المسلمين، وفي «الشرح»: وجوب المال معتبر بحال الإصابة، لأنه بدل عن المحل، فيعتبر عن المحل الذي فات بها، فيجب بقدره، وقد فات بها نفس مسلم حر والقصاص جزاء الفعل، فيعتبر الفعل فيه والإصابة معاً، لأنها طرفاه، فلذلك لم يجب القصاص بقتله، قال في الرعاية: «في الأصح (ولو قتل من يعرفه ذمياً عبداً، فبان أنه قد أسلم وعتق، فعليه القصاص) جزم به الشيخان وصاحب «الوجيز» لأنه قتل من يكافئه بغير حق، أشبه ما لو علم حاله (وإن كان يعرفه مرتداً) فبان أنه قد أسلم (فكذلك، قاله أبو بكر لأنه قتل مكافئاً عدواناً عمداً، والظاهر: أنه لا يخلى في دار الإسلام إلا بعد إسلامه بخلاف من في دار الحرب) قال: ويحتمل ألا يلزمه القصاص، لأنه لم يقصد قتل معصوم، فلم يلزمه قصاص كما لو قتل في دار الحرب من يعتقده حربياً بعد أن أسلم، ولا يلزمه (إلا الدية) لأن الارتداد سلطه عليه، ووجبت الدية لثلاث يفوت القصاص إلى بدل.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 266

تنبيه: يقتل المكلف بطفل ومجنون، والعالم الشريف بضدهما، والصحيح بالمرضى، ولو قارب الموت، والسمين بالهزيل، وكذا فيما دون النفس. مسألة: إذا قتل حر مسلم في دار الحرب من علمه، أو ظنه حربياً، فبان أنه قد أسلم، فهدر، فلو دخلها مسلم بأمان، فقتل بها حربياً، قد أسلم وكنتم إيمانه، ففي وجوب الدية روايتان، وكذلك الحكم لو قتل هذا المستامن بدار الحرب مسلماً، قد دخلها بأمان، ولم يعلم إسلامه، فعلى الأول يجب على المسلم المستامن دية ذمي.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 266

فصل

(9/154)

(الرابع: ألا يكون أبا للمقتول) لأنه لو لم يكن من شروطه لقتل به، واللازم منتف (فلا يقتل الوالد بولده) نص عليه، لما روى ابن عباس مرفوعاً: «لا يقتل والد بولده» رواه ابن ماجه والترمذي من رواية اسماعيل بن مسلم الملكي، ورواه أحمد، والترمذي وابن ماجه من رواية حجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، عن عمر.

قال ابن عبد البر: هو حديث مشهور عن أهل العلم بالحجاز والعراق، يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عند الإسناد، حتى يكون الإسناد في مثله مع شهرته تكلفا، وقال عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» فمقتضى هذه الإضافة تملكه إياه، فإذا لم تثبت حقيقة الملكية، تثبت الإضافة شبهة في إسقاط القصاص، وظاهره: لو اختلفا دينا وحرية، لأنه كان سببا في إيجاده، فلا يكون سببا في إعدامه إلا أن يكون ولده من رضاع أو زنى، فإنه يقتل به، قال في «عيون المسائل»: ولا يلزم الزاهد العابد، فإن معه من الدين والشفقة ما يردعه عن القتل، لأن رادعه حكمي، وهو ضعيف، ورادع الأب طبيعي، وهو أقوى بدليل أنه لا يمكنه إزالته (وإن سفل) أي: لا يقتل والد بولده، وإن نزل، لأن الجد وإن علا والد، فيدخل في الحديث، ولأن ذلك حكم يتعلق بالولادة، فاستوى فيه القريب والبعيد كالمحرمية، والمعتق عليه إذا ملكه، فوجب تساويهما في الحكم (والأب والأم في ذلك سواء) لأنها أحد الوالدين، فيشمئها الخبر، ولأنها أولى بالبر منه، فعلى هذا الجدة - وإن علت من قبل الأب والأم - كالأم، ولو قال: وأم كآب في ذلك، لكان أولى، وعنه: تقتل أم به، نقلها مهنا في أم الولد، قتلت سيدها عمدا: تقتل، قال من يقتلها؟ قال ولدها، وكالأخ، وعنه يقتل أب به، وقاله ابن عبد الحكم، وابن المنذر للعمومات، وكالأجنبيين، وقاله مالك: إن قتله حذف بالسيف ونحوه، لم يقتل به، وإن أضجه وذبحه، قتل به، وجوابه: أن الأب يفارق سائر الناس، فإنهم لو قتلوا بالحذف بالسيف، وجب عليهم القصاص، والأب بخلافه، وقيل: يقتل

(9/155)

أبو أم بولد بنته وعكسه، وفي «الروضة»: لا تقتل أم، والأصح وجدة، وفي «الانتصار»: ولا يجوز لابن قتل أبيه بردة وكفر بدار حرب، ولا رحمه بزنى، ولو قضي عليه بجرم، وعنه: لا قود بقتل في دار حرب، فتجب دية إلا لغير مهاجر.

تذنيب: ادعى اثنان نسب لقيط، ثم قتلاه قبل لحوقه بأحدهما، فلا قود، فإن رجع أحدهما عن الدعوى، أو ألحقته القافة بغيره، انقطع نسبه منه، وعليه القود، وإن رجعا عنها، لم يقبل منهما، لأن النسب حق للولد، فإن بلغ انتسب إلى أحدهما، وقلنا: يصح انتسابه فهل يقتل الآخر به؟ فيه وجهان.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 273

وإن اشترك اثنان في وطء امرأة، فأنت بولد يمكن أن يكون منهما، فقتلاه قبل لحوقه بأحدهما، فلا قود، ولو أنكر أحدهما النسب، لم يقتل به، لبقاء فراشه مع إنكاره (ويقتل الولد بكل واحد منهما في أظهر الروايتين) هذا هو الصحيح للآية والأخبار وموافقة القياس.

(9/156)

والثانية: لا يقتل به، لأنه ممن لا تقبل شهادته لحق النسب، فلا يقتل به، كالأب مع ابنه، وجوابه: بأن قياسه على الأب ممتنع لتأكد حرمة، ولأنه إذا قتل بأجنبي، فبأبيه أولى، ولأنه يحد بقذفه، فيقتل به كالأجنبي، لا يقال: قد روى

سراقة مرفوعاً أنه قال: «لا يقاد الأب من ابنه، ولا الابن من أبيه» وروي عنه: «أنه كان يقيد الابن من أبيه» لأنهما خبران لا يعرفان، ولا يوجدان في الكتب المشهورة، وإن كان لهما أصل، فهما متعارضان، فيتعين سقوطهما والعمل بالنصوص الواضحة غيرهما (ومتى ورث ولده القصاص، أو شيئاً منه) سقط القصاص، لأنه لو لم يسقط، لوجب للولد على الوالد، وهو ممنوع، لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه، فلأن لا يجب بالجناية على غيره بطريق الأولى (أو ورث القاتل شيئاً من دمه، سقط القصاص) لأنه لو لم يسقط لوجب القصاص له على نفسه، وهو ممنوع (فلو قتل امرأته، وله منها ولد) فلا قود، لأنه لو وجب لوجب لولده عليه، وإذا لم يجب للولد بالجناية عليه، فغيره أولى، وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى، أو كان للمقتول من يشاركه في الميراث، لأنه لو ثبت القود لوجب له جزء منه، ولا يمكن وجوبه، وإذا سقط بعضه، سقط كله، لأنه لا يتبعض كما لو عفا أحد الشريكين (أو قتل أخاها، فورثته، ثم ماتت، فورثها، أو ولده، سقط عنه القصاص) لأنها ترث النصف، إن كان الأخ لأبويها أو أبيها، والسدس إن كان لأمها، إذا كان معها من يرث بقية المال، والجميع إن لم يكن معها أحد، وهو ظاهر كلام المؤلف، فلما ماتت، ورث شيئاً من الدم، أو ورث ولده ذلك، وهو مقتضى سقوط القصاص، سواء كان لها ولد من غيره، أو لا، لأنه لا يتبعض، وعنه: لا يسقط بإرث الولد، اختاره بعضهم، فإن لم يكن للمقتول ولد منها، وجب القصاص في قول أكثرهم، لأنهما شخصان متكافئان، يحد كل منهما بقذف الآخر، فيقتل به كالأجنبيين (ولو قتل أباه أو أخاه، فورثه أخواه ثم قتل أحدهما صاحبه، سقط القصاص عن الأول، لأنه ورث بعض دم نفسه) لأن

(9/157)

أخويه يستحقان دم أبيهما، فإذا قتل أحدهما صاحبه، ورث القاتل الأول ما كان يستحقه المقتول، لأنه أخوه، فعلى هذا: يستحق نصف دمه، لأن دم الأب بين الأخوين نصفان، ضرورة أن القاتل لا يرث، وإن قتل الثاني الأول، ثم الثالث الرابع، ثم قتل الثالث دون الثاني، لإرثه نصف دمه عن الرابع، وعليه نصف دية الأول للثالث (ولو قتل أحد الابنين أباه، والآخ أمه، وهي زوجة الأب، سقط القصاص عن الأول كذلك) وهو قاتل الأب، لأنه ورث بعض دم نفسه، وذلك ثمن دم الأب (وله أن يقتص من أخيه، ويرثه) إذا قتل أكبر الأخوين لأبوين أباهما، وأصغرهما أمهما مع الزوجية، فلا قود على الأكبر، لما ذكرنا لإرثه ثمن دمه عن أمه، وعليه سبعة أثمان دية أبه للأصغر، وله قتله وإرثه في الأصح، لأن القاتل يحق لا يمنع الميراث، وإن كانت بائناً، أو قتلاها معاً مطلقاً، فلكل واحد قتل أخيه، فإن تنازعا بالسبق بالاستيفاء، قدم من قرع، ويحتمل أن يبدأ بقتل القاتل الأول، واختارها بن حمدان (وإن قتل من لا يعرف، وادعى كفره، أو رقة) لم يقبل، لأنه محكوم بإسلامه بالدار، ولهذا يحكم بإسلام اللقيط، ولأن الأصل الحرية، والرق طارئ (أو ضرب ملفوفاً، فقد، وادعى أنه كان ميتاً، وأنكر وليه) لم يقبل قوله، لأن الأصل الحياة، كما لو قطع طرفه، وادعى أنه كان مثله، لأن الأصل السلامة، وذكر في «الواضح» عن أبي بكر: لا يضمنه، وأطلقا بن عقيل في موته وجهين، وسأل القاضي: أفلا يعتبر في الدم وعدمه؟ قال: لا، لم يعتبره الفقهاء، قال في «الفروع» ويتوجه، يعتبر (أو قتل رجلاً في

داره، وادعى أنه دخل يكابره على أهله أو ماله، فقتله دفعا عن نفسه، وأنكر
وليه) وجب القصاص بغير خلاف نعلمه، لأن الأصل عدم ما يدعيه، سواء وجد
في دار القاتل، أو غيرها معه سلاح أو لا، لما روي عن علي أنه سئل عن وجد مع
امرأته رجلاً آخر، فقتله، فقال: إن لم يأت بأربعة فليعط برمته، رواه سعيد،
ورجاله ثقات.

(9/158)

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 273
قال في «الفروع»: ويتوجه عدمه في معروف بالفساد، وظاهره: أن الولي إذا
اعترف بذلك، فلا قصاص ولا دية، لقول عمر، رواه سعيد، وهو منقطع. روي عن
الزبير نحوه، ولأن الخصم اعترف بما يبيح قتله، فسقط حقه، كما لو أقر بقتله
قصاصاً (أو تجارح اثنان، وادعى كل واحد أنه جرحه دفاعاً عن نفسه) وأنكره
الآخر (وجب القصاص) لأن سبب القصاص قد وجد، وهو الجرح، والأصل عدم
ما يدعيه الآخر (والقول قول المنكر) وفي «المذهب» و«الكافي»: تجب الدية،
ونقل أبو الصقرو حنبل في قوم اجتمعوا في دار، فجرح وقتل بعضهم بعضاً، وجهل
الحال: أن على عاقلة المجروحين دية القتلى، يسقط منها أرش الجراح، قضى
به علي رضي الله عنه، رواه أحمد.

وهل على من ليس به جرح من دية القتلى شيء؟ فيه وجهان، قالها ابن حامد.
فرع: ادعى زنى محصن بشاهدين، نقلها ابن منصور، ونقل أبو طالب: بأربعة،
قيل، وإلا ففيه باطن وجهان. وقيل: وظاهره، لكن كلاماً محمداً وغيره: لا فرق بين
كونه محصناً أو لا، روي عن عمرو علي، وصرح به الشيخ تقي الدين، لأنه ليس
بحد، وإنما هو عقوبة على فعله، وإلا لا عبرت شروط الحد، وقال الشافعي: له
قتله فيما بينه وبين الله تعالى، إذا كان الزاني محصناً، وللمالكية قولان في
اعتبار إحصانه.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 273

(9/159)

باب استيفاء القصاص

هو فعل مجني عليه، أو وليه بجان مثل ما فعل، أو شبهه (ويشترط له ثلاثة
شروط: أحدها: أن يكون من يستحقه مكلفاً) لأن غير المكلف ليس أهلاً
للاستيفاء لعدم تكليفه بدليل أنه لا يصح إقراره ولا تصرفه، لأن غير المكلف،
إما صبي، أو مجنون، وكلاهما لا يؤمن منه الحيف على الجاني، ولا يقوم عليه
مقامه، لأن القصاص شرع للتشفي، فلم يقم غيره مقامه (فإن كان صبياً، أو
مجنوناً، لم يجز استيفاؤه) لما ذكرنا، والقود ليس لأبيه ولا لغيره استيفاؤه،
وعنه: بلى، حكاه أبو الخطاب، وقالها الأكثر، لأن القصاص أحد بدلي النفس،
فكان للأب استيفاؤه كالدية، وكذلك الحكم في الوصي والحاكم في الطرف
دون النفس، والأول هو ظاهر المذهب، لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجه، فلم
يملك استيفاء القصاص كالوصي، ولأن القصد التشفي وترك الغيظ، ولا يحصل

ذلك باستيفاء الأب، بخلاف الدية، فإن الغرض يحصل باستيفائه، ولأن الدية إنما يحصل استيفاؤها، إذا تعينت، والقصاص لا يتعين، فعلى هذا (بحسب القاتل حتى يبلغ الصبي، ويعقل المجنون) ويقدم الغائب، لأنه فيه حظا للقاتل بتأخير قتله، وحظا للمستحق بإيصاله إلى حقه، ولأنه يستحق إتلاف نفسه ومنفعته، فإذا تعذر استيفاء النفس لعارض، بقي إتلاف المنفعة سالما عن المعارض، وقد حبس معاوية هذبة بن حشرم في قود حتى يبلغ ابن القتييل، فلم ينكر ذلك، وبذلال حسنو الحسينوسعيد بن العاصلابن القتييل سبع ديات، فلم يقبلها، لا يقال: يجب أن يخلي سبيله كالمعسر، لما في تخليته من تضييع الحق، لأنه لا يؤمن هربه، والفرق بينهما من وجوه: أحدها: أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسار، فلا يحبس بما لا يجب، والقصاص واجب، وإنما تعذر لمانع. الثاني: أن المعسر لو حبس تعذر عليه الكسب لقضاء الدين.

(9/160)

الثالث: أنه قد استحق قتله، وفيه تفويت نفسه ونفعه، فإذا تعذر تفويت النفس لمانع، جاز تفويت نفعه لإمكانه، ولو كان القود لحي في طرفه، لم يتعرض لمن هو عليه، فإن أقام كفيلاً بنفسه ليخلي سبيله، لم يجز لأن الكفالة لا تصح في القصاص كالحدد (إلا أن يكون لهما أب، فهل له استيفاؤه لهما؟ على روايتين) الأصح أنه ليس له ذلك، لأن مقصود شرعية القصاص مفقود في الأب، وكوصي وحاكم. والثانية: بلى، لأن له ولاية كاملة بدليل أنه يملك أن يبيع من نفسه لنفسه بخلاف غيره (فإن كانا محتاجين إلى النفقة، فهل لوليها العفو على الدية؟ يحتمل وجهين) - وحكاهما في «الفروع» روايتان - أحدهما: يجوز، صححها القاضي المؤلف، وقدمه في «الرعاية». رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 278

(9/161)

والثاني: المنع، لأنه لا يملك إسقاط قصاصه، ونفقته في بيت المال، كما لو كانا موسرين، والأول أصح، لأن وجوب نفقته في بيت المال لا يغنيه، إذا لم يحصل، ولا يجوز عفوهم مجاناً، ولولي الفقير المجنون العفو على مال، لأنه ليس له حالة معتادة ينتظر فيها إفاقته ورجوع عقله بخلاف الصبي، وهذا هو المنصوص، وجزم به في «الوجيز» وعنه: لأب، و عنده: ووصي وحاكم استيفاؤه لهما في نفس أو دونها، فيعفو إلى الدية، مص عليه (وإن قتل قاتل أبيهما، أو قطعاً قاطعها قهراً، احتمل أن يسقط حقهما) هذا وجه، قدمه في «الفروع» و جزم به في «الوجيز» لأنه أتلغ غير حقه، فسقط الحق، أشبه ما لو كانت لهما وديعة عند شخص، فأخذاها منه قهراً، كما لو اقتصا ممن لا تحمل العاقلة ديته (واحتمل أن تجب لهما دية أبيهما في مال الجاني، وتجب دية الجاني على عاقلتهما) جزم به في «الترغيب» و«عيون المسائل» لأنه ليس من أهل الاستيفاء، فلا يكون مستوفياً لحقه، فتجب لهما دية أبيهما في مال الجاني، لأن عمد الصبي والمجنون خطأ، وعلى عاقلتهما دية القاتل كما لو أتلغ أجنبياً

بخلاف الوديعة، فإنها لو تلفت بغير تعد، برىء منها المودع، ولو هلك الجاني من غير فعل، لم يبرأ من الجناية، فلو مات قبل تكليفه، فحقه من القود إرث، وقيل: يسقط إلى الدية، كما لو مات المستحق الغائب، وجهل عفوه، قاله في «الرعاية» (وإن اقتضا ممن لا تحمل ديته العاقلة) كالعبد (سقط حقهما وجهها واحدا) لأنه لا يمكن إيجاب ديته على العاقلة، فلم يكن إلا سقوطه.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 278
فصل

(9/162)

(الثاني: اتفاق جميع الأولياء على استيفائه) لأن الاستيفاء حق مشترك، لا يمكن تنقيصه، فلم يجز لأحد التصرف فيه بغير إذن شريكه، لأنه لا ولاية عليه، أشبه الدين (وليس لبعضهم استيفاؤه دون بعض) لأن اتفاق الكل شرط، ولم يوجد (فإن فعل) من منعه منه غير زوج (فلا قصاص عليه) لأنه قتل نفسا يستحق بعضها، فلم يجب قتله بها، لأن النفس لا تؤخذ ببعض نفس، ولأنه مشارك في استحقاق القتل، فلم يجب عليه قود كما لو كان مشاركا في ملك الجارية ووطئها، ويفارق إذا قتل الجماعة واحدا، فإننا لم نوجب القصاص بقتل بعض النفس، وإنما يجعل كل واحد، منهم قاتلا لجميعها، ولو سلم، فمن شرطه المشاركة (وعليه لشركائه حقه من الدية) أي: للذي لم يقتل قسطه من الدية، لأنه حقه من القود، سقط بغير اختياره، أشبه ما لو مات القاتل، أو عفا بعض الأولياء، وهل يجب ذلك على قاتل الجاني، أو في تركة الجاني؟ فيه وجهان، وأشار إليهما بقوله (ويسقط عن الجاني في أحد الوجهين) لأن المقتص قد وجب عليه، فيجب على قاتل الجاني، لأنه أتلف محل حقه، فكان له الرجوع عليه بعوض نصيبه، كما لو كانت له وديعة، فأتلفها (وفي الآخر: لهم ذلك) أي: حقه من الدية (في تركة الجاني، ويرجع ورثة الجاني على قاتله) قدمه في «المحرر» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» أي: يجب في تركة الجاني كما لو أتلفه أجنبي، أو عفا شريكه عن القصاص، أي: وبأخذ وارثه من المقتص الزائد عن حقه، لأنه أتلف ذلك بغير حق، وقولنا: أتلف محل حقه، يبطل بما إذا أتلف مستأجره أو غريمه، ويفارق الوديعة، فإنها مملوكة لهما، فوجب عوض ملكه، والجاني ليس بمملوك المجني عليه، إنما عليه حق، وهذا أقيس، وقال الحلواني: والأول أولى، فلو قتلت امرأة رجلا له ابنان، فقتلها أحدهما، فلآخر نصف دية أبيه في تركة المرأة التي قتلتها، ويرجع ورثتها على قاتلها بنصف ديتها، وعلى الأول: يرجع الابن الذي لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة، لأنه لم يفوت على أخيه إلا نصف دية

(9/163)

المرأة، ولا يمكن أن يرجع على ورثة المرأة بشيء، لأن أخاه الذي قتلها، أتلف جميع الحق، قال في «الشرح»: وهذا يدل على ضعف هذا الوجه، وفي «الواضح»: احتمال، يسقط حقه على رواية وجوب القود عينا، وقال ابن حمدان: إن قلنا: يجب القود عينا، غرم الدية قاتل الجاني، وإن قلنا: يجب أحد

أمرين، أخذت من تركة الجاني (وإن عفا بعضهم، سقط القصاص) لأن القتل عبارة عن زهوق الروح بالة سالحة له، وذلك لا يتبعص (وإن كان العافي زوجا أو زوجة) إشارة منه إلى أنهما من مستحقي الدم كبقية ذوي الفروض، وهو قول أكثرهم، وقال الحسن وقتادة: ليس للنساء عفو، وعنا أحمد: هو موروث للعصبات خاصة، ذكرها ابن البناء واختاره الشيخ تقي الدين، لأنه ثبت لدفع العار، فاختص به العصابة كولاية النكاح، وفيه وجه: أنه يختص بذوي الأنساب فقط، وقال قوم: لا يسقط بعفو بعض الشركاء، لأن حق غير العافي، لم يرض بإسقاطه، والأول هو المشهور، لما روى أحمد، وأبو داود، والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده أن النبي: «قضى أن يعقل عن المرأة عصبتها من كانوا، ولا يرثوا منها إلا ما فضل عن ورثتها، وإن قتلت فعقلها بين ورثتها، وهم يقتلون قاتلها».

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 281
ولحديث عائشة وقول عمر، رواه سعيد وأبو داود.

(9/164)

وعموم قوله عليه السلام: «فأهله بين خيرتين» وهو عام في جميع أهله، والمرأة منهم، وكسائر حقوقه، وإذا سقط بعضه، سقط كله، لأنه لا يتبعص كالطلاق والعتاق، والمرأة مستحقة، فسقط بإسقاطها كالرجل، وزوال الزوجية لا يمنع استحقاق القود، كما لم يمنع استحقاق الدية، وكذا لو شهد أحدهم - ولو مع فسقه - بعفو بعضهم (وللباقين حقهم من الدية، على الجاني) سواء عفا مطلقا، أو إلى الدية، لا نعلم فيه خلافا، لأن حقه من القصاص سقط بغير رضاه، فثبت له البديل كما لو ورث القاتل بعض دمه، أو مات، وفي «التبصرة»: «إن عفا أحدهم فللبقية الدية، وهل يلزمهم حقهم من الدية؟ فيه روايتان (فإن قتله الباؤون عالمين بالعفو وسقوط القصاص به، فعليهم القود) لأنه قتل عمد عدوانا، أشبه ما لو قتلوه ابتداء، سواء حكم به حاكم، أو لا (وإلا فلا قود عليهم) أي: إذا قتله غير عالم بالعفو، أو غير عالم بأن العفو مسقط للقود، لم يجب قود، لأن ذلك شبهة، قد درأت القود، كالوكيل إذا قتله بعد العفو وقبل العلم، ولا فرق بين أن يكون الحاكم قد حكم بالعفو أو لا، لأن الشبهة موجودة مع انتفاء العلم، معدومة عند وجوده (وعليهم دية) في كل موضع لا قود فيه، لأن القتل قد تعذر، والدية بدله، وهي متعينة عند تعذره، أما العفو عن القصاص، فإنه يسقط عنه منها ما قابل حقه على القاتل قصاصا، ويجب عليه الباقي، فإن كان الولي عفا إلى غير مال، فالواجب لورثة القاتل، ولا شيء عليهم، وإن كان عفا إلى الدية، فالواجب لورثة القاتل، وعليهم نصيب العافي من الدية، وقيل: حق العافي من الدية على القاتل، وفيه نظر، لأن الحق لم يبق متعلقا بعينه، وإنما الدية واجبة في ذمته كما لو قتل غريمه (وسواء كان الجميع حاضرين، أو بعضهم غائبا) لاستوائهما معنى، فكذا يجب أن يكون حكما، فإن كان القاتل هو العافي، فعليه القود في قول الجمهور، ولو ادعى نسيانه، أو جوازه (فإن كان بعضهم صغيرا، أو مجنونا) أو غائبا (فليس للبالغ العاقل

(9/165)

الاستيفاء حتى يصيرا مكلفين) ويقدم الغائب (في المشهور) وهو الأصح، نصره في «المغني» و«الشرح» لأنه حق مشترك بينهما، أشبه ما لو كانا بالغين عاقلين، وكدية، وكعبد مشترك، بخلاف محاربة لتحتمه، وحد قذف لوجوبه لكل واحد كاملا (وعنه: له ذلك) و قالها الأوزاعي والليث، لأن الحسن بن علي قتل ابن ملجم قصاصا، وفي الورثة صغار، فلم ينكر ذلك أحد، فإن ماتا أو أحدهما، فوارثهما كهما، وعند ابن أبي موسى القتيبي والدي، والأول المذهب لأنه قصاص غير متحتم، فلم يجز لأحدهما استيفاؤه استقلالاً، كما لو كان لحاضر وغائب، قال الأصحاب: وإنما قتل الحسن ابن ملجم حدا لكفره، لأن من اعتقد إباحة ما حرم الله كافر، وقيل: لسعيه في الأرض بالفساد، ولذلك لم ينتظر الحسن غائبا من الورثة، فيكون كقاطع الطريق، وقتله متحتم، وهو إلى الإمام، والحسن هو الإمام، ولأن استيفاء الإمام بحكم الولاية، لا بحكم الأدب (وكل من ورث المال، ورث القصاص على قدر ميراثه من المال حتى الزوجين وذوي الأرحام) لأنه حق يستحقه الوارث من جهة مورثه، أشبه المال، وعنه: يختص العصبية، وهل يستحقه ابتداء أم ينتقل عن مورثه؟ فيه روايتان.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 281

فائدة: الأحسن أن يكون «الزوجان» مرفوعا بالألف عطفا على «كل من ورث» ووجد بخط المؤلف مجرورا، وتكون «حتى» حرف جر بمعنى انتهاء الغاية، أي: وكل من ورث المال ورث القصاص ينتهي ذلك إلى الزوجين وذوي الأرحام.

(9/166)

(ومن لا وارث له، وليه الإمام) لأنه ولي من لا ولي له (إن شاء اقتص) وفي «الانتصار» و«عيون المسائل»: منع وتسليم، لأن بنا حاجة إلى عصمة الدماء، فلو لم يقتل لقتل كل من لا وارث له، قالوا: ولا رواية فيه، وفي «الواضح» وغيره: وجهان كوالد (وإن شاء عفا) لأنه يفعل ما يرى فيه المصلحة للمسلمين من القصاص أو العفو على مال، وهو الدية، لا أقل ولا مجانا، ذكره في «المحرر» و«الوجيز»، فلو عفا إلى غير مال، لم يملكه، وإن كان هو ظاهر المتن، لأن ذلك للمسلمين، ولا حظ لهم فيه، ذكره في «المغني» و«الشرح» وقيل: له أن يعفو مجانا لقصة عثمان، وهو ظاهر هنا، لكن الأول أولى.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 281

فصل

(9/167)

(الثالث: أن يؤمن في الاستيفاء التعدي إلى غير القاتل) لقوله تعالى: { فلا يسرف في القتل، إنه كان منصورا } (الإسراء: 33) والقتل المفضي إلى التعدي فيه إسراف، وفي «المحرر» و«الوجيز» و«الفروع»: الجاني، وهو

أحسن (فلو وجب القصاص على حامل، أو حملت بعد وجوبه، لم تقتل) وحبست، فإذا ولدت، جلدت، وأقيد منها في الطرف (حتى تضع الولد وتسقيه اللبن) بغير خلاف نعلمه، لماروبان ماجة بإسناده عن عبد الرحمن بن غنم، قال: ثنا معاذ بن جبل، وأبو عبيدة بن الجراح، وعبادة بن الصامت، وشداد ابن أوس، قالوا: إن رسول الله قال: «إذا قتلت المرأة عمدا، فلا تقتل حتى تضع ما في بطنها، إن كانت حاملا، وحتى تكفل ولدها، وإن زنت، لم ترجم حتى تضع ما في بطنها، وحتى تكفل ولدها» ولأنه يخاف على ولدها، وقتله حرام، والولد يتضرر بترك اللبن ضررا كثيرا، وقال في «الكافي»: لا يعيش إلا به (ثم إن وجدت من ترضعه) قتلت، لأن تأخير قتلها، إنما كان للخوف على ولدها، وقد زال ذلك، وفي «الترغيب»: يلزم برضاعه بأجرة (وإلا أي: إذا لم يوجد من يرضعه) تركت حتى تفظمه) لحولين للخبر، والمعنى إلا أن يكون فيما دون النفس، والغالب عدم ضرر الاستيفاء منها، ولأن القتل إذا أخرج من أجل سقط الحمل، فلأن يؤخر من أجل حفظ الولد بطريق الأولى، وظاهره: أنه إذا أمكن سقيه لبن شاة، فإنها تترك، وصرح في «المغني» و«الشرح» بأنها تقتل، لأن له ما يقوم به، وظاهره: أنها لا تؤخر لمرض وحر وبرد، وقيل: بلى، كمن خيف تلفها لحديث علي، رواه مسلم (ولا يقتص منها في الطرف حال حملها) لأن القصاص في الطرف لا يؤمن معه التعدي إلى تلف الولد، أشبه الاقتصاص في النفس، بل يقاد منها فيه بمجرد الوضع، صرح به في «الفروع» وغيره: وفي المغني وسقى اللبن وهو ظاهر وفي المستوعب وغيره ويفرغ نفاسها، وفي «البلغة»: هي فيه كمرريض (وحكم الحد في ذلك حكم القصاص) لأنه في معناه، وللخبر السابق، واستحب القاضي تأخير الرجم مع وجود مرضعة لترضعه بنفسها،

(9/168)

وقيل: يجب، نقل الجماعة: تترك حتى تفظمه، ولا تحبس لحد، قاله في «الترغيب» و«الرعاية» بل القود ولو مع غيبة ولي مقتول، لا في مال غائب (فإن ادعت الحمل، احتتمل أن يقبل منها، فتحبس حتى يتبين أمرها) جزم به في «الوجيز» وقدمه في «المحرر» و«الفروع» لأن للحمل أمارات خفية تعلمها من نفسها دون غيرها فوجب أن يحتاط له كالحيض، وعليه في «الترغيب»: لا قود من منكوحة مخالطة لزوجها، وهو ممنوع من وطئها لأجل الظهار، ففيه احتمالان (واحتتمل أن لا يقبل إلا بيينة) ولو امرأة، ذكر في «الفروع» ومن المحرر و«الشرح»: أنها تري أهل الخبرة، فإن شهدن بحملها، أخرجت، وإن شهدن ببراءتها، لم تؤخر، لأن الحق حال عليها، فلا تؤخر بمجرد دعواها، فإن أشكل على القوائل، أو لم يوجد من يعرف ذلك، أخرجت حتى يتبين أمرها، لأنه إذا أسقطنا القصاص من خوف الزيادة، فتأخيره أولى (وإن اقتص من حامل) حرم، وأخطأ السلطان الذي مكنته من الاستيفاء، وعليهما الإثم إن كانا عالمين، أو كان منهما تفريط، وإلا فالإثم على العالم والمفرط (ووجب ضمان جنينها على قاتلها) لأنه المباشر، فلو انفصل ميتا أو حيا لوقت لا يعيش في مثله، ففيه غرة، وإن انفصل حيا لوقت يعيش مثله فيه، ثم مات من الجنابة، ففيه الدية، وينظر: فإن كان الإمام والوالي عالمين بالحمل وتحريم الاستيفاء، أو جاهلين بالأمرين، أو بأحدهما، أو كان الوالي عالما بذلك دون الممكن له من الاستيفاء، فالضمان عليه وحده، لأنه مباشر، والحاكم الذي

مكنه صاحب سبب، وإن علم الحاكم دون الوالي، فالضمان على الحاكم وحده، كالسيد إذا أمر عبده الأعجمي الذي لا يعرف تحريم القتل به، وإن كانا عالمين ضمن الحاكم فقط، وإن كانا جاهلين، فقول: الضمان على الحاكم، وقيل: على الوالي، ذكره في «المغني» و«الشرح» وقيل: يضمنه السلطان إلا أن يعلم المقتص وحده بالحمل، فيضمن (وقال أبو الخطاب: يجب على السلطان الذي مكنه من ذلك) لأنه مكنه من الإتلاف، فاخص الضمان به، كما لو أمر

(9/169)

عبده الجاهل بتحريم القتل به، فعلى هذا: هل الغرة في بيت المال، أو ماله؟ فيه روايتان.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 285

فرع: قال في «الرعاية»: فإن قتلها، فتلغ جنينها، ضمن السلطان الممكن منها بغرة، وعنه: في بيت المال، فإن رمته حيا، فمات بذلك، وجبت دينه أو قيمته إن كان قيما من بيت المال، وعنه من عاقلته، وقيل يضمنه قاتلها، وقيل إن علم وحده بالحمل.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 285

فصل

(ولا يستوفى القصاص إلا بحضرة السلطان) أو نائبه، لأنه يفتقر إلى اجتهاده، ولا يؤمن فيه الحيف مع قصد التشفي، فلو خالف وقع الموقع، لأنه استوفى حقه، وفي «المغني» و«الشرح»: يعزره لافتتاته على السلطان، وفي «عيون المسائل»: لا يعزره، لأنه حق له كالمال، ويحتمل جوازه بغير حضرته، إذا كان القصاص في النفس، لأنه - عليه السلام - أنه رجل يقود آخر، فقال: إن هذا قتل أخي، فاعترف بقتله، فقال النبي: «أذهب فاقتله» رواه مسلم.

ولأن اشتراط حضوره لا يثبت إلا بدليل، ولم يوجد، ويستحب حضور شاهدين لئلا ينكر المقتص الاستيفاء (وعليه تفقد الآلة التي يستوفي بها القصاص) لأن منها ما لا يجوز الاستيفاء به (فإن كانت كالة) أو مسمومة (منعه الاستيفاء بها) لقوله: «إذا قتلتم فأحسنوا القتلة» رواه مسلم من حديث شداد.

لئلا يعذب المقتول، ولأن المسمومة تفسد البدن، وربما منعت غسله، وإن عجل، فاستوفى بذلك، عزز لفعله ما لا يجوز (وينظر في الولي، فإن كان يحسن الاستيفاء، وقدر عليه) بالقوة والمعرفة (أمكنه منه) لقوله تعالى: {ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا} (الإسراء: 33) وللخبر.

(9/170)

وكسائر حقوقه، ولأن المقصود التشفي، وتمكينه منه أبلغ في ذلك، فإن ادعى المعرفة بالاستيفاء، فإمكنه السلطان منه بضرب عنقه، فأبانه، فقد استوفى حقه، وإن أصاب غيره، وأقر بتعمد ذلك، عزز، فإن قال: أخطأت وكانت الضربة في موضع قريب من العنق، قبل قوله مع يمينه، ثم إن أراد العود، فقول: لا يمكن لأنه ظهر منه أنه لا يحسن، وقيل: بلى، واختارها القاضي لأن الظاهر أنه يحترز عن مثل ذلك ثانيا (وإلا أمره بالتوكيل) لأنه عاجز عن استيفائه، فيوكل فيه

من يحسنه، لأنه قائم مقامه (فإن احتاج إلى أجره، فمن مال الجاني) كالحد،
ولأنه أجره لإيفاء ما عليه من الحق، فكانت لازمة له كأجرة الكيال، وقال أبو بكر:
تكون من الفيء، فإن لم تكن، فمن الجاني، وذكر المؤلف في الكافي أن بدل
العوض من بيت المال فإن لم تكن فمن الجاني والذي ذكره أبو
بكر والقاضي «خلافهما»: أن الأجرة على الجاني، قال في «الشرح»: «وذهب
بعض أصحابنا أنه يرزق من بيت المال رجل يستوفي الحدود والقصاص، لأن
هذا من المصالح العامة، فإن لم يحصل فعلى الجاني، لأن الحق عليه، فيلزمه
أجرة الاستيفاء كأجرة الوزان، ويتوجه له قال: أنا أفتص من نفسي، ولا أؤدي
أجرة، هل يقبل منه أم لا؟ وقيل: على المقتص، لأنه وكيله، فكانت الأجرة على
موكله كسائر المواضع، والذي على الجاني التمكين دون الفعل، ولو كان عليه
أجرة الوكيل للزمه أجره الولي، إذا استوفى بنفسه (والولي مخير بين الاستيفاء
بنفسه إن كان يحسن، وبين التوكيل) هذا المذهب، لأن التوكيل حق له، فكان
الخيرة فيه كسائر حقوقه (وقيل: ليس له أن يستوفي في الطرف بنفسه
بحال) قدمه في «الكافي» لأنه لا يؤمن أن يجني عليه بما لا يمكن تلافيه، وقيل:
يمنع منه فيهما كجهله، واختارها بن عقيل، والأول أولى، قال القاضي: ظاهر
كلام أحمد: أنه يمكن منه، لأنه أحد نوعي القصاص، فيمكن منه كالقصاص في
النفس (وإن تشاح أولياء المقتول في الاستيفاء، قدم أحدهم) لأنه لا يجوز
اجتماعهم على القتل

(9/171)

لما فيه من تعذيب الجاني وتعدد أفعالهم، ولا مزية لأحدهم، فوجب
التقديم (بالقرعة) كما لو تشاحوا في تزويج موليتهم، فمن خرجت له القرعة،
استأذن شركاءه في الاستيفاء، ولا يجوز بغير إذنه، لأن الحق لهم، فإن لم
يتفقوا على توكيل أحد، لم يستوفى حتى يوكلوا، وقال ابن أبي موسى: إذا
تشاحوا، أمر الإمام من شاء باستيفائه.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 288
تنبيه: إذا اقتص جان من نفسه برضى ولي، جاز، قدمه
في «المحرر» و«الرعاية» وجزم به
في «الوجيز» وفي «المغني» و«الشرح» خلافه، وأطلقها في «الفروع» وصح
في «الترغيب»: لا يقع قودا، وفي «البلغة»: يقع، قال في «الرعاية»: ولو أقام
حد زنى، أو قذف على نفسه بإذن لم يسقط بخلاف قطع سرقة.
وله إن يختن نفسه إن قوي عليه، وأحسنه، نص عليه، لأنه يسير، لا قطع في
سرقة لفوات الردع، وقال القاضي: على أنه لا يمتنع القطع بنفسه، وإن منعناه،
فلأنه ربما اضطربت يده، فجنى على نفسه، ولم يعتبر على جوازه إذنا، قال
في «الفروع»: «ويتوجه اعتباره، وهل يقع الموقع؟ يتوجه على الوجهين في
القود، ويتوجه احتمال في حد زنى، وقذف، وشرب كحد سرقة، وبينهما فرق
لحصول المقصود في القطع في السرقة، وهو قطع العضو الواجب قطعه
وعدم حصول الردع والزجر بجلده نفسه.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 288
فصل

(ولا يستوفى القصاص بالنفس إلا بالسيف) في العنق، وإن كان القتل
 بغيره (في إحدى الروايتين) قدمها في «المحرر» و«الفروع» وجزم بها
 في «الوجيز» واختاره الأصحاب، لما ورى بالنعمان بن بشير: أن النبي قال: «لا قود
 إلا بسيف» رواه ابن ماجه، والدارقطني، والبيهقي من غير طريق. وقال أحمد:
 ليس إسناده بجيد، ولأن القصاص أحد بدلي النفس، فدخل الطرف في حكم
 الجهلة كالدية، ونهى عن المثلة، ولأن فيه زيادة تعذيب، كما لو قتل بالسيف،
 قال في «الانتصار» وغيره في قود: وحق الله لا يجوز في النفس إلا بسيف، لأنه
 أوحى لا بسكين، ولا بطرف إلا بها لثلا يحيف، وإن الرجم بحجر، لا يجوز
 بسيف (والأخرى: يفعل به كما فعل) وقتله بسيف، وقاله الأكثر، واختاره
 الشيختقي الدين، لقوله تعالى: { وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به {
 (النحل: 621) ولقوله تعالى: { فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
 عليكم } (البقرة: 591) ولأنه - عليه السلام - رض رأس يهودي، الخبر. ولقوله -
 عليه السلام - «من حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه» رواه البيهقي من
 حديث البراء بن عازب، وفي إسناده مقال.

ولأن القصاص موضوع على المماثلة، ولفظه مشعر به، فيجب أن يستوفي منه
 ما فعل، كما لو ضرب العنق آخر غيره، وعليها إن مات، وإلا ضربت عنقه،
 وفي «الانتصار»: احتمال، أو الدية بغير رضاه (فلو قطع يده، ثم قتله، فعل به
 ذلك) لما عرفت (وإن قتله بحجر، أو غرقه، أو غير ذلك) من أنواع القتل غير ما
 استثنى (فعل به مثل ذلك) لما ذكرناه، واختاره أبو محمد الجوزي، وعنه: يفعل
 به كفعله، وإن كان فعله موجبا، وعنه: أو موجبا لقود طرفه لو انفرد، فعلى
 المذهب: لو فعل، لم يضمن، وأنه لو قطع طرفه، ثم قتله قبل البرء، ففي
 دخول قود طرفه في قود نفسه لدخوله في الدية روايتان، قال في «الترغيب»:
 فائدته لو عفى عن النفس، سقط القود في الطرف، لأن قطع السراية
 كاندماله، ومتى فعل به الولي كما فعل، لم يضمنه بشيء، وإن حرمانه، وإن
 زاد، أو تعدى بقطع طرفه، فلا قود، ويضمنه بديته، عفا عنه، أو لا، وقيل: إن لم
 يسر القطع (وإن قطع يده من مفصل، أو غيره، أو أوضحه، فمات، فعل به
 كفعله) للكتاب والسنة واعتبار المماثلة (فإن مات وإلا ضربت عنقه) لأن ذلك
 مستحق لكونه ترتب على فعله القتل، فإذا لم يحصل بمثل ما فعل، تعين ضرب
 العنق لكونه وسيلة إلى استيفاء القتل المستحق عليه (وقال القاضى بقتل) لأن
 القصاص أحد بدلي النفس، فدخل القطع وغيره في القتل كالدية (ولا يزداد على
 ذلك رواية واحدة) أي: لا يقتض منه في الطرف رواية واحدة لإفضائه إلى
 الزيادة، قال المؤلف والصحيح تخريجه على الروايتين، وليس هذا بزيادة، لأن
 فوات النفس بسراية فعله، وهو كفعله، أشبه ما لو قطعه، ثم قتله (وإن قتله
 بمحرم في نفسه كتجريع الخمر و اللواط ونحوه) كالسحر، لم يقتله بمثله
 وفاقا (قتل بالسيف رواية واحدة) لأن هذا محرم لعينه، فوجب العدول عنه إلى

القتل بالسيف، لأن قتله بمثل فعله غير ممكن، وإن حرقه، فقال بعض أصحابنا: لا يحرق للنهي عنه، وقال القاضي: الصحيح أن فيه روايتين كالتغريق.

(9/174)

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 291
والثانية يحرق، وقالهمسروق وقتادة، وحملوا النهي على غير القصاص (ولا تجوز الزيادة على ما أتى به رواية واحدة) لأن الزيادة على فعله تعد عليه، فلم يجز كما لو لم يكن قاتلاً (ولا قطع شيء من أطرافه) لأن ذلك زيادة على ما أتى به (فإن فعل فلا قصاص فيه) لأن القصاص عقوبة تدرأ بالشبهة، وهي هنا متحققة، لأنه مستحق لإتلاف الطرف ضمناً، لاستحقاقه إتلاف الجملة (وتجب فيه) أي: في الزائد (ديته) لأن ذلك حصل بالتعدي أشبه ما لو لم يكن المقطوع مكافئاً (سواء عفا عنه، أو قتله) لأن استحقاق إتلاف الطرف موجود في حالتي العفو والقتل.

لواحق: إذا كان الجاني قطع يده، فقطع المستوفي رجله، فقيل: كقطع يده لاستوائهما، وقيل دية رجله، لأن الجاني لم يقطعها، وإن استحق قطع أصبع، فقطع اثنتين، فحكمه كحكم القطع ابتداءً، وإن ظن ولي دم أنه اقتص في النفس، فلم يكن، وداواه أهله حتى برىء، فإن شاء الولي، دفع إليه دية فعله، وقتله وإلا تركه، هذا رأي عمر، وعلي، وبعلى بن أمية، ذكره أحمد، وإذا اقتص بألة كالة أو مسمومة، فسرى، فقال القاضي عليه نصف الدية، لأنه تلو بفعل جائز ومحرم، كما لو جرحه في رده وإسلامه، فمات منهما، ويحتمل: يلزمه ضمان السراية كلها، لأن هذا الفعل كله محرم.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 291

فصل

(9/175)

(وإن قتل) أو قطع (واحد جماعة) في وقت أو أكثر، لم تتداخل حقوقهم، لأنها حقوق مقصودة لأدائين، فلم تتداخل كالديون، لكن إن رضي الكل بقتله، جاز، وقد أشار إليه بقوله: (فرضوا بقتله، قتل لهم) لأن الحق لهم كما لو قتل عبد عبداً خطأ، فرضوا بأخذه، لأنهم رضوا ببعض حقهم كما لو رضي صاحب اليد الصحيحة بالشلاء (ولا شيء لهم سواء) أي: سوى القتل، لأنهم رضوا بقتله، فلم يكن لهم سواء، وإن طلب أحدهم القصاص، والباقون الدية، فلهم ذلك (وإن تشاحوا فيمن يقتله منهم على الكمال، أقيد للأول) وذكره في «الفروع» قولاً، لأن حقه أسبق، ولأن المحل صار مستحقاً له بالقتل، فعلى هذا: إذا كان الولي غائباً أو صغيراً، انتظر، لأن الحق له، وقيل: يقاد لمن بعده، وقال ابن حمدان: مع السابق يقاد بالسابق، ومع المعية هل يقاد بواحد بقرعة، أو بالكل، أو يرجع كل واحد ببقية حقه؟ فيه وجه، وقدم في «المحرر»: أنه يقدم أحدهم بالقرعة، وحكماهما في «الفروع» من غير ترجيح (وللباقين دية قتلهم) لأن القتل إذا فات، تعينت الدية كما لو بادر بعضهم، فاقصص بجنايته، وفي «الانتصار»: إذا طلبوا

القوم، فقد رضي كل واحد بجزء منه، وإنه قولاً أحمد، قال: ويتوجه أن يجبر له باقي حقه بالدية، ويتخرج: يقتل بهم فقط على رواية يجب بقتل العمدة القوم.

(9/176)

فرع: إذا بادر أحدهم، فاقتص بجنايته، فلمن بقي الدية على جان، وفي «كتاب الأمدي»: ويرجع ورثته على المقتص، وقدم في «التبصرة» وابن رزبنعلى قاتله، وكما لو قتل مرتداً كان مستوفياً لقتل الردة، وإن أساء في الافتئات على الإمام (فإن رضي الأول بالدية، أعطيتها) لأنه رضي بدون حقه (وقتل للثاني) لأن الأول إنما قدم عليه لسبقه، وقد سقط حقه أرضاه بالدية (وإن قتل وقطع طرفاً، قطع طرفه) أولاً، لأنه لو بدأ بالقتل لفات القطع، وفيه تفويت لحق المقطوع، فوجب تقديم القطع لما فيه من الجمع بين حقي القطع والقتل (ثم قتل لولي المقتول) لأنه لامعارض له، تقدم القتل أو تأخر، لأنهما جنايتان على رجلين، فلم يتداخلا كقطع يد رجلين، ولأنه أمكن الجمع بين الحقين، فلم يجز إسقاط أحدهما (وإن قطع أيدي جماعة، فحكمه حكم القتل) لأن القطع كالقتل، فعلى هذا: إن رضي الجماعة بقطع يده، قطعت لهم، ولا شيء لهم سواه، وإن تشاحوا فعلى الخلاف، وإن رضي الأول بالدية، أعطيتها، وقطع للباقيين. مسألة: إذا قطع يد رجل، ثم قتل آخر، ثم سرى القطع إلى النفس ومات، وتشاحا، قتل بالذي قتله لسبقه وتأخر السراية، وأما القطع فإن قلنا: إنه يستوفى منه بمثل ما فعل، قطع له أولاً، ثم قتل للذي قتله، ويجب للأول نصف الدية، وإن قلنا: لا يستوفي القطع، وجبت له الدية كاملة، ولم يقطع طرفه، وقيل: يجب القطع بكل حال. وإن قطع يد واحد وأصبع آخر، قدم رب اليد، إن كان أولاً، وللآخر دية أصبعه، ومع أوليته تقطع أصبعه، ثم يقتص رب اليد بلا أرش، وفيه وجه، وهذا بخلاف النفس، فإنها لا تنقص بقطع الطرف بدليل أخذ صحيح الأطراف بمقطوعها. رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 294

(9/177)

باب العفو عن القصاص

أجمعوا على جواز العفو عن القصاص، وهو أفضل، وسنده قوله تعالى: {فمن عفي له من أخيه شيء، فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان} (البقرة: 871) والعفو: المحو والتجاوز، والهاء في «له» و«أخيه» ل«من» وهو القاتل، ويكون القتل أو الولي على هذا أخا للقاتل من حيث الدين والصحة، وإن لم يكن بينهما نسب، ونكر «شيئاً» للإذان بأنه إذا عفا له عن بعض الدم، أو عفا بعض الورثة، سقط القصاص، ووجبت الدية، فيكون العفو على هذا بمعنى الإسقاط.

«ذلك» أي: المذكور من العفو وأخذ الدية تخفيف من ربكم ورحمة، لأن القصاص كان حتماً على اليهود، وحرم عليهم العفو والدية، وكانت الدية حتماً على النصارى، وحرم عليهم القصاص، فخيرت هذه الأمة بين القصاص وأخذ

الدية والعفو تخفيفا ورحمة، وكان النبي لا يرفع إليه أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو، رواه الخمسة إلا الترمذي من حديث أنس. والقياس يقتضيه، لأن القصاص حق له، فجاز تركه كسائر الحقوق. (والواجب بقتل العمد أحد شيئين: القصاص، أو الدية في ظاهر المذهب) هذا قول الجماعة، لقوله تعالى: {فمن عفى له من أخيه شيء، فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان} أوجب الاتباع بمجرد العفو، ولو وجب بالعمد القصاص عينا، لم تجب الدية عند العفو المطلق (والخيرة فيه إلى الولي: إن شاء اقتص، وإن شاء أخذ الدية، وإن شاء عفى إلى غير شيء) وإن شاء قتل البعض إذا كان القاتلون جماعة، ولا يسقط القصاص عن البعض بالعفو عن البعض، فمتى اختار الأولياء الدية من القاتل، أو من بعض القتلة، كان لهم ذلك من غير رضى الجاني، لقول ابن عباس: كان في بني إسرائيل القصاص، ولم تكن فيهم الدية، فأنزل الله تعالى هذه الآية: {كتب عليكم القصاص في القتلى} الآية (البقرة: 871)، رواه البخاري، وعن أبي هريرة مرفوعا: «من قتل له قتيل، فهو بخير النظرين: إما أن يفدي، وإما أن يقتل» متفق عليه.

(9/178)

وعن أبي شريح الخزاعي: سمعت رسول الله يقول: «من أصيب بدم، أو خبل - والخبل: الجراح - فهو بالخيار بين إحدى ثلاث: إما أن يقتص، أو يأخذ العقل، أو يعفو، فإن أراد رابعة، فخذوا على يده» رواه أحمد وأبو داود، وابن ماجه من رواية سفيان بن أبي العوجاء، وفيه ضعف. ولأن له أن يختار أيهما شاء، فكان الواجب أحدهما كالهدى والطعام في جزاء الصيد (والعفو) مجانا (أفضل) لقوله تعالى: {فمن تصدق به، فهو كفارة له} (المائدة: 54) ولقوله تعالى: {فمن عفا وأصلح، فأجره على الله} (الشورى: 40) وكان النبي يأمر به، ثم لا عقوبة على جان، لأنه إنما عليه حق واحد، وقد سقط كعفو عن دية قاتل خطأ، ذكره المؤلف وغيره، قال الشيخ تقي الدين: العدل نوعان: أحدهما: هو الغاية، وهو العدل بين الناس.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 296

والثاني ما يكون الإحسان أفضل منه، وهو عدل الإنسان بينه وبين خصمه من الدم، والمال والعرض، فإن استيفاء حقه عدل، والعفو إحسان، والإحسان هنا أفضل، لكن هذا الإحسان لا يكون إحسانا إلا بعد العدل، وهو ألا يحصل بالعفو ضرر، فإذا حصل منه ضرر، كان ظلما من العافي، إما لنفسه، وإما لغيره، فلا يشرع، ومحلّه: ما لم يكن كمجنون أو صغير، فإنه لا يصح العفو إلى غير المال، لأنه لا يملك إسقاط حقه.

فرع: يصح بلفظ الصدقة والإسقاط كالعفو، لأنه إسقاط للحق بكل لفظ يؤدي معناه.

(فإن اختار القصاص، فله العفو عن الدية) لما فيه من المصلحة له وللجاني، أما أولا فلما في العفو عن القصاص من الفضيلة، وأما ثانيا فلما فيه من سقوط القصاص عنه، وله الصلح على أكثر من الدية في الأصح.

(9/179)

وخرج ابن عقيل في غير الصلح: لا يجب شيء كطلاق من أسلم، وتحتة فوق أربع، قيل له في «الانتصار» لو كان المال بدل النفس في العمد، لم يجز الصلح على أكثر من الدية، فقال: كذا نقول على رواية، يجب أحد شيئين، اختاره بعض المتأخرين (وإن اختار الدية) تعينت (سقط القصاص) لأن من وجب له أحد شيئين، يتعين حقه باختيار أحدهما، قال أحمد: إذا أخذ الدية، فقد عفا عن الدم (ولم يملك طلبه) لأن القصاص إذا سقط لا يعود، فلو قتله بعد أخذ الدية، قتل به (وعنه: أن الواجب القصاص عينا) لقوله تعالى {كتب عليكم القصاص في القتلى} (والمكتوب لا يتخير فيه، ولقوله عليه السلام: «من قتل عمدا، فهو قود، ولأنه بدل متلف، فكان معينا كسائر المتلفات، وجوابه بأن قوله: فهو قود، والمراد به وجوب القود، وهو محل وفاق، والفرق بينه وبين المتلفات متحقق، لأن بدلها يختلف بالقصد وعدمه بخلاف القتل (وله العفو إلى الدية، وإن سخط الجاني) لأن الدية أقل منه، فكان له أن ينتقل إليها لأنها أقل من حقه، وعنه: موجب القود عينا مع التخيير بينه وبين الدية، وعنه: موجب القود عينا، وليس له العفو على الدية بدون رضا الجاني، فيكون قوده بحاله، وله الصلح بأكثر (فإن عفا مطلقا، وقلنا: الواجب أحد شيئين، فله الدية) على الأولى خاصة، لأن الواجب أحدهما، فإذا ترك أحدهما، تعين الآخر، وإن هلك الجاني تعينت في ماله كتعذره في طرفه، وقيل: تسقط بموته، وعنه: ينتقل الحق إذا قتل إلى القاتل الثاني، فيخير أولياء القتل الأول بين قتله والعفو، واختار الشيخ تقي الدين: أنه لا يصح العفو في قتل الغيلة لتعذر الاحتراز كالقتل مكابرة، وذكر القاضي وجهها في قاتل الأئمة: يقتل حدا، لأن فساده عام أعظم من محارب (وإن قلنا: الواجب القصاص عينا، فلا شيء له) لأن الدية غير واجبة، فإذا سقط الدم، لم يبق له شيء، وإن اختار القود، تعين، قال القاضي: وله الرجوع إلى المال، لأن الدية أدنى، ولهذا قلنا: له المطالبة بها، وإن كان

(9/180)

القود واجبا عينا، وقيل: ليس له ذلك، لأنه تركها كما لو عفا عنها (وإن مات القاتل) أو قتل (وجبت الدية في تركته) لأنه تعذر استيفاء القود من غير إسقاط، فوجبت الدية في تركته كقتل غير المكافئ، وقيل: إن قلنا: الواجب أحد شيئين فكذلك، وإن قلنا: الواجب القود فوجهان. رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 296
فرع: إذا جنى عبد على حر بما يوجب قودا، فاشتراه بأرشها المقدر بذهب أو فضة، صح وسقط القود، لأن شراءه بالأرش اختيار للمال، وإن قدر بإبل فلا، لأن صفتها مجهولة.
أصل: يصح عفو السفية والمفلس عن القود، لأنه ليس بمال، فإن عفا إلى مال ثبت، وإن كان إلى غير مال، وقلنا: الواجب أحد شيئين ثبت المال، لأنه واجب، وليس لهما إسقاطه، وإن قلنا: الواجب القود عينا صح عفوهما، لأنه لم يجب إلا القود، وقد أسقطاه، ذكره في «الكافي»
ولو رمى من له قتله قودا، ثم عفا عنه، فأصابه السهم، فهدر، قاله في «الرعاية» (وإذا قطع اصبع عمدا، فعفا عنه، ثم سرت جنايته إلى الكف أو

النفس، وكان العفو على مال، فله تمام الدية)أي: دية ما سرت إليه(وإن عفا على غير مال، فلا شيء له على ظاهر كلامه)نقول: إذا جنى جناية، توجب قودا فيما دون النفس كالاصبع، فعفي عنها، ثم سرت إلى النفس، فلا قود فيها، وقاله الأكثر، لأن القود لا يتبعض، وقد سقط في البعض، فسقط في الكل، وإن كانت لا توجب قودا كالجائفة، وجب القود في النفس، لأنه عفا عن القود فيما لا قود فيه، فلم يؤثر عفو، فإن كان عفو على مال، فله الدية كاملة في الموضوعين، لأن كل موضع تعذر فيه القصاص، تعيينت الدية، وإن عفا على غير مال فلا شيء له، لأن العفو حصل عن الاصبع، فوجب أن يحصل عن الذي سرى إليه(ويحتمل أن له تمام الدية)وصححه بعضهم، لأن المجني عليه إنما عفا عن دية الاصبع، فوجب أن يثبت له تمام الدية ضرورة كونه غير معفو عنه.

(9/181)

فرع: إذا عفا عن دية الجرح، صح عفو، لأن ديته تجب بالجناية، فعلى هذا: تجب دية النفس لادية الجرح، وقالاللقاضي: ظاهر كلامه: أنه لا يجب شيء، لأن القطع غير مضمون، فكذا سرايته، والأول أولى، لأن القطع موجب، وإنما سقط الوجوب بالعفو، فيختص السقوط بمحل العفو(وإن عفا مطلقا، انبنى على الروايتين في موجب العمد)فإن قلنا: الواجب أحد شيئين، فهو كما لو عفا على مال، وإن قلنا: الواجب القصاص عمدا، فهو كما لو عفا على غير مال(وإن قال الجاني: عفوت مطلقا، أو عفوت عنها وعن سرايتها، قال: بل عفوت إلى مال، أو عفوت عنها دون سرايتها، فالقول قوله مع يمينه)لأن الأصل معه، وفي«الرعاية»: إذا قال: لم أعف عن السراية ولا الدية، بل عليها، قبل قوله مع يمينه، ولو دية كفه، وقيل: دون اصبع، وقيل: تهدر كفه بعفو، وإن سرت إلى نفسه(وإن قتل الجاني العافي)قبل البرء(فلوليه القصاص)في النفس، لأن قتله انفرد عن قطعه، أشبه ما لو كان القاطع غيره(أو الدية كاملة)قالهأبو الخطاب، وجزم به في«الوجيز»وقدمه في«المحرر»و«الفروع»لأن القتل منفرد عن القطع، فلم يدخل حكم أحدهما في الآخر، ولأن القتل موجب له، فأوجب الدية كاملة، كما لو لم يتقدمه عفو(وقالاللقاضي: له القصاص، أو تمام الدية)لأن القتل إذا تعقب الجناية قبل الاندمال صار بمنزلة سرايته، ولو سرى لم يجب إلا تمام الدية، فكذا فيما هو بمنزلته، وهذا إن نقص مال العفو عنها، وإلا فلا شيء له سواه، ذكره في«المحرر»(وإذا وكل رجلاً في القصاص)صح، نص عليه.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 296

(9/182)

فلو وكله، ثم غاب وعفا الموكل عن القصاص، واستوفى الوكيل، فإن كان عفو بعد القتل، لم يصح، لأن حقه قد استوفى، وإن كان قبله، وقد علم الوكيل به، فقد قتله ظلما، فعليه القود كما لو قتله ابتداء، وإن كان قبل العلم بعفو الموكل، وهو المراد بقوله(ثم عفا، ولم يعلم الوكيل حتى اقتص، فلا شيء عليه)قالهأبو بكر، وجزم به في«الوجيز»لأنه لا تفريط منه، كما لو عفا بعد ما

رماه (وهل يضمن العافي؟) وهو الموكل (يحتمل وجهين) أحدهما: لا ضمان عليه، جزم به في «الوجيز» وقدمه في «الرعاية» و«الفروع» لأن عفوه لم يصح، لأنه عفا في حال لا يمكنه تلافيه ما وكل فيه كالعفو بعد رمي الحرية إلى الجاني، ولأن العفو إحسان، فلا يقتضي وجوب الضمان. والثاني: بلى، لأنه حصل بأمره على وجه لا ذنب للمباشر فيه، كما لو أمر عبده الأعجمي بقتل معصوم، وقيل: للمستحق تضمين من شاء منهما، والقرار على العافي، وقال جماعة: يخرج في صحة العفو وجهان بناء على الروايتين في الوكيل: هل ينزل بعزل الموكل قبل علمه؟ فعلى الأول: لا ضمان على أحد، لأنه قتل من يجب قتله بأمر يستحقه.

(9/183)

وعلى الثاني: - وهو صحة العفو - لا قصاص فيه، لأن الوكيل قتل من يعتقد إباحة قتله كالحربي، ولكن تجب الدية عليه، وقد نبه على ذلك بقوله (ويتخرج أن يضمن الوكيل) لأنه قتل معصوما (ويرجع به على الموكل في أحد الوجهين، لأنه غره) أشبه المغرور بحرية أمة وتزويج معيبة (والآخر: لا يرجع به) اختارها القاضي، لأنه محسن بالعفو بخلاف الغار بالحرية، وذلك لا يقتضي الرجوع عليه (ويكون الواجب حالاً في ماله) أي: الوكيل، لأنه متعمد للقتل، وإنما سقط القود عنه لمعنى آخر، فهو كقتل الأب (وقال أبو الخطاب: يكون على عاقلته) وهو ظاهر الخرق، واختاره المؤلف، قال الحلواني وهو الأظهر، لأنه ليس بعمد محض، ولهذا لم يجب به قود، فيكون عمد الخطأ، أشبه من رمى صيدا، فبان ادنيا، فعلى قولنا القاضي: إن كان الموكل عفا إلى الدية، فله الدية في تركة الجاني، ولورثة الجاني مطالبة الوكيل بديته، وليس للموكل مطالبة الوكيل بشيء، وإن كان عفوه بعد القتل، لم يصح، وإن علم الوكيل بالعفو، فعليه القود.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 296

(9/184)

فائدة: إذا استحق قتله وقطعه، فعفا عن أحدهما، بقي الآخر، وقال ابن حمدان: إن عفا عن القتل، لم يكن له القطع، وإن عفا عنه، فله القتل في الأصح، ولو تصالحا عن القود بمائتي بغير، وقلنا: يجب القود أو دية، بطل، وإلا فلا (وإن عفا عن قاتله بعد الجرح، صح) لأنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه، فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع، وكعفو وارثه بعد موته، وسواء كان عمدا أو خطأ، أو كان العفو بلفظه، أو الوصية، لأن الحق له، فصح عفوه عنه كماله، وعنه في القود، إن كان الجرح لا قود فيه لو برىء وعنه: لا يصح عن الدية وفي «الترغيب»: وجه يصح بلفظ الوصية، وفيه تخريج في السراية في النفس روايات الصحة وعدمها، وثالثها: يجب النصف بناء على أن صحة العفو ليس بوصية، ويبقى ما قابل السراية لا يصح الإبراء منه، واختار ابن أبي موسى صحته في العمد، وفي الخطأ من ثلاثة، فعلى الأول: إن قال: عفوت عن الجناية وما يحدث منها، فلا قصاص في سرايتها ولا دية، لأنه إسقاط للحق بعد انعقاد سببه،

وعنه: إن مات من سرايتها، لم يصح العفو، لأنها وصية لقاتل، ولا يعتبر خروج ذلك من الثلث، نص عليه، لأن الواجب القود عينا، أو أحد شيئين، فما تعين إسقاط أحدهما، وعنه: يصح ويعتبر من الثلث كبقية ماله (وإن أبرأه من الدية، أو وصى له بها، فهي وصية لقاتل، هل تصح؟ على روايتين: إحداهما: تصح) لأنها بدل عنه (وتعتبر من الثلث) كبقية ماله (ويحتمل) هذا وجه (ألا يصح عفو عن المال، ولا وصيته به لقاتل ولا غيره، إذا قلنا: إنها تحدث على ملك الورثة) لأنه يكون مال غيره، فلم يكن له التصرف فيه كسائر أموال الورثة، وفي «الفروع» وغيره: من صح عفو مجانا، فإن أوجب الجرح مالا عينا فكوصية، وإلا فمن رأس المال، لا من ثلثه على الأصح، لأن الدية لم تعين.

(9/185)

مسألة: إذا صولح عن الجراحة بمال، أو قال في العمد: عفوت عن قودها على ديتها، أو لم يقل: على ديتها، وقلنا: له ديتها، ضمننت سرايتها بقسطها من الدية رواية واحدة، ولو قال عفوت: عن قود هذه الشجة، وهي مما لا قود فيه ككسر العظام، فعفوه باطل، ولوليه مع سرايتها القود أو الدية (وإن أبرأ القاتل من الدية الواجبة على عاقلته، أو الغبد من جنايته التي يتعلق أرشها برقبته، لم يصح) لأنه أبرأه من حق على غيره، لأن الدية الواجبة على العاقلة غير واجبة على القاتل، والجناية المتعلقة أرشها برقبة العبد غير واجبة عليه، بل متعلقة بملك السيد (وإن أبرأ العاقلة والسيد، صح) لأنه أبرأهما من حق عليهما كالدين الواجب عليهما، وفي «الرعاية»: وجه، وفي «الفروع» وغيره: يصح إبراء عاقلة إن وجبت الدية للمقتول، كإبراء سيد لعفوه عنها، ولم يسمى المبرىء.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 296

تنبيه: إذا قال: المجروح لمن عليه قود في نفس، أو طرف، أو جرح: أبرأتك وحللتك من دمي أو قتلي، أو وهبتك ذلك ونحوه معلقا بموته، صح، فلو برىء بقي حقه بخلاف: عفوت عنك، ولو قال لمن عليه قود: عفوت عن جنايتك أو عنك، برىء من قود ودية، نص عليه (وإن وجب لعبد قصاص أو تعزير قذف، فله طلبه والعفو عنه) لأنه مختص به، والقصد منه التشفي (وليس ذلك للسيد) لأنه ليس يحق له (إلا أن يموت العبد) فينتقل إليه، وحينئذ فله طلبه وإسقاطه كالوارث.

فرع: إذا عفامن حجر عليه لسفه أو فلس أو مرض عن قود مجانا، أو عفا الوارث لذلك مع دين مستغرق، ففي بقاء ديته وجهان، ولا يصح عفوهم عن الدية في الأصح، ويصح عفو المريض بعد البرىء في قدرة ثلاثة، والوارث في الزائد عن قدر الدين، وقيل: للمفلس القود والعفو مجانا، نص عليه.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 296

(9/186)

باب ما يوجب القصاص فيما دون النفس

(كل من أقيد بغيره في النفس، أقيد به فيما دونها) لأن من أقيد به في النفس، إنما أقيد به لحصول المساواة المعتبة للقود، فوجب أن يقاد به فيما دونها، فعلى هذا: لو قطع مسلم يد مسلم، قطعت يده، لأنه يقاد له في النفس (ومن لا، فلا) أي من لا يقاد بغيره في النفس، فلا يقاد به فيما دونها، فلو قطع مسلم يد كافر، لم تقطع يده، لأنه لا يقاد به في النفس، وعنه لا قود بين العبيد في الأطراف، لأنها أموال، وعنه في النفس والطرف حتى تستوي القيمة، ذكره في «الإنصار».

والمذهب ما ذكره المؤلف، لأن ما دون النفس كالنفس في وجوب القود، فكان كالنفس فيما نذكره، وهو قول الأكثر (ولا يجب إلا بمثل الموجب في النفس، وهو العمد المحض) لقوله تعالى: {والجروح قصاص} (المائدة: 54) وحديثان في قضية الربيع، فقال النبي: «كتاب الله القصاص» متفق عليه، وأجمعوا على جريان القصاص فيما دون النفس، إذا أمكن، لأن ما دون النفس كالنفس في الحاجة إلى حفظه بالقصاص، فكان كالنفس في وجوبه، وظاهره: أنه لا يجب في الخطأ، وهو كذلك إجماعاً، لا في شبه العمد، وقالها لسامري، وصححه في «المغني» و«الشرح» وعنه: يجب فيه، اختارها ابن أبي موسى أبو بكر لعموم الآية، ولأن العضو يتلف بأيسر ما تتلف به النفس، وجوابه: بأن الآية مخصوصة بالخطأ، فكذا هذا (وهو نوعان: أحدهما: في الأطراف) لما ذكرنا (فتأخذ العين بالعين، والأنف بالأنف، والأذن بالأذن، والسن بالسن) للنص والخبر (والجفن بالجفن) لأنه في معنى المنصوص عليه، فوجب أن يلحق به، ويأخذ جفن كل واحد من البصير والضرب بالآخر.
فائدة: الجفن - بفتح الجيم - وحكى ابن سيدة كسرهما.

(9/187)

(والشفة بالشفة) وهو ما جاوز الذقن والخدين علواً وسفلاً (واليد باليد، والرجل بالرجل) لما ذكرنا، وظاهره: لا فرق بين أن يقوى بطشها، أو يضعف (ويؤخذ كل واحد من الأصابع، والكف، والمرفق، والذکر، والأنيين بمثله) لأن المماثلة موجودة، والقصاص ممكن، فوجب كالعين بمثلها (وهل يجزي في الإلية والشفر؟ على وجهين) - كذا في «المحرر» و«الفروع» - أحدهما: يجب، جزم به في «الوجيز» لظاهر الآية، لأن الإلية متصلة باللحم، والشفر لحم لا مفصل له. والثاني: لا قود فيهما، قدمه في «الرعاية» كلحم الفخذ.
فائدة: الشفر - بضم الشين - أحد شفري المرأة، فأما شفر العين، فهو منبت الهدب، وقد حكى فيه الفتح.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 306
فصل

(ويشترط للقصاص في الطرف ثلاثة شروط: أحدها: الأمن من الحيف) إذ هو جور وظلم، وإذا لم يكن القصاص إلا به، لم يجب فعله (بأن يكون القطع من مفصل) لأن المماثلة في غير ذلك غير ممكنة، ولا يؤمن أن يستوفي أكثر من الحق (أو له حد ينتهي إليه كمارن الأنف، وهو ما لان منه) دون القصبة، لأن ذلك حد ينتهي إليه، فهو كاليد، ويؤخذ البعض بالبعض، فيقدر ما قطعه بالأجزاء كالنصف والثلث، ولا يؤخذ بالمساحة، لأنه يفضي إلى أخذ جميع أنف الجاني لصغره ببعض أنف المجني عليه لكبره، وكذا في الأذن واللسان والشفة.

وقيل لا يؤخذ بعض اللسان ببعض (فإن قطع القصبة) أي: قصبة أنفه (أو قطع من نصف الساعد، أو الساق، فلا قصاص في أحد الوجهين) وهو المنصوص عن أحمد، وفي الخبر: أن رجلاً ضرب آخر على ساعده بالسيف، فقطعها من غير مفصل، فاستعدى عليه النبي، فأمر له بالدية، فقال: إني أريد القصاص، قال: «خذ الدية بارك الله لك فيها» رواه ابن ماجه.

(9/188)

ولأن القطع ليس من مفصل، فلا يؤمن فيه الحيف فلو قطع يده من الكوع، ثم تاكلت إلى نصف الذراع، فلا قود اعتباراً باستقرار، قاله القاضي، قال في «المحرر»: وعندني يقتص هاهنا من الكوع (وفي الآخر يقتص من حد المارن، ومن الكوع والكعب) لأنه دون حقه لعجزه عن استيفاء حقه، أشبه ما لو شج هاشمة، واستوفى موضحة، وكذا الخلاف فيما لو قطع من عضد أو ورك (وهل يجب له أرش الباقي؟) عليها ولو خطأ (على وجهين) كذا أطلقها في «الفروع»: أحدهما: ليس له ذلك، جزم به في «الوجيز» لأنه يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية والثاني: بلى، لأنه حق له تعذر استيفاؤه، فوجب أرشه كغيره (ويقتص من المنكب إذا لم يخف جائفه) لأنه مفصل يؤمن فيه الحيف، فوجب كالقطع من الكوع، ويرجع في الخوف في هذا إلى أهل الخبرة، فإن خيف، فله أن يقتص من مرفقه، ومتى خالف واقتص من خشية الحيف، أو من مأمومة، أو جائفة، أو نصف ذراع ونحوه، أجزاء، وإن اختار الدية فله دية اليد وحكومة لما زاد، فإن قطع من نصف الذراع، ففي جواز قطع الأصابع وجهان، فإن قطع منها، لم يكن له حكومة في الكف، لأنه أمكنه أخذه قصاصاً كما لو كانت الجناية من الكوع، وإن قطعت من العضد، لم يملك قطعها من الكوع، لأنه أمكنه استيفاء الذراع قصاصاً، كما لو قطع من المرفق، وفي «الشرح»: وجهان. مسألة: إذا قطع بعض أذنه فالتصق، فله أرش الجرح، ولا قود فيه، وإن شقها فالتصقها صاحبها، فالتصقت فكذلك، وإن قطعها فإبانتها فالتصقها صاحبها فالتصقت، فله القود في قول القاضي، لأنه وجب بالإبانة، وقال أبو بكر: لا قود فيها، لأنها لم تبق على الدوام، أشبه الشق، وعلى هذا: له أرش الجرح، فإن سقطت بعد ذلك قريباً أو بعيداً، رد الأرش، وملك القود أو الدية إن اختارها على القولين.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 308

(9/189)

(وإذا أوضح إنساناً) أو شجّه دون موضحة، أو لطمه (فذهب ضوء عينه، أو سمعه، أو شمه، فإنه يوضحه) أي: فعل به كما فعل، لأنه يمكن القود منه من غير حيف لأن له حداً ينتهي إليه (فإن ذهب ذلك، وإلا استعمل فيه ما يذهبه) أي: ما يذهب ضوء عينه إلى آخره (من غير أن يجني على حدقته، أو أذنه، أو أنفه) لأنه يستوفي حقه من غير زيادة، فيطرح في العين كافوراً، أو يقرب منه مرآة، أو يحمي له حديدة أو مرآة، ثم يقطر عليها ماء، ثم يقطر منه في العين

ليذهب بصرها، ولا يقتص منه مثل شجته بغير خلاف علمناه، ولا يقتص منه باللطمة، لأن المماثلة فيها غير ممكنة، ويعالجه بما يذهب بصره من غير أن يقلع عينه، وقال القاضي: له أن يلطمه مثل لطمته، فإن ذهب ضوء عينه، وإلا أذهب بما ذكر، ولا يصح، لأن اللطمة لا يقتص منها منفردة، فكذا إذا سرت إلى العين كالشجة دون الموضحة، ولا قود إلا أن تكون اللطمة تذهب بالبصر غالبا، قالها القاضي، وقال أبو بكر: يجب القود بكل حال (فإن لم يمكن ممكنا إلا بالجناية على هذه الأعضاء، سقط) القود لتعذر المماثلة، لأن توهم الزيادة تسقط القود، فحقيقته أولى، وتتعين الدية.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 308
فصل

(9/190)

(الثاني: المماثلة في الموضع والاسم) قياسا على النفس (فتؤخذ كل واحدة من اليمنى و اليسرى، والعليا و السفلى، من الشفتين والأجفان بمثله) في قول أكثر أهل العلم، لأن القصاص يعتمد المماثلة، ولأنها جوارح مختلفة المنافع والأماكن، فلم يؤخذ بعضها ببعض كالعين والأنف، وكذا كل ما انقسم إلى يمين ويسار، وأعلى وأسفل (والاصبع والسن والأنملة بمثلها في الموضع والاسم) لأن الشرط المماثلة، فتؤخذ الإبهام، والسبابة، والوسطى بمثلها، وكذا البنصر، والخنصر، والثنية، والضاحك، والنايب، والأنملة العليا من الاصبع بمثله، لأن المماثلة موجودة في ذلك كله (ولو قطع أنملة رجل العليا، وقطع الوسطى من تلك الاصبع من آخر لم يكن له عليا، فصاحب الوسطى مخير بين أخذ عقل أنملته، وبين أن يصبر حتى يقطع العليا، ثم يقتص من الوسطى) لأنه لا يمكن القصاص في الحال، لما فيه من الحيف وأخذ الزيادة على الواجب ولا سبيل إلى تأخير حقه حتى يمكن من القصاص لما فيه من الضرر، فوجبت الخيرة بين الأمرين، فإن قطع من ثالث السفلى، فلأول أن يقتص من العليا، ثم للثاني أن يقتص من الوسطى، ثم للثالث أن يقتص من السفلى، سواء جاؤوا جميعا أو واحدا بعد واحد (ولا يؤخذ شيء من ذلك بما يخالفه) لأن المماثلة شرط، ولم توجد، فلا تؤخذ يمين بيسار، ولا عكسه، ولا العليا من الشفتين والأجفان بالأسفل، ولا عكسه، ولا الإبهام بالسبابة، ولا الوسطى والخنصر والبنصر بغيرها، وعلى هذا فقس (ولا تؤخذ أصلية بزائدة) لأن الزائدة دونها (ولا زائدة بأصلية) لأنها لا تماثلها، ويؤخذ زائد بمثله موضعا وخلقة، ولو تفاوتوا قدرا (وإن تراضيا عليه، لم يجز) لأن ما لا يجوز أخذه قصاصا، لا يجوز بتراضيهما، لأن الدماء لا تستباح بالإباحة (فإن فعلا) ذلك بلا تعد مثل أن يأخذ باختيار الجاني، فيجزىء، ويسقط القود، لأن القود سقط في الأولى بإسقاط صاحبها، وفي الثانية بإذن صاحبها في قطعها، وديتها متساوية، قالها أبو بكر (أو قطعها

(9/191)

تعديا) لأنهما متساويان في الدية والألم والاسم، فتساقطا، ولأن إيجاب القود يفرضي إلى قطع يد كل منهما وإذهاب منفعة الجنس، وكل من القطعين

مضمونة سرايته، لأنه عدوان، وقال ابن حامد: إن كان أخذها عدواناً، فلكل منهما القود على صاحبه، وإن كان بتراضيهما، فلا قود في الثانية لرضى صاحبها بدلها، وفي وجوبه في الأول وجهان: أحدهما: لا يسقط، لأنه رضى بتركه بعوض لم يثبت له، كما لو باعه سلعة بخمر، وقبضه إياه، فعلى هذا: له القود بعد اندمال الأخرى، وللجاني دية يده (أوقال: أخرج يمينك، فأخرج يساره، فقطعها، أجزاء على كل حال، وسقط القصاص) سواء قطعها عالماً بها أو جاهلاً، وكما لو قطع يسار السارق بدل يمينه) وقال ابن حامد: إن أخرجها عمداً، لم يجر (لأنه تعمد ترك الواجب عليه من القطع، فلم يعذر في استيفاء الواجب عليه، ولا يصح القياس على السارق لوجوه: لأن الحد مبني على الإسقاط، ويساره تقطع إذا عدت يمينه، ولو سقطت يده باكلة أو قصاص، سقط القطع بخلاف القصاص، فإنه لا يسقط (وبستوفى من يمينه) لأن قطع اليسار كلا قطع، فيوجب ذلك قطع اليمين ضرورة استيفاء الواجب عليه، وذلك مشروط (بعد اندمال اليسار) لأنه لو قطعها قبل ذلك، أدى إلى هلاكه، وهو منفي شرعاً بخلاف ما إذا قطع يمين رجل ويسار آخر، فإنه لا يؤخر أحدهما إلى اندمال الآخر، لأن القطعين مستحقان قصاصاً، فلهذا جمع بينهما، وفي هذه أحدهما غير مستحق.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 310

(9/192)

تتمة: فإن أخرجها عمداً عالماً أنها يساره، وأنها لا تجزىء فهدر، ويفارق هذا ما إذا قطع يد إنسان، وهو ساكت، لأنه لم يوجد منه البذل، فإن سرى قطع يساره إلى نفسه فهدر، وتجب في تركته دية اليمين لتعذر الاستيفاء (وإن أخرجها دهشة أو ظناً أنها تجزىء فعلى القاطع ديتها) إن علم أنها يسار، وأنها لا تجزىء ويعزر، وعليه الضمان بالدية، لأنه لو كان عالماً بها، كانت مضمونة عليه، وما وجب ضمانه في العمد، وجب في الخطأ كإتلاف المال، والقصاص باق في اليمين، ولا يقتص حتى تندمل اليسار، فإن عفا وجب بدلها، ويتقاضان، وإن سرت اليسار إلى نفسه فلورثة الجاني نصف الدية، لأن اليسار مضمونة، وتساقطاً به، ويقبل قول الجاني في العلم وعدم إباحتها، لأنه أعلم بنيتها (وإن كان من عليه القصاص مجنوناً) مثل أن يجن بعد وجوب القصاص عليه (فعلى القاطع القصاص إن كان عالماً بها، وأنها لا تجزىء) لأنه قطعها متعدياً (وإن جهل أحدهما، فعليه الدية) لأن بذل المجنون ليس بشبهة (وإن كان المقتص مجنوناً، والآخر عاقلاً، ذهبت هدراً) لأنه لا يصح منه الاستيفاء، ولا يجوز البذل له، ولا ضمان عليه، لأنه أ تلفها ببذل صاحبها، لكن أن كان المقطوع اليمنى فقد تعذر استيفاء القود فيها لتلفها، فيكون للمجنون ديتها، وإن وثب المجنون فقطع يمينه قهراً، سقط حقه كما لو اقتص ممن لا تحمله العاقلة، وقيل: لا تسقط، قال في «الرعاية»: وهو أظهر، ودية يده على الجاني، وعلى عاقلة دية الجاني.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 310

فصل

(9/193)

(الثالث: استوائهما في الصحة والكمال) لأن القصاص يعتمد المماثلة (فلا تؤخذ صحيحة بشلاء) بغير خلاف نعلمه إلا ما حكى عنداودلاشترأكهما في الاسم كالآدميين، وجوابه: أن الشلاء لا نفع فيها سوى الجمال، فلا تؤخذ بما فيه نفع، وإذا لم يؤخذ القود في العينين لأجل تفاوتهما في الصحة والعمى، فلأن لا يوجب ذلك فيما لا نص فيه أولى (ولا كالة الأصابع بناقصة) لأنها جناية زائدة على مجني عليه، فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أقل من ذلك، لم يجز القصاص، لأنها فوق حقه، وهل له أن يقطع من أصابع الجاني بعدد أصابعه؟ فيه وجهان، وإن قطع ذو اليد الكاملة يدا فيها اصبع شلاء، باقيها صحاح، لم يجز أخذ الصحيحة بها، وفي القود من الاصابع الصحاح وجهان، فإن قلنا: له القود، فله الحكومة في الشلاء وأرش ما تحتها من الكف، وهل يدخل ما تحت الأصابع الصحيحة في قصاصها، أو تجب فيه حكومة؟ على وجهين.

(9/194)

فإن كانت الزائدة من أصابع الجاني زائدة في الخلقة، لم يمنع القود عنداين حامد، لأنها عيب ونقص في المعنى كالسلعة، واختار القاضي: أنها تمنع كالأصلية، ولا تؤخذ ذات أظفار بما لا أظفار لها (ولا عين صحيحة بقائمة) وهي صحيحة في موضعها، وإنما ذهب نورها وإبصارها لانتفاء استوائهما في الصحة، وتؤخذ القائمة بالصحيحة، لأنها دون حقه، ولا أرش له معها، لأن التفاوت في الصفة (ولا لسان ناطق بأخرس) لأنه ليس بمماثل له، ولأنه يأخذ أكثر من حقه، أشبهت اليد الصحيحة بالشلاء (ولا ذكر فحل بذكر خصي ولا عينين) على المذهب لأنه لا منفعة فيهما، لأن الخصي لا يولد له، ولا ينزل، ولا يكاد العينين أن يقدر على الوطاء، فهما كالأشمل (ويحتمل أن يؤخذ بهما) هذا رواية عناحمد، واختارها أبو بكر وأبو الخطاب لأنهما عضوان ينقبضان وينبسطان، فيؤخذ بهما كذكر الفحل، وعنه يؤخذ بذكر العينين لا الخصي، اختارها ابن حامد لتحقق نقصه وإيلاس من برئه بخلاف العينين، فإن العنة علة في الظهر، فلم يمنع القصاص كاذن الأصم ومارن الأحشم، وقال القاضي لا يؤخذ بخصي، وفي أخذه بعينين وجهان: أحدهما: يؤخذ به الصحيح، لأنه غير ما يوس من زوال عنته، ولذلك يأجل سنة، وصح في «المغني» و«الشرح» الأول، لأنه إذا تردد الحال بين كونه مساويا للآخر وعدمه، لم يجب قصاص، لأن الأصل عدمه (إلا مارن الأشم الصحيح، يؤخذ بمارن الأحشم) وهو الذي لا يجد رائحة شيء، وهذا استثناء من استوائهما في الصحة والكمال، وليس هو عائد إلى الإحتمال، وإن قرب منه. رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 314

إذ الإستثناء من الإثبات نفي، فقوله: يؤخذ بهما إثبات، والمستثنى نفي، فيكون المعنى استواءهما بشرط إلا في أشياء، لأن عدم الشم علة في الدماغ، ونفس الأنف صحيح، فوجب أخذ الأحشم به لأنه مثله، وإذا كان كذلك، فلا يحتاج الاستثناء، قيل: هو بالنظر إلى فوات الشم غيره.

(9/195)

والثاني لا يؤخذ به، لأن منفعة الشم قد زالت، فهو بالنسبة إلى الاسم كاليد الصحيحة مع الشلاء (و) يؤخذ الصحيح (بالمخزوم) وهو المقطوع وتر أنفه (والمستحشف) وهو الرديء، لأن ذلك مرض، ولأنه يقوم مقام الصحيح. والثاني لا يؤخذ بذلك، لأنه معيب، ذكره في «الكافي» واقتصر عليه في «الشرح» (و أذن السميع بأذن الأصم الشلاء في أحد الوجهين) وكذا أطلقهما في «المحرر» و«الفروع» أحدهما: - وجزم به في «الوجيز» وهو ظاهر نقل المؤلف - يؤخذ به، لأن العضو صحيح، ومقصوده الجمال لا السمع، وذهب السمع لنقص في الرأس، لأنه محله، وليس بنقص في الأذن.

(9/196)

والثاني لا يؤخذ به، لأنه عضو ذهب منفعته، فهو كاليد الشلاء، وتؤخذ الأذن الصحيحة بالمتقوبة (ويؤخذ المعيب من ذلك كله بالصحيح) لأنه رضي بدون حقه كما لو رضي المسلم بالقوم من الذمي والحر من العبد (ومثله) لأن المانع من القصاص عدم الإستواء، وهو منتف هنا بشرط، وهو (إذا أمن من قطع الشلاء التلف): وحاصله أن القاطع إذا كان أشل، والمقطوعة سالمة، فإن شاء المجني عليه أخذ الدية، فله ذلك بغير خلاف نعلمه لعجزه عن استيفاء حقه على الكمال، وإن اختار القصاص، سئل أهل الخبرة: فإن قالوا: أنه إذا قطع، لم تفسد العروق، ولم يدخل الهواء أجيب إلى ذلك وإن قالوا يدخل الهواء في البدن، فيفسده سقط القصاص (ولا يجب له مع القصاص أرش في أحد الوجهين) قدمه في «المحرر» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأن الشلاء كالصحيحة في الخلقة، وإنما نقصت في الصفة، ولأن الفعل الواحد لا يوجب مالا وقودا (وفي الآخر له دية الأصابع الناقصة) قالها القاضي شيوخه (ولا شيء له من أجل الشلل) لأن الجمال ينقص بنقص الأصابع بخلاف الشلاء، فإنها كاملة صورة، وعليه مبنى القصاص، لأن المماثلة في المعاني لا تعتبر، لأنه كان يفضي إلى سقوط القصاص (واختار أبو الخطاب أن له أرشه) لأن له دية الأصابع وارش الشلل على قياس قوله في عين الأعور إذا قلعت، وإنما كان كذلك تكميلا لحقه، لأنه استوفى بالقصاص بعض حقه، فيأخذ دية باقية، كما لو قطع الأقطع يد الصحيح، فإنه يأخذ دية اليد لفوات حقه منها، وهذا أشبه بكلام أحمد، وقيل الشلل موت، وذكر في «الفنون»: أنه سمعه من جماعة من البله المدعين للفقهاء، قال: وهو بعيد وإلا لأنتن واستحال كالحيوان، وفي «الواضح»: إن ثبت فلا قود في ميت (وإن اختلفا في شلل العضو وصحته، فأيهما يقبل قوله؟ فيه وجهان) أي: إذا ادعى الجاني نقص العضو بشلل أو غيره، فأنكره ولي الجناية، قبل قوله، نص عليه.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 314

(9/197)

واختاره الخلال، وجزم به في «الوجيز» لأن الظاهر السلامة. والثاني: - واختارها بن حامد - يقبل قول الجاني، لأن الأصل براءة ذمته من دية عضو سالم، ولأنه لو كان سالما، لم يخف، لأنه يظهر فيراه الناس، واختار

في «الترغيب» عكسه في أعضاء باطنة لتعذر البينة، وقبل قول الولي إن اتفقا على سابقة السلامة، وإلا فقول الجاني.
مسألة: إذا قطع ذكر خنثى مشكل وأثيبه وشفره، فلا قود له حتى يتبين لأنا لا نعلم أن المقطوع فرج أصلي، وإن طلب الدية، وكان يرجى انكشاف حاله أعطي اليقين، وهو دية شفري امرأة، وحكومة في الذكر والأنثيين، وإن كان بأيوسا من انكشاف حاله، أعطي نصف دية ذلك كله، وحكومة في نصفه الباقي، وعلى قول ابن حامد: لا حكومة فيه، لأنه نقص.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 314
فصل

(وإن قطع بعض لسانه، أو مارنه، أو شفته، أو حشفته، أو أذنه، أخذ مثله، يقدر بالأجزاء كالنصف والثالث والرابع) للنص.
وقال أبو الخطاب - وصححه في «المحرر» - لا يؤخذ بعض اللسان ببعض، والمذهب عند المؤلف وصاحب «الوجيز»: بلى كالأذن، ولأنه يؤخذ جميعه بجميعة، فأخذ بعضه ببعض كالأنف، ويقدر بالأجزاء كالنصف، ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضي إلى أخذ جميع عضو الجاني ببعض عضو المجني عليه (وإن كسر بعض سنه، برد من سن الجاني مثلها) لحدِيث الربيع.

(9/198)

ويقدر بما ذكرنا، ويتعين القود بالمبرد لتؤمن الزيادة، لأنه لو أخذ بالكسر لأدى إلى الصداع، أو القلع، أو الكسر من غير موضع القصاص، وشرط (إذا أمن قلعها) أي: لا يقتص حتى يقول أهل الخبرة، إنه يؤمن انقلاعها، لأن توهم الزيادة يمنع القود كما لو قطعت يده من غير مفصل، لا يقال: قد أجزتم القصاص في الأطراف مع توهم سرايتها إلى النفس، فلم منعمت منه لتوهم السراية إلى بعض العضو، لأن توهم السراية إلى النفس، لا سبيل إلى التحرز منه، فلو اعتبر سقط القصاص في الطرف، فسقط اعتباره، وأما السراية إلى بعض العضو، فتارة نقول: يمنع القصاص إذا احتمل الزيادة في الفعل لا في السراية، كما إذا استوفى من بعض الذراع، فإنه يحتمل أن يفعل أكثر مما فعل به، فلو قلع سنا زائدة، وكان للجاني مثلها في موضعها، فللمجني عليه القود أو حكومة في سنه، وإن لم يكن له مثلها في محلها، فليس له إلا الحكومة، وإن كانت إحداهما أكبر من الأخرى، فالأشهر أنه يؤخذ به، لأنهما سنان متساويان في الموضع كالأصليتين، ولعموم النص (ولا يقتص من السن حتى يئأس من عودها) وهي سن من قد ثغر، أي: سقطت رواجه، ثم نبتت، لأن سن من لم يثغر تعود عادة، فلم تضمن كالشعر، فإن عاد بدل السن على صفتها في موضعها، فلا شيء على الجاني (فإن اختلفا في ذلك، رجع إلى قول أهل الخبرة) أي: إذا مضى زمان عودها، ولم تعد، سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: قد يئس من عودها، خير المجني عليه بين القصاص وبين دية السن (فإن مات) المجني عليه (قبل الإياس من عودها، فعليه ديتها) لأن القلع موجود، والعود مشكوك فيه، وقيل: لا يجب شيء كحلق شعره وموته قبل نيابته (ولا قصاص فيها) لأن الاستحقاق غير متحقق، فيكون ذلك شبهة في درء القود (وإن اقتص من سن، فعادت، غرم سن الجاني) لأنه لم يجب القصاص، ويضمنها بالدية فقط، لأنه لم يقصد

التعدي (ثم إن عادت سن الجاني، رد ما أخذ) ولم تقلع في وجه لثلا يأخذ سنين بسن، وقيل: تقلع، وإن برئت، لأنه أعدم

(9/199)

سنه بالقلع، فكان له إعدام سنه به، وفي المذهب فيمن انقلع سن كبير، ثم نبتت، لم يرد ما أخذ، ذكرها أبو بكر (وإن عادت سن المجني عليه قصيرة أو معيبة، فعلى الجاني أرش نقصها) بالحساب، ففي نصفها نصف ديتها، وإن عادت والدم يسيل منها، أو مائلة عن محلها، ففيها حكومة، وإن قلع سن كبير فله القود في الحال، لأن الظاهر عدم عودها، وإن قلع سنا فاقص منه، ثم عادت سن المجني عليه، فقلعها الجاني ثانية، فلا شيء عليه، لأن سن المجني عليه لما عادت وجب للجاني عليه دية سنه، فلما قلعها وجب على الجاني ديتها للمجني عليه، فقد وجب لكل منهما دية سن، فيتقاصان.
مسألة: تؤخذ المكسورة بالصحيحة، وهل له أرش الباقي؟ فيه وجهان.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 318
فصل

(9/200)

(النوع الثاني: الجروح) للآية والخبر (فيجب القصاص في كل جرح ينتهي إلى عظم كالموضحة) لأنه يمكن استيفاءه من غير حيف ولا زيادة لانتهاؤه إلى عظم، أشبه قطع الكف من الكوع، ولا نعلم فيه خلافا، ولأن الله نص على القصاص، فلو لم يجب في كل جرح ينتهي إلى عظم لسقط حكم الآية (وجرح العضد، والساعد، والفخذ، والساق والقدم) في قول أكثر العلماء، وكالموضحة، ولا يستوفي ذلك إلا من له علم وخبرة كالجرائحي ونحوه، فإن لم يكن للولي علم بذلك، أمره بالاستسابة، وإن كان له علم به، فظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه، لأنه أحد نوعي القصاص كالنفس (ولا يجب في غير ذلك من الشجاج والجروح كما دون الموضحة، أو أعظم منها) لأنها جراحة لا تنتهي إلى عظم، ولا تؤمن فيها الزيادة، أشبه الجائفة وكسر العظام (إلا أن يكون أعظم من الموضحة كالهاشمة والمنقلة والمأمومة) لأنه ليس له حد ينتهي إليه، ولا يمكن الاستيفاء من غير حيف، وذلك شرط في وجوب القصاص (فله أن يقتص موضحة) بغير خلاف بين أصحابنا، لأنه يقتصر على بعض حقه، ويقتص من محل جنايته، فإنه إنما وضع السكين في موضع، وضعها الجاني، لأن سكين الجاني وصلت العظم، ثم تجاوزته بخلاف قاطع الساعد، فإنه لم يضع سكينه في الكوع (ولا شيء له على قول أبي بكر) لأنه جرح واحد، فلم يجمع فيه بين قصاص وأرش كالشلاء بالصحيحة (وقال ابن حامد) وقدمه في «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» (له ما بين دية موضحة ودية تلك الشجة) لأنه تعذر فيه القصاص، فوجب الأرش كما لو تعذر في جميعها، وفارق الشلاء بالصحيحة، فإن الزيادة ثم من حيث المعنى، وليست متميزة بخلاف مسألتنا (فيأخذ في الهاشمة خمسا من الإبل، وفي المنقلة عشرا) لأن التفاوت في الأولى خمس، وفي الثانية عشر، وفي المأمومة ثمانية وعشرون بعيرا وثلاث بعير، لأن الواجب فيها ثلاث

الدية، فإذا ذهب منها دية موضحة بقي ذلك (ويعتبر قدر الجرح بالمساحة) دون كثافة اللحم حتى يقتص من الجاني مثله (فلو أوضح إنسانا في بعض

(9/201)

رأسه، مقدار ذلك البعض جميع رأس الشاج وزيادة، كان له أن يوضحه في جميع رأسه) وحاصله: أنه يجب في الموضحة قدرها طولاً وعرضاً، لأن القصاص المماثلة، ولا يراعي العمق لأن حده العظم، ولو روعي لتعذر الاستيفاء، لأن الناس يختلفون في قلة اللحم وكثرتهم، فإذا كانت في الرأس، حلق موضعها من رأس الجاني، وعلم القدر المستحق بسواد أو غيره، ثم اقتص، فإن كانت في مقدم الرأس، أو مؤخره، أو وسطه، فأمكن أن يستوفي قدرها من موضعها، لم يجز من غيره، وإن زاد قدرها على موضعها من رأس الجاني، استوفى بقدرها، وإن جاوز الموضع الذي شجه في مثله، لأن الجميع رأس، وإن زاد قدرها على رأس الجاني كله، لم يجز أن ينزله إلى الوجه والقفا، لأنه قصاص في غير العضو المجروح، فيقتص من رأس الجاني كله (وفي الأرش للزائد وجهان) أحدهما: لا أرش له فيما بقي، وقاله أبو بكر، وهو الأشهر لئلا يجمع في عضو واحد قصاص ودية.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 320

والثاني: - وهو قول ابن حامد، - له أرش موضحة ما بقي، وهو تفاوت ما بين جنايته والموضحة كما سبق، وإن كانت بقدر ثلثها، فله أرش ثلث موضحة، وإن زادت على هذا، أو نقصت فبالحساب من أرش الموضحة، ولا يجب له أرش موضحة كاملة.

(9/202)

تنبيه: إذا أوضح كل الرأس، ورأس الجاني أكبر، فللمجني عليه قدر شجته من أي جانب شاء، لأن الجميع محل الجناية، وله أن يستوفي بعض حقه من مقدم الرأس، وبعضه من مؤخره إلا أن يكون في ذلك زيادة ضرر أو شين، فيمتنع لذلك، لأنه لم يجاوز موضع الجناية ولا قدرها، وقيل: بالمنع، لأنه يأخذ موضحتين بموضحة، قدمه في «الشرح» وإن أوضحه موضحتين، قدرهما جميع رأس الجاني، فللمجني عليه الخيار بين أن يوضحه في جميع رأسه موضحة واحدة، وبين أن يوضحه موضحتين، يقتصر فيهما عن قدر الواجب، ولا أرش له في الباقي وجهاً واحداً، لأنه ترك الاستيفاء مع إمكانه، ويقبل قول المقتص مع يمينه في أنه أخطأ في الزيادة، فإن قال هذه الزيادة حصلت باضطرابه، فأنكره الجاني فوجهان.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 320

فصل

(وإن اشترك جماعة في قطع طرف، أو جرح) موجب للقصاص (وتساوت أفعالهم مثل أن يضعوا الحديد على يده، ويتحاملوا عليها جميعاً حتى تبين) أو يدفعوا حائطاً ونحوه على شخص، قال في «الوجيز» (فعلى جميعهم القصاص في إحدى الروايتين) اختارها الخرقى، وقدمها

في «الكافي» و«الرعاية» و«الفروع» و«الوجيز» لقول علي للشاهدين: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتهما. فأخبر أن القصاص على كل منهما لو تعمد، ولأنه أحد نوعي القصاص، فيؤخذ الجماعة بالواحد كالنفس، وفي «الانتصار»: لو حلف كل منهما لا يقطع يدا، حنث بذلك.

(9/203)

والثانية: لا قود عليهم، لأن الأطراف يعتبر التساوي فيها، فإنه لا تؤخذ صحيحة بشلاء، ولا كاملة الأصابع بناقصتها، ولا تساوي بين الطرف والأطراف، ولا يعتبر التساوي في النفس، وكما لو تميزت أفعالهم، وفي «الرعاية»: بعد ذكر الخلاف، وعلى كل واحد دية الطرف والجرح كما لو قطع كل إنسان من جانب، أو في وقت، قال ابن حمدان: ويحتمل أن يشتركوا في ديته (فإن تفرقت أفعالهم، أو قطع كل إنسان من جانب، فلا قصاص، رواية واحدة) لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد، ولم يشارك في قطع جميعها (وسراية الجناية مضمونة) بغير خلاف، لأنها أثر الجناية، والجناية مضمونة، فكذا أثرها (بالقصاص، أو الدية) وهو مبني على أن موجب العمد أحد أمرين، ثم إن سرت إلى النفس، وما لا يمكن مباشرته بالإتلاف، مثل أن يهشمه في رأسه، فيذهب ضوء عينه، وجب القود فيه، ولا خلاف في ذلك في النفس، وفي ضوء العين خلاف، وإن سرت إلى ما تمكن مباشرته بالإتلاف، ونبه عليه بقوله: (فلو قطع اصبعاً، فتاكلت أخرى إلى جانبها، وسقطت من مفصل، أو تاكلت اليد، وسقطت من الكوع، وجب القصاص في ذلك) في قول إمامنا، لأن ما وجب فيه القود بالجناية، وجب بالسراية كالنفس، وقال أكثر الفقهاء: لا قود في الثانية، وتجب ديتها، لأن ما أمكن مباشرته بالجناية، لا يجب القود فيه بالسراية، كما لو رمى سهما إلى شخص، فمرق منه إلى آخر، وجوابه: ما سبق، وبأنه أحد نوعي القصاص، وفارق ما ذكره، لأن ذلك فعل، وليس بسراية، ولو قصد قطع إبهامه، فقطع سببائه، وجب القصاص (وإن شل) بفتح الشين، وقيل: بضمها (ففيه دية دون القصاص) إذا شل وجب القود في الأولى، والأرش في الثانية، لأن الشلل حصل بالسراية، وحكمها حكم المباشرة، ولأنها جناية موجبة للقود، كما لو لم تسر، وكما لو قطع يد حبلى، فسرى إلى جنينها، وقال ابن أبي موسى: لا قود بنقصه بعد برئه، ويجب الأرش في ماله، فلا تحمله العاقلة، لأنه جناية عمد، وإذا قطع له اصبعاً، فشلت أصابعه الباقية

(9/204)

وكفه، وجب له نصف الدية، وإن اقتص من الأصبع، فله في الباقية أربعون من الإبل، وتبعها ما حاذى الكف، وهو أربعة أخماس، فيدخل أرشه فيها، ويبقى خمس منها للكف، وفيه وجهان (وسراية القود غير مضمونة) في قول الجمهور، لما روى سعيد أن عمرو علي بن أبي طالب قال: من مات من حد أو قصاص لدية له، الحق قتله، ولأنه قطع مستحق مقدر، فلا تضمن سرايته كقطع السارق، ولا فرق بين سرايته إلى النفس، أو إلى ما دونها (فلو قطع اليد قصاصاً، فسرى إلى النفس، فلا شيء على القاطع) لأنه مستحق له بخلاف قسم الخطأ، واحتج

الأصحاب بمسألة: اقتلني، أو اجرحني، مع تحريم الإذن والقطع، فهنا أولى، ويستثنى من ذلك ما إذا استوفاه قهراً مع الخوف منها كحر، أو برد، أو كلول، أو مسمومة، فإنه يضمن بقية الدية، وقال القاضي: يضمن نصفها، وقال ابن عقيل: من له قود في نفس أو طرف، فقطع طرفه، فسرى إلى أوصال من عليه الدية، فدفعه دفعا جائرا، فقتله، هل يكون مستوفيا لحقه كما يجزىء إطعام مضطر من كفارة، قد وجب عليه بذله له، وكذا من دخل مسجدا فصلى قضاء ونوى، كفاه عن تحية المسجد؟ فيه احتمالان (ولا يقتص من الطرف إلا بعد برئه) في قول الأكثر، وهو الأصح، لما روي عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في ركبته، فجاء إلى النبي، فقال: أقدني، فقال: «حتى تبرأ» ثم جاء إليه، فقال: أقدني، فأقده، ثم جاء إليه، فقال: يا رسول الله عرجت، فقال: «قد نهيتك، فعصيتني فأبعدك الله، وبطل عرجك» ثم نهى رسول الله أن يقتص من جرح حتى يبرأ، رواها أحمد والدارقطني.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 323
ولأن الجرح لا يدري أيؤدي إلى القتل أم لا؟ فيجب أن ينتظر ليعلم حكمه.

(9/205)

وفي ثانية - وحكاها في «الشرح» تخريجا - يجب قبل البرء بناء على قولنا: إنه إذا سرى إلى النفس، يفعل به كما فعل، لأن القصاص في الطرف لا يسقط بالسراية، فوجب أن يملكه في الحال، كما لو برىء، لكن الأولى تركه، قاله في «المحرر» وفي «الروضة»: لو قطع كل منهما يدا، فله أخذ دية كل منهما في الحال قبل الاندمال وبعده، لا القود قبله (فإن اقتص قبل ذلك بطل حقه من سراية جرحه) لما روي جابر أن النبي قال: «ليس لك شيء إنك عجلت» رواه سعيد مرسلًا.

ولأنه استعجل حقه، فبطل حقه كقتل موروثه (فإن سرى إلى نفسه، كان هدرًا) أي: سراية الجرح إلى نفس المجني عليه هدر، إذا اقتص من الجاني قبل برء جرحه، لأن حقه بطل باستعجاله، ومع بطلانه يتعين كون السراية إلى نفسه هدرًا (وإن سرى القصاص إلى نفس الجاني، كان هدرًا أيضًا) قال أحمد: قد دخله العفو بالقصاص، واحتج الأصحاب بخبر رواه الدارقطني، ولأن سراية القود غير مضمونة.

فرع: إذا اقتص بعد الاندمال، ثم انتقص جرح الجناية، فسرى إلى النفس، وجب القود به، لأنه اقتص بعد جواز الاقتصاص، فإن اختار الدية، فله دية إلا دية الطرف المأخوذ في القصاص، فإن كان دية الطرف كدية النفس، فليس له العفو على مال كذلك، فإن كان الجاني ذميا، فقطع أنف مسلم، فأقتص منه بعد البرء، ثم سرى إلى نفس المسلم، فلوليه قتل الذمي، وهل له أن يعفو على نصف دية المسلم؟ فيه وجهان: أحدهما: له ذلك، لأن دية اليهودي نصف دية المسلم، فيبقى له النصف.

والثاني: ليس له ذلك، لأنه استوفى بدل أنفه، أشبه ما لو كان الجاني مسلما.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 323

(9/206)

الديات واحدها دية، مخففة، وأصلها ودي، والهاء بدل من الواو، كالعدة من الوعد، والزنة من الوزن، يقال: وديت القليل أوديه دية إذا أعطيت ديته، وايتديت: إذا أخذت الدية، وهي - في الأصل - مصدر سمي به المال المؤدى إلى المجني عليه أو أوليائه كالخلق بمعنى المخلوق، وهي ثابتة بالاجماع، وسنده قوله تعالى: {ودية مسلمة إلى أهله} (النساء: 29) وفي الخبر: «في النفس مائة من الإبل».

(كل من أتلّف إنساناً، أو جزءاً منه مباشرة، أو سبب، فعليه ديته) لقوله تعالى: {ومن يقتل مؤمناً متعمداً} الآية (النساء: 39) وقول النبي لما كتب إلى أهل اليمن كتاباً في الفرائض والسنن والديات: «في النفس مائة من الإبل» رواهما الكوالمسائمين حديثعمرو بن حزم، قال ابن عبد البر: هو كتاب مشهور عند أهل السير، ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد، أشبه المتواتر.

وسواء كان مسلماً، أو ذمياً، مستأمناً، أو مهادناً، فقوله: «أو جزءاً منه» هذه الزيادة انفرد بها المؤلف عن «المحرر» و«الوجيز» و«الفروع» لأن ما ضمنت جملته ضمنت أجزاءه وقوله: «بمباشرة» لأنه أتلّفه بها، فوجبت ديته كالنفس إذا أتلّفت بها، وقوله: «أو سبب» لأنه مؤد إلى تلفه، أشبه المباشرة (فإن كان عمداً محضاً، فهي في مال الجاني) بالاجماع، لأن بدل المتلف يجب على المتلف، وأرش الجناية على الجاني، لأن العامد لا عذر له، فلا يستحق التخفيف، ولا يوجد فيه المعنى المقتضي للمواساة في الخطأ (حالة) لأن ما وجب بالعمد المحض، كان حالاً كآرش أطراف العبد ودية شبه العامد، ودية شبه العمد: القاتل فيها معذور لكونه لم يقصد القتل (وإن كان شبه عمداً) فعلى عاقلته في ظاهر المذهب، لما روي أبو هريرة قال: اقتلت امرأتان من هذيل، فرمت أحدهما بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فقضى رسول الله بدية المرأة على عاقلتها/ متفق عليه.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 327

(9/207)

ولأنه نوع قتل لا يوجب قصاصاً، فأوجب الدية على العاقلة كالخطأ فعلى هذا: تجب مؤجلة بغير خلاف نعلمه، وروي عنعمرو علي، ولا مخالف لهما في عصرهما، ولأن الدية تخالف سائر المتلفات، لأنها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة، فاقتضت الحكمة تخفيفها عنهم، وقال جماعة: هي على القاتل في ماله، اختارها أبو بكر لأن شبه العمد كالعمد (أو خطأ، أو ما أجري مجراه، فعلى عاقلته) لا نعلم فيه خلافاً، حكاه ابن المنذر، إذ الحكمة فيه أن جنایات الخطأ تكثر، ودية الأدمي كثيرة، فأيجابها على الجاني في ماله تجحف به، فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفاً، لأنه معذور في فعله، فعلى هذا: لا يلزم القاتل شيئاً من دية الخطأ، لأنه واحد من العاقلة، وما أجري مجرى الخطأ، يعطى حكمه كالخطأ (ولو

ألقى على إنسان أفعى) وهي حية معروفة، والأكثر على صرفها كعصيا، وقيل:
بالمع لوزن الفعل وشبهها بالمشقق، وهو تصور أذاها (أو ألقاه عليها،
فقتلته) فعليه ضمانه، لأنه تلف بعدوانه، أشبه ما لو جنى عليه، ولأنه تلف
بالسبب، فوجب الضمان كالمباشرة، وفي «الرعاية» وغيرها: أنه شبه عمد (أو
طلب إنسانا بسيف مجرد، فهرب منه، فوقع في شيء تلف به، بصيرا كان أو
ضريرا) عاقلا كان أو مجنونا، سواء سقط من شاهق، أو انخرق به سقف، أو خر
في بئر، لأنه هلك بسبب عدوانه، فضمنه كما لو نصب له سكينًا، قال
في «الترغيب»: وعندى ما لم يتعمد إلقاء نفسه مع القطع بتلفه، لأنه كمباشر،
قال في «الفروع»: ويتوجه أنه مراد غيره، فلو طلبه بشيء يخوفه كاللت، فهو
كما لو طلبه بسيف مشهور، فلو شهر سيفًا في وجهه، أو دلاه من شاهق،
فمات من روعته، أو ذهب عقله فعليه ديته (أو حفر بئرا في فنائه) حيث يحرم،
فتلف به إنسان، فعليه ديته، روي عن علي، وقضى به شريح، لأنه تلف بعدوانه،
أشبه مالهو تلف بجنايته، وكذا لو حفرها في مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه،
فإنه يضمن الجميع لتعديه بالحفر، وظاهره:

(9/208)

أنه لا يضمن إذا حفرها في ملكه، لأنه لا يعد متعديا (أو وضع حجرا، أو صب ماء
في طريق) ضمنه، لأنه هلك بسببه (أو بالت فيها دابته ويده عليها) فزلق به
حيوان، فمات به، فعلى صاحب الدابة الضمان، إذا كان راكبا، أو قاعدا، أو
سائقا، كما لو جنت بيدها أو فمها، قاله الأصحاب، وفي «الشرح»: قياس
المذهب: أنه لا يضمن من تلف بذلك، وكما لو سلم على غيره، أو أمسك يده
حتى مات لعدم تأثيره، ولأنه لا يمكن التحرز منه، كما لو أتلفت برجلها، ويفارق
ما إذا أتلفت بيدها أو فمها، لأنه يمكن حفظها (أو رمى قشر بطيخ فيها، فتلف به
إنسان، وجبت عليه الدية) لأن التلف منسوب إلى فاعله، فوجبت عليه الدية
كالمتسبب إلى القتل بغير ذلك، وفي «المحرر» و«الرعاية» و«الوجيز»: إذا
قصده، فهو شبه عمد، وإلا فهو خطأ (وإن حفر بئرا، ووضع آخر حجرا، فعثر به
إنسان، فوقع في البئر، فالضمان على واضع الحجر، في رواية، وهي الأشهر،
لأنه كالدافع، لأنه لم يقصد القتل عادة لمعين بخلاف مكره، واقتضى ذلك: أنه
لا ضمان على الحافر لأن المباشر قطع بسببه، وعنه: عليهما الضمان، لأنه
اجتمع سببان مختلفان، فيخرج منه ضمان المتسبب، اختارها بن عقيل وغيره،
وجعلها أبو بكر كقاتل وممسك، وإن تعدى أحدهما، اختص به الضمان. وإن وضع
حجرا، وحفر آخر عنده بئرا، أو نصب سكينًا، فعثر بالحجر، فسقط عليها، فهلك،
احتمل أن يضمن الحافر وناصب السكين، لأن فعلهما متأخر عن فعله، احتمل
أن يكون الضمان على واضع الحجر.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 327
تنبيه: إذا أعمق بئرا قصيرا، ضمن هو وحافر ما تلف بها، نص عليه.

(9/209)

وإن دعا من يحفر له بداره بئرا أو معدن، فمات بهدم، لم يلحقه أحد، فهدر، نقله حرب، وإن حفر بيته بئرا، أو ستره ليقع فيها أحد، فمن دخل بإذنه، فالقود في الأصح، وإلا فلا كمكشوفة بحيث يراها، ويقبل قوله في عدم إذنه في الأشهر، ولو وضع فيها آخر سكيننا، فوقع في البئر عليها، فمات، فقال ابن حامد وجزم به بالسامري - الضمان على الحافر، ونص أحمدان الضمان عليهما، فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين (وإن غصب صغير، فنهشته حية، أو أصابته صاعقة) قال الجوهري: هي نار تنزل من السماء في رعد شديد (ففيه الدية) لأنه تلف في يده العادية، وقال ابن عقيل: لا يضمن إذا لم تعرف الأرض بذلك (وإن مات بمرض) أو فجأة (فعلى وجهين) - وفي «الفروع»: روايتان - أحدهما: يضمن، نصرها أبو الخطاب، وجزم به في «الوجيز» ونقلها ابن منصور كالعبد الصغير.

والثاني: لا، ونقلها أبو الصقر، لأنه حر لا تثبت اليد عليه في الغصب، أشبه الكبير. وإن قربه من هدف، فأصابه سهم، ضمنه المقرب.

(9/210)

وإن أرسله في حاجة، فأُتلف مالا أو نفسا، فهو كجناية الخطأ من مرسله، ومقتضاه: أنه إذا قيد حرا مكلفا، وغله، فتلّف بصاعقة أو حية، وجبت الدية في الأشهر، وإن جنى عليه أحد، ضمنه مرسله، قال ابن حمدان: إن تعذر تضمين الجاني (وإن اصطدم نفسان) راجلان وراكبان، أو ماش وراكب، قال في «الروضة» بصيران أو ضربيران، أو أحدهما (فماتا، فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) روي عن علي، لأن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه، وذلك قتل خطأ، فكانت دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر، وقيل: بل نصفها، وجزم في «الترغيب» وقدمه في «الرعاية»: إن غلبت الدابة راكبها بلا تفريط، فلا ضمان، وعلى كل منهما كفارة في تركته، وقيل: بل كفارتان في الخطأ، وشبهه يشبه العمد، وخرج أن على عاقلة كل قتل نصف الدية لورثته، وعلى عاقلة الآخر النصف لهم، وفي «الكافي» و«الفروع»: إن تصادما عمدا، وذلك مما يقتل غالبا فهدر، وإلا شبه عمد (وإن كانا راكبين، فماتت الدابتان، فعلى كل واحد منهما قيمة دابة الآخر) في تركته، نص عليه. لأن كلاّ منهما تلف بصدمة الآخر، وقيل: بل نصفها (وإن كان أحدهما يسير، والآخر واقفا فعلى السائر ضمان الواقف) والقاعد (ودابته) لأنهما تلتقا بصدمة السائر من غير تعد في الوقوف، وضمن النفس على العاقلة، لأنه قتل خطأ، وضمن المال على المتلف، لأن العاقلة لا تحمله، صرح به في «النهاية» وعلى هذا يحمل كلام المؤلف، هذا إذا وقف أو قعد في طريق واسع، وما تلف للسائر فهدر، نص عليه (إلا أن يكون في طريق ضيق قاعدا أو واقفا، فلا ضمان فيه) لأن السائر لم يتعدى عليه، بل الواقف والقاعد هو المتعدي، ومحل ما لم يكن الطريق مملوكا له، فإن كان مملوكا له، لم يكن متعديا بوقوفه، بل السائر هو المتعد بسلوكة ملك غيره بغير إذنه (وعليه ضمان ما تلف به) من السائر وماله، لأنه تعدى بالوقوف فيه، أشبه واضع الحجر، وفيه وجه: لا ضمان.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 327

(9/211)

فرع: إذا اصطدم عبدان ماشيان، فماتا، فهدر، وإن مات أحدهما، فقيمتة في رقية الآخر كسائر جنائته، وإن كان حراً وعبدًا، وماتا، ضمننت قيمة العبد في تركة الحر، ووجبت دية الحر كاملة في تلك القيمة، ولو تجاذب حران حبلًا ونحوه، فانقطع وسقطا وماتا فكمتصادمين مطلقًا، لكن نصف دية المنكب مغلظة، والمستلقي مخففة (وإن أركب صبيين) وعبارة غيره: صغيرين (لا ولاية له عليهما) أي: ليس وليهما (فاصطدما، فماتا، فعلى عاقلته ديتهما) لأنه تعدى بركوبهما وتصادمهما إثر ركوبهما، وفعلهما غير معتبر، فوجب إضافة القتل إلى من أركبهما، وهو خطأً تحمله عاقلته، وكذا قاله في «الترغيب» والأشهر أنه يضمن ذلك في ماله، وفي «الوجيز»: عليه ما تلف بصدمتها، إن كان مالاً، وإلا فعلى عاقلته، وظاهره: أنه إذا كان له ولاية عليهما أنه لا ضمان عليه، ولا على عاقلته، لأنه إركاب مأذون فيه، فلم يترتب عليه ما يترتب على المتعدي، وقيدته في «الفروع» بما إذا كان فيه مصلحة، وهو ظاهر، قال ابن عقيل: وبشئان بأنفسهما، وفي «الترغيب»: إن صلحا للركوب، وأركبهما ما يصلح لركوب مثلهما، وإلا ضمن، وإن ركباه بأنفسهما فكبالغين مخطئين، قال في «الرعاية»: وكذا المجنون، وإن كانا عبيدين، ضمنهما من أركبهما.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 327

(9/212)

فرع: يضمن كبير، صدم صغيرًا، وإن مات الكبير، ضمنه الذي أركب الصغير، نقل حرب: إن حمل رجل صبيًا على دابة، فسقط، ضمن إلا أن يأمره أهله بحمله (وإن رمى ثلاثة بمنجنيق، فقتل الحجر إنسانًا) رابعًا (فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته) إن لم يقصدوه، كذا ذكره معظم الأصحاب، لأن العاقلة تحمل الثلث فما زاد، ولا قود لعدم إمكان القصد غالبًا، وفي «الفصول» احتمال: كرمية عن قوس، ومقلع وحجر عن يد، ونقلا المروذي: تجب الدية في بيت المال، فإن تعذر فعلى عواقلهم، وهو قتل خطأً (وإن قتل أحدهم) فعلى كل واحد كفارة، كما لو شارك في قتل غيره (ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: يلغي فعل نفسه) قياسًا على المتصادمين (وعلى عاقلة صاحبيه ثلثا الدية) كما لو مات من جراحتهم وجراحة نفسه، وكما لو شارك في قتل بهيمة، ولأنه شارك في القتل، فلم تكمل الدية على شركته، كما لو قتلوا واحدًا من غيرهم، اقتصر عليه في «المجرد» وهو أحسن وأصح في النظر، قاله المؤلف، وروي عن علي في مسألة القارضة والقارضة والواقصة، قال للشعبي: وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن، فركبت إحداهن على عنق الأخرى، وقرصت الثالثة المركوبة، فقمصت، فسقطت الراكبة، فوقصت عنقها، فماتت، فرفع ذلك إلى علي، فقضى بالدية أثلاثًا على عواقلهن، وألغى الثلث الذي قابل فعل الواقصة، لأنها أعانت على قتل نفسها، وهذه شبيهة بمسألتنا (والثاني: عليهما كمال الدية) قال أبو الخطاب: هذا قياس المذهب، وقدمه في «الرعاية» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» كالمتصادمين (والثالث: على عاقلته ثلث الدية لورثته، وثلثاها على عاقلة الآخرين) لأن كل واحد منهم شارك في قتل نفس معصومة مؤمنة خطأً، فلزمه ديتها كالأجانب، وهذا يبني على أن جنابة المرء على نفسه، أو أهله خطأً

يتحمل عقلها العاقلة (وإن كانوا أكثر من ثلاثة، فالدية حالة في أموالهم) أي: إذا كانوا أربعة، فقتلوا أحدهم أو غيرهم، فالدية عليهم كالخمسة في الأصح، لأن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث، لأن المقتول يلغي فعل نفسه،

(9/213)

ويكون هدرًا، لأنه لا يجب عليه لنفسه شيء، ويكون باقي الدية في أموالهم حالة، لأن التأجيل في الديات، إنما يكون فيما تحمله العاقلة، وهذا دون الثلث، ولكن هذا على الثاني، والثالث ظاهر، وعلى الأول، فلا، لأن الرمي لو كان من أربعة، وجعل فعل المقتول هدرًا، بقيت الدية على الثلاثة الباقية أثلاثًا، وعنه: على عواقلهم لاتحاد فعلهم، والأصح الأول، لأن حمل العاقلة إنما شرع للتخفيف عن الجاني فيما يشق ويكثر، وما دون الثلث يسير، وفعل كل واحد غير فعل الآخر، وإنما موجب الجميع واحد، أشبه ما لو جرحه كل واحد جرحًا، فماتت النفس بجمعها، وإذا ثبت هذا، فالضمان يتعلق بمن مد الحبل، ورمى الحجر دون من وضعه في الكفة اعتبارًا بالمباشر كمن وضع سهمًا في قوس، أو قربه ورمى به صاحبه، وقال القاضيو ابن عقيل: يتوجه روايتنا ممسكًا) وإذا جنى إنسان على نفسه أو طرفه خطأ، فلا دية له) بل هو هدر كالعمد، وهذا هو الأصح، قال السامري: وهو الأقيس لحدیث عامر بن الأكوعين رجع سيفه عليه يوم خيبر، فمات، ولو وجبت عليه، لبينها رسول الله ولنقل ظاهراً) وعنه: على عاقلته ديته لورثته، ودية طرفه لنفسه) اختارها الخرقيو أبو بكر والقاضي، وذكر أنها أظهر عنه لقول عمر، ولم يعرف له مخالف في عصره، ولأنه قتل خطأ، فكانت ديته على عاقلته، كما لو قتل غيره، فعليها: إن كانت الجناية قتلاً نظرت، فإن كانت العاقلة غير الورثة، وجبت دية النفس عليهم لورثة الجاني، وإن كانوا هم الورثة، فلا شيء عليهم، لأنه لا يجب على الإنسان شيء لنفسه، وإن كانت الجناية على غير النفس، وجبت دية ذلك على العاقلة للجاني، وإن كان بعضهم وارثًا، سقط عن الورثة ما يقابل ميراثه، ولا يحمله دون الثلث في الأصح، قاله في «الترغيب» ونقل حرب: من قتل نفسه لا يودي من بيت المال، والأول أصح في القياس، ويفارق ما إذا كانت الجناية على غيره، فإنه لو لم تحمله العاقلة لأجحف به وجوب الدية لكثرتها.

(9/214)

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 327
فرع: إذا كانت الجناية على نفسه شبه عمد فوجهان (وإن نزل رجل بئرا، فخر عليه آخر، فمات الأول من سقطته، فعلى عاقلته ديته) أي: لأن الأول مات من سقطته، فيكون هو قاتله، فوجبت الدية على عاقلته، كما لو باشره بالقتل خطأ، وإن كان رمى بنفسه عليه عمداً، وهو مما يقتل غالباً، فعليه القصاص، وإلا فهو شبه عمد (وإن سقط ثالث، فمات الثاني به، فعلى عاقلته ديته) لأنه تلف من سقطته، فإن مات الثاني بوقوعه على الأول، فدم الثاني هدر، لأنه مات بفعله، وقد روي بن رباح اللخمي: أن رجلاً كان يقود أعمى فوقعا في

بئر: وقع الأعمى فوق البصير، فقتله فقضع عمر بعقل البصير على الأعمى، فكان الأعمى ينشد في الموسم في خلافة عمر:

(9/215)

يا أيها الناس رأيت منكرا هل يعقل الأعمى الصحيح المبصرا خرا معا كلاهما تكسرارواها لدارقطني، وقالها الزبير، و شريح، والنخعي، قال في «المغني»: لو قال قائل ليس على الأعمى ضمان البصير، لأنه لأن قاده إلى المكان الذي وقعا فيه، وكان سبب وقوعه عليه، ولذلك لو فعله قصدا، لم يضمنه بغير خلاف، وكان عليه ضمان الأعمى إلا أن يكون مجمعا عليه (وإن مات الأول من سقطتهما فديته على عاقلتهما) لأنه مات بوقوعهما عليه، ودية الثاني على الثالث، لأنه انفرد بالوقوع عليه فانفرد بديته (وإن كان الأول، جذب الثاني، وجذب الثاني الثالث، فلا شيء على الثالث) لأنه لا فعل له (وديته على الثاني في أحد الوجهين) قدمه في «المحرر» و«الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لأنه هو جذبه وباشره بذلك، والمباشرة تقطع حكم المتسبب كالحافر مع الدافع (وفي الوجه الثاني: على الأول والثاني نصفين) لأن الأول جذب الثاني الجاذب للثالث، فصار مشاركا للثاني في إتلافه، وقيل: بل عليهما ثلثاها، وبقيتها تقابل جذبته، فتسقط، أو تجب على عاقلته، وقيل: دمه كله هدر، اختاره في «المحرر» (ودية الثاني على الأول) لأنه هلك بجذبه، وقدم في «المحرر» وجزم به في «الوجيز»: أنها على الأول والثالث لمشاركته إياه، وقيل: بل عليهما ثلثاها، والباقي يقابل نفسه، وفيه وجهان، قال المجد: وعندى لا شيء منها على الأول، بل على الثالث كلها، أو نصفها، والباقي يقابل فعل نفسه، وقال بعض أصحابنا: يجب على الأول نصف ديته، ويهدر نصفها في مقابلة فعل نفسه، ويتخرج وجه، وهو وجوب نصف ديته على عاقلته لورثته، كما إذا رمى ثلاثة بمنجنيق، فقتل الحجر أحدهم، وإن كان الثالث جذب رابعا، فديته على الثالث فقط، وقيل: على الثلاثة.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 327

(9/216)

فرع: إذا لم يسقط بعضهم على بعض، بل ماتوا بسقوطهم، وفي «المغني»: أو وقع وشك في تأثيره، أو قتلهم في الحفرة أسد ولم يتجادبوا، فدماهم مهدرة (وإن كان الأول هلك من وقعة الثالث، احتل أن يكون ضمانه على الثاني) لأن هلاكه حصل بجذبه وجذب الثاني، وفعله ملغى كالمتصادمين، فتعين إضافة المتلف إلى الثاني (واحتل أن يكون نصفها على الثاني) لأن الهلاك حصل بفعله وفعل غيره (وفي نصفها الآخر وجهان) لأنه متسبب على جناية نفسه، وفي جناية الإنسان على نفسه الروايتان (وإن خر رجل في زبية أسد، فجذب آخر، وجذب الثاني ثالثا، وجذب الثالث رابعا فقتلهم الأسد، فالقياس أن دم الأول هدر) ذكره في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» و«الفروع» لأنه لا صنع لأحد في إلقائه (وعلى عاقلته دية الثاني) لأنه تسبب في قتله (وعلى عاقلة الثاني دية الثالث) لما ذكرناه (وعلى عاقلة الثالث دية الرابع) كذلك، ولا شيء

على الرابع، لأنه لم يفعل شيئاً (وفيه وجه آخر: أن دية الثالث على عاقلة الأول والثاني نصفين) لأن جذب الأول للثاني سبب في جذب الثالث كما لو قتلاه خطأ (ودية الرابع على عاقلة الثلاثة أثلاثاً) لأن جذب الثلاثة سبب إتلافه، وكذا لو تدافع وتزاحم عند الحفرة جماعة، فسقط منهم أربعة متجاذبين، وتسمى هذه المسألة مسألة الزبية (وروي عن علي أنه قضى للأول بربع الدية، وللثاني ثلثها، وللثالث بنصفها، وللرابع بكمالها على من حضرهم) روي عن الحسن بن علي بن قوما من أهل اليمن حفرُوا زبية للأسد، فاجتمع الناس على رأسها، فهوى فيها واحد، فجذب ثانياً، وجذب الثاني ثالثاً، وجذب الثالث رابعاً، فقتلهم الأسد، فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه، فقضى فيها بما ذكر، وقال: فإني أجعل الدية على من حضر رأس البئر (ثم رفع ذلك إلى النبي، فأجاز قضاءه) رواه سعيد بن منصور ثنا أبو عوانة وأبو الأحوس، عن سماك بن حرب، عن الحسن بن علي بن منصور، ورواه أحمد أيضاً (فذهب إليه أحمد توقيفاً) وفي رواية لأحمد: وجعل الدية على قبائل الذين ازدحموا،

(9/217)

أي: عواقلهم، وهو ظاهر في الثلث والنصف، وأما الربع فلا يتوجه حمل العاقلة لها، لكن ذكر بعض أهل العلم أن هذا الحديث لا يثبت أهل النقل، وأنه ضعيف، والقياس ما قلناه، فلا ينتقل عنه إلى ما لا يدري ثبوته ولا معناه، قاله في «المغني» و«الشرح».

تنبيه: نقل جماعة أن ستة تعاطوا في الفوات، فمات واحد، فرفع إلى علي، فشهد رجلان على ثلاثة، وثلاثة على اثنين، فقضى بخمس الدية على الثلاثة، وثلاثة أخماس الدية على الاثنين، ذكرها الخلال وصاحبه.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 327

(9/218)

وذكر ابن عقيل: إن نام على سطحه، فهوى سقفه من تحته على قوم، لزمه المكث، كما قاله المحققون فيمن ألقى في مركبه نار، ولا يضمن ما تلف بسقوطه، لأنه ملجأ، لم يتسبب، وإن تلف شيء بدوام مكثه، أو بانتقاله ضمنه، واختار في التائب العاجز عن مفارقة المعصية في الحال، أو العاجز عن إزالة أثرها كمتوسط المكان المغمصوب، ومتوسط الجرحى: تصح توبته مع العزم والندم، وأنه ليس عاصياً بخروجه من العصب (ومن اضطر إلى طعام إنسان أو شرايه، وليس به مثل ضرورته، فمنعه حتى مات، ضمنه، نص عليه) لما روي أن رجلاً أتى أهل أبيات، فاستسقاها، فلم يسقوه حتى مات، فأغرمهم عمر رضي الله عنه الدية، حكاه أحمد في رواية ابن منصور، وقال: أقول به، قال القاضي وأبو الخطاب في رؤوس مسائله: ولم يعرف له مخالف، ولأنه تسبب إلى هلاكه بمنعه ما يستحقه، فضمنه كما لو منعه طعامه حتى هلك، وكأخذه ذلك لغيره، وهو عاجز، فيتلف، أو دابته، وظاهر كلام أحمد: أن الدية تجب على مانع الطعام، لأنه تعمد الفعل الذي يقتل مثله غالباً، وقال القاضي: هو على عاقلته، لأنه قتل لا يوجب القصاص، فيكون شبه عمد، وشرطه: الطلب من مالكه،

صرح به في «الفروع» وغيره، فعلى هذا: إن لم يطلبه فلا ضمان عليه، لأنه لم يتسبب إلى هلاكه، وظاهره: أنه إذا كان به مثل ضرورته، فطلب منه، فمنعه، فمات، لم يضمنه، لأنه لا يجب عليه بذل طعامه في هذا الحال، ومثل الأول: لو أخذ منه ترسا يدفع به عن نفسه ضربا، ذكره في «الانتصار» (وخرج عليها أبو الخطاب) وحكاه في «المستوعب» عن الأصحاب (كل من أمكنه إنجاء إنسان من مهلكة، فلم يفعل) حتى هلك أنه يلزمه ديته لاشتراكهما في القدرة على سلامته وخلاصه من الموت، قال في «الفروع»: وخرج الأصحاب ضمانه على المسألة الأولى، فدل أنه مع الطلب، وفرق المؤلف، فقال: (وليس ذلك مثله) لأنه هنا لم يتسبب إلى هلاكه، فلم يضمنه بخلاف التي قبلها، فلا يصح القياس، فدل أن كلامهم عنده، ولو لم يطلبه، فإن كان مرادهم،

(9/219)

فالفرق ظاهر، نقل محمد بن يحيى فيمن مات فرسه في غزاة: لم يلزم من معه فضل حملة، نقل أبو طالب: يذكر الناس، فإن حملوه، وإلا مضى معهم. (ومن أفرع إنسانا) أو ضربه (فأحدث بغائط، فعليه ثلث ديته) قضى بذلك عثمان، قال أحمد: لا أعلم شيئا يدفعه، وهو قول إسحاق، لأنه فعل تعدى فيه، اقتضى خروج الحدث، فتعلق به الضمان، كما لو استكره امرأة فأفضاها، فاستطلق الحدث.

قال ابن عقيل: إنما ذهب إلى قضية عثمان بذلك، ولم يخالفه أحد، فدل على التوقيف، لأنه لا يقتضيه القياس، وظاهره: أنه إذا أحدث بغير الغائط، لا شيء فيه، والمذهب أن البول كذلك، وصرح بهما، وزاد القاضي: والريح، وفرق في «الشرح» بين الريح وغيره، فإنهما أفحش منه (وعنه: لا شيء عليه) جزم به في «الوجيز» وغيره، وهو قول أكثر العلماء، لأن الدية تجب لإزالة منفعة، أو عضو، أو آلة جمال، وليس هنا شيء من ذلك، قال في «الشرح»: وهذا هو القياس، والمراد ما لم يدم، قال ابن عقيل وغيره: إن دام فثلث دية.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 327

فروع: إذا وطىء أجنبية كبيرة مطاوعة، ولا شبهة، أو امرأته، ومثلها توطأ لمثله، فأفضاها بين مخرج البول والمني، أو بين السبيلين، فهدر لعدم تصور الزيادة، وهو حق له، أي: له طلبه عند الحاكم بخلاف أجير مشترك.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 327

فصل

(ومن أدب ولده، أو امرأته في النشور، أو المعلم صبيه، أو السلطان رعيته، ولم يسرف) أي: فوق الضرب المعتاد (فأفضى إلى تلفه، لم يضمنه) لأنه أدب مأذون فيه شرعا، فلم يضمن ما تلف به كالحمد، فعلى هذا: أن أسرف أو زاد على المقصود، أو ضرب من لا عقل له من صبي وغيره، ضمن (ويخرج وجوب الضمان) وهو قول في المذهب، قال ابن حمدان: ولا يسقط بإذن أبيه، وهل يسقط بإذن سيده؟ على وجهين.

(9/220)

وقيل: إن أدب ولده، فقلع عينه، ففي ضمانها وجهان (على ما قاله) أي: الإمام أحمد (فيما إذا أرسل السلطان إلى امرأة ليحضرها، فأجهضت) قال أهل اللغة: أجهضت الناقة: ألقت ولدها قبل تمامه، ثم استعمل الإجهاض في غير الناقة (جنينها، أو ماتت، فعلى عاقلته الدية) أما ضمان الجنين، فلما روي أن عمر بعث إلى امرأة مغيبة، كان يدخل عليها، فقالت: يا ويلها ما لها ولعمر؟! فبينما هي في الطريق، إذ فزعت، فضربها الطلق، فألقت ولداً، فصاح الصبي صيحتين، ثم مات فاستشار عمر الصحابة، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدب، وصمتعلي، فأقبل عليه عمر، فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم، فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك، فلم ينصحوا لك، إن ديتك عليك، لأنك أفرعتها، فألقته، فقال عمر: أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك، وأما المرأة فلأنها نفس هلكت بإرسال السلطان إليها، فضمنها كجنينها، أو نفس هلكت بسببه، فوجب أن تضمن كما لو ضربها فماتت، وقيل: هدر، لأنه ليس بسبب عادة وجوابه بأنه بسبب عادي بخلاف الضربة والضربتين فإنه ليس سببا للهلاك في العادة. تنبيه: إذا أدب حاملاً فأسقطت جنينا، ضمن، وكذا إن شربت الحامل دواء لمرض، فأسقطته، فأما إن طلب السلطان امرأة لكشف حق لله من حد أو تعزير، أو استعدادي عليها رجل بالشرطة في دعوى له، فأسقطت، ضمنه السلطان في الأولى، والمستعدي في الثانية، نص عليهما، كقطع لم يأذن سيد فيها، وإن ماتت فزعا فوجهان، وفي «المغني» و«الشرح»: إن استعدى إنسان على امرأة، فألقت جنينها، أو ماتت فزعا، فعلى عاقلة المستعدي الضمان، إن كان ظالما لها، وإن كانت هي الظالمة، فأحضرها عند الحاكم، فينبغي ألا يضمنها، وإن زنى بامرأة مكرهة، فأحبلها، وماتت من الولادة، ضمنها، لأنها تلفت بسبب تعديه.

(9/221)

فائدة: قال في «الفنون» إن شمت حامل ربح طبيخ، فاضطرب جنينها، فماتت، أو ماتت، فقال حنبلي و شافعيان: إن لم يعلموا بها، فلا إثم ولا ضمان، وإن علموا - وكان عادة مستمرة الرائحة تقتل - احتمل الضمان، أو الإضرار، واحتمل: لا لعدم تضرر بعض النساء، وكريح الدخان يتضرر بها صاحب السعال وضيق النفس، قال في «الفروع»: والفرق واضح (وإن سلم ولده إلى السابح) الحاذق (ليعلمه، فغرق، لم يضمنه) في الأصح، قال للقاضي: هو قياس المذهب، لأنه فعل ما جرت العادة به لمصلحته كضرب المعلم الصبي الضرب المعتاد، وكذا لو سلم بالغ عاقل نفسه (ويحتمل أن تضمنه العاقلة) قدمه في «الشرح» وغيره، لأنه سلمه إليه ليحتاط في حفظه، فإذا غرق، فقد نسب إلى التفريط في حفظه.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 341

فرع: إذا قال له: سبح عبدي هذا، فسبحه، ثم رقاها، ثم عاد وحده يسبح فغرق، فهدر، وإن استؤجر ليسبحه ويعلمه، ومثله لا يغرق غالبا. وإن استؤجر لحفظه، ضمنه إن غفل عنه، أو لم يشد ما يسبحه عليه شدا جيدا، أو جعله في ماء كثير جار، أو واقف لا يحمل، أو عميق معروف بالغرق، قاله في «الرعاية» (وإن أمر عاقلاً ينزل بثراً، أو يصعد شجرة، فهلك بذلك لم

يضمنه) لأنه لم يجن، ولم يتعد، أشبه ما لو أذن له، ولم يأمره، وكاستئجاره قبضه الأجرة أو لا(إلا أن يكون الأمر السلطان، فهل يضمنه؟ على وجهين) أحدهما: لا ضمان جزم به في «الوجيز» وهو ظاهر ما قدموه كغيره.

(9/222)

والثاني: يضمنه، واختارها القاضيفي «المجرد» وهو من خطأ الإمام، ولأنه يخاف منه إذا خالفه، وهو مأمور بطاعته، وظاهره: أنه إذا كان المأمور صغيراً لا يميز، قاله في «المغني» و«الشرح» وذكر الأكثر - منهم: صاحب «الترغيب» و«الرعاية» - غير مكلف، ضمنه، لأنه تسبب إلى إتلافه، قال في «الفروع»: ولعل مراد الشيخ ما جرى به عرف وعادة، كقرابة وصحة وتعليم ونحوه، فهذا متجه، وإلا ضمنه، وقد كان ابن عباس يلعب مع الصبيان، فبعثه النبي إلى معاوية، رواه مسلم.

قال في شرحه: لا يقال: هذا تصرف في منفعة الصبي، لأنه قدر يسير، ورد الشرع بالمسامحة به للحاجة، واطرد به العرف وعمل المسلمين (وإن وضع جرة على سطحه) أو حائط، وعبارة «الفروع»: وإن وضع شيئاً على علو، فهي أجود، وفيه شيء (فرمتها الريح على إنسان، فتلف، لم يضمنه) على المذهب، لأن ذلك بغير فعله، ووضع ذلك كان في ملكه، وقيل: يضمن إذا وضعها متطرفة، جزم به في «الوجيز» لأنه تسبب إلى إلقاءها، وتعدى بوضعها، أشبه ما لو بنى حائطاً مائلاً، ولو تدحرج فدفعه عن نفسه، لم يضمن، ذكره في «الانتصار» وفي «الترغيب» وجهان، وإنهما في بهيمة حالت بين مضطر وطعامه لا تندفع إلا بقتلها مع أنه يجوز. مسألة: من نزل بئراً في محل عدواناً، أو سقط فيه، فسقط فوقه آخر، فماتا، ضمنها عاقلة الحافر، وقيل: بل هو، وقيل: على عاقلة الثاني نصف دية الأول، ويرجع به على عاقلة الحافر، والله أعلم. رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 341

(9/223)

باب مقادير ديات النفس

المقادير واحدها مقدار، وهو مبلغ الشيء وقدره (دية الحر المسلم مئة من الإبل، أو مئتا بقرة، أو ألف شاة، أو ألف مثقال) ذهباً (أو اثنا عشر ألف درهم) قال القاضيفي: لا يختلف المذهب أن أصول الدية الإبل، والبقر، والغنم والذهب والورق، وهو قول الفقهاء السبعة وغيرهم، لما في كتاب عمر ابن حزمأن النبي كتب إلى أهل اليمن: «وإن في النفس المؤمنة مائة من الإبل، وعلى أهل الورق ألف دينار» رواه النسائي. وعن عكرمة عن ابن عباس أن رجلاً قتل، فجعل النبي دية اثني عشر ألفاً، رواه أبو داود والترمذي، وروي عن عكرمة مرسلاً، وهو أصح وأشهر. وعن عطاء عن جابر قال: «فرض رسول الله في الدية على أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة» رواه أبو داود، وعن عمرو بن

شعيبناييه، عن جده قال: «قضى رسول الله أن من كان عقله في البقر مائتي بقرة، ومن كان عقله في الشاء ألفي شاة» رواها أحمد، وأبو داود، والنسائي (فهذه الخمس أصول في الدية، إذا حضر من عليه الدية شيئاً منها، لزم قبوله) بغير خلاف، سواء كان من أهل ذلك النوع، أو لم يكن، لأنها أصول في قضاء الواجب، يجرىء واحد منها، فكانت الخيرة إلي من وجبت عليه كخصال الكفارة (وفي الحلل روايتان: إحداهما: ليست أصلاً في الدية) وهو ظاهر كلام الأصحاب، وجزم به في «الوجيز» للأخبار، ولأنها تختلف ولا تنضب (وفي الأخرى: أنها أصل) نصرها القاضيو أصحابه، وقدمها في «الرعاية» وصحها السامري لحديث عمر وعلي: «أهل الحلل مائتا حلة» رواها أبو داود فعلى هذه: تكون الأصول ستة (وقدرها مائتا حلة من حلل اليمن) لأنها تنسب إليه (كل حلة بردان) لأن ذلك هو المتعارف إزار ورداء، وفي المذهب: جديدان من جنس، قال الخطابي: الحلة ثوبان إزار ورداء، ولا تسمى حلة حتى تكون جديدة، تحل عن طيها، ولم يقل من جنس (وعنه: أن الإبل هي الأصل خاصة) لقول رسول الله: «في قتل السوط والعصا مائة من الإبل» ولأنه فرق بين دية العمد والخطأ، فغلظ بعضها، وخفف

(9/224)

بعضها، ولا يتحقق هذا في غير الإبل (و) على (هذه) بقية ما ذكر (أبدل عنها) أشبه المتيمم إذا عدم الماء، لأن ذلك أقل ما تحمل الأحاديث عليه، فعلى من عليه الدية تسليمها إلى مستحقها سليمة من العيوب، ومن أراد العدول عنها إلى غيرها، فلآخر منعه، لأن الحق متعين فيها، فاستحقت كالمثل في المثليات المتلفة، فإن تعذرت، قال جماعة: أو زاد ثمنها، انتقل إلى الباقي (فإن قدر على الإبل) لزمه إخراجها، لأن الحق متعين فيها (وإلا انتقل إليها) وهذه الرواية اقتصر عليها الخرقويهي أصح من حيث الدليل (فإن كان القتل عمداً، أو شبه عمد، وجبت أرباعاً: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة) قدمه في «المحرر» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» وذكرها الخرقوي، وهو قول أكثر العلماء، رواها سعيد عن أبي عوانة، عن منصور، عن إبراهيم، عن ابن مسعود، ورواها الزهري عن السائب بن زيد مرفوعاً، ولأنه حق يتعلق بجنس الحيوان، فلا يعتبر فيه الحمل كالزكاة والأضحية (وعنه: أنها ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه) نصره في «الانتصار» (في بطونها أولادها) لما روي عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده أن النبي قال: «من قتل متعمداً، رفع إلى أولياء المقتول، فإن شاؤوا، قتلوا، وإن شاؤوا أخذوا الدية، وهي ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه، وما صولحوا عليه، فهو لهم» رواها الترمذي، وقال: حسن غريب، ورواه سعيد عن هشيم بن أسما عيل بن أبي خالد، عن الشعبي، عن يزيد بن ثابت، ورواه أيضاً عن هشيم بن أسما عن المغيرة بن عمرو، عن أبي موسى الأشعري، والمغيرة ابن شعبة أنها كذلك، ورواهما الكنعمر. وفي حديث عبد الله بن عمر مرفوعاً: منها أربعون خلفه في بطونها أولادها» رواها أحمد وأبو داود، ويتوجه تخريج من حمل العاقلة كخطأ، وفي «الروضة»: رواية العمد أثلاثاً، وشبهه أرباعاً (وهل يعتبر) في الخلفات (كونها ثانياً؟ على وجهين) - كذا

في «المحرر» - أحدهما: لايعتبر، ذكره القاضي، وهو الأشهر، لأنه عليه السلام أطلق الخلفات،

(9/225)

ولم يقيدها، فاعتبار السن تقييد لا يصار إليه إلا بدليل.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 345
والثاني: يعتبر، لقوله في الحديث: «من ثنية إلى بازل عامها» رواها أحمد وأبو داود. ولأن سائر الأنواع مقدره بالسن، فكذا الخلفات، وقيل: إنما يجزىء منها ما بين ثنية، وهي ما لها خمس سنين، وبازل عام وهو ماله لسبع سنين وقلما تحمل الأثنية.
لاحقه: لو أحضرها خلفه، فأسقطت قبل وضعها، فعليه بدلها، فإن اختلفا في حملها، رجع إلى أهل الخبرة، فإن تسلمها الولي بقولهم، ثم قال: لم تكن حاملاً، قبل قول الجاني (وإن كانت خطأ، وجبت أخماساً: عشرون بنت مخاض، وعشرون ابن مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون حقة وعشرون جذعة) لا يختلف المذهب في ذلك، وقاله جمهور العلماء لما روى الحجاج بن أرطاة، عن يزيد بن جبير، عن ابن مالك الطائي، عن ابن مسعود مرفوعاً كذلك، رواها أحمد، وأبو داود، والنسائي، وابن ماجه، وقال في إسناده عن الحجاج، ثنا يزيد بن جبير، والترمذي، وقال: لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، ورواها الدارقطني، وقال هذا حديث غير ثابت (ويؤخذ من البقر النصف مسنات، والنصف أتبعه) لأن ذلك هو العدل، لأنه لو أخذ الكل مسنات لكان فيه إجحاف على الجاني، وبالعكس فيه تحامل على المجني عليه، وفي الخطأ يؤخذ معهما سن ثالث من أسنان الزكاة على وجه التخفيف، وسن خامس لا يؤخذ في الزكاة، وهو ابن مخاض ويجب أن يكون ذكراً من أسنان الزكاة المذكورة، كما جعل ابن مخاض عوض بنت مخاض (وفي الغنم النصف ثانياً، والنصف أجدعة) لما ذكرنا، ولأن دية الإبل من الأسنان المقدره في الزكاة، فكذلك البقر والغنم، قال في «الفروع»: ويتوجه ألا يكونا مناصفة (ولا تعتبر القيمة في شيء من ذلك، إذا كان سليماً من العيوب) المذهب أنه لا تعتبر قيمة الإبل، بل متى وجدت على الصفة المشروطة، وجب أخذها، سواء قلت قيمتها، أو كثرت، نصره في «المغني» و«الشرح» وقدمه معظم الأصحاب، لأنه - عليه السلام - أطلقها،

(9/226)

فتقييدها بالقيمة يخالف ظاهر الخبر، ولأنه خالف بين أسنان دية العمد والخطأ تخفيفاً كدية الخطأ عن دية العمد، واعتبارها بقيمة واحدة تسوية بينهما، وإزالة التخفيف المشروع، وفي «الرعاية»: لا يجزىء مريض، ولا عجيف، ولا معيب، ولا دون دية الأثمان على الأصح فيها من إبل وبقر، وغنم، وحلل (وقال أبو الخطاب: يعتبر أن تكون قيمة كل بغير مائة وعشرون درهماً) ذكره بعض أصحابنا مذهباً أحمد، لأن عمر قوم الإبل على أهل الذهب بألف مثقال، وعلى أهل الورق باثني عشر ألف درهم، رواه سعيد، ثنا هشيم، أنا يونس عن الحسن، ولأنها إبدال محل واحد، فوجب أن تستوي قيمتها كالمثلي والقيمي من المتلفات (فظاهر

هذا أنه يعتبر في الأصول كلها أن تبلغ دية الأثمان) و اختارها القاضيو أصحابه، لأنه إذا اعتبرت القيمة في الإبل، وهي أصل رواية واحدة، فكذلك تعتبر القيمة في غيرها (والأول أولى) لأن تقويم عمر لأجل أخذ الدراهم عوضاً عن الإبل، وذلك لا نزاع فيه، لأن الإبل كانت تؤخذ على عهده عليه السلام، وقيمتها ثمانية آلاف، ثم قومها عمر لغلائها باثني عشر ألفاً، وهو يدل على أنها في حال رخصها أقل قيمة من ذلك، فكانت تؤخذ على عهده عليه السلام وأبي بكر وصدرا من خلافة عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين، وإذا لم تعتبر القيمة في الإبل، فلا تعتبر فيما سواها قياساً عليها، ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس إبله، وقال القاضي الواجب عليه أن تكون من جنس إبله سواء كان القاتل أو العاقلة، فإن لم تكن له إبل، فمن غالب إبل بلده، فإن لم يكن فيها إبل، وجب من غالب إبل أقرب البلاد إليه، فإن كانت إبله عجافاً أو مراضاً، كلف تحصيل صحاح من جنس ما عنده، لأنه بدل متلف، فلا يؤخذ منها معيب كقيمة المتلف، والبقر والغنم كذلك (ويؤخذ في الحل المتعارف) لأن ما لم يكن له حد في الشرع، فيرجع فيه إلى العرف كالقبض والحرز (فإن تنازعا فيها، جعلت قيمة كل حلة ستين درهماً) لأن الأصل تساوي الأبدال، وتبلغ قيمة الجميع

(9/227)

اثني عشر ألف درهم.
فرع: تغلظ دية طرف كقتل، ولا تغلظ في غير إبل.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 345
فصل

(ودية المرأة نصف دية الرجل) إجماعاً، حكاه ابن المنذروا بن عبد البر لما روى عمرو بن حزم أن النبي قال في كتابه: «دية المرأة نصف دية الرجل» لكن حكى عن ابن علية والأصم: أن ديتها كدية الرجل لقوله عليه السلام: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل» وهو قول شاذ يخالف إجماع الصحابة مع أنهما في كتاب واحد، فيكون الأول مفسراً ومخصصاً له (وتساوي جراحها جراحه إلى ثلث الدية) لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده أن النبي قال: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى تبلغ الثلث من ديتها» رواها النسائي والدارقطني من رواية اسماعيل بن عياش عن ابن جريح (فإذا زادت، صارت على النصف) وهو قول عمر، ورواه سعيد ثنا هشيم، أنا الشيباني، وابن أبي ليلى، وزكريا، عن الشعبي، عن زيد لما روى ربيعة: قلت لسعيد بن المسيب: كم في اصبع المرأة؟ قال: عشرة من الإبل، قلت: ففي اصبعين؟ قال: عشرون، قلت: في ثلاث أصابع؟ قال: ثلاثون، قلت: ففي أربع أصابع؟ قال: عشرون، قلت: لما عظمت مصيبتها قل عقلها، قال: هكذا السنة يا ابن أخي، وظاهره: أن من جاوز السبع أنه مقبول، وهو كذلك، وقال ابن حمدان: الغرة من له سبع سنين إلى عشر، وظاهر الخرفي، أن سننها غير مقدر، وبالجملة: البالغ أكمل من الصغير وأقدر على التصرف وأنفع في الخدمة (وإن كان الجنين مملوكاً، ففيه عشر قيمة أمه) هذا هو المذهب، لأنه جنين آدمية، فوجب فيه عشر دية أمه كجنين الحرة، ولأنه جزء منها، فقدر بدله من قيمتها كسائر أعضائها، ونقل حرب: الواجب فيه نصف عشر قيمة أمه، ولا يحمل عليه الواجب هنا، لأن الرقيق الواجب قيمته بخلاف الحر، وتعتبر القيمة نقداً يوم الجناية كموضحتها إذا ساوتها حربة ورقاً،

وإلا فبالحساب إلا أن يكون دين أبيه، أو هو أعلى منها دية، فيجب عشر ديتها لو كانت على ذلك الدين (ذكرنا كان أو أنثى) لأن حكمه كذلك إذا

(9/228)

كان حرا، فكذا إذا كان رقيقا، ونص المؤلف على ذلك إشارة منه إلى خلافاي حنيفة، فإن قال: يجب فيه نصف عشر قيمته إن كان ذكرا، أو عشر قيمته إن كان أنثى، لأنه متلف، فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه، وجوابه: أنه جنين خالف سائر المتلفات في عدم اعتبار قيمة جميعه، فوجب اعتباره بأمه، ولأنه مات من الجناية في بطن أمه، فلم يختلف ضمانه بهما كجنين الحرة. فرع: جنين المعتق بعضها يجب بالحساب، فإذا كان نصفها حرا، فنصفه حر، فيه نصف غرة لورثته، وفي النصف الباقي نصف عشر قيمة أمه لسيدته. رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 350

(9/229)

(وإن ضرب بطن أمة، فعتقت) أو أعتق جنينها قبل الجناية أو بعدها (ثم اسقطت الجنين، ففيه غرة) قدمه في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» لأنه سقط حرا، والعبرة بحال السقوط، لأن قبل ذلك لا يحكم فيه بشيء، وعنه: بضمان جنين مملوك، نقلها حرب وابن منصور، وعنه: إن سبق العتق الجناية ضمن بالغرة، وإلا فبضمان الرقيق، ونقل حرب: التوقف، وحكى في «الفروع» الخلاف، ولم يرجع شيئا، فإن ألقته حيا، فالدية كاملة مع سبق العتق الجناية، وإلا ففيه الروايتان في الرقيق يجرح ثم يعتق (وإن كان الجنين محكوما بكفره، ففيه غرة قيمتها) عشر دية أمه (لأن جنين الحرة المسلمة مضمون بعشر دية أمه، فكذا جنين الكافرة) (وإن كان أحد أبويه كتابيا، والآخر مجوسيا، اعتبر أكثرهما) أي: أكثر الأمرين من عشر دية أمه، أو نصف عشر دية أبيه، لأن ذلك ضمان متلف، فغلب فيه الأكثر تغليظا على الجاني، ولأنه لو اجتمع في المتلف ما يجب ضمانه وعكسه، غلب الوجوب كالمحرم إذا قتل متولدا بين وحشي وأهلي، والحاصل: أنها تؤخذ غرة قيمتها عشر الدية، ولا فرق فيها بين الذكر والأنثى، لأن السنة لم تفرق بينهما فلو كان بين كتابيين، فأسلم أحدهما بعد الضرب قبل الوضع، ففيه غرة في ظاهر كلامه، وقالها بن حامد والقاضي اعتبارا بحال استقرار الجناية، وقال أبو بكر وأبو الخطاب: فيه عشر دية كتابية اعتبارا بحال الجناية (وإن سقط الجنين حيا، ثم مات، ففيه دية حر، إن كان حرا) لأنه حر مات بجنائة، أشبه ما لو باشره بالقتل، وقد حكاه ابن المنذر اجماعا، وعن أحمد، لا يثبت هذا الحكم إلا إذا استهل، روي عن عمر، وابن عباس، والحسن بن علي، والأول نصره في «المغني» و«الشرح» لأن الارتضاع ونحوه أدل على الحياة من الاستهلال، فأما بمجرد الحركة فلا (أو قيمته إن كان عبدا) لأن القيمة في العبد بمنزلة الدية في الحر (إذا كان سقوطه لوقت يعيش في مثله) لأنه إذا لم يكن كذلك، لا يعلم فيه حياة يجوز بقاؤها، فلم تجب فيه دية ولا قيمة، كما لو سقط

(9/230)

ميتا (وهو أن تضعه لسته أشهر فصاعدا) لأن من ولد قبل ذلك، لم تجز العادة ببقائه، وفيه شيء، فإن من ولد لثمانية أشهر، لم يعيش إلا ما كان من مريم وابنها عليهما السلام (وإلا فحكمه حكم الميت) قال في «الروضة» وغيرها: كحياة مذبوح، فإنه لا حكم لها، وحينئذ تجب فيه غرة، لأنه لم تعلم حياته (وإن اختلفا في حياته، ولا بينة، ففي أيهما يقدم قوله وجهان) كذا أطلقهما في «المحرر» و«الفروع» أحدهما - وقدمه في «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» - يقدم قول الجاني، لأن الأصل براءة ذمته.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 350

والثاني: يقدم قول الولي، لأن الأصل حياته كحياته في بطن أمه، والأصل بقاءه، ومقتضاه: أنه إذا كان ثم بينة، عمل بها لأنها تظهر الحق، وتثبته. أصل: الغرة والدية يرثهما كأنه سقط حيا، ولا يرث قاتل ولا رقيق، فترث عصابة سيد قاتل جنين أمته، وفي «الروضة» هنا: إن شرط زوج الأمة حرية الولد، كان حرا وإلا عبدا، وعلى المذهب: لو شربت الحامل دواء، فألقت جنينا ميتا، فعليها غرة، هو لورثتها دونها، لأنها قاتلة، وعليها عتق رقبة.

فرع: يجب في جنين دابة ما نقص، نص عليه.

وهو قول عامة العلماء، وقال أبو بكر: كجنين أمة، أي: عشر قيمة أمه، وجوابه: أن البهيمة إنما يجب بالجناية عليها قدر نقصها، فكذا في جنينها.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 350

فصل

(9/231)

(ذكر أصحابنا أن القتل) إذا كان خطأ، وقال القاضي: قياس المذهب: أو عمدا، جزم به جماعة، قال في «الانتصار»: كما يجب بوطء صائمة محرمة كفارتان، ثم قال: تغلظ إذا كان موجبه الدية، وفي «المفردات»: تغلظ عندنا في الجميع، ثم دية الخطأ لا تغليظ فيها، وفي «المغني» و«الترغيب»: وطرف (تغلظ ديته بالحرم والإحرام، والأشهر الحرم) نقله فيها الجماعة (والرحم المحرم) اختارها أبو بكر والقاضي وأصحابه، ولم يقيد في «التبصرة» و«الطريق الأقرب» وغيرهما الرحم بالمحرم كالعتق، وظاهر كلام أحمد أنها لا تغلظ بالرحم، وقدمه في «المحرر» (في زاد لكل واحد ثلث الدية) لما روي أن امرأة وطئت في طواف، فقضعتمان فيها بستة آلاف وألفين تغليظا للحرم، وعنان عمر أنه قال: من قتل في الحرم، أو ذا رحم، أو في الشهر الحرام فعليه دية وثلث.

وعنان عباسان رجلاً قتل رجلاً في الشهر الحرام، وفي البلد الحرام، فقال: ديته اثنا عشر ألفا، وللشهر الحرام أربعة آلاف، وللبلد الحرام أربعة آلاف، وهو قول التابعين القائلين بالتغليظ، واحتجوا بقول ابن عمر (فإذا اجتمعت الحرمات الأربع، وجب ديتان وثلث) لأن القتل يجب به دية، وقد تكرر التغليظ أربع مرات، فكان كذلك.

(9/232)

فائدة: قال بعض أصحابنا: حرم المدينة كمكة، وفي «الترغيب»: يخرج روايتان، وقيل: التخليط بدية عمد، وقيل: بديتين، وفي «المبهج»: أن لم يقتل بأبويه، ففي لزومه ديتان، أم دية وثلاث؟ روايتان (وظاهر كلام الخرقى) واختاره المؤلف ونصره في «الشرح» وذكرها بن رزين الأظهر، وهو قول الفقهاء السبعة، وعمر بن عبد العزيز (أنها لا تغلظ بذلك) كجنيين وعبد (وهو ظاهر الآية) وهو قوله تعالى: {ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله} (النساء: 29) وهذا يقتضي أن تكون الدية واحدة في كل مكان، وعلى كل حال (والأخبار) منها قوله عليه السلام: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل، وعلى أهل الذهب ألف مثقال» ورواها الجوزجاني عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء، فكان مما أحيا من تلك السنن، أي: أنه لا تغليظ. قال ابن المنذر: ليس بثابت ما روي عن الصحابة في هذا، ولو صح، ففعل عمر في حديث قتادة أولى، فيقدم على من خالفه، وهو أصح في الرواية مع موافقة الكتاب والسنة والقياس. (وإن قتل مسلم) وقدم في «الانتصار»: أو كافر، وجعله ظاهر كلامه (كافراً) سواء كان كتابياً أو غيره حيث حقن دمه (عمداً، أضعفت الدية) نص عليه (لإزالة القود) لأن المسلم لا يقتل بكافر، ولأن القود شرع زجراً عن تعاطيه (كما حكم عثمان رضي الله عنه) رواها أحمد عن عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري عن سالم عن أبيه: أن رجلاً قتل رجلاً من أهل الذمة، فرفع إلى عثمان، فلم يقتله، وغلظ الدية ألف دينار/ فذهب إليها أحمد، وله نظائر، منها: الأعور إذا قلع عين صحيح، تجب دية كاملة حيث لا قصاص. رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 352

(9/233)

ومنها: أن سارق الثمر يلزمه مثلاً قيمته حيث لا قطع، ومذهب الجماهير من العلماء أن دية الذمي في العمد والخطأ واحد للعموم، وكما لو قتل حر عبداً عمداً، لأنه بدل متلف، فلم تتضاعف كسائر الأموال، وعلى الأول: يودي المجوسي بألف وستمائة، والكتابي بثلاثي دية المسلم، إن قلنا: ديته ثلاثها، نص عليه. ونقل ابن هانئ: أنها تغلظ بثلاث. رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 352

فصل
(وإن جنى العبد خطأ، فسيده بالخيار بين فدائه بالأقل من قيمته، أو أرش جنايته، أو تسليمه لبيع في الجناية) إذا جنى رقيق خطأ أو عمداً، لا قود فيه، أو فيه قود، واختير فيه المال، أو أتلف مالاً وجب اعتبار جنايته، لأن جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليف، فالعبد أولى، ولا يمكن تعليقها بذمته، لأنه يقضي إلى إلغائها، أو تأخير حق المجني عليه إلى غير غاية، ولا بذمة السيد، لأنه لم يكن، فتعين تعليقها برقبة العبد كالقصاص، والمذهب أن سيده بالخيار بين فدائه، لأنه إذا فدى عبده بقيمته، فقد ادعى عوض المحل الذي تعلق به الجناية، أو بيعه في الجناية، لأنه دفع المحل الذي تعلق به الجناية، والمذهب أنه يلزمه في الفداء الأقل من قيمته، أو أرش جنايته، لأنه إذا فداه بقيمته، أدى قدر الواجب، لأن حق المجني عليه لا يتعلق بغير رقبة الجاني، وإذا فداه بأرش جنايته، فهو الذي وجب للمجني عليه، فلم يملك مطالبته بأكثر منها،

وعليه: لو أعتقه بعد علمه بالجناية، لزمه جميع أرشها بخلاف ما إذا لم يعلم، نقلها بن منصور، وعنه: يفديه أو يسلمه فيها، وعنه: يخير بينهن، وعنه: فيما فيه الفود خاصة يلزمه فداؤه بجميع قيمته (وعنه: إن أبى تسليمه، فعليه فداؤه بأرش الجناية كله) لأنه إذا عرض للبيع، ربما رغب فيه رغب بأكثر من قيمته، فإذا أمسكه فوت على المجني عليه ذلك (وإن سلمه، فأبى ولي الجناية قبوله، وقال: بعه أنت، فهل يلزمه ذلك؟ على روايتين) أظهرهما: لا يلزمه،

(9/234)

قالها بن هبيرة، وقاله أكثر العلماء، لأن حق المجني عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة، وقد سلمها، وبيعه الحاكم بغير إذن، وله التصرف فيه بعق وغيره، وقيل: بإذن. والثانية: يلزمه، صححها في «الرعاية» لأن الجناية تقتضي وجوب أرشها، وأرشها هو قيمة العبد. فرع: إذا مات العبد الجاني، أو هرب قبل مطالبة سيده بتسليمه أو بعده، ولم يمنع منه، فلا شيء عليه، فلو جنى ففداه، ثم جنى، فحكمها كالأولى، ولا يرجع الثاني على الأول بشيء، ومحله ما لم يكن بإذن سيده أو أمره، فإن كان فضمانها عليه بالغة ما بلغت رواية واحدة (وإن جنى عمدا، فعفا الولي عن القصاص على رقبته، فهل يملكه بغير رضی السيد؟ على روايتين) أظهرهما عنه: لا يملكه، لأنه إذا لم يملكه بالجناية، فلأن لا يملكه بالعفو أولى، ولأنه إذا عفى عن القصاص، انتقل حقه إلى المال، فصار كالجناية الموجبة للمال. رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 353

(9/235)

والثانية: يملكه، قدمها في «الرعاية» لأنه مملوك، استحق إتلافه، فاستحق إبقاءه على ملكه كعبد الجاني عليه، فعلى هذه: إن عفا عنه على رقبته، وقيمته فوق الأرش، وقلنا: يجب أحد شيئين، تعيين الأرش، ولو قال: عفوت عنه، وهو حر، عتق، ولا دية، وإن قلنا: لا يملك فلا قود ولا دية، وهو ملك سيده، وذكر ابن عقيلو «الوسيلة» رواية: يملكه بجناية عمد، ولو قتله، ورقه، وعتقه، وينبني عليه لو وطئ الأمة، ونقل منها: لا شيء عليه، وهي له وولدها (وإن جنى على اثنين خطأ، اشتركا فيه بالحصص) نص عليه، سواء جنى عليهم في وقت أو أوقات، لأنهم تساوا في سبب تعلق به الحق، فتساوا في الاستحقاق، كما لو جنى عليهم دفعة واحدة، بل لو قدم بعضهم كان الأول أولى، لأن حقه أسبق، وقال ابن حمدان: يقاد بالكل اكتفاء كما لو جنى عليهم معا، ويحتمل أن يقاد بالأول، أو يؤخذ حقه بالقرعة مطلقا، وبدخل بالقتل حق من بقي لفوت محله إن علق بالعين (فإن عفا أحدهما، أو مات المجني عليه، فعفا بعض ورثته، فهل يتعلق حق الباقيين بجميع العبد أو بحصتهم منه؟ على وجهين) أحدهما يتعلق بجميع العبد، قدمه في «المحرر» و«الرعاية» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأن سبب استحقاقه موجود، وإنما امتنع ذلك لمزاحمة الآخر، وقد زال المزاحم، أشبه ما

لو جنى على إنسان، ففداه سيده، ثم جنى على آخر.
والثاني: يتعلق بحصتهم منه لاغير، لأن كل واحد تعلق بقسط من رقبته، فلا يتعلق بزيادة عليه، كما لو لم يوجد عفو أصلاً.

(9/236)

فرع: قتل عبدان عبدا عمدا، فقتل الولي أحدهما، وعفا عن الآخر، تعلق برقبته نصف الدية، وبنهاه السامري على قتل الجماعة بالواحد (وإن جرح جرحاً فعفا عنه، ثم مات من الجراحة، ولا مال له، وقيمة العبد عشر ديته، فاختر السيد فداه، وقلنا: يفديه بقيمته، صح العفو في ثلثه) لأن ثلث ما فات عنه، ويبقى الثلثان للورثة (وإن قلنا: يفديه بالدية، صح العفو في خمسة أسداسه، وللورثة سدسه، لأن العفو صح في شيء من قيمته) فسقط (وله بزيادة الفداء تسعة أشياء، بقى للورثة ألف إلا عشرة أشياء تعدل شيئين، أجبر وقابل) تصير ألف تعدل اثني عشر شيئاً، فالشياء - إذا - يعدل نصف وسدس الدية (يخرج الشيء نصف سدس الدية، وللورثة شيئين، فتعدل السدس) لأن الشيء إذا عدل نصف سدس، كان الشيء يعدل السدس ضرورة، فعلى هذا: لو كان قيمة العبد ثلث الدية، صح العفو على أن القول بأن الفداء يكون بالدية في ثلاثة أخماسه، ولو كان قيمة العبد الربع، صح في ثلثه، ولو كانت قيمته الخمس، صح في خمسة أسباعه، وطريق الباب في هذه المسائل إن تزيد قيمة العبد على نصف دية المجني عليه، وتنسب قيمة العبد مما بلغا، فما كان فهو الذي يفديه به سيده.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 353

تنبيه: إذا قتل عبد عبدين لآخر، فله قتله، والعفو عنه، فإن قتله، سقط حقه، وإن عفا على مال، تعلق قيمة العبد برقبته. وإن كانا لاثنين، فكذلك، إلا أن القاتل يقتل بالأول منهما، فإن عفا، قتل للثاني، وإن قتلها معاً، أفرع بين العبدين، فمن وقعت له القرعة، اقتص وسقط حق الآخر، فإن عفا عن القصاص، وعلى سيد الأول مال تعلق برقبة العبد، وللثاني القصاص، فإن قتله، سقط حق الأول من القيمة، وإن عفا الثاني تعلق قيمة القاتل الثاني برقبته، ويباع فيهما، ويقسم ثمنه على قدر القيمتين، لا يقال: حق الأول أسبق، فيقدم لأنه لا يراعى دليل ما لو أتلفت أموال لجماعة على الترتيب.

(9/237)

ولو قتل عبد عبدا لاثنين، كان لهما القصاص والعفو، فإن عفا أحدهما، سقط القصاص.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 353

باب ديات الأعضاء و منافعها

المنافع: واحده منفعة، وهي اسم مصدر من: نفعني كذا نفعاً، وهي نوعان: أحدهما: الشجاج، وهي في الرأس والوجه.

والثاني: في سائر البدن وهو قسمان: أحدهما: قطع عضو، والآخر: قطع لحم، وذلك كله مضمون من الأدمي، ويضاف إليه تفويت المنفعة كالسمع والبصر

ونحوهما.
(ومن أتلف ما في الإنسان منه شيء واحد، ففيه الدية) أي: دية نفسه، نص عليه (وهو الذكر) إجماعاً، لما روى عمرو بن حزم أن النبي قال: «وفي الذكر الدية، وفي الأنف إذا أوعب جدعا الدية، وفي اللسان الدية» رواها أحمد والنسائي، ولفظه له، وقال: رويونس هذا الحديث عن الزهريرمرسلاً.
وظاهره: ولو من صغير، نص عليه، وشيخ فان، ذكره جماعة، وقيد ابن حزم بالإجماع بأن ينتشر، وهذا إن أبقى الأثيين سالمين.
أصل: وفي حشفة الذكر الدية بغير خلاف نعلمه، لأن منفعتها تكمل بالحشفة كما تكمل منافع اليد بالأصابع، فلو قطعها وبعض القصة، لم يجب أكثر من دية كما لو قطع الأصابع وبعض الكف (والأنف) وظاهره: ولو مع عوجه، وصرح به في «الترغيب» وتجب إذا قطع مع مارنه، وهو ما لان منه (واللسان الناطق) السليم إذا استوعب كله محطاً من المسلم الحر إجماعاً، ذكره ابن حزم، وذكر المؤلف: أنهم أجمعوا على وجوب الدية فيه، لأنه أعظم الأعضاء نفعا وأتمها
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 368

(9/238)

جمالاً، وإن قطع لسان كبير، وادعى أنه كان أخرس، فكما إذا اختلفا في شلل العضو (ولسان الصبي الذي يحركه باليكاء) لأن في إتلافه إذهب منفعة الجنس، وإتلافها كإذهب النفس في الكل، وظاهره: ولو لم يبلغ حد النطق، فلو بلغه، ولم يتكلم، لم تجب فيه الدية كلسان الأخرس، وإن كبر فنطق ببعض الحروف، وجب فيه بقدر ما ذهب من الحروف، لأننا تبينا أنه كان ناطقاً (وما فيه منه شيئان، ففيهما لدية وفي أحدهما نصفها) نص عليه (كالعينين) إذا أذهبهما من المسلم خطأ لحديث عمرو بن حزم، ويستتوي فيه الصغيرتان والصحيحتان وضدهما، فإن كان فيها بياض ينقص البصر، نقص من الدية بقدره، وإلا فلا، وعنه: تجب دية كاملة، جزم به في «الترغيب» كحولاء وعمشاء مع رد المبيع بهما (والأذنين) وفاقاً، قضى به عمر وعلي، وما روي أن أبا بكر قضى في الأذن بخمسة عشر بعيراً، رواه سعيد، فمقطع، وذكر ابن المنذر: أنه لا يثبت. وفي «الوسيلة»: «وإشرافهما، وهو جلد بين العذار والبياض الذي حولهما، نص عليه. وفي «الواضح»: «وأصداف الأذنين (والشفقتين) أي: إذا استوعبتا من المسلم خطأ إجماعاً، وفي أحدهما نصفها (واللحيين) وهما العظامان اللذان فيهما الأسنان، لأن فيهما نفعا وجمالاً، وليس في البدن مثلهما (وثديي المرأة) أي: فيهما الدية، وفي أحدهما نصفها بالإجماع، وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما، نص عليه، لأنه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه كحشفة الذكر، وإن حصل مع قطعهما جائفة، وجب فيهما ثلث الدية مع ديتهما، وإن ضربهما فأشلهما فالدية (وثندوتي الرجل) نص عليه. وهي مغرز الثدي، والواحدة تندوة، بفتح الثاء بلا همزة، وبضمها مع الهمز، وقال الجوهري: الثدي للمرأة والرجل، وهو أصح في اللغة، ومنهم من أنكره، ولأنه يحصل بهما الجمال، وليس في البدن غيرهما من جنسهما (والبيدين) أي: فيهما الدية، وفي أحدهما نصفها للأخبار حتى يد مرتعش، ويد أعسم، وهو عوج في الرسغ (والرجلين) لما ذكرنا حتى

قدم أعرج، وقال أبو بكر : حكومة (والإليتين) وهما ما علا، وأشرف على الظهر، وعن استواء الفخذين - وإن لم يصل إلى العظم - الدية، ذكره جماعة، ونقل ابن منصور : فيهما الدية إذا قطعنا حتى إلى العظم (والأثنتين) ففيهما الدية لخبر عمرو بن حزم، وفي أحدهما: نصفها في قول أكثرهم.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 368
فرع: إذا رض أنثيه، أو أشلهما، كملت ديتهما، كما لو أشل يديه أو ذكره، وإن قطع إحداهما فذهب النسل، لم يجب أكثر من نصف الدية (واسكنتي المرأة) بكسر الهمزة وفتحها، وهما شفراها، وقال أهل اللغة: الشفران حاشيتا الاسكتين، وفيهما الدية، لأن فيهما منفعة وجمالاً، وليس في البدن غيرهما من جنسهما، وإن أشلهما ففيهما الدية، كما لو جنى على شفته، فأشلها، ولا فرق بينالرتقاء وغيرها وفي عاتة الرجل والمرأة حكومة (وعنه في الشفة السفلى تلبا الدية وفي العليا ثلثها) روى عنه زيد لأن نفع السفلى أعظم لأنها هي تدور وتتحرك وتحفظ الريق والطعام) والأول أصح وقول زيد معارض يقول أبي بكر وعلى (وفي المنخرين ثلثا الردية وفي الحاجز ثلثها) على المذهب لأن المارن يشمل ثلاثة اشياء منخران وحاجز فوجب توزيع الردية على عددها كسائر ما فيه عدد من الاصابع والاجفان وعنه في المنخرين الدية وفي الحاجز حكومة حكاها أبو الخطاب لأن المنخرين ليس في البدن لهما ثالث، ولأنه بقطعهما يذهب الجمال كله والمنفعة، أشبه قطع اليدين، والأول أظهر، وقدمه الأكثر، فلو قطع أحد المنخرين ونصف الحاجز، وجب نصف الدية، وإن شق الحاجز بينهما، ففيه حكومة، وإن بقي منفرجا، فالحكومة فيه أكثر (وفي الأجفان الأربعة الدية، وفي كل واحد ربعها) وعليه الأئمة، لأنها أعضاء فيها جمال ظاهر، ونفع كامل، فإنها تكن العين وتحفظها من الحر والبرد، ولولاها لقبح منظرها، ويجب في أشفار عين الأعمى، وهي الأجفان، لأن ذهاب البصر عيب غير الأجفان (وفي أصابع اليدين

الدية) إذا كانت سليمة (وفي أصابع الرجلين الدية) لما روى الترمذي وصححه عن ابن عباس مرفوعاً: «دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل لكل اصبع» وفي البخاري عنه مرفوعاً قال: «هذه وهذه سواء» يعني الخنصر والأبهام (وفي كل اصبع عشرها) وفيه خلاف شاذ (وفي كل أنملة ثلث عقلها) لأن دية الاصبع تقسم عليها كما قسمت دية اليد على الأصابع بالسوية (إلا الأبهام، فإنها مفصلان، ففي كل مفصل نصف عقلها) أي: نصف عشر الدية (وفي الظفر خمس دية الاصبع) نص عليه لقول زيد، ورواه ابن عباس، ومعناه: إذا قلعه ولم يعد وفي «الرعاية»: وكذا إن اسود ودام، والتقدير يرجع فيها إلى التوقيف، فإن لم يكن فيها توقيف، فالقياس أن فيه حكومة كسائر الجراح التي ليس فيها مقدر، وفي «الكافي»: إن ما لا توقيف فيه من سائر الجراح، تجب فيه الحكومة (وفي كل سن) قلع بسنخها، أو الظاهر فقط (خمس من

الأبل) روي عن عمر وابن عباس، ولخبر عمرو بن حزم، وعمرو بن شعيب، وهي اثنا عشر سنا: أربع ثانيا، وأربع ربايعات، وأربعة أنياب، قاله ابن حزم وغيره، وفوق: ضاحكان وناجذان وست طواحين، وأسفل مثلها، فعلى هذا: يجب في جميعها مائة وستون بعيرا، لأنها اثنان وثلاثون، فإن كانت إحدى ثنيته قصيرة، نقص من ديتها بقدر نقصها، ذكره في «الشرح» وغيره، وشرطه (إذا قلعت ممن قد ثغر) بضم الثاء، أي: إذا سقطت روضعه، يقال: ثغر وأثغر، يحترز بذلك من الصغير الذي لم يثغر فإنه لا يجب بقلعها شيء في الحال، بغير خلاف نعلمه، لأن العادة عود سنه، فينتظر، فإن مضت مدة يبأس من عودها، وجبت ديتها، قال أحمد: يتوقف سنة، لأنه غالب في نباتها (والأضراس والأنياب كالأسنان) وهو قول ابن عباس ومعاوية والأكثر، لما روى أبو داود عن ابن عباس مرفوعا قال: «الأسنان سواء: الثنية والضرس سواء» وهذا نص، ولأن كل دية وجبت في جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع كالأصابع والأجفان، وعنه: إن لم يكن ثغر فحكومة،

(9/241)

اختاره «القاضي» وقال: إذا سقطت أخواتها، ولم تعد أخذت ديتها، لأن الغالب أنها لا تعود بعد ذلك (ويحتمل أن تجب في جميعها دية واحدة) هذا رواية، حكاها في «المغني» و«الفروع» لأن في كل ضرس بعيرين لقول سعيد بن المسيب رواه مالك، وعن عطاء نحوه، والإجماع أن في كل سن خمسا، لأنها منفعة جنس، فلم تزد ديتها على الدية كسائر منفعة الجنس، وفي «المحرر»: وقيل: إن قلع الكل أو فوق العشرين دفعة، لم يجب سوى الدية، وقال أبو محمد الجوزي: إن قلع أسنانه دفعة واحدة، فالدية. رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 368

(9/242)

فرع: إذا قلع سنا مضطربة لكبر أو مرض، وكانت منافعها، أو بعضها باقية، وجبت ديتها، وإن ذهب منافعها فهي كيد شلاء، وإن قلع سنا فيها داء أو أكلة، فإن لم يذهب شيء من أجزائها، ففيها دية سن صحيح، وإن ذهب سقط من ديتها بقدر الذاهب، ووجب الباقي (وتجب دية اليد والرجل في قطعهما من الكوع والكعب) لأن اليد - في الشرع - محمولة على ذلك بدليل قطع السارق، والمسح في التيمم، والكعب بمنزلة الكوع بدليل ما لو سرق ثانيا، قطعت رجله من كعبها (فإن قطعهما من فوق ذلك لم يزد على الدية في ظاهر كلامه) نص عليه في رواية أبي طالب، وقاله قتادة وعطاء، وهو المنصور عند معظم أصحابنا، لأن اليد اسم للجميع للمنكب، لأنه لما نزلت آية التيمم مسح الصحابة إلى المناكب، لا يقال: يجب أن لا يجب بقطعهما من فوق الكوع والكعب الدية، لأنه لا يلزم من وجوب الدية في شيء عدم وجوبها فيما دونه بدليل أن الدية تجب في اليدين من الكوع، وتجب في قطع الأصابع دون الكف (وقال القاضي: في الزائد حكومة) لأن المنفعة المقصودة في اليد من البطش والأخذ والدفع بالكف، وما زاد تابع له، والدية تجب في قطعها من الكوع والكعب، فيجب في

الزائد حكومة، ولان اسم اليد والرجل إلى الكوع والكعب، وعلى الأول لو قطع من الكوع ثم قطعها من فوق ذلك، ففيه حكومة، لأنها وجبت عليه الدية بالقطع الأول، كما لو قطع الأصابع، ثم قطع الكف.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 368

(9/243)

فرع: إذا كان له كفان على ذراع، أو يد وذراعان على عضد، وإحداهما باطشة دون الأخرى، أو إحداهما أكثر بطشا، أو في سمت الذراع، والأخرى منحرفة، أو تامة، والأخرى ناقصة، فالأولى هي الأصلية، ففيها ديتها، والقصاص بقطعها عمدا، وفي الأخرى حكومة، لأنها زائدة، سواء قطعها منفردة، أو مع الأصلية، وقال ابن حامد: لاشيء فيها، لأنها عيب فلو استويا وكانتا غير باطشتين ففيهما ثلث دية اليد أو حكومة وإن كانتا باطشتين، ففيهما دية اليد، وهل تجب الحكومة؟ فيه وجهان (وفي مارن الأنف) وهو مالان منه (وحشفة الذكر، وحلمتي الثديين، وكسر ظاهر السن دية العضو كاملة) لأن قطع المارن يذهب الجمال، أشبه الأنف كله، وحشفة الذكر، لأن منفعة اليد بالأصابع، وحلمتي الثديين، لأنه ذهب من الثديين ما تذهب المنفعة بذهابه، فوجب دية كاملة، وفي كسر ظاهر السن دية، وهو ما ظهر من اللثة، لأن ذلك هو المسمى سنا، فيدخل في عموم النص، وما في اللثة يسمى سنخا، فإذا كسر السن، ثم قلع هو أو غيره السنخ، ففي السن ديتها، وفي السنخ حكومة، والدية في قدر الظاهر عادة. وإن اختلفا في قدر الظاهر اعتبر بأخواتها، فإن لم يكن ولم يمكن أن يعرف ذلك أهل الخبرة، قبل قول الجاني (ويحتمل أن يلزم من استوعب الأنف جدعا دية، وحكومة في القصة) لما روى طاووس أن النبي قال: «في الأنف إذا أوعب جدعا الدية» رواه الشافعي. والحكومة في القصة لما مر في قطع اليد من فوق الكوع، فإن قطع الأنف وما تحته من اللحم، ففي اللحم حكومة، لأنه ليس من الأنف، أشبه ما لو قطع الذكر واللحم الذي تحته (وفي قطع بعض المارن، والأذن، والحلمة، واللسان، والشفة، والحشفة، والأنملة، والسن، وشق الحشفة طولا بالحساب من دية، تقدر بالأجزاء) كالثلث والرابع، ثم يؤخذ مثله من الدية، لأن ما وجبت الدية في جميعه، وجبت في بعضه، وكما تقسط دية اليد على الأصابع، وفي «الترغيب» رواية: تجب ثلث دية كشحمة أذن،

(9/244)

وفي «الواضح»: فيما بقي من أذن بلا نفع الدية، وإلا حكومة (وفي شلل العضو أو إذهاب نفعه، والجناية على الشفتين بحيث لا ينطبقان على الأسنان) الدية، لأنه عطل نفعهما، أشبه ما لو أمسك يده، أو لسانه، أو شفته وسائر الأعضاء إلا الأذن والأنف، قال في «المغني» و«الشرح»: وكذا إذا استرخيا، فصارا لا ينفصلان عن الأسنان، لأنه عطل جمالها، وفي «التبصرة» و«الترغيب»: في التقلص حكومة (وتسويد السن والظفر بحيث لا يزول) عنه (ديته) روي عن زيد بن ثابت، وقاله ابن سيرين و ابن المسيب و الحسن ، وهو ظاهر الخرقى

(وعنه في تسويد السن: ثلث ديتها) وهو قول بعض الصحابة، لأن التقدير لا يثبت إلا بالتوقيف، وكتسويد أنفه مع بقاء نفعه، قاله في «الواضح» (وقال أبو بكر: فيها حكومة) وهو رواية عن أحمد، لأنه لم يذهبها بمنفعتها، فلم تكمل ديتها، كما لو احمرت، أو اصفرت، أو كلت، وعنه: إن ذهبت منفعتها من المضغ عليها، ففيها ديتها، وإلا فحكومة، قاله القاضي، والأول أصح، لأنه قول زيد، ولم يعرف له مخالف من الصحابة، فكان كالإجماع، ولأنه أذهب الجمال على الكمال، فأكملت ديتها كما لو قطع أذن الأسم.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 368

(9/245)

فرع: إذا جنى على سنه، فاخصرت، فعنه كتسويدها، جزم به في «المنتخب» وعنه: حكومة، قال في «الفروع»: وهي أشهر، وذكرهما في «الشرح» احتمالين وفي العضو الأشل من اليد، ولرجل، والذكر، والثدي ولسان الأخرس والعين القائمة) في موضعها صحيحة غير أنه أذهب نظرها (وشحمة الأذن، وذكر الخصي، والعينين، والسن السوداء، والثدي دون حلمته، والذكر دون حشفته، وقصبة الأنف، واليد والإصبع الزائدين حكومة) قدمه في «المحرر» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأنه لا يمكن إيجاب دية كاملة لكونها قد ذهبت منفعتها، ولا مقدر فيها، فتجب الحكومة (وعنه: ثلث ديته) لما روى النسائي، ورجاله ثقات عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده قال: «قضى رسول الله في العين العوراء السادة لمكانها بثلث الدية، وفي اليد الشلاء إذا قطعت بثلث ديتها، وفي السن السوداء إذا قلعت بثلث ديتها» وعن عمر معنى ذلك، رواه سعيد. وحكم الرجل الشلاء كاليد الشلاء، رجحه المؤلف، وقال: قولهم لا يمكن إيجاب مقدر ممنوع، فإننا قد ذكرنا التقدير وبيناه، فأما اليد، والرجل، والإصبع، والسن الزوائد، ففيها حكومة، ولا يصح قياس هذا على العضو الذي ذهبت منفعته وبقي جماله، لأن هذه الزوائد لا جمال فيها، إنما هي شين في الخلقة، وعيب يرد به المبيع، وتنقص به القيمة، وقيل: لا يجب فيها شيء، قال القاضي: هو في معنى اليد الشلاء، فيتخرج على الروايتين، وكذا كل عضو ذهبت منفعته. وبقيت صورته، والكف الذي لا أصابع عليه، وساق لا قدم فيه، وذراع لا كف عليه، وذكر لا حشفة له (وعنه في ذكر الخصي والعينين: كمال ديته) ذهب الأكثر إلى وجوب الدية في ذكر العينين، لخبر عمرو بن حزم: «وفي الذكر الدية» ولأنه غير مايوس من جماعه، وهو عضو سليم في نفسه، أشبه ذكر الشيخ، وعنه: لا تكمل ديته، لأن منفعة الإنزال والإحبال بالجماع، وقد عدم ذلك منه في حال الكمال، أشبه الأشل، وبهذا فارق ذكر الشيخ، وأما ذكر الخصي، فعنه: دية

(9/246)

كاملة لظاهر الخبر، ولأن منفعته - وهي الجماع - باقية فيه، وعنه: لا، لأن المقصود منه تحصيل النسل، ولا يوجد ذلك منه، فلم تكمل ديته، وعنه: تكميلها لذكر العينين دون الخصي، وخرج منه في «الانتصار»: في لسان أخرس، وقدم

في «الروضة» في ذكر الخصي إن لم يجامع بمثله، فثلث ديته، وإلا دية، قال:
في عين قائمة نصف دية.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 368

فرع: إذا نبتت أسنان صبي سوداء، ثم ثغر، ثم عادت سوداء، فديتها تامة، كمن خلق أسود الوجه والجسم جميعا، وإن نبتت أولاً بيضاء، ثم ثغر، ثم عادت سوداء، فإن قال أهل الخبرة: ليس السواد لمرض ولا علة، ففيها كمال ديتها، وإلا فثلث دية، أو حكومة (فلو قطع الذكر والأنثيين معا) أي دفعة واحدة (أي الذكر ثم الأنثيين) لأن كل واحد منهما لو انفرد لوجب في قطعه الدية فكذا لو اجتمع (ولو قطع الأنثيين ثم قطع الذكر وجبت دية الأنثيين) لأن قطعهما لم يصادف ما يوجب نقصهما عن ديتهما (وفي الذكر روايتان) كذا في المحرر (احدهما دية) لقوله عليه السلام «وفي الذكر الدية» (والحجر) وفي أشهر (حكومة أو ثلث ديته) فرع إذا قطع نصف الذكر طولا فقال أصحابنا يجب نصف الدية ونص في «المغني» والشرح أن تجب الدية كاملة لأنه ذهب منفعة الجماع به أشبه ما لو أشله وإن (أو الذكر، ثم الأنثيين، لزمه ديتا قطع منه قطعة فما دون الحشفة، وخرج البول على عادته، وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية، وإن خرج من موضع القطع، وجب الأكثر من الدية أو الحكومة (وإن أشل الأنف، أو الأذن، أو عوجهما، ففيه حكومة) لأن نفع الأنف والأذن باق مع الشلل بخلاف اليد، فإن نفعها قد زال، وإنما قلنا ببقاء نفع الأذن كونها تجمع الصوت، وتمنع دخول الهواء في الصماخ، وهذا باق مع الشلل، وكذلك الأنف فنفعه جمع الرائحة ومنع وصول شيء إلى دماغه، قال المؤلف: أو تغيير لونهما، وقيل: الدية كشلل يد ومثانة ونحوهما (وفي قطع الأشل

(9/247)

منهما كمال ديته) لأنه قطع أذنا فيها جمالها، ونفعها كالصحيحة، وكما لو قطع عينا عمشاء أو حولاء.

فرع: إذا قطع الأنف إلا جلدة بقي معلقا بها، فلم يلتحم، واحتيج إلى قطع الجلدة، ففيه ديته، وإن رده فالتحم فحكومة، وإن أبانه فرده فالتحم، فقال أبو بكر: فيه حكومة، وقال القاضي: فيه ديته كما لو لم يلتحم (وتجب الدية في أنف الأخشم) لأنه لا عيب فيه، وإنما العيب في غيره (والمخروم) لأن أنفه كامل غير أنه معيب كالعضو المريض (وأذني الأصم) لأن الصمم نقص في غير الأذن، وفي «الرعاية» و «المحرر»: إذا قلنا: يؤخذ به السالم من ذلك في العمدة، وإلا ففيه حكومة (وإن قطع أنفه، فذهب شمه) لزمه ديتان، لأن الشم من غير الأنف، فلا تدخل دية أحدهما في الآخر (أو أذنيه، فذهب سمعه، وجبت ديتان) لأن السمع من غير الأذن، فهو كالبصر مع الأجفان، والنطق مع اللشفتين، فلو ذهب شم أحدهما فنصف الدية، وفي بعضه حكومة (وسائر الأعضاء) كالعينين ونحوهما (إذا أذهبها بمنافعها، لم تجب إلا دية واحدة) لأن نفعها فيها، وهو تابع لها يذهب بذهابه، فوجبت دية العضو دون المنفعة. كما لو قتله، لم تجب ديته.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 368

فصل في دية المنافع

لما تم الكلام على ديات الأعضاء كالعينين ونحوهما لشرع يتكلم في دية المنافع وهي السمع والبصر ونحوهما (وفي كل حاسة دية كاملة) كذا عبارة الأصحاب يقال: حس وأحس، أي علم وأيقن، وبألف أفصح، وبها جاء القرآن، وإنما يصح قولهم: الحاسة والحواس الخمس على اللغة القليلة، والأشهر في «حس» بلا ألف بمعنى: قتل، وقال الجوهر الحواس: المشاعر الخمس: السمع، والبصر، والشم، والذوق، واللمس (وهي السمع) بغير خلاف، وسنده قوله عليه السلام: «وفي السمع الدية». وروي أن عمر قضى في رجل رمى آخر بحجر في رأسه، فذهب سمعه، وعقله، ولسانه، ونكاحه، بأربع ديات، والرجل حي، رواه أبو المهلب. ولأعنها حاسة تختص بنفع، فكان فيها الدية، كالبصر، فإن ذهب من أحدهما فقط، وجب نصفها كالبصر (والبصر) من العينين المبصرتين من المسلم دية كاملة إجماعاً (والشم) لأن ذلك في كتاب عمرو ابن حزم، قال القاضي: ولأنه حاسة تختص بمنفعة كسائر الحواس (والذوق) ذكره أبو الخطاب والمعظم، لأن الذوق حاسة، أشبه الشم، وقياس المذهب أنه لادية فيه، وإنما تجب الحكومة، صححه المؤلف، لأن لسان الأخرس لادية فيه إجماعاً على أنها لا تكمل في ذهاب الذوق بمفرده، لأن كل عضو لا تكمل الدية فيه بمنفعته، لا تكمل في منفعة كسائر الأعضاء، قال في «الشرح»: ولا تفريع على هذا القول (وكذلك تجب في الكلام) لأن كل ما تعلقت الدية بإتلافه تعلقت بإتلاف منفعته كاليد (والعقل) بالأجماع، وسنده ما في كتاب عمرو بن حزم، لأنه أكثر المعاني قدراً وأعظم الحواس نفعاً، فإنه يتميز به عن البهيمة، ويعرف به صحة حقائق المعلومات، ويهتدي به إلى المصالح، ويدخل به في التكليف، وهو شرط في ثبوت الولايات، وصحة التصرفات وأداء العبادات، فكان أولى من بقية الحواس.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 389

فرع: إذا نقص نقا معلوماً، وجب بقدره، وإن لم يعرف قدره فحكومة، وإن كانت الجناية المذهبة للعقل - ولها أرش كالموضحة - وجبت الدية وأرش الجرح، ولا تدخل أرش الجناية المذهبة له في ديته، نص عليه. كما لو أو ضحه فذهب بصره، وقيل: بلى، ويدخل الأقل في الأكثر (والمشي) لأن منفعته مقصودة، أشبه الكلام (والأكل) لأنه نفع مقصود كالشم (والنكاح) أي: إذا كسر صلبه، فذهب نكاحه، ففيه الدية، روي عن علي، لأنه مقصود، أشبه ذهاب المشي (وتجب في الحذب) بفتح الحاء والدال مصدر «حذب» بكسر الدال، إذا صار أحذب، لأن بذلك تذهب المنفعة والجمال، لأن انتصاب القامة من الكمال والجمال، وبه يشرف آدمي على سائر الحيوانات، وهذا الذي ذكره المؤلف في الكلام وما بعده، هو رواية عن أحمد، واختاره المجد، وحزم به في «الوجيز» وخالف فيه القاضي وغيره، وهو ظاهر للمذهب، قاله ابن الجوزي والصعر، وهو أن يضربه، فيصير الوجه في جانب) نص عليه، وأصل الصعر: داء

يأخذ البعير في عتقه، فيلتوي منه عنقه، قال الله تعالى: {ولا تصعر خدك للناس} (لقمان: 18) أي: لا تعرض عنهم بوجهك تكبراً، وهو قول زيد، رواه مكحول، ولم نعرف له مخالفاً، فكان كالإجماع، ولأنه أذهب الجمال والمنفعة، فوجب فيه دية كسائر المنافع، وقال في «المغني» و«الشرح» و«الترغيب»: أو لا يبلغ ريقه، ففيه الدية، لأنه تفويت منفعة ليس لها مثل في السيد وفي تسويد الوجه إذا لم يزل لأنه فوت الجمال على الكمال، فضمنه بديته كما لو قطع أذني الأعمى، وظاهره: أنه إذا صغر وجهه، أو حمره، تجب حكومة، لأنه لم يذهب الجمال على الكمال، وفي «المبتهج» و«الترغيب»: إذا أزال لونه إلى غير، ففيه الدية (وإذا لم يستمسك الغائط أو البول) بأن ضرب بطنه، فلم يستمسك الغائط، أو المثانة، فلم يستمسك البول (ففي كل واحد من ذلك دية كاملة) بغير خلاف نعلمه، إلا أن أبا موسى ذكر في المثانة رواية ثلث الدية، كإفشاء المرأة، والصحيح

(9/250)

الأول، لأن كل واحد من هذين المحليين عضو فيه منفعته كثيرة، ليس في البدن مثلها، فإن نفع المثانة حبس البول، وحبس البطن الغائط منفعة مثلها، والضرر بفواتهما عظيم، فكان في كل واحد منهما الدية كالسمع والبصر، فإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة، وجب ديتان. فرع: إذا جنى عليه، فذهب عقله، وسمعه، وبصره، ولسانه، وجب أربع ديات لقضاء عمر، ذكره أحمد في رواية ولده عبد الله، كما لو جنى عليه جنابات، فأذهبها، ويجب مع ذلك أرش الجراح، فإن مات من الجناية، لم تجب إلا دية واحدة، لأن ديات المنافع تدخل في دية النفس كديات الأعضاء (وفي نقص شيء من ذلك إن علم بقدره) لأن ما وجب في جميع الشيء، وجب في بعضه بقدره كإتلاف المال (مثل نقص العقل بأن يجن يوماً، ويفيق يوماً، أو ذهاب بصر إحدى العينين، أو سمع إحدى الأذنين) لما ذكرناه، وهو أن ما وجبت فيه الدية، وجب بعضها في بعضه كالأصابع واليدين. رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 389

(9/251)

مسألة: قال في «الترغيب» وغيره: ومنفعة الصوت ومنفعة البطش، فلكل واحد الدية، وفي «الفنون»: لو سقاه ذرق حمام، فذهب صوته، لزمه حكومة (وفي بعض الكلام بالحساب، يقسم على ثمانية وعشرين حرفاً) سوى «لا» فإن مخرجها مخرج اللام والألف، فمهما نقص من الحروف نقص، من الدية بقدره، لأن الكلام يتم بجمعها، فالذاهب يجب أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام، ففي الحرف الواحد ربع سبع الدية، وفي الحرفين نصف سبعها، ولا فرق بين ما خف على اللسان أو ثقل، لأن كل ما وجب فيه المقدر، لم يختلف باختلاف قدره كالأصابع (ويحتمل أن يقسم على الحروف التي للسان فيها عمل دون الشفوية كالباء والفاء والميم) والواو دون حروف الحلق الستة، وهي: الهمزة، والهاء، والحاء، والخاء، والعين، والغين، فهذه عشرة، بقي ثمانية

عشر، فاللسان تقسم ديته عليها، لأن الدية تجب بقطع اللسان، وذهاب هذه الحروف وحدها مع بقائه، فإذا وجبت الدية فيها بمفردها، وجبت في بعضها بقسطه منها، وفي «الكافي»: إن اللسان لا عمل له فيها، والأول أولى، لأن هذه الحروف ينطق بها اللسان أيضا بدليل أن الأخرس لا ينطق بشيء منها (وإن لم يعلم قدره مثل أن صار مدهوشا) يفزع مما لا يفزع منه، ويستوحش إذا خلا (أو نقص سمعه أو بصره) وذكر جماعة في نقص بصر، نزنه بالمسافة، فلو نظر الشخص على مائتي ذراع، فنظره على مائة، فنصف الدية، وفي «الوسيلة»: لو لطمه، فذهب بعض بصره، فالدية في ظاهر كلامه (أو شمه، أو حصل في كلامه تمتمة أو عجلة) أو صار ألتغ (أو نقص مشيه، أو انحنى قليلاً، أو تقاست شفته بعض التقلس، أو تحركت سنه، أو ذهب اللبن من ثدي المرأة ونحو ذلك، ففيه حكومة) لما حصل من النقص والشين، ولم تجب الدية، لأن المنفعة باقية، وقيل: إن ذهب اللبن، فالدية، وإن جنى عليه جان آخر، فأذهب كلامه، فالدية كاملة كما لو جنى على عينه جان، فعمشت، ثم جنى عليه آخر، فأذهب بصرها.

(9/252)

فرع: إذا أذهب كلام الألتغ، فإن كان ما يوسا من ذهاب لثغته، ففيه بقسط ما ذهب من الحروف، وغير المايوس كصغير فيه الدية، وكذا كبير إذا أمكن إزالة لثغته بالتعليم.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 389

أصل: إذا نقص ذوقه نقصا غير مقدر بأن يحسن المذاق الخمس، وهي الحلاوة، والحموضة، والمرارة، والملوحة، والعذوبة إلا أنه لا يدركه على الكمال، ففيه حكومة كنقص بصره نقصا لا يتقدر، وإن لم يدرك أحدها، وأدرك الباقي، ففيه خمس الدية، وفي اثنين خمساها، وفي ثلاثة ثلاثة أخماسها، وإن لم يدرك واحدة، فعليه الدية، إن قلنا بوجوبها فيه، وإلا فحكومة (وإن قطع بعض اللسان، فذهب بعض الكلام، اعتبر أكثرهما) أي: تجب دية الأكثر، فإن استويا مثل أن يقطع ربع لسانه، فيذهب ربع كلامه، وجب ربع الدية بقدر الذهاب منهما، كما لو قلع إحدى عينيه، فذهب بصرها (فلو ذهب ربع اللسان ونصف الكلام، أو ربع الكلام ونصف اللسان، وجب نصف الدية) لأن كل واحد منهما مضمون بالدية منفردا، فإذا انفرد نصفه بالذهاب، وجب النصف، لأنه لو ذهب نصف اللسان فقط، وجب نصف الدية، وكذا عكسه (فإن قطع ربع اللسان، فذهب نصف الكلام، ثم قطع آخر بقيته، فعلى الأول نصف الدية) لأنه أذهب بجنايته نصف الكلام (وعلى الثاني نصفها) وهو قول القاضي، وقدمه في «الفروع» لأن السالم نصف اللسان، وباقيه أشل بدليل ذهاب نصف الكلام (ويحتمل أن يجب عليه) أي: على الثاني (نصف الدية وحكومة لربع اللسان) هذا وجه، وجزم به في «الكافي» و «المستوعب» وقدمه في «الرعاية»، قال في «الفروع»: وهو الأشهر، لأنه لو كان جميعه أشل، كان فيه حكومة، فكذا في بعضه، وقيل: عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو قطعه أولاً، وجزم به في «الوجيز» ولا يصح القول بأن بعضه أشل، لأن العضو شيء كان فيه منفعة، فلم يكن بعضه أشل كضعف بصر العين وبطش العين وبطش اليد، فلو قطع نصف لسانه، فذهب ربع كلامه، فعليه نصف الدية، فإن

قطع آخر بقيته، فعليه ثلاثة أرباع الدية، اقتصر عليه في «الكافي» و «الشرح» لأنه ذهب ثلاثة أرباع الكلام فلو ذهب ثلاثة أرباع الكلام من غير قطع وجب ثلاثة أرباع الدية فمن قطع نصفه أولى وقيل النصف فقط [فرع] إذا جنى على لسانه فاقترض منه مثل جنايته فذهب من كلام الجاني مثل جنايته وذهب من كلام الجاني كذلك أو أكثر لم يجب شيئاً لأنه استوفى حقه وسراية القود غير مضمونة وإن ذهب أقل فللمقتص دية ما بقى لأنه لم يستوفى بدله ولو كان اللسان ذا طرفين فقطع أحدهما ولم يذهب من الكلام شيئاً وكانا متاً وبينى في الخلقه فهما كلسان مشقوق فيهما الردية وفي أحدهما وفي أحدهما نصفها وإن كان أحدهما تام الخلقة والآخر ناقص فالتام فيه الدية، والناقص زائد، فيه حكومة (وإن قطع لسانه، فذهب نطقه وذوقه) أو كان أخرس، قاله في «الوجيز» و «الفروع» وسبقها إلى ذلك «المحرر» (لم تجب إلا دية) واحدة، لأنهما ذهبا تبعاً، فوجب ديته دون ديتهما كما لو قتل إنساناً، فلو عاد أو أحدهما لم تجب، لأنه لم يذهب، ولو ذهب لم يعد، وإن كان قبضها ردها، وإن قطع لسانه ثم عاد، فلا شيء عليه، قاله أبو بكر، وقيل: حكومة، وفي «المستوعب»: يجب أرش القطع، فإن قطعه قاطع فالقصاص أو الدية بخلاف ما لو أوضحه فاندملت، ثم أوضحه آخر، فلا قصاص ولا دية، بل تجب حكومة، لأن الجلد لا يعود بخلاف اللسان، فإن نقص صورة أو معنى، وجب أرشه (وإن ذهب مع بقاء اللسان، ففيه ديتان) على الأصح كما لو ذهبت منافع الإنسان مع بقاءه، فعلى هذا: في كل منفعة دية، وعنه: تجب دية واحدة.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 389

إذا قطع نصف لسانه، فذهب كلامه، ثم قطع آخر بقيته، فعاد كلامه، لم يجب رد الدية، لأن الكلام الذي كان باللسان، قد ذهب، ولم يعد إلى اللسان، وإنما عاد إلى محل آخر (وإن كسر صلبه، فذهب مشبهه، ونكاحه، ففيه ديتان) على المذهب، لأن في كل منهما دية منفرداً، فكذا إذا اجتمعا، وكذهب شتم، أو سمع: بقطع أنفه، أو أذنه (ويحتمل أن تجب دية واحدة) هذا رواية، لأنهما منفعة عضو كبقية الأعضاء الذاهبة بنفعتها، فلو ضعف المشي والجماع، أو نقص فحكومة.

فرع: إذا كسر صلبه فجبر وعاد إلى حاله فحكومة للكسر، وإن احدودب فحكومة لهما، وإن ذهب مأوه، أو إحباله، فالدية، ذكره في «الرعاية» وكذا في «الروضة»: إن ذهب نسله فالدية، وفي «المغني»: في ذهاب مائه احتمالان (وإن اختلفا في نقص بصره أو سمعه، فالقول قول المجني عليه) مع يمينه،

لأنه لا يعرف إلا من جهته، ولا سبيل إلى إقامة البينة عليه كقبول قول المرأة في الحبص، وتجب بقدر نقصه، وقيل: حكومة كما لو جهل قدر نقصه، فإن قال أهل الخبرة: إنه يرجى عوده إلى مدة، انتظر إليها (وإن اختلفا في ذهاب بصره، أرى أهل الخبرة به) بأن يمتحن في ذلك (وقرب الشيء إلى عينه في وقت غفلته) لأن ذلك يمكن معرفته منهم فيما يخبرون به كالبينة (وإن اختلفا في ذهاب سمعه، أو شمه، أو ذوقه، صيح به في أوقات غفلته، وتتبع بالرائحة المنتنة، وأطعم الأشياء المرة، فإن فزع مما يدنو من بصره، أو انزعج للصوت، أو عبس للرائحة أو الطعم المر، سقطت دعواه) لأن ذلك دليل على كذبه، وقيل: يقبل قول الجاني، لأن الظاهر معه، ويحلف لئلا يكون ما ظهر من أمارات ذلك اتفاقا (وإلا فالقول قوله) أي: قول المجني عليه، لأن الظاهر معه (مع يمينه) لئلا يكون ذلك بمجرد تحفظه، ومتى حكم له بالدية، ثم انزعج عند صوت، أو غطى أنفه عند رائحة منتنة، فطولب بالدية، فادعى أنه فعل ذلك اتفاقا، قبل قوله، لأنه محتمل، فلا ينقض الحكم بالاحتمال، وإن تكرر ذلك من حيث يعلم صحة سمعه وشمه، رد ما أخذ، لأننا تبينا كذبه، فإن ادعى الجاني أنه ولد أبكم، ولا بينة تكذبه، قبل قوله مع يمينه، وقيل: ترد كما لو ولد ناطقا، ثم خرس.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 389
فصل

(9/256)

(ولاتجب دية الجرح حتى يندمل) لأنه لا يدري: اقتل هو أم ليس بقتل؟ فينتظر ليعلم حكمه، وما الواجب فيه، ولهذا لا يجوز الاستيفاء في العمد قبل الاندمال، فكذا في الخطأ (ولا) تجب (دية سن ولا ظفر ولا منفعة حتى يبأس من عودها) لأنه مما يحتمل العود، فلا يجب شيء مع الاحتمال كالشعر، وإنما يعرف ذلك بقول عدلين من أهل الخبرة: إنها لا تعود أبدا، لكن إن مات قبل وجبت (ولو قلع سن كبير أو ظفر، ثم نبتت أورده، فالتحم) لم تجب دية نص عليه في السن، في رواية جعفر بن محمد، وهو قول أبي بكر، والظفر في معناه، وقال القاضي: تجب ديتها، وعلى الأول فيها حكومة إن نقصت أو ضعفت، وإن قلعتها بعد ذلك وجبت ديتها، وعلى الثاني نبتي حكمها على وجوب قلعتها، فإذا قبل به، فلا شيء على قلعتها، وإن قلنا بعدمه فاحتمالان، فإن جعل مكانها سنا أخرى أو عظما فنبت، وجبت ديتها وجهها واحدا، كما لو لم يجعل مكانها شيئا، وإن قلعت الثانية فحكومة في الأشهر (أو ذهب سمعه، أو بصره، أو شمه، أو ذوقه، أو عقله، ثم عاد، سقطت ديته) لزوال سببها (وإن كان قد أخذها ردها) لأنه تبينا أنه أخذها بغير حق (وإن عاد ناقصا، أو عادت السن، أو الظفر قصيرا، أو متغيرا، فعليه أرش نقصه) خاصة، نص عليه، لأنه نقص حصل بجنايته كما لو نقصه مع بقائه (وإن قلع سن صغير ويئس من عودها) وحد الإياس سنة، نص عليه، لأنه هو الغالب في نباتها، وقال القاضي: إذا سقطت أخواتها، ولم تنبت (وجبت ديتها) لأنه أذهبها بجنايته إذهابا مستمرا كسن الكبير (وقال القاضي: فيها حكومة) لأن العادة عودها، فلم تكمل ديتها كالشعر، والصحيح الأول، لأن الشعر لو لم يعد وجب ديته مع أن العادة عوده (وعنه: في قلع الظفر إذا نبت على صفته، ففيه خمسة دنانير، وإن نبت أسود ففيه

عشرة) إذ التقديرات بابها التوقيف، ولا نعلم فيه توقيفاً، والقياس أنه لا شيء فيه إذا عاد على صفته، وإن نبت متغيراً ففيه حكومة، لأن القياس يقتضيها في كل الجروح،

(9/257)

خولف ذلك فيما ورد الشرع بتقديره، فيبقى ما عداه على مقتضى القياس (وإن مات المجني عليه، وادعى الجاني عود ما أذهب) في نقص سمعه وبصره (فأنكره الولي، فالقول قول الولي) لأن الأصل عدم العود (وإن جنى على سنه اثنان، واختلفا، فالقول قول المجني عليه في قدر ما أتلف كل واحد منهما) لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته، أشبه ما لو ادعى نقص سمعه.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 387

فصل

(وفي كل واحد من الشعور الأربعة الدية، وهي: شعر الرأس، واللحية، والحاجبين، وأهداب العينين) نص عليه، روي عن علي وزيد أنهما قالا: في الشعر الدية، رواه سعيد بإسنادين ضعيفين. وعنه: فيه حكومة كالشارب، وقاله أكثرهم، لأنه إتلاف جمال من غير منفعة كاليد الشلاء والعين القائمة، وجوابه: أنه أذهب لدية) يقدر بالمساحة كالأذنين وما رن الأنف، وذكر أبو الخطاب احتمالاً: تجب حكومة (وإنما تجب ديته إذا أزاله على وجه لا يعود) لأن احتمال العود يمنع من الوجوب كالسن الصغير (فإن عاد) بصفته (سقطت الدية) نص عليه كالسن (وإذا أبقى من لحيته) أو من غيرها من الشعور (مالاتجمال فيه، احتمال أن يلزمه بقسطه) جزم به في «الوجيز» كما لو أبقى من أذنه يسيراً (واحتمل أن يلزمه كمال الدية) قدمه في «الرعاية» و«الفروع» لأنه أذهب المقصود، أشبه ما لو أذهب ضوء العين، ولأن جنايته ربما أوجبت إلى ذهاب الباقي لزيادته في القبح على ذهاب الكل، فتكون جنايته سبباً لذهاب الكل، وقيل: تجب حكومة، لأنه لامقدار فيها، وعلم منه أنه لا قصاص في شيء من الشعور، لأن إتلافها إنما يكون بالجناية على محلها، وهو غير معلوم المقدار، ولا يمكن المساواة فيها، فلا تجب (وإن قلع الجفن بهديه، لم تجب لإلادية الجفن) لأن الشعور تزول تبعاً كالأصابع إذا قطع الكف، وهي عليه (وإن قلع اللحيين بما عليهما من الأسنان، فعليه ديتهما ودية الأسنان) أي: عليه دية الكل، ولم تدخل دية الأسنان في اللحيين كما تدخل دية

(9/258)

الأصابع في اليد لوجوه: أولها: أن الأسنان ليست متصلة باللحيين، وإنما هي مفردة فيها، بخلاف الأصابع. ثانيها: أن أحدهما ينفرد باسمه عن الآخر، بخلاف الأصابع. ثالثها: أن اللحيين يوجدان منفردين عن الأسنان لوجودهما قبل وجود الأسنان، ويبقيان بعد قلعها بخلاف الكف مع الأصابع. (وإن قطع كفاً بأصابعه، لم تجب لإلادية الأصابع) لدخول الجميع في مسمى اليد، وكما لو قطع ذكراً بحشفته، لم تجب دية الحشفة لدخولها في مسمى

الذكر، وظاهره: يقتضي سقوط ما يجب في مقابلة الكف، وهو غير مراد، والأولى أن نقول: لم تجب الإديّة اليد (وإن قطع كفاً عليه بعض الأصابع، دخل ما حاذى الأصابع في ديتها) لأن حصول الكل في اليد يقتضي دخول البعض (وعليه أرش باقي الكف) لأن الأصابع لو كانت سالمة كلها لدخل أرش الكف كله في دية الأصابع، وكذا ما حاذى الأصابع السالمة يدخل في ديتها، وما حاذى المقطوعات ليس بداخل في ديته، فوجب أرشه كما لو كانت الأصابع كلها مقطوعة، وذكر ابن أبي موسى: يلزمه دية اليد كاملة ينقص منها دية الأصابع المعدومة (وإن قطع أنملة بظفرها فليس عليه إلاديتها) كما لو قطع كفاً بأصابعه.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 389
فرع: إذا قطع كفاً بلا أصابع وذراعاً بلا كف، فثلث ديته، قال أحمد: كعين قائمة، وعنه: حكومة، ذكرهما في «المنتخب» وغيره، وكذا العضد ومفصل الرجل.
رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 389
فصل

(9/259)

(وفي عين الأعور دية كاملة، نص عليه) وهو قول الزهري، والليث، وجماعة، وقيل: فيها نصف الدية، وقاله الأكثر لقوله عليه السلام: «وفي العين خمسون من الإبل، وفي العينين الدية» يقتضي أنه لا يجب فيها أكثر من ذلك، لأن ما ضمن بنصف الدية مع نظيره ضمن مع ذهابه كالأذن، وجوابه: أن عمر، وعثمان، وعلياً، وابن عمر قضوا في عين الأعور بالدية، ولم يعلم لهم مخالف في الصحابة، روى ذلك أحمد، وأخذ به، ذكرها ابن الزاغوني، ولأنه يحصل بها ما يحصل بالعينين من رؤية الأشياء البعيدة وإدراك الأشياء اللطيفة، ويجوز أن يكون قاضياً، ويجزىء في الكفارة، وككمال قيمة صيد الحرم الأعور، لا يقال: ينبغي أن لا يجب في ذهاب أحد العينين نصف الدية لعدم نقصانه، لأنه لا يلزم من وجوب شيء في دية العينين نقص دية الباقي بدليل مالوجنى عليهما، فعمشا، فإنه يجب أرش النقص، ولاتنقص ديتها بذلك، فإن قلعها صحيح عمداً، فله قلع نظيرتها منه، وأخذ نصف الدية في المنصوص، وقيل: لاشيء له مع القلع، وفي «الروضة»: إن قلعها خطأ فنصف الدية (وإن قلع الأعور عين صحيح مماثلة لعينه الصحيحة عمداً، فعليه دية كاملة، ولاقصاص) قاله ابن المسيب وعطاء، نقل مهنا: عمر، وعثمان، وعلي، قالوا: الأعور إذا فقئت عينه له دية كاملة، ولا يقتص منه إذا فقأ عين صحيح، ولأعلم أحداً قال بخلافه إلا إبراهيم، ولأنه منعناه من إتلاف ضوء يضمن بدية كاملة، وكما لو قلع عيني سليم، ثم عمي، ولأنه منع القصاص مع وجود سببه، فأضعفت الدية كقاتل الذمي عمداً (ويحتمل أن تعلق عينه) لأثر روي في ذلك، وكقتل الرجل بامرأة (و) الأشهر (يعطى نصف الدية) لما روي أن علياً قضى في رجل قتل امرأته يقتل بها، ويعطى نصف الدية، وخرجه في «التعليق» و«الانتصار» من قتل رجل بامرأة (وإن قلعها خطأ، فعليه نصف الدية) لأن الأصل يجب في إحداها نصف الدية، ترك العمل به فيما تقدم لقضاء الصحابة، فيبقى ما عداه على مقتضى الدليل، كما لو قلع الأعور عيناً

لا تماثل عينه الصحيحة (وإن قلع عيني صحيح عمداً، خير بين قلع عينه - ولاشيء له غيرها - وبين الدية) هذا هو المجزوم به، لأن هذا مبني على قضاء الصحابة، لأنه أذهب بصره كله، فلم يكن له أكثر من إذهاب بصره، وإن عين الأعور تقوم مقام العينين، وذهب جماعة من العلماء إلى أن له القصاص ونصف الدية، وذكر القاضي: قياس المذهب وجوب ديتين أحدهما في العين إلى استحقاقها قلع عين الأعور والآخرى في الأخرى عين الأعور وجوابه قول عليه السلام وفي العينين الدية كما لو كان القالع صحيحاً وظاهره أنه إذا فعل ذلك خطأ فليس عليه إلا الدية كما لو قلعهما صحيح العينين وفي يد الأقطع نصف الدية وكذلك في رجله) إذا أزيلت عمداً، لأن فيهما دية واحدة، ففي كل واحد منهما نصفها، كما لو قلع أذن من له أذن واحدة، لأن هذا أحد العضوين اللذين تحصل بهما منفعة الجنس، لا يقوم مقام العضوين وكسائر الأعضاء، وعلم منه أنه إذا اختار القود فله ذلك، لأنه عضو أمكن القود في مثله، فكان الواجب فيه القصاص (وعنه: فيها دية كاملة) قياساً على عين الأعور، وعنه: إن ذهبت الأولى هدراً ففي الثانية دية كاملة، وإلا فنصفها، لأنه عطل منافعه من العضوين جملة، أشبه ما لو قلع عين أعور، وفي «الروضة»: إن ذهبت بحد فنصف الدية، وإن كانت ذهبت بجهد فروايتان، والأولى أصح، لأنه لا يصح القياس على عين الأعور، لأنه يحصل بها ما يحصل بالعينين، ولم يختلفا في الحقيقة والأحكام إلا اختلافاً يسيراً بخلاف أقطع اليد والرجل، ولأن التقدير لا يصار إليه إلا بتوقيف، ولم يوجد هنا، فلو قلع يد صحيح، قطعت يده.

رقم الجزء: 8 رقم الصفحة: 391

باب الشجاج وكسر العظام

(الشجة) واحدة الشجاج، قاله الجوهري، وهي (اسم لجرح الرأس والوجه خاصة) وقد يستعمل في غير ذلك من الأعضاء، قاله ابن أبي الفتح (وهي عشر: خمس لا مقدر فيها) لأن التقدير من الشرع، ولم يرد فيها (أولها الحارصة) بالحاء والصاد المهملتين (التي تحرض الجلد، أي: تشقه قليلاً، ولا تدميه) ومنه: حرض القصار الثوب إذا شقه قليلاً، وهي القاشرة والمقشرة، قال ابن هبيرة تبعاً للقاضي: وتسمى الملقط (ثم البازلة) وهي (التي يسيل منها الدم) وتسمى الدامية والدامعة لقلة سيلان دمها تشبهاً له بخروج الدمع من العين، وقدم في «الرعاية»: أن البازلة ما سال دمها، لأنها تنضح اللحم، وتقطع فيه عروقاً، وقيل: هي التي تدمي ولا تشق اللحم (ثم البازعة) وقدمها السامري وابن هبيرة على البازلة، وهي (التي تبضع اللحم) أي: تشق اللحم بعد الجلد، وقيل: ولم يسيل دمها (ثم المتلاحمة) وهي (التي أخذت في اللحم) أي: دخلت فيه دخولاً كثيراً، تزيد على البازعة (ثم السمحاق التي بينها وبين العظم قشرة رقيقة) فوق العظم تسمى تلك القشرة سمحاقاً، فسميت الجراح الواصلة إليها

بها، ويسمى أهل المدينة الملقاة والملطاة (فهذه الخمس فيها حكومة في ظاهر المذهب) وهي قول أكثر الفقهاء، وذكر ابن هبيرة: أنها المنصورة عند الأصحاب، لأنها جراحات لم يرد فيها توقيت من الشرع، أشبه جراحات البدن، وكالحارصة، وذكر القاضي: أنه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون في رأس المجني عليه موضحة إلى جانبها، قدرت هذه الجراحات منها، فإن كانت تقدر النصف، وجب نصف أرش الموضحة إلا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك، لأن هذا اللحم فيه مقدر، فكان في بعضه بقدره من ديبته كالمارن والحشفة، ورده المؤلف، وقال: لانعلمه مذهباً لأحمد، ولا يقتضيه مذهبه، ولا يصح، لأن هذه جراحة تجب فيها الحكومة لجراحة البدن، ولا يصح قياس هذا على ما ذكره، فإنه لا تجب فيه الحكومة، ولا نعلم لما ذكره نظيراً (وعنه: في البازلة بعير، وفي

(9/262)

الباضعة بعيران، وفي المتلاحمة ثلاثة، وفي السمحاق أربعة) رواه سعيد عن زيد، وهذه نقلها أبو طالب عنه، وقال: أنا أذهب إلى قول زيد، واختاره أبو بكر في «التنبيه» وقد اعتمد أصحابنا على قول زيد في تقدير أرش الهاشمة بعشر من الإبل، ولم يعتمدوا عليه هنا.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 3
فصل

(وخمس فيها مقدر) من الشرع، فوجب المصير إليه (أولها الموضحة) والجمع المواضع (التي توضح العظم، أي: تبرزه) ولو بقدر إبرة، ذكره ابن القاسم والقاضي، والوضح: البياض، يعني: أنها أبدت وضح العظم، أي: بياضه (وفيها خمسة أبعرة) أي: أجمعوا على أن أرشها مقدر، قاله ابن المنذر، وفي كتاب النبي لعمر بن حزم: «وفي الموضحة خمس من الإبل» رواه الشافعي والنسائي، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده مرفوعاً، قال: «وفي المواضع خمس من إبل» رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن، والعمل على هذا عند أهل العلم، وقال غيره: إسناده ثقات. وقد تقدم موضحة المرأة والعبد، وظاهره: أن موضحة الرأس والوجه سواء، وهو كذلك في ظاهر المذهب للعموم، ويشمل الصغيرة والكبيرة، والبارزة والمستتره بالشعر، لأن اسم الموضحة يشمل الجميع (وعنه: في موضحة الوجه عشرة) من الإبل، وهي قول سعيد بن المسيب، لأن شينها أكثر، وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامة (والأول المذهب) لأنه قول أبي بكر وعمر، ولأن موضحة الوجه موضحة، فكان أرشها خمسة أبعرة كغيرها، وكثرة الستر لأعبرة به بدليل التنسوية بين الصغيرة والكبيرة، وعلم مما سبق أنه لا شيء مقدر في موضحة غير الوجه والرأس، وهو قول الأكثر، لأن اسم الموضحة إنما يطلق على الجراحة المخصوصة في الوجه والرأس، وقول النخيفتين: الموضحة في الوجه والرأس سواء، لأن الشين فيهما أكثر وأخطر، فلا يلحق بهما غيرهما (فإن عمت الرأس، ونزلت إلى الوجه، فهل هي موضحة أو موضحتان؟ على وجهين) كذا أطلقهما في «المحرر» أحدهما: واحدة، قدمه في

(9/263)

«الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأنه أوضحه في عضوين، فكان لكل منهما حكم نفسه، كما لو أوضحه في الرأس، ونزل إلى القفا، وأطلق في «المغني» و«الكافي»: إذا كان بعضها في الرأي، وبعضها في الوجه، وأن لم تعم الرأس فيها الوجهان، وهو الذي يقتضيه الدليل (وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز، فعليه عشرة) من الإبل، لأنهما موضحتان (فإن خرق ما بينهما)) صاراً موضحة واحدة، كما لو أوضح الكل من غير حاجز يبقى بينهما (أو ذهب بالسراية) قبل الاندمال (صاراً موضحة واحدة) لأن سراية الجناية لها حكم أصل الجناية بدليل ما لو أتلف ما بينهما بنفسه (وإن خرقه المجني عليه) أي: المجرور (أو أجنبي، فهي ثلاث مواضع) لأنه استقر عليه أرش الأولتين بالاندمال، ثم لزمته الثالثة بالخرق، فإن اندملت إحدهما، وزال الحاجز بفعله أو سراية الأخرى، فعليه أرش موضحتين، لأن سراية فعله كالفعل، وأما إذا خرقه أجنبي، فعلى الأول أرش موضحتين، وعلى الثاني أرش موضحة، لأن فعل أحدهما لا يبيني على فعل الآخر، فانفرد كل واحد منهما بجنائته (وإن اختلفا فيمن خرقه، فالقول قول المجني عليه) لأن سبب أرش موضحتين قد وجد، والجاني يدعي زواله، والمجني عليه ينكره، والقول قول المنكر، وفي «الترغيب»: يصدق من يصدقه الظاهر بقرب زمن وبعده، فإن تساوبا، فالمجرور، قال: وله أرشان، وفي ثالث وجهان (ومثله) أي: مثل ما إذا أوضحه موضحتين بينهما حاجز، ثم خرق ما بينهما (لو قطع ثلاث أصابع امرأة فعليه ثلاثون من الإبل، فإن قطع الرابعة، عاد إلى عشرين) لأن جراح المرأة تساوي جراح الرجل إلى الثلث، فإذا زادت صارت على النصف (فإن اختلفا في قاطعها، فالقول قول المجني عليه) أي: في بقاء الثلثين عليه (وإن خرق ما بين الموضحتين في الباطن، فهل هي موضحة أو موضحتان؟ على وجهين) أحدهما يلزمه أرش موضحتين لانفصالهما في الظاهر. والثاني: يلزمه أرش واحدة، قدمه في «الرعاية» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» لاتصالهما في الباطن، فإن أوضحه

(9/264)

جماعة موضحة، فهل يوضح من كل واحد بقدرها، أو يوزع؟ فيه الخلاف.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 4
فرع: لو أوضح رأسه ومد السكين إلى قفاه، فدية موضحة وحكومة لجرح القفا، وبراعي نسبة الموضحة في العبد والذمي، ويتعدد الأرش بتعدد الموضحة (وإن شج جميع رأسه سمحاقاً إلا موضعاً منه أوضحه، فعليه أرش موضحة) لأنه لو أوضح الجميع، لم يلزمه أكثر من أرش موضحة، فلأن لا يلزمه في الإيضاح في البعض وشج الباقي أكثر من ذلك بطريق الأولى، وكذا لو شجه شجة بعضها هاشمة، وباقيها دونها، لم يلزمه أكثر من ذلك (ثم الهاشمة، وهي التي توضح العظم وتهشمه) سميت به لهشمها العظم (ففيها عشر من الإبل) وهو قول زيد، ومثل ذلك الظاهر أنه توقيف، ولا يعرف له مخالف في عصره، ولأنها شجة فوق الموضحة، تختص باسم، فكان فيها مقدر كالمأمومة (فإن ضربه بمثقل، فهشمه من غير أن يوضحه، ففيه حكومة) قدمه في «المحرر» و«المستوعب» و«الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لأنه كسر عظم لاجرح

معها، أشبهه قصبه الأنف (وقيل: يلزمه خمس من الإبل) لأنه لو أوضح وهشمه لوجب عشر، فإذا وجد أحدهما، وجب خمس كالإيضاح وحده، وكما لو هشمه على موضحة، وعلم مما سبق أنه لا يجب أرش الهاشمة بغير خلاف، لأن الأرش المقدر وجب في هاشمة معها موضحة.

(9/265)

أصل: إذا هشمه هاشمة لها مخرجان فثنتان، فلو أوضح إنساناً في رأسه، ثم أخرج رأس السكين من موضع آخر فموضحتان، وكذا إذا أوضحه موضحتين، هشم العظم في كل منهما، واتصل الهشم في الباطن، فهما هاشمتان، لأن الهشم يكون تبعاً للإيضاح، فإذا كانتا موضحتين، كان الهشم هاشمتين بخلاف الموضحة، فإنها ليست تبعاً لغيرها (ثم المنقلة، وهي التي توضح وتهشم وتنقل عظامها) سميت بذلك لأنها تنقل عظامها، وهي زائدة على الهاشمة، وقيل: تنقل من حال إلى حال (ففيها خمسة عشر من الإبل) بالإجماع، حكاه ابن المنذر، وسنده ما رواه سعيد عن علي بإسناد حسن، وحديث عمرو بن حزم، وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه «ثم المأمومة، وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ، وتسمى أم الدماغ» لأنها تحوطه وتجمعه (وتسمى المأمومة أمة) قال ابن عبد البر: أهل العراق يقولون لها: الأمة، وأهل الحجاز: المأمومة، وهي الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ، وهي جلدة فيها الدماغ، يقال: أم الرجل أمة ومأمومة (ففيها ثلث الدية) في قول أكثرهم لما في كتاب رسول الله إلى عمرو بن حزم: «في المأمومة ثلث الدية» ورواه سعيد عن علي بإسناد حسن، ووافق مكحول على ذلك إذا كانت خطأ، فإن كانت عمداً ففيها ثلثاها. وجوابه: أنها شجة، فلا يختلف أرشها بالعمد والخطأ كسائر الشجاج (ثم الدامعة) بالعين المهملة (وهي التي تخرق الجلد) أي: جلدة الدماغ (ففيها مافي المأمومة) قال القاضي: لم يذكر أصحابنا الدامعة لمساوتها المأمومة في أرشها، ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها في الغالب، ولهذا قال ابن حمدان: بل يجب فيها كل الدية لأنه لا يعيش، وقيل: فيها مع ما ذكر حكومة لخرق جلدة الدماغ.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 4

(9/266)

مسألة: أوضحه رجل ثم هشمه آخر، ثم جعلها ثالث منقلة، ثم جعلها رابع مأمومة، فعلى الأول أرش موضحة، وعلى الثاني خمس تمام أرش الهاشمة، وعلى الثالث خمس تمام أرش المنقلة، وعلى الرابع ثمانية عشر وثلث تمام أرش المأمومة، ذكره في «الشرح»، وغيره، وفي «الرعاية الكبرى»: على كل واحد خمس من الإبل، وقيل: على من هشم خمس أخرى، وعلى من نقله عشر أخرى، وعلى من أمه ثمانية عشر بغيراً وثلث بغير، وكمن أوضحه إيضاحه فقط.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 4

فصل

(وفي الجائفة ثلث الدية) في قول عامتهم لقوله عليه السلام في كتاب عمرو ابن حزم: «وفي الجائفة ثلث الدية» ولحديث عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده. ولأنها جراحة فيها مقدر، فلم يختلف أربشها بالعمد والخطأ كالموضحة، ولا نعلم في جراح البدن الخالية عن قطع الأعضاء وكسر العظام مقدرًا غير الجائفة (وهي التي تصل إلى باطن الجوف) ولم لم يخرق الأمعاء. (من بطن، أو ظهر، أو صدر، أو نحر) قال في «الفروع»: وحلق، ومثانة، وبين خصيتين، ودبر، وفي «الرعاية»: وهي ما وصل جوفاً فيه قوة محيلة للغذاء من ظهر أو بطن، وإن لم يخرق الأمعاء، أو صدر، أو نحر، أو دماغ، وإن لم يخرق الخريطة، أو مثانة، أو ما بين وعاء الخصيتين والدبر.

(9/267)

فرع: إذا أجافه جائفتين بينهما حاجز فثلثا الدية، وإم خرق الجاني ما بينهما أو ذهب بالسراية فجائفة، فيها ثلث الدية لا غير، فإن خرق ما بينهما أجنبي، أو المجني عليه فعلى الأول ثلثا الدية، وعلى الأجنبي الثاني ثلثها، ويسقط ما قابل فعل المجني عليه، وإن احتاج إلى خرق ما بينهما للمداوادة، فخرقها المجني عليه أو غيره بأمره، أو خرقها ولي المجني عليه، أو الطبيب بأمره، فلا شيء في خرق الحاجز، وعلى الأول ثلث الدية (فإن خرقه من جانب، فخرق من جانب آخر، فهي جائفتان) في قول الأكثر لما روى سعيد: ثنا هشيم، أنا حجاج قال: أخبرني عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن أبا بكر قضى في جائفة نفذت بثلثي الدية. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده أن عمر ضنقى في جائفة نفذت بثلثي الدية. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده أن عمر قضى في الجائفة إذا نفذت بأرش جائفتين. وكما لو طعنه من جانبين فالتقيا، ولأنه أنفذه من موضعين، كما لو أنفذه بضربتين، وقيل: واحدة، لأن الجائفة هي التي تنفذ من ظاهر البدن إلى الجوف، وهذه - أي: الثانية - إنما نفذت من الباطن إلى الظاهر، وجوابه: أن الإعتبار بوصول الجرح إلى الجوف لا بكيفية إيصاله، إذ لا أثر لصورة الفعل مع التساوي في المعنى (وإن طعنه في خده، فوصل الجرح إلى فمه) أو نفذ أنفاً، أو ذكراً، أو جفنا إلى بيضة العين (ففيه حكومة) في ظاهر المذهب، لأن باطن الفم حكمه حكم الظاهر لا الباطن (ويحتمل أن تكون جائفة) لأنه وصل إلى جوف مخوف، أشبه مالمو وصلت إلى الباطن.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 9

(9/268)

فرع إذا وطىء زوجة صغيرة، أو نحيفة لا يوطأ مثلها، فخرق ما بين مخرج بول ومنى، أو ما بين السيلين، فالدية إن لم يستمسك بول وإلا فجائفة، وإن كانت توطأ مثلها لمثله، أو أجنبية كبيرة مطاوعة، ولا شبهة فيه، ففعل ذلك، فهدر لعدم تصور الزيادة، وهو حق له، أي: له طلبه عند الحاكم بخلاف أجير مشترك، ولهامع الشبهة والإكراه الدية إن لم يستمسك بول، وإلا ثلثها، ويجب أربش بكاراة مع الفتق، ولا يندرج في دية إفشاء على الأصح (فإن جرحه في وركه،

فوصل الجرح إلى جوفه، أو أوضحه، فوصل الجرح إلى قفاه، فعليه دية جائفة وموضحة، وحكومة لجرح القفا والورك) لأن الجراح في غير موضع الجائفة، فانفرد فيه بالضمآن، كما لو لم يكن معها جائفة، وأما الحكومة فلأنه لا توقيت فيه، وقد جرح قفاه، وكما لو انفرد (وإن أجافه، ووسع آخر الجرح، فهي جائفتان) لأن فعل كل منهما لو انفرد كان جائفة، فلا يسقط حكمه بانضمامه إلى فعل غيره (وإن وسع ظاهره دون باطنه، أو باطنه دون ظاهره، فعليه حكومة) لتوسيعه، لأن جنايته لم تبلغ الجائفة، وفي «الترغيب»: وجه عليه حق جائفة (وإن التحمت الجائفة، ففتحها آخر، فهي جائفة أخرى) عليه أرشها، لأنه عاد إلى الصحة فصار كالذي لم يجرح، وحاصله: أن فتق موضحة نبت شعرها، فجائفة، وإلا فحكومة، وفي «الترغيب»: إن اندملت، فأوضحها آخر، فقيل: موضحة، وقيل: فحكومة، وذكر الخلال وغيره رواية ابن منصور: إن أوضحه فبرىء، ولم ينبت الشعر، ثم أوضحه آخر فحكومة، وإن التحم ما أرشه مقدر لم يسقط.

مسألة: إذا أدخل خشبة في دبره، وفتح جلده في الباطن فوجهان.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 9

فصل

(9/269)

(وفي الضلع) قال في «المحرر» و«الوجيز» و«النظم» و«الحاوي» و«الفروع» وغيرهم: إن جبر مستقيماً (بعير) وإلا فحكومة (وفي الترقوتين) واحدهما: ترقوة، وهو العظم المستدير حول العنق من النحر إلى الكتف (بعيران) وفي كل واحدة منهما بعير، نص عليه في رواية أبي طالب، لما روى سعيد عن سفيان، عن زيد بن أسلم، عن سالم بن جندب، عن أسلم مولى عمر، قال عمر: في الضلع جمل، والترقوة جمل. وظاهر الخرقى - وجزم به في «الإرشاد» -: أن في الواحدة بعيرين، فيكون فيهما أربعة أبعرة. وروي عن زيد، لكن قال القاضي: المراد بقول الخرقى الترقوتان معاً، وإنما اكتفى بلفظ الواحد لإدخال الألف واللام المقتضية للاستغراق، فيكون في كل ترقوة بعير (وفي كل واحد من الذراع، والزند، والعضد، والفخذ، والساق بعيران) في رواية نقلها أبو طالب، لما روى سعيد ثنا هشيم، أنا يحيى بن سعيد، عن عمرو بن شعيب أن عمرو بن العاص كتب إلى عمر في أحد الزندين إذا كسر، فكتب إليه عمر: أن فيه بعيرين. وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة أبعرة، ولم يظهر له مخالف في الصحابة، فكان كالإجماع. والثانية - وقدمها في «المحرر» وجزم بها في «الوجيز» -: أن الواجب بعير، نص عليها في رواية صالح، ورواه عن عمر، وعن أحمد في الزند الواحد أربعة أبعرة، لأنهما عظمان، وفيما سواه بعيران، وزاد أبو الخطاب: فجعل في عظم القدم بعيرين، قال في «المستوعب»: والزند هو الذراع، ويسمى الساعد أيضاً، قال في «الرعاية»: وهو بعيد، قال المؤلف: والصحيح أنه لا تقدير في غير الضلع والترقوتين والزندين، ومقتضى الدليل وجوب الحكومة في هذه الأعضاء الباطنة كلها، وإنما خالفناه في هذه العظام لقضاء عمر، ففيما عداها يبقى على مقتضى الدليل، وذكر ابن عقيل فيها: وفي ضلع حكومة، ونقل حنبل فيمن كسرت يده أو رجله: فيها حكومة وإن

انجبرت(وما عدا ما ذكرنا من الجروح وكسر العظام مثل خرزة الصلب
والعصص) والعانة(ففيه حكومة) لأن الجناية على ذلك

(9/270)

لا توقيت فيها، أشبه الجراح التي لا توقيت فيها، ولا نعلم فيه خلافاً، وإن خلف
فيه أحد، فهو قول شاذ لا يصار إليه.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 11
فائدة: خرزة الصلب فقاره، إن أريد بها كسر الصلب، ففيه الدية، وقال
القاضي: فيه حكومة، والعصص - بضم العين - عجب الذنب، وهو العظم الذي
في أسفل الصلب(والحكومة أن يقوّم المجني عليه، كأنه عد لا جناية به، ثم
يقوّم، وهي به قد برئت، فما نقص) من القيمة(فله مثله من الدية) هذا هو قول
الجمهور، لأن جملته مضمونة بالدية، فأجزأه مضمونة منها كما أن المبيع لما
كان مضموناً على البائع بالثمن، كان أرش عيبه مقدراً من الثمن، ولا يقبل
الحكومة إلا من عدلين خبيرين بالقيمة، ولا تقويم إلا بعد البرء، لأن أرش الجرح
المقدر لا يستقر إلا بعد برئه(فإن كان قيمته - وهو صحيح - عشرين، وقيمه وبه
الجناية تسعة عشر، ففيه نصف عشر ديته) لأن الناقص بالتقويم درهم من
عشرين، وهو نصف عشرها، فيكون فيه هنا نصف عشر الدية ضرورة أن
الواجب مثل ذلك من الدية(إلا أن تكون الحكومة في شيء فيه مقدر، فلا يبلغ
بها أرش المقدر) هذا استثناء مما تقدم، وحاصله: أن الحكومة إنما تجب فيه
على نوعين: أحدهما: أن يكون في شيء مقدر، وحكمه سبق. الثاني: أن يكون
في شيء هو بعض المقدر، فهذا لا بد أن يلحظ فيه عدم مجاوزة أرش المؤقت،
مثل أن يشجه سمحاقاً، وهو دون الموضحة، فإن بلغ بالتقويم أرشها أكثر من
موضحة مثل أن تنقص الجناية أكثر من نصف عشر قيمته، لم يجب الزائد، لأنه
لو وجب ذلك لكان قد وجب في شيء لا يبلغ موضحة أكثر من أرش الموضحة،
وهو غير جائز، لأن الموضحة أكثر من ذلك، والشين بها أعظم، والمحل
واحد(وإذا كانت في الشجاج التي دون الموضحة، لم يبلغ بها أرش الموضحة)
وهل يبلغ بها أرش المؤقت؟ على روايتين، ظاهر المذهب: أنه لا يبلغ به أرش
المؤقت، قاله ابن هبيرة، والنقص على حسب اجتهاد الحاكم، ولا يزداد

(9/271)

بحكومة في مقدر على ديته، وفي جواز مساواته وجهان، وعلى المنع ينقص
الحاكم ماشاء، لا يقال: قد وجب في بعض البدن أكثر مما وجب في جميعه،
ووجب في منافع الإنسيان أكثر من الواجب فيه، لأنه إنما وجب دية النفس دية
عن الروح، وليست الأطراف بعضها بخلاف مسألتنا، ذكره القاضي(وإن كانت
في أصبع، لم يبلغ بها دية الأصبع) لأنه إذا جرح أصبعاً، فبلغ أرشه أكثر من عشر
الدية، لا يجب أكثر من عشرها(وإن كانت في أنملة، لم يبلغ بها ديتها) أي: إذا
كانت الجراح في أنملة، فبلغ أرشه أكثر من ثلاثة وثلاث من الأول لا يجب أكثر
من ثلاثة وثلاث، لأنه دية الأنملة(وإن كانت مما لا تنقص شيئاً بعد الإندمال،
قومت حال جريان الدم) لأنه لا بد من نقص لأجل الجناية، فإذا كان التقويم بعد

الاندمال يبقى ذلك، وجب أن يقوم في حال اندمال جريان الدم ليحصل النقص (فإن لم تنقص شيئاً بحال، أو زادته حسناً، فلا شيء فيها، والله أعلم) إذا لم يحصل بالجناية نقص في جمال ولا نفع كقطع اصبع زائدة، أو قلع سن زائدة، ولحية امرأة، فاندمل الموضع من غير نقص، أو زاد جمالاً أو قيمة فوجها: أصحابهما: لا يجب شيء، لأنه لم يحصل بفعله نقص، فلم يجب شيء، كما لو لكمه فلم يؤثر. والثاني: يجب ضمانه، لأنه جزء من مضمون، فوجب ضمانه كغيره، وقال أبو الخطاب: إذا قطع لحية امرأة، فإنها تقوم كأنها رجل له لحية، ثم يقوم رجل قد ذهبت، فما نقص وجب بقسطه، وفيه نظر، لأن لحية الرجل زين له، وعيب في المرأة، وتقدير العيب بالزين لا يصح.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 11

فرع: إذا جنى عليه جناية لها أرش، ثم قتله قبل اندمال الجرح، دخل أرشه في دية النفس كما لو مات من سراية الجرح، وإن قتله غيره، وجب أرش الجرح كما لو اندمل، وإن لطمه على وجهه، فلم يؤثر فيه، فلا ضمان كما لو شتمه.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 11

(9/272)

باب العاقلة وما تحمله

العاقلة جمع عاقل، وهو المؤدي للدية، يقال: عقلت فلاناً: إذا أعطيته ديته، وعقلت عن فلان: إذا عزمت عن ديته، وأصله من: عقل الإبل بالعقل، وهي الحبال التي تثنى بها أيديها إلى ركبها، وقيل: اشتقاقه من العقل، وهو المنع، لأنهم يمنعون عن القاتل، والعقل المنع، ويسمى بعض العلوم عقلاً، لأنه يمنع من الإقدام على المضار، وقيل: لأنهم يتحملون العقل، وهو الدية، سميت بذلك لأنها تعقل لسان ولي المقتول، وهي من غرم ثلث الدية فأكثر بسبب جناية غيره. «وما تحمله» أي: ما تحمله العاقلة، هل يجب عليها ابتداء، أو على القاتل، ثم تحمله عنه؟ فيه قولان، كما قيل في فطرة الزوجة والولد ونحوهما مما يخرج عنه غيره، هل يجب عليه ابتداء، أو على المخرج؟ ومن لا عاقلة له هل تجب في ذمته الدية، أو لا؟ على قولين.

(9/273)

(عاقلة الإنسان عصبته كلهم: قريبتهم وبعيدهم من النسب واولاء) وهم الأحرار العاقلون البالغ الأغنياء على المشهور، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده قال: قضى النبي «أن عقل المرأة على عصبته من كانوا، لا يرثون منها شيئاً إلا ما فضل عن ورثتها، وإن قتلت فعقلها بين ورثتها» رواه أبو داود. ولأنهم عصبية، أشبهوا سائر العصبات، يحققه أن العقل موضوع على التناصر، وهم من أهله، ولأن العصبية في تحمل العقل ك«هم» في الميراث في تقديم الأقرب فالأقرب، وكون البعيد عصبية، لأنه يرث المال إذا لم يكن وارث أقرب منه، فهو كالقريب، وكون عصبات الإنسان في الولاء من العاقلة، لعموم قوله عليه السلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب» (إلا عمودي نسبه أبأوه وأبنأوه)

اختاره الخرقى، وجزم به في «الوجيز» قال ابن المنجا: وهو المذهب، لما روى جابر أن امرأتين من هذيل قتلت إحداهما الأخرى، ولكل واحدة منهما زوج وولد، فجعل رسول الله دية المقتولة على عاقلة القاتلة، وبرأ زوجها وولدها، فقال: عاقلة المقتولة ميراثها لنا، فقال النبي: «لا، ميراثها لزوجها وولدها» رواه أبو داود. وهذا يقتضى أن الأولاد ليسوا من العاقلة، وكذا الآباء قياساً لإحدى العمودين على الآخر، ولأن مال ولده ووالده كماله، وخرج منه الإخوة بدليل، لأن الخرقى خص العاقلة بالعمومة ولأولادهم (وعنه: أنهم من العاقلة أيضاً) قدمه في «الكافي» و «الرعاية» واختاره أبو بكر والشريف، بل والأكثر، لأنهم أحق من العصبات بميراثه، فكانوا أولى بتحمل عقله، وعنه: هم عصبة إلا أبناءه إذا كان امرأة، قال في «المحرر»: وهو الأصح، نقل حرب: الابن لا يعقل عن أمه، لأنه من قوم آخرين، وفي «المستوعب»: إلا أن يكون الابن من عصبه أمه، فيكون من عاقلتها، وكذا في «البلغة» وعلم منه أن العصبات من الإخوة من الأم وذوي الأرحام والنساء ليسوا من العاقلة بغير خلاف، لأنهم ليسوا من أهل النصره، وعمدة العقل النصره،

(9/274)

وليسوا منها كاهل المحلة والديوان (وليس على الفقير) على المذهب، لأن حمل العاقلة مواساة، فلا يلزم الفقير كالزكاة، ولأنه وجب على العاقلة تخفيفاً عن القاتل، فلا يجوز التثقيل عليه، لأنه كلفة ومشقة (ولا صبي ولا زائل العقل) حمل شيء منها، لأن الحمل للتناصر، وهما ليسا من أهلها، وقيل: يحمل المميز، لأنه قارب البلوغ (ولا امرأة) لما ذكرنا (ولا خنثى مشكل) لاحتمال كونه امرأة، فيحمل جنابة عتيقهما من تحمل جنابتهما، وعنه: تعقل امرأة وخنثى بولاء (ولا رقيق) لأنه أسوأ حالاً من الفقير (ولا مخالف لدين الجاني حمل شيء) لأن حملها للنصره، ولا نصره لمخالف له في دينه (وعنه: أن الفقير) المعتمل، أي: المحترف (يحمل من العقل) حكاها أبو الخطاب، وهي قول أكثر العلماء، لأنه من أهل النصره، فكان من العاقلة كالغني، وظاهره: أن المريض والشيخ يحملان، وصرح به في «الرعاية» وفي هرم وزمن وأعمى وجهان، فلو عرف نسب قاتل من قتيلة، ولم يعلم من أي بطونها، لم يعقلوا عنه، ذكره في المذهب (ويحمل الغائب كما يحمل الحاضر) للخبر، ولأنهم استووا في التعصيب والإرث، فاستووا في تحمل العقل كالحاضرين.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 15

(9/275)

وخطأ الإمام والحاكم في أحكامه في بيت المال) قدمه في «الرعاية» و«الفروع» لأن خطاه يكثر فيجحف بهم، ولأنه نائب عن الله، فكان أرش جنابته في مال الله، وكخطأ وكيل، وعليها: للإمام عزل نفسه، ذكره القاضي وغيره (وعنه: على عاقلته) أي: على عاقلتهما، قدمه السامري لقول علي لعمر: ديتك عليك لأنك أفرعتها. ولأنه جان، فكان خطؤه على العاقلة كغيره،

وكخطئهما في غير حكم، وكذا الخلاف إن زاد سوطاً كخطأ في حد أو تعزير، أو جهلاً حملاً، أو بان من حكم بشهادته غير أهل (وهل يتعاقل أهل الذمة؟ على روايتين) الأصح أنهم يتعاقلون، لأن قرابتهم تقتضي التوريث، فاقتضت التعاقل، ولأنهم من أهل النصره كالمسلمين. والثانية: لا، لأن حمل العاقلة يثبت على خلاف الأصل لحرمة قرابة المسلمين، فلا يقاس عليهم غيرهم لعدم المساواة في الحرمة، فإن اختلفت الملة كاليهود والنصارى فوجهان، وفي «الترغيب» روايتان بناء على تورثهم وعدمه (ولا يعقل ذمي عن حربي ولا حربي عن ذمي) لعدم التوارث، وكمسلم وكافر، وقيل: بلى إن توارثا، وقال ابن حمدان: يعقل المعاهد إن بقي عهده إلى أصل الواجب، وإلا فلا.

(9/276)

تذنيب: المرتد لا يعقل عنه، لأنه ليس بمسلم، فيعقل عنه المسلمون، ولا ذمي، فيعقل عنه أهل الذمة، فتكون جنايته في ماله، وفيه وجه (ومن لا عاقلة له أو لم تكن له عاقلة تحمل الجميع، فالدية، أو باقيها عليه، إن كان ذمياً) جزم به في «الوجيز» لأن بيت المال لا يعقل عنه، وكمن رمى سهماً، ثم أسلم، أو كفر قبل إصابته في الأصح، وقدم في «المحرر» أنه يكون في بيت المال كمسلم، ولم يرجح في «الفروع» شيئاً (وإن كان مسلماً، أخذ من بيت المال) على الأصح، لأن المسلمين يرثون من لا وارث له، فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصباته. والثانية: لا يحمل العقل بحال، رجحها في «المغني» و«الشرح» لأن بيت المال فيه حق للصبيان والنساء والمجانين، ومن لا عقل عليه، فلا يجوز صرفه فيما لا يجب عليهم، فعلى الأول تكون حالة تؤخذ دفعة واحدة، لأنه - عليه السلام - أدى دية الأنصاري دفعة واحدة/ وكذا عمر، ولأن الدية بدل متلف، وإنما أجل على العاقلة تخفيفاً، ولا حاجة إلى ذلك في بيت المال، وقيل: تؤخذ في ثلاث سنين كالعاقلة (فإن لم يمكن) أي: إذا تعذر سقطت، نقله الجماعة، وهو المراد بقوله (فلا شيء على القاتل) لأن الدية لزممت العاقلة ابتداءً بدليل أنها لا يطالب بها غيرهم، ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها، فلا تجب على غير من وجبت عليه كما لو عدم القاتل، فإن الدية لا تجب على أحد (ويحتمل أن تجب في مال القاتل) لعموم قوله تعالى: رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 15

(9/277)

{ودية مسلمة إلى أهله} (النساء: 92) ولأن مقتضى الدليل وجوبها على الجاني جبراً للمحل الذي فوته، وإنما سقط عنه لقيام العاقلة مقامه في جبر المحل، فإذا لم يوجد ذلك، بقي واجباً عليه بمقتضى الدليل، ولأن الأمر تردد بين إبطال دم المقتول وبين إيجاب ديته على المتلف، ولا يجوز الأول لمخالفة الكتاب والسنة وأصول الشريعة، فتعين الثاني، ولأن إهدار الدم المضمون لا نظير له، وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر (وهو أولى) من إهدار دم الأحرار في أغلب الأحوال، فإنه لا تكاد توجد عاقلة تحمل الدية كلها، ولا سبيل إلى الأخذ من بيت المال، فتضيق الدماء، والدية تجب على القاتل، ثم تتحملها

العاقلة، وإن سلمنا وجوبها عليهم ابتداءً لكن مع وجودهم (كما قالوا في المرتد: يجب أرش خطئه في ماله) لأنه لا عاقلة له تحملها (ولو رمى، وهو مسلم، فلم يصب السهم حتى ارتد، كان عليه في ماله، ولو رمى الكافر سهماً، ثم أسلم، ثم قتل السهم إنساناً، فديته في ماله) إذا تغير دين جرح حالي جرح وزهوق، فالمذهب تحمله العاقلة حال الجرح، وقيل: أرش الجرح والزيادة بالسراية في ماله، وقيل: الكل في ماله، وهو المرجح هنا، لأنه قتل في دار الإسلام معصوم، فتعذر حمل عاقلته عقله، فوجب على قاتله (ولو جنى ابن المعتقة، ثم انجر ولاؤه، ثم سرت جنايته، فأرش الجناية في ماله لتعذر حمل العاقلة، فهكذا هذا) وصورتها: إذا رمى من عليه ولاء لموالي أمه، فانجر ولاؤه إلى موالي أبيه، ثم وقع سهمه في شخص، فالدية في ماله، ولهذا قال في «المحرر» و«الفروع»: فهو كتغير دين.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 15

فصل

(ولا تحمل العاقلة عمداً) سواء كان مما يجب فيه القصاص أو لا، لما روى ابن عباس مرفوعاً، قال: «لا تحمل العاقلة عمداً، ولا عبداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً» وروى عن ابن عباس موقوفاً، ولم يعرف له في الصحابة مخالف/

(9/278)

فيكون كالإجماع، وعن عمر قال: العمد، والعبد، والصلح، والاعتراف لا تعقله العاقلة رواه الدارقطني. وحكى أحمد عن ابن عباس نحوه، قال الزهري: مضت السنة إن العاقلة لا تحمل شيئاً من دية العمد إلا أن يشاؤوا، رواه مالك. ولأن حمل العاقلة إنما ثبت في الخطأ لكون الجاني معذوراً تخفيفاً عنه ومواساةً له، والعامد غير معذور، ثم يبطل بقتل الأب ابنه، فإنه لا قصاص فيه، ولا تحمله العاقلة، فلو قتله بحديدة مسمومة، فسرى إلى النفس، فوجهان: أحدهما: تحمله العاقلة، لأنه ليس بعمد. والثاني: لا، لأنه قتل بما لم يقتل مثلها غالباً، أشبه من له القصاص (ولا عبداً) وهو قول ابن عباس وجماعة من التابعين، ومعناه: إذا قتل العبد قاتل، وجبت قيمته في مال القاتل، ولا شيء على عاقلته، خطأً كان أو عمداً (ولا صلحاً) لأنه لو حملته العاقلة، أدى إلى أن يصلح بمال غيره، وبوجب عليه حقاً بقوله، ومعناه: أن يدعي عليه القتل، فينكره ويصالح المدعي على مال، فلا تحمله العاقلة، لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره كالذي ثبت باعترافه، وفسره القاضي وغيره بأن يصلح الأولياء عن دم العمد إلى الدية، والأول أولى، قاله في «المغني» و«الشرح»، لأن هذا يستغنى عنه بذكر العمد، بل معناه صالح عنه صلح إنكار، وجزم به في «الروضة» (ولا اعترافاً) أي: لم تصدقه به بغير خلاف نعلمه، لأنه متهم في أن يواطىء من يقر له بذلك، ليأخذ الدية من عاقلته، فيقاسمه إياها، ولأنه لا يقبل إقرار شخص على غيره، وحينئذ يلزمه ما اعترف، ومعناه بأن يقر على نفسه بجناية خطأ، أو شبه عمد، فوجب ثلث الدية فأكثر، إن لم تصدقه العاقلة (ولا يادون ثلث الدية) كأرش الموضحة، نص على ذلك لقضاء عمر أنها لا تحمل شيئاً حتى يبلغ عقل المأمومة، ولأن الأصل وجوب الضمان على الجاني، لأنه هو المتلف، فكان عليه كسائر المتلفات، لكن خولف في الثلث لإجحافه بالجاني لكثرتة فما عداه يبقى على الأصل، والثلث حد الكثير

للخبر (ويكون ذلك) أي: دية العمد وما بعده (في مال الجاني) لما ذكرنا أن مقتضى الأصل وجوب الجناية على الجاني (رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 20)
 حلاً) لأنه بدل متلف، فكان حالاً كقيمة المتلف من المتاع (إلا غرة الجنين إذا مات مع أمه، فإن العاقلة تحملها مع دية أمه) نص عليه، لأن ديتهمما وجبت في حال واحدة بجناية واحدة مع زيادتها على الثلث، وظاهرة: سواء سبقته بالزهوق، أو سبقها به، لأن الجناية واحدة، وإنما تأخر بعض أثرها عن بعض، وذلك لا يضر، وقال أحمد: هذا من قبل أنها نفس واحدة، وقال: الجناية عليهما واحدة، فقيل له: النبي قد جعل في كل منهما دية، فقد فصل بينهما، فلم يجب بشيء، وفي «عيون المسائل»: «خبر المرأة التي قتلت المرأة وجنيتهما، قال: فوجه الدليل أنه قضى بدية الجنين على الجانية حيث لم تبلغ الثلث، ونقل ابن منصور: إذا شربت دواء عمداً، فأسقطت جنيناً، فالدية على العاقلة، قال في «الفروع»: فيتوجه منه احتمال تحمل القليل، وقد يقال: هذا مختص بالجنين لكون دية نفس، فيكون منزلاً منزلاً من ذلة الدية الكاملة، وإن كان دون الثلث لكونه دية نفس (وإن ماتا منفردين) بجنايتين، صرح به في «الوجيز» (لم تحملها العاقلة) نص عليه (لنقصها عن الثلث) لأن الواجب في ذلك غرة قيمتها خمس من الإبل، وهي دون ثلث الدية (وتحمل جناية الخطأ على الحر إذا بلغت الثلث) لحديث أبي هريرة، وفي تقييده بالخطأ والحر وبلوغ الثلث احتراز عن العمد والعبد وما دون الثلث (وقال أبو بكر: ولا تحمل شبه العمد) هذا رواية، وصححه ابن حمدان، وقاله ابن شبرمة، والزهرري، وقتادة، لأنها موجب فعل قصده، فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض، وهي دية مغلظة، أشبهت دية العمد (ويكون في مال القاتل في ثلاث سنين) قال في «الشرح»: ولا نعلم خلافاً في أنها تجب مؤجلة، روي عن عمر، وعلي، وابن عباس، وقال أبو بكر مرة: هو في مال الجاني حالاً، وحكاه في «الشرح» عن قوم

لأنها بدل متلف، وجوابه: بأنها تخالف سائر المتلفات، واقتضى تغليظها من وجه، وهو الأسنان، وتخفيفها من وجه، وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها (وقال الخرقى: تحمله العاقلة) هذا ظاهر المذهب في ثلاث سنين، نص عليه، قدمه في «الكافي» لحديث أبي هريرة: «اقتتل امرأتان من هذيل» الحديث. لأنه لا يوجب قصاصاً كالخطأ، وعنه: يجب مؤجلاً كذلك في مال الجاني، وقيل: حالاً، قدمه في «التبصرة» و«الرعاية» كغيره وذكر أبو الفرج: تحمله العاقلة حالاً، وفي «التبصرة»: لا تحمل عمداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً، ولا مادون الثلث، وجميع ذلك في مال جان في ثلاث سنين، وفي «الروضة»: دية الخطأ في خمس سنين في كل سنة خمسها (وما يحمله كل واحد من العاقلة غير مقدر) لأن التقدير من الشرع، ولم يرد به (ولكن يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم) لأنه لانص فيه، فوجب الرجوع في تقديره إلى اجتهاد الحاكم كتقدير النفقات) (فيحمل

كل إنسان منهم ما يسهل ولا يشق) نص عليه، لأن التحمل على سبيل
المواساة للقاتل والتخفيف عنه، ولا يخفف عن الجاني ما يثقل على غيره،
ويجحف به كالزكاة، ولأن الإجحاف لو كان مشروعاً كان الجاني أحق به، فإذا
لم يشرع في حقه، فغيره أولى (وقال أبو بكر يجعل على الموسر) وهو مالك
نصاب عند حلول الحول فاضلاً عنه كحج وكفارة ظهار (نصف دينار) لأنه أقل
ما يتقدر في الزكاة (وعلى المتوسط ربعاً) قوله رواية عن أحمد، لأن ما دون
ذلك تافه، لا تقطع اليد فيه (وهل يتكرر ذلك في الأحوال الثلاثة، أو لا؟ على
وجهين) كذا في «المحرر» و «الفروع» أحدهما: يتكرر، لأنه يفرض إلى إيجاب
أكثر من أقل الزكاة، فيكون مضراً، فعلى الأول: يجب على الموسر دينار
ونصف، وعلى المتوسط ثلاثة أرباع لتكرره، وعلى الثاني: نصف على الموسر
وربع على المتوسط، لأنه لا يتكرر (ويبدأ بالأقرب فالأقرب) كالميراث
سواء (فمتى اتسعت أموال الأقربين لها، لم يتجاوزهم) لأنه حق يستحق
بالتعصيب، فقدم الأقرب

(9/281)

فالأقرب، ويقدم من يدلي بأبوين على من يدلي بأب في الأشهر كالميراث،
وفي الآخر سواء، لأنه لا يستفاد بالتعصيب، وذكر ابن عقيل في مساواة أخ
لأبوين روايتين، وخرج منها مساواة بعيد لقريب، ويؤخذ من بعيد لغيبة قريب،
وقيل: يكتب الإمام إلى قاضي بلد الأقرب الغائب ليطلبه بها (وإلا) أي: وإن لم
تتسع أموال الأقربين لها (انتقل إلى من يليهم) لأن الأقربين لم يكونوا
موجودين، فعلمت الدية بمن يليهم، وكذا إذا تحمل الأقربون ما وجب عليهم،
وبقيت بقية (وإن تساوي جماعة في القرب، وزع القدر الذي يلزمهم بينهم) نص
عليه، لأنهم استووا في القرابة، فكانوا سواء كما لو قتلوا، وكالميراث، وقال
ابن حمدان: ويحتمل أن يأخذ الإمام ممن شاء.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 20
فصل

(9/282)

(وما تحمله العاقلة يجب مؤجلاً في ثلاث سنين) لا خلاف في وجوب دية
الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين لقول عمر وعلي، ولم يعرف لهما في
الصحابة مخالف (إن كان دية كاملة) لأنه لا مرجح لبعض السنين على بعض،
ولأنه مال يجب على سبيل المواساة، فلم يجب حالاً كالزكاة، وحينئذ يجب في
آخر كل حول ثلثها، ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية (وإن كان الواجب
ثلث الدية كإرش الجائفة، وجب في رأس الحول) أي: في آخر السنة الأولى،
ولم يجب منه شيء حالاً، لأن العاقلة لا تحمل حالاً (وإن كان نصفها كدية اليد،
وجب في رأس الحول الأول الثلث) لأنه قدر ما يؤدي من الدية الكاملة، فوجب
لتساويهما في وقت الوجوب (وباقيه في رأس الحول الثاني) لأن ذلك محل
القسط الثاني من الكاملة (وإن كان دية امرأة كتابي) لم يقتل عمداً قاله في
«الوجيز» وفيه شيء (فكذلك) لأن هذا ينقص عن دية كاملة، أشبهت إرش

الطرف(ويحتمل أن نقسم في ثلاث سنين) لأن ذلك دية نفس كاملة، أشبه دية المسلم (وإن كان أكثر من دية كما لو جنى عليه، فأذهب سمعه وبصره، لم يزد في كل حول على الثلث) لأن الواجب لو كان دون الدية، لم ينقص في السنة عن الثلث، فكذا لا يزيد عليه إذا زاد على الثلث، وكذا إذا قتلت المرأة وجنينها بضربة بعدما استهل، لم تزد في كل حول على قدر الثلث، وقال القاضي وأصحابه: دية نفس في ثلاث سنين، وقيل: الكل، فلو قتل اثنين، فديتهما في ثلاث، لأن كل واحد له دية، فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه، وقيل: في ست سنين، فأما إذا كان الواجب دون الثلث كدية الأصبغ، لم تحملها العاقلة، ويجب حالاً، لأنها بدل متلف(وابتداء الحول في الجرح من الاندمال) لأن الأرش لا يستقر إلا بالبراءة (وفي القتل من حين الموت) لأنه حالة الوجوب، سواء كان قتلاً موجباً، أو عن سراية جرح(وقال القاضي: إن لم يسر الجرح إلى شيء، فحوله من حين القطع) لأن تلك حالة الوجوب، ولهذا لو قطع يده، وهو ذمي، فأسلم، ثم اندملت، وجب نصف

(9/283)

دية ذمي، وحاصله: أن عنده: أن ابتداءه في القتل الموحى والجرح الذي لم يسر عن محله من حين الجناية، وقيل: في الكل عند الترافع إلى الحاكم(ومن مات من العاقلة، أو افتقر) قبل تمام الحول(سقط ما عليه) بغير خلاف نعلمه، لأنه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة، أشبه الزكاة(وإن مات بعد الحول، لم يسقط ما عليه) لأنه حق تدخله النيابة لا يملك إسقاطه في حياته، أشبه الدين، ولأنه وجب عليه لحولان الحول، فلم يسقط كالزكاة(وعمد الصبي والمجنون خطأ) نص عليه في رواية ابن منصور، لأنه لا يتحقق منهما كمال القصد، فوجب أن يكون كخطأ البالغ(تحمله العاقلة) لأنه لا يوجب القود، فحملته كغيره(وعنه في الصبي العاقل: أن عمدته في ماله) لأنه عمد يجوز تأديبه عليه، أشبه البالغ العاقل، والمراد به المميز، لكن قال ابن عقيل والحلواني: تجب مغلظة، وفي «الواضح» رواية: في ماله بعد عشر سنين، ونقل أبو طالب: ما أصاب الصبي من شيء، فعلى الأب إلى قدر ثلث الدية، فإذا جاوز ثلث الدية فعلى العاقلة، فهذا رواية لا تحمل الثلث، والأول أولى، وما ذكره ينتقض بشبه العمد.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 25

(9/284)

باب كفارة القتل

الكفارة مأخوذة من الكفر، وهو الستر، لأنها تغطي الذنب وتستتره، والأصل فيها الإجماع، وسنده قوله تعالى: {وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة} (النساء: 92) فذكر في الآية ثلاث كفارات: إحداهن: يقتل المسلم في دار الإسلام خطأ. الثاني: يقتل في دار الحرب، وهو لا يعرف إيمانه بقوله: {فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن،

فتحريبر رقبه مؤمنة) { (4: 29). الثالث: يقتل المعاهد، وهو الذمي في دار الإسلام لقوله عز وجل: {وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحريبر رقبه مؤمنة} (النساء: 92) فأوجب الكفارة بالقتل في الجملة، وسواء كان المقتول ذكراً أو أنثى، صغيراً كان أو كبيراً (ومن قتل نفساً محرمة خطأ) للآية الكريمة، سواء قتلها مباشرة أو بسبب بعد موته نص عليه بغير حق، ولو مستأمنًا، وظاهره: ولو قتل نفسه (أو ما أجري مجراه) لأنه أجري مجراه في عدم القصاص، فكذا يجب أن يجري مجراه في الكفارة (أو شارك فيها) أي: على كل واحد من المشتركين كفارة في قول الأكثر، لأن الكفارة موجب قتل الآدمي، فوجب تكميلها على كل واحد من الشركاء كالقصاص (أو ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً: ميتاً أو حياً، ثم مات، فعليه الكفارة) لأنه قتل نفساً محرمة، أشبه قتل الآدمي بالمباشرة، وفي «الإرشاد»: إن جنى عليها، فألقت جنينين فأكثر، فقيل: كفارة، وقيل: تتعدد، قال في «الفروع»: فيخرج مثله في جنين وأمه، والمذهب أنه لا بد من إلقاء جنين كامل، لأنه قتل نفساً بغير حق، فكان فيه الكفارة كالمولود، وقيل: تجب ولو بإلقاء مضغة، لم تتصور (مسلماً كان المقتول، أو كافراً) لأن الكافر آدمي مقتول ظلماً، فوجب الكفارة بقتله كالمسلم (حراً أو عبداً) في قول أكثرهم لعموم قوله تعالى: {ومن قتل مؤمناً خطأ} (4: 29) ولأنه يجب بقتله القصاص في الجملة، فوجب بقتله الكفارة كالحر، ولأنه مؤمن أشبه الحر) (وسواء كان القاتل كبيراً عاقلاً، أو صغيراً،

(9/285)

أو مجنوناً حراً، أو عبداً) مسلماً، أو كافراً، لأنه حق مالي يتعلق بالقتل، فتعلقت بهم كالدية، والصلاة والصوم عبادتان بدنيتان، وهذه مالية، أشبهت نفقة الأقارب، وكفارة اليمين تتعلق بالقول، ولا قول لهما، وهذه تتعلق بالفعل، وفعلهما متحقق، ويتعلق بالفعل ما لا يتعلق بالقول بدليل إيجابهما، وأما الكافر فتكون عقوبة له كالحدود، وعنه: لا تجب عليه، نقله بكر بن محمد، وزاد أبو حنيفة عليه: الصبي والمجنون، لأنها عبادة محضة تجب بالشرع، فلم تجب عليهم كالصوم وكفارة اليمين، وجوابه ما سبق (ويكفر العبد بالصيام) لأنه لا مال له (وعنه: على المشتركين كفارة واحدة) لعموم قوله تعالى: {ومن قتل مؤمناً خطأ} (4: 29) الآية، و «من» تتناول الواحد والجماعة، ولأن الدية لا تتعدد، فكذا الكفارة، ولأنها كفارة قتل، فلم تتعدد بتعدد القاتلين مع اتحاد المقتول ككفارة الصيد الحرمي (فأما القتل المباح كالقصاص والحد وقتل الباغى والصائل، فلا كفارة فيه) لأنه قتل مأمور به، والكفارة لا تجب لمحو المأمور به، والخطأ لا يوصف بتحريم ولا إباحة، لأنه كقتل المجنون لكن النفس الذاهبة به معصومة محرمة، فلذلك وجبت الكفارة فيها، وقال قوم: الخطأ محرم، ولا إثم فيه، وقيل: ليس بمحرم، لأن المحرم ما أثم فاعله، والاستثناء في الآية منقطع، و «إلا» في موضع «لكن» وقيل: في موضع «لا» أي: ولا خطأ، وهو بعيد، لأن الخطأ لا يتوجه إليه النهي لعدم إمكان التحرز منه.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 27
فصل

لا تلزم قاتلاً حربياً قاله في «الترغيب» وغيره، ولا قاتلاً نساء حرب وذريتهم، ومن لم تبلغه الدعوة، قال الخطابي: من لم تبلغه الدعوة، تجب فيه الكفارة والدية، وفي وجوب الدية خلاف بين العلماء، وجوابه بأنه لا إيمان لهم ولا أمان، وإنما منع من قتلهم لانتفاع المسلمين به بصيرورتهم أرقاء (وفي قتل العمد) وشبه العمد (روايتان: إحداهما: لا كفارة فيه، اختارها أبو بكر والقاضي. والأخرى: فيه الكفارة) أما العمد، فالمشهور في المذهب أنه لا كفارة فيه، قدمه في «الكافي» ونصره في «الشرح» لمفهوم قوله تعالى: {ومن قتل مؤمناً خطأ} (4: 29) واحتج جماعة بقوله تعالى: {فجزاؤه جهنم} (4: 39) (النساء: 93) فمن زعم أن ذلك يسقط بالتكفير، احتج دليلاً بثبت بمثله نسخ القرآن، زاد في «عيون المسائل»: وأين الدليل القاطع على أنه إذا تاب، أو كفر قد شاء الله أن يغفر له، ولا فرق في العمد الموجب للقصاص وغيره. والثانية: تجب، اختاره الخرقى وأبو محمد، الجوزي لما روى واثلة بن الأسقع قال: أتيت النبي بصاحب لنا، قد أوجب القتل، فقال: «اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منه من النار» رواه أبو داود بإسناد ضعيف. ولأنها إذا وجبت في قتل الخطأ، فلأن تجب في العمد بطريق الأولى، والأولى أصح، لأنه يقال: ذكر قتل الخطأ، وأوجب فيه الكفارة، ثم ذكر قتل العمد من غير ذكر كفارة فيه مع إن سويد بن الصامت قتل رجلاً، فأوجب النبي القود، ولم يوجب كفارة، وحديث واثلة يحتمل أنه كان خطأ، وسماه موجياً، لأنه فوت النفس بالقتل، ويحتمل أنه كان شبه عمد، ويحتمل أنه أمرهم تبرعاً، وأما شبه العمد فالأصح أنها تجب فيه، جزم به في «الكافي» و«المستوعب» وغيرهما، وفي «المغني»: تجب فيه الكفارة، ولا أعلم لأصحابنا فيه قولاً، لأنه أجري مجرى الخطأ، في نفس القصاص، وحمل العاقلة ديته وتأجيلها في ثلاث سنين، فجري مجراه في وجوب الكفارة. والثانية: لا تجب، وبعدها ابن المنجا، واختارها أبو بكر، لأن

ديته مغلطة.
تذنيب: من لزمته ففي ماله، وقيل: ما حمله بيت المال من خطأ إمام وحاكم ففیه، وبكفر عن غير مكلف وليه، نقل مهنا: القتل له كفارة، وكذا الزنى، ونقل الميموني: ليس بعد القتل شيء أشد من الزنى.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 29

باب القسامة
القسامة اسم للقسم، أقيم مقام المصدر من: أقسم إقساماً وقسامة، وهي الحلف قال الأزهري: هم القوم الذين يقسمون في دعواهم على رجل أنه قتل صاحبهم، سموا قسامة باسم المصدر كعدل ورضى، وإنما هي الأيمان، إذا كثرت على وجه المبالغة (وهي الأيمان المكررة في دعوى القتل) أي: في دعوى قتل معصوم، وظاهر الخرقى موجب للقود، والأصل فيها ما روي عن

سهل بن أبي حثمة، ورافع بن خديج أن محيصة بن مسعود وعبد الله بن سهل انطلقا إلى خيبر، فتفرقا في النخل، فقتل عبد الله بن سهل، فاتهموا اليهود به، فجاءه أخوه عبد الرحمن وأبنا عمه حويصة ومحيصة إلى النبي، فتكلم عبد الرحمن في أمر أخيه، وهو أصغرهم، فقال: كبر كبر، فتكلما في أمر صاحبهما، فقال: أتخلفون وتستحقون دم قاتلكم، قالوا: كيف نحلف، ولم نشهد، ولم نر؟ قال: فتبرئكم يهود بخمسين يمينا، قالوا: كيف نأخذ أيمان قوم كفار، قال: فعقله النبي من عنده/ رواه الجماعة. وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن، وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبي من الأنصار أن النبي أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية، رواه أحمد ومسلم. قال ابن قتيبة في «المعارف»: أول من قضى بالقسامة في الجاهلية الوليد بن المغيرة، فأقرها النبي في الإسلام (ولا تثبت إلا بشروط أربعة: أحدها دعوى القتل) عمداً كان أو خطأ، نص عليه في رواية حنبل، لأن كل حق لآدمي لا يثبت لشخص إلا بعد دعواه إنه له، والقتل من الحقوق، فيندرج تحت ذلك، وقيل: لا قسامة في خطأ (ذكراً كان المقتول أو أنثى) للخبر السابق، ولأن القصاص يجري فيها، فشرعت القسامة فيها كذلك (حراً أو عبداً، مسلماً أو

(9/288)

ذمياً) ولأن العبد والذمي يوجب القصاص في المماثل له، فأوجب القسامة في ذلك كالحرة والمسلم، أما المقتول إذا كان حراً مسلماً، فلا خلاف فيه، سواء كان المدعي عليه مسلماً أو كافراً لقضية عبد الله ابن سهل. والمدبر، والمكاتب، وأم الولد، والمعلق عنقه بصفة كالقن، وإن قتل مسلم كافراً، أو حر عبداً، فظاهر الخرقى لاتجب القسامة، وحكاه في «الفروع» قولاً، لأن القسامة إنما تكون فيما يوجب القود، وكقتل البهيمة، وقال القاضي: وهو ظاهر المتن، وكلام الأكثر تشرع، لأنه قتل آدمي يوجب الكفارة، فشرعت القسامة فيه كالحرة المسلم، ولأن ما كان حجة في قتل المسلم الحر، كان حجة في قتل العبد والذمي (وأما الجراح، فلا قسامة فيه) لا نعلم فيه خلافاً، لأن القسامة تثبت في النفس لحرمتها، فاخصت بها كالكفارة وكالأطراف نص عليه، والدعوى فيه كالدعوى في سائر الحقوق: البينة على المدعي واليمين على من أنكر يميناً واحدة، لأنها دعوى لا قسامة فيها، فلا تغلط بالعدد كالدعوى في المال (الثاني: اللوث، وهو العداوة الظاهرة) ولو مع سيد عبد، قال في «الرعاية»: وعصبة مقتول (كنحو ما كان بين الأنصار وأهل خيبر، وكما بين القبائل التي يطلب بعضها بعضاً بثأر في ظاهر المذهب) وكما بين البغاة وأهل العدل، وبين الشرطة واللصوص على الأشهر، لأن مقتضى الدليل أن لا تشرع القسامة، وترك العمل به في العداوة الظاهرة، ونقل علي بن سعيد: أو عصبية للخبر، وظاهرة: أنه لا يشترط مع العداوة ألا يكون في الموضع الذي به القتل غير العدو، نص عليه، وهو ظاهر الخرقى، ونصره المؤلف، لأنه - عليه السلام - لم يسأل الأنصار: هل كان بخيبر غير اليهود أم لا؟ مع أن الظاهر وجود غيرهم فيها، لأنها كانت أملاكاً للمسلمين يقصدونها لأخذ غلال أملاكهم، وبشرطه القاضي، لأن الأنصاري قتل في خيبر، ولم يكن بها إلا اليهود، وهم أعداء، ثم ناقض قوله بأن قال في قوم ازدحموا في مضيق، وتفرقوا عن قتيل، فقال: إن

(9/289)

كان في القوم من بينه وبينه عداوة، وأمكن أن يكون هو قتله، فهو لوث، فجعل العداوة لوثاً مع وجود غير العدو) وعنه: ما يدل على أنه يغلب على الظن صحة الدعوى به كتفرق جماعة عن قتيل، ووجود قتيل عند من معه سيف ملطخ بدم، وشهادة جماعة ممن لا يثبت القتل بشهادتهم كالنساء والصبيان) ويعتبر مجيئهم متفرقين لئلا يتطرق إليهم التواطؤ على الكذب (ونحو ذلك) كإثباته عدل واحد، اختاره أبو محمد الجوزي وابن رزین والشيخ تقي الدين، لأنه يغلب على الظن صدق المدعي، أشبهت العداوة، ورد، بأن هذا ليس بلوث لقوله في الذي قتل في الزحام يوم الجمعة: ديته في بيت المال/ وقال فيمن وجد مقتولاً في المسجد الحرام: ينظر من كان بينه وبينه في حياته عداوة، لأن اللوث إنما يثبت بالعداوة لقضية الأنصاري؛ ولا يجوز القياس عليها، لأن الحكم يثبت بالمظنه، ولا يقاس في المظان، لأن الحكم إنما يتعدى بتعدي سببه، والقياس في المظان جمع بمجرد الحكمة وغلبة الظنون.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 31

(9/290)

فرع: إذا شهدا أنه قتل أحد هذين القتيلين، لم تثبت الشهادة، ولم يكن لوثاً بغير خلاف علمناه، وإن شهدا أن هذا القتل قتله أحد هذين، أو شهد أحدهما أن هذا قتله، وشهد الآخر أنه أقر بقتله، أو شهد أحدهما أنه قتله بسيف، وشهد الآخر أنه قتله بسكين، لم تكمل الشهادة، ولم يكن لوثاً، اختاره القاضي، لكن المنصوص إنه إذا شهد أحدهما بقتله، والآخر بالإقرار بقتله أنه يثبت القتل، واختاره أبو بكر هنا، وفيما إذا شهد أحدهما أنه قتله بسيف، والآخر بسكين، لأنهما اتفقا على القتل، واختلفا في صيغته (فأما قول القتل: فلان قتلني، فليس بلوث) في قول أكثرهم لقوله عليه السلام: «لو يعطى الناس بدعواهم» الخبر. وكالولي، وقال: هو لوث، لأن قتيل بني إسرائيل قال: فلان قتلني، فكان حجة، وجوابه: أنه لا قسامة فيه، فإن ذلك كان من آيات الله تعالى ومعجزات نبيه موسى عليه السلام، ثم ذاك في تبرئة المتهمين، فلا يجوز تعديته إلى تهمة البريئين، لكن نقل الميموني: أذهب إلى القسامة: إذا كان ثم لطح، إذا كان سبب بين، إذا كان ثم عداوة، إذا كان مثل المدعى عليه يفعل ذلك.

(9/291)

تنبيه: إذا وجد قتيل في موضع، فادعى أولياؤه على رجل أو جماعة، وليس بينهم عداوة ولا لوث، فهي كسائر الدعاوي، وأن كان لهم بينه حكم بها، وإلا قبل قول المنكر، وقال الحنفية: إذا ادعى أولياؤه قتله على أهل المحلة، أو على معين، فللولي أن يختار من الموضع خمسين رجلاً، يحلفون خمسين

يميناً: والله ما قتلناه ولا علمنا قاتله، فإن نقصوا عن الخمسين، كررت الأيمان عليهم حتى تتم، فإن حلفوا، وجبت الدية على بائي الخطة، فإن لم يكن، وجبت على سكان الموضوع، فإن لم يحلفوا حبسوا حتى يقرروا أو يحلفوا، لأثر عن عمر على أنه محتمل، قال ابن المنذر: سن النبي البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، وسن القسامة في القتل الذي وجد بخير، وعلم مما سبق أنه لاتسمع الدعوى على غير معين كسائر الدعاوى، وأنه لايشترط أن يكون بالقتيل أثر في قول الجماعة، لأنه - عليه السلام - لم يسأل الأنصار: هل يقتلهم أثر أم لا؟ مع أن القتل يحصل بما لا أثر له كغم الوجه، وعنه: يشترط ذلك، اختاره أبو بكر، لأنه إذا لم يكن به أثر، احتمل أنه مات حتف أنفه، فعلى هذه: إن خرج دم من أذنه، فهو لوث، وكذا إن خرج من أنفه في وجه، وقيل: أو شفته، وجوابه ما تقدم (ومتى ادعى القتل مع عدم اللوث عمداً، فقال الخرقى: لا يحكم له بيمين ولا غيرها) هذا
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 31

(9/292)

رواية، قال في «الفروع»: وهي أشهر، سواء كانت الدعوى خطأ أو عمداً، لأنها دعوى فيما لا يجوز بذله، أشبه الحدود، ولا يحكم له بالقسامة، لأن من شرطها المرتب عليها القتل أو الدية وجود اللوث، وهو منتف هنا (وعن أحمد: يحلف يمينا واحدة) قدمه في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» لقوله عليه السلام: «ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم. وكدعوى المال (وهي الأولى) والأصح، فعلى هذه: إن حلف المدعى عليه فظاهر، وإن امتنع، لم يقض عليه بقود بل بدية، وقيل: لا يجب، ويخلى سبيله، وعنه: يحلف خمسين يميناً، لأنه دعوى في قتل، أشبه مالهو كان بينهم لوث (وإن كان خطأ حلف يمينا واحدة) لأن النكول هنا يقضى به، لأن موجه مال بخلاف القصاص (الثالث: اتفاق الأولياء على الدعوى) لأنها دعوى قتل، فاشترط اتفاق جميعهم فيها كالقصاص (فإن ادعى بعضهم وأنكر بعض) بأن قال: قتله هذا، أو قال الآخر: لم يقتله هذا، أو قال: بل قتله هذا الآخر (لم تثبت القسامة) نص عليه، سواء كان المكذب عدلاً أو فاسقاً، لأنه مقرر على نفسه بتبرئة من ادعى عليه بقتل، كما لو ادعى ديناً لهما (الرابع: أن يكون في المدعين رجال عقاء) لقوله عليه السلام: «يقسم خمسون رجلاً منكم» ولأن القسامة حجة يثبت بها قتل العمد، فاعتبر كونها من رجال عقاء كالشهادة، ويستثنى منه المرت، وقت موت مورثه الحر لعدم إرثه، ولو أسلم، بل بعد موته (ولا مدخل للنساء) في القسامة، أي: لم يستحلفن لما ذكرناه، ولأن الجناية المدعاة التي تجب القسامة عليها، هي القتل، ولا مدخل لهن في إثباته، وقال ابن عقيل: تقسم في الخطأ، فلو كان جميع الذرية نساء فاحتمالان، وفي الخنى وجهان: أحدهما: يقسم، لأن سبب الاستحقاق وجد في حقه، وهو الاستحقاق من الدية، ولم يتحقق المانع من يمينه. والثاني: لا يقسم كالمرأة (والصبيان والمجانين في القسامة) لأن قولهما ليس بحجة بدليل أنهما لو أقرتا على أنفسهما لم يقبل، فكذا لا يقبل قولهما في حق

(9/293)

غيرهما بطريق الأولى (عمداً كان القتل أو خطأ) لأن الخطأ أحد القتلين، أشبه الآخر، لا يقال: الخطأ يثبت المال، وللنساء مدخل فيه، لأن المال يثبت ضمناً لثبوت القتل، ومثله لا يثبت بالنساء بدليل مالو ادعى زوجية امرأة بعد موتها ليرثها، وأقام رجلاً وامرأتين أنه لا يقبل (فإن كانا اثنتين) أو أكثر (أحدهما غائب، أو غير مكلف) أو ناكل عن اليمين، قاله في «المحرر» و «الوجيز» (فللحاضر المكلف إن يحلف ويستحق نصيبه من الدية) لأن القسامة حق له ولغيره، فقيام المانع بصاحبه لا يمنع من حلفه واستحقاقه نصيبه كالمال المشترك بينهما (وهل يحلف خمسين يميناً، أو خمساً وعشرين؟ على وجهين) كذا في الكاملة، والبنية هنا هي الأيمان بدليل مالو ادعى أحدهما ديناً لأبيهما. الثاني: يحلف بقسطه، جزم به في «الوجيز» وهو أشهر، لأنه لو كان الجميع حاضرين، لم يلزمه أكثر من قسطه من الأيمان، فكذا مع المانع لكن لا قسامة حتى يحضر الغائب، ويبلغ الصبي، لأن الحق لا يثبت إلا بالبينه، وهي الأيمان هنا، ولأن القتل، وقال القاضي: إن كان القتل عمداً فكذلك، وإن كان موجباً للمال فللحاضر المكلف أن يحلف ويستحق نصيبه من الدية، وهذا قول أبي بكر وابن حامد، ونصره المؤلف وغيره، وقال ابن حامد: يقسم بقسطه من الأيمان، لأنه لا يستحق أكثر من قسطه من الدية، كما لو كان الجميع حاضرين (وإذا قدم الغائب أو بلغ الصبي، حلف خمساً وعشرين) وجهاً واحداً (وله بقيتها) لأنه بيني على أيمان صاحبه المتقدمة، وقال أبو بكر والقاضي: يحلف خمسين مصاحبه، فكذا هو، فلو قدم ثالث، أو بلغ، فعلى قولهما: يحلف سبع عشرة يميناً، وعلى الآخر خمسين، وإذا قدم رابع، فهل يحلف ثلاثة عشر يميناً، أو خمسين؟ فيه الخلاف (والأولى عندي ألا يستحق شيئاً حتى يحلف الآخر) لأن ذلك موجب أيمانه (وذكر الخرقى من شروط القسامة أن تكون الدعوى عمداً) لأن اللوث من شروطها وفاقاً، ولا يتحقق إلا في العمد، لأن الخطأ يصدر عن غير

(9/294)

قصد، فيستوي فيه العدو وغيره، وإذا كان كذلك صار الخطأ في المعنى كالعمد الذي لا لوث فيه ولا قسامة (توجب القصاص إذا ثبت القتل) لأن الغرض من القسامة في العمد القصاص، فإذا لم تكن موجبة له كدعوى قتل المسلم بالكافر، لم يوجد الغرض (وأن تكون الدعوى على واحد) لا يختلف المذهب فيه لقوله عليه السلام: «فيحلف خمسون منكم على رجل منهم، فيدفع برمته» ولأنها بينة ضعيفة خولف بها الأصل من قتل الواحد، فيقتصر عليه، ويبقى على الأصل ما عداه، ويشترط في القاتل أن يكون مكلفاً لتصح الدعوى، وإمكان القتل وصفة القتل، فلو استحلفه الحاكم قبل تفصيله، لم يعتد به لعدم تحرير الدعوى وطلب الورثة (وقال غيره: ليس بشرط) لأن القسامة حجة، فوجب أن يثبت بها الخطأ كالعمد (لكن إن كانت الدعوى عمداً محضاً، لم يقسموا إلا على واحد معين، ويستحقون دمه) لخبر سهل (وإن كانت خطأ، أو شبه عمد، فلهم القسامة على جماعة معينين، ويستحقون الدية) لأنها حجة يثبت بها العمد الموجب للقصاص، فيثبت بها غيره، وهو المال كالبينه.

(9/295)

(ويبدأ في القسامة بأيمان المدعين) أي: ذكور العصبة العدول أولاً، نص عليه، لقوله عليه السلام: «يحلّف خمسون منكم» (فيحلّفون خمسين يميناً) أيمان القسامة خمسون بالإجماع على المدعى عليه أنه قتله، فإذا حلّف ثبت الحق في قلبه لحديث سهل، ولما روى عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده مرفوعاً قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر إلا في القسامة» رواه الدارقطني ضعيف عن أبي هريرة مرفوعاً كذلك، وهذه الزيادة يتعين العمل بها، لأن الزيادة من الثقة مقبولة، ولأنها أيمان مكررة، فيبدأ فيها بأيمان المدعين كاللعان، وظاهرة: أنه لا يشترط اتفاق المجلس من جميعهم، وفيه قول حكاه في «الرعاية» (ويختص ذلك بالوارث) في ظاهر المذهب، لأنها أيمان في دعوى، فلم تشرع في حق غير الوارث كسائر الأيمان (فتقسم الأيمان بين الرجال على قدر ميراثهم) أي: تقسم بين الرجال من ذوي الفروض والعصبات على قدر إرثهم إن كانوا جماعة (فإن كان الوارث واحداً، فحلّفها) لأنه قائم مقام الجماعة في استحقاق الدية، فكذا في الأيمان، ونقل الميموني: لا أجتريء عليه، النبي يقول: «يحلّف منكم خمسون» فمن احتج للأول، يحتج بحديث معاوية، فرددها على الثلاثة الذين ادعى عليهم، فحلّفوا خمسين يميناً، وفي مختصر ابن رزبن: يحلف ولي يميناً (وإن كانوا جماعة، قسمت عليهم على قدر ميراثهم) لأن موجبها الدية، وهي تقسم كذلك، فكذا يجب أن تقسم هي، فإن كانوا أكثر من خمسين، حلّف خمسون: كل واحد يميناً (فإن كان فيها كسر، جبر عليهم، مثل زوج وابن: يحلف الزوج ثلاثة عشر يميناً، والابن ثمانية وثلاثين 4 لأن تكميل الخمسين واجب، ولا يمكن تبعضها، والخبر في كل واحد لعدم المزية، فالزوج له الربع اثني عشر ونصفاً، فيكمل، والابن له الباقي، وهو سبع وثلاثون ونصفاً فيكمل، فيصير كما ذكره فيهما، فإن كان معهما بنت حلّف الزوج سبع عشرة يميناً، والابن أربعاً وثلاثين (ولو خلف ثلاثة بنين، حلّف كل واحد سبع عشرة

(9/296)

يميناً) لأن لكل ابن ثلث الأيمان: ست عشرة يميناً وثلثين، ثم تكمل (وعنه: يحلف من العصبة الوارث منهم وغير الوارث: خمسون رجلاً، كل واحد يميناً) لقوله عليه السلام: «يحلّف خمسون منكم» مع علمه أنه لم يكن لعبد الله بن سهل خمسون رجلاً وارثاً، لأنه لا يرثه إلا أخوه أو من هو في درجته، أو أقرب منه نسباً، ولأنه خاطب ابني عمه، وهما غير وارثين، لكن يحلف الوارث منهم الذين يستحقون دمه، فإن لم يبلغوا يؤخذ الأقرب فالأقرب من قبيلته التي ينسب إليها، ويعرف لنفسه نسبه من المقتول، فأما من عرف أنه من القبيلة، ولم يعرف وجه النسب، لم يقسم، ذكره جماعة، وسأله الميموني: إن لم يكن

له أولياء؟ قال: فقبيلته التي هو فيها وأقربهم منه.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 38

(9/297)

فرع: إذا مات المستحق فوارثه كهو، ويستأنف وارثه الأيمان، سواء حلف قبل موته شيئاً أو لا، لأنه لا يجوز أن يأخذ شيئاً بيمين غيره، ولو حلف المستحق بعض الأيمان، ثم جن، ثم أفاق، أو عزل الحاكم، فإنه يبنى (فإن لم يحلفوا، حلف المدعى عليه خمسين يمينا، ويرى) في ظاهر المذهب، وهو قول الأكثر لقوله عليه السلام: «فتبرئكم يهود بايمان خمسين منهم» أي: يبرؤون منكم، وقد ثبت أن النبي لم يغرم اليهود، وأنه أداها من عنده، ولأنها أيمان مشروعة في حق المدعى عليه، فتبرأ بها كسائر الأيمان، وعنه: أنهم يحلفون ويغرمون الدية لقضاء عمر بالدية مع اليمين، والأول أولى، لأن عمر إنما قضى على أهل المحلة، وليس ذلك مذهباً لأحمد، ويعتبر حضور المدعى عليه وقت يمينه كالبينة وحضور المدعى، ذكره المؤلف (وإن لم يحلف المدعون، ولم يرضوا بيمين المدعى عليه، فداه الإمام من بيت المال) أي: أدى ديته من بيت المال لقضية عبد الله بن سهل، ولم يجب على المدعى عليهم شيء (وإن طلبوا أيمانهم) أي: أيمان المدعى عليهم (فنكلوا، لم يحبسوا) في الأشهر، لأنها يمين مشروعة في حق المدعى عليه، فلم يحبس عليه كسائر الأيمان، وعنه: يحبس حتى يقر أو يحلف، لأنها دعوى، فيحبس فيها بالنكول كالمال، وعلى الأولى: لا يجب قود بنكول، لأنه حجة ضعيفة كشاهد ويمين، ذكره في «المغني» (وهل تلزمهم الدية، أو تكون في بيت المال؟ على روايتين) أظهرهما: تلزمه الدية، اختارها أبو بكر وقدمها في «الرعاية» وهو الصحيح، لأنه حكم، ثبت بالنكول، فيثبت في حقهم كسائر الدعاوى، ولو لم يجب على المدعى عليه مال بنكوله، ولم يجبر على اليمين لخلا من وجوب شيء عليه بالكلية. والثانية: في بيت المال، لأنهم امتنعوا عن اليمين، أشبه امتناع المدعين إذا لم يرضوا بيمين المدعى عليه.

(9/298)

فائدة: يقول: تالله، وبالله، ووالله بالجر، فإن قاله مضموماً أو منصوباً، فقد لحن، قال القاضي: ويجزئه إن تعمد أو لم يتعمد، لأنه لحن لا يحيل المعنى، ويستحب أن يستظهر في ألقاظ اليمين في القسامة تأكيداً.
فرع: سأله ابن منصور عن قتيل بين قريتين، قال: هذا قسامة، قال المروزي: احتج أحمد بأن عمر جعل الدية على أهل القرية، ونقل حنبل: أذهب إلى حديث عمر: «قيسوا ما بين الحيين فإلى أيهما كان أقرب فخذهم به» وعن أبي سعيد الخدري قال: «وجد قتيل بين قريتين، فأمر النبي « فذرع ما بينهما فوجد إلى أحدهما أقرب، فكأنني أنظر إلى شبر النبي، فألقاه على أقربهم»، رواه أحمد في «مستند».

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 38

كتاب الحدود

وهي جمع حد، وهو المنع، وحدود الله تعالى محارمه، لقوله تعالى: {تلك حدود الله فلا تقربوها} (البقرة 187) وهي ما حده وقدره، فلا يجوز أن يتعدى كتزويج الأربع ونحوه، وما حده الشرع فلا يجوز فيه الزيادة والنقصان، والحدود العقوبات المقدرة، يجوز أن تكون سميت بذلك من المنع لأنها تمنع من الوقوع في مثل ذلك الذنب، وأن تكون سميت الحدود التي هي المحارم لكونها زواجر عنها، أو بالحدود التي هي المقدرات، وشرعاً عقوبة مقدرة لتمنع من الوقوع في مثله.

(9/299)

(لا يجب الحد إلا على بالغ عاقل) ولا خلاف في اعتبارهما للنصوص، ولأنه إذا سقط عنه التكليف في العبادات، والإثم في المعاصي، فالحد المبني على الدرء بالشبهات أولى، فإن كان يفيق في وقت، فأقر فيه أنه زنى، وهو يفيق، فعليه الحد بغير خلاف نعلمه، لكن لو أقر في إفاقته أنه زنى، ولم يصفه إلى حال، أو شهدت عليه بينة به، ولم تضفه إلى حال إفاقته، فلا حد للاجتماع، ولا يجب على نائم ولا نائمة (عالم بالتحريم) لعموم النصوص، وقاله الأئمة، سواء جهل تحريم الزنى، أو تحريم عين المرأة، زاد في «الوجيز»: ملتزم، وهو مراد (ولا يجوز أن يقيم الحد إلا الإمام أو نائبه) لأنه حق لله تعالى، ويفتقر إلى اجتهاد، ولا يؤمن معه الحيف، فوجب تفويضه إلى نائب الله في خلقه، ولأنه - عليه السلام - كان يقيم الحدود في حياته، وخلفاؤه من بعده، واختار الشيخ تقي الدين: إلا لقرينه كتطلب الإمام له ليقته، وعلى الأول: لو أقامه غيره لم يضمنه، نص عليه، لكنه تعدى على الإمام، وذلك لا يوجب ضماناً كالمرتد، ولا يلزم الإمام حضور إقامته لقوله: «واعد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» ولغيره.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 43

(9/300)

فرع: من أقام على نفسه مالزمه من حد زنى، أو قذف بإذن إمام، أو نائبه، لم يسقط عنه، قاله ابن حمدان (إلا السيد) الحر المكلف العالم (فإن له إقامة الحد بالجلد خاصة على رقيقه القن) أي: الكامل رقه في قول عامتهم، لما روى أبو هريرة أن النبي قال: «إذا زنت أمة أحدكم، فليجلدها الحد، ولا يثرب عليها» متفق عليه. وعن علي مرفوعاً: «أقيموا الحدود على ما ملكت إيمانكن» رواه أحمد، وأبو داود، والدارقطني. ولأن للسيد تأديب أمته بتزويجها فملك إقامة الحد عليها كالسلطان، وبهذا فارق الصبي، وعنه: ليس له ذلك، لأنه يفتقر إلى اجتهاد، فلم يملكه كالقطع وحد الحر، وعلى الأول: له سماع بينة تقتضي العقوبة والعمل بها إن عرف شروطها، وإلا سمعها الحاكم أو سيده بإذنه، وقيل: لا يسمعها غير حاكم، قدمه في «الكافي» و«الشرح» (وهل له القتل في الردة، والقطع في السرقة؟ على روايتين) إحداهما: لا يملكه، قدمه في «الكافي» ونصره في «الشرح» وذكر أنه قول أكثر أهل العلم، لأنه - عليه

السلام - إنما أمر بالجلد، فلا يثبت في غيره، ولأن في الجلد سترًا على رقيقه
لئلا يفتضح بإقامة الأمام له، فتنقص قيمته، وذلك منتف فيهما. والثانية: له
ذلك، لأن عمر قطع عبدًا له سرق، وحفصة قتلت أمة لها سحرتها (ولا يملك
إقامته على مكاتبه) قطع به في «المغني» و«الوجيز» والآدمي وابن عبدوس
وغيرهم، لأنه معه كالأجنبي، وفيه وجه، وذكره بعضهم المذهب، لأنه عبد (ولا
من بعضه حر) لأنه ليس له ولاية على كله، والحد تصرف في الكل (ولا أمة
المزوجة) نص عليه لقول ابن عمر، ولا مخالف له في الصحابة، لأنه لم يكمل،
أشبه من بعضه حر، وفيها وجه، صححه الحلواني، ونقل مهنا: إن كانت ثيبًا،
ونقل ابن منصور: إن كانت محصنة، فالسلطان، وإنه لا يبيعها حتى تحد، ويخرج
في مرهونة ومستأجرة وجهان، وجعل في «الانتصار» وغيره مرهونة ومكاتبية
أصلًا كمروجة (وإن كان السيد فاسقًا أو امرأة، فله إقامته في ظاهر كلامه)

(9/301)

لأنها ولاية ثبتت بالملك، أشبهت ولاية التأديب، والمرأة تامة الملك من أهل
التصرف، أشبهت الرجل، ولأن فاطمة جلدت أمة لها، وعائشة قطعت أمة لها
سرق (ويحتمل ألا يملكه) لأنها ولاية، وليس من أهلها، فعلى هذا: يختص
بالذكر العدل، وقيل: يقيم ولي امرأة، وهل للوصي حد رقيق موليه؟ فيه
وجهان (ولا يملكه المكاتب) صححه في «المستوعب» وغيره، لأنه ليس من
أهل الولاية، وملكه على عبده ناقص بدليل أنه لا تجب عليه الزكاة (ويحتمل أن
يملكه) لأنه يستفاد بالملك، أشبه تصرفاته (وسواء ثبت بيينة أو إقرار) إن كان
يعلم شروطه، لأن كل واحد منهما حجة في ثبوته، فوجب ألا يختلف حال السيد
فيه، فعلى هذا: للسيد أن يسمع إقراره، ويقيم الحد عليه، ويقدم سماع
البيينة (وإن ثبت بعلمه، فله إقامته، نص عليه) لأنه قد ثبت عنده، فملك إقامته
كما لو أقر به، ولأنه يملك تأديبًا بعلمه، فكذا هنا (ويحتمل ألا يملكه كالإمام)
هذا رواية، واختارها القاضي، لأن ولاية الإمام للحد أقوى من ولاية السيد لكونها
متفقا عليها، فإذا لم يثبت الحد بالعلم، فما هنا أولى، ولأن الحاكم متهم (ولا
يقيم الإمام الحد بعلمه) لقوله تعالى: { فاستشهدوا عليهن أربعة منكم } (4):
(51) ثم قال: { فإن لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون } (النور):
(13) ولأنه متهم في حكمه بعلمه، وذلك شبهة يدرأ بها الحد.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 43

(9/302)

مسألة: نقل الميموني: وجوب بيع رقيق زنى في رابعة، قال الشيخ تقي الدين:
إن عصى الرقيق علانية، أقام السيد عليه الحد، وإن عصى سرا، فينبغي ألا
تجب عليه إقامته، بل يتخير بين سبره واستنابته بحسب المصلحة في ذلك كما
تخير الشهود على إقامة الحد عند الإمام، وبين الستر على المشهود عليه
واستنابته بحسب المصلحة، فإن ترجح عنده أنه يتوب، ستره، وإن كان في
ترك إقامة الحد عليه ضرر للناس، كان الراجح رفعه إلى الإمام (ولا تقام الحدود
في المساجد) جلدًا كان أو غيره لما روى حكيم بن جزام « أن النبي نهى أن

تقام الحدود في المساجد». روي أن عمر أتى برجل زنى، فقال: أخرجوه من المسجد، واضربوه. وعن علي أنه أتى بسارق، فأخرجه من المسجد، وقطع يده. ولأنه لا يؤمن أن يحدث فيه، فينجسه، ويؤذيه. وفي المذهب: ينبغي تنزيه المسجد عنه. وروي عن الشعبي أنه أقام الحد على ذمي في المسجد (ويضرب الرجل في الحد قائماً) في الأشهر، وقاله علي، ونصره المؤلف، لأن قيامه وسيلة إلى إعطاء كل عضو حظه من الضرب، ونقل حنبل: قاعداً، لأنه أستر له (بسوط) قال في «شرح المذهب» للحنفية: السوط فوق القضيب ودون العصا، وفي «المختار» لهم: بسوط لا ثمرة له، فتعين أن يكون من غير الجلد (لا جديد ولا خلق) نص عليه بفتح اللام، وهو البالي، لخير رواه مالك عن زيد بن أسلم مرسلاً، وروي عن أبي هريرة مسنداً، وروي عن علي. ولأن الغرض الإيلاء دون الجرح، إذا الجديد يجرح، والبالي لا يؤلم، فلو كان السوط مغطوياً أجزأ على خلاف مقتضى النهي للإجماع، ذكره في «التمهيد» (ولا يمد) نص عليه، لأنه محدث (ولا يربط ولا يجرد) لأنه لم ينقل، قال ابن مسعود: ليس في ديننا مد ولا قيد ولا تجريد (بل يكون عليه القميص والقميصان) صيانة له عن التجريد مع أن ذلك لا يرد ألم الضرب، ولا يضر بقاؤهما عليه، نقل أبو الحارث والفصل: عليه ثيابة، وعنه: يجوز تجريده، لأنه أبلغ، فلو كان عليه فرو، أو جبة محشوة نزعت، لأنه لو

(9/303)

ترك عليه ذلك، لم يبالي بالضرب (ولا يبالي في ضربه بحيث يشق الجلد) لأن الغرض تأديبه وزجره عن المعصية لا قتله، والمبالغة تؤدي إلى ذلك (ويفرق الضرب على أعضائه) لأن توالي الضرب على عضو واحد يؤدي إلى القتل، وأوجه القاضي، ولا يبالي إبطه في رفع يده، نص عليه (إلا الرأس والوجه) لقول علي للجلاد: اضرب وأوجع، واتق الرأس والوجه. ولأنهما أجمل ما في الإنسان، وفي إصابة الضرب لهما خطر، لأنه ربما عمي، أو ذهب عقله، أو قتله (والفرج وموضع المقتل) لأن ضرب ذلك يؤدي إلى القتل، وهو غير مأمور به، بل مأمور بعدمه، ويكثر منه في مواضع اللحم كالإليتين والفخذين، ولا تعتبر الموالة في الحد، ذكره القاضي وغيره في موالة العضو لزيادة العقوبة ولسقوطه بالشبهة، قال الشيخ تقي الدين: فيه نظر، ولم يعتبروا نية من يقيمه أنه حد مع أن ظاهر كلامهم يقيمه الإمام أو نائبه بدليل أن الإمام لو أمر عبداً أعجمياً يضرب لا علم له بالنية، أجزاء نيته، والعبد كالألة، ويحتمل أن تعتبر نيتهما كما نقول في غسل الميت: تعتبر نية غاسله، واحتج في «منتهى الغاية» في اعتبار نية الزكاة بأن الصرف إلى الفقير له جهات، فلا بد من نية التمييز كالجلد في الحدود (والمرأة كذلك) أي: المرأة كالرجل فيما ذكرنا عملاً بالأصل السالم عن المعارض (إلا أنها تضرب جالسة، وتشد عليها ثيابها) نص عليهما (وتمسك يداها لئلا تنكشف) لقول علي: تضرب المرأة جالسة، والرجل قائماً، ولأن المرأة عورة، وهذا أستر لها، وهو مطلوب في نظر الشرع بدليل إنه يشرع لها في الصلاة إن تجمع نفسها في الركوع والسجود (والجلد في الزنى أشد الجلد، ثم جلد القذف، ثم الشرب) نص عليه (ثم التعزير) قال مالك: كلها واحد، لأن المقصود بها الزجر، فيجب تساويها في الصفة، وقال أبو حنيفة: أشدها التعزير، ثم الزنى، ثم شرب الخمر، ثم القذف، قال في «الكشاف»:

لأن سبب عقوبته محتمل للصدق والكذب إلا أنه عوقب صيانة للأعراض وردعاً
بمن

(9/304)

هتكها، وجوابه: إن الله خص الزنى بمزيد التأكيد بقوله تعالى:
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 43
{ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله} (النور: 2) ولأن مادونه أخف منه عدداً،
فلا يجوز أن يزيد في إيلاجه ووجعه، ولأن ما خف في عدده كان أخف في
صفته، وحد القذف حق آدمي، وحد الشرب محض حق الله، والتعزير لا يبلغ به
الحد، وقيل: أخفها حد الشرب إن قلنا: هو أربعون جلدة، ثم حد القذف (وإن
رأى الإمام) أو نائبة (الضرب في حد الخمر بالجريد والنعال، فله ذلك) لأنه -
عليه السلام - أتى بشارب، فقال: «اضربوه بالأيدي والنعال، وأطراف الثياب،
وحتوا عليه التراب». وفي «المذهب» و«البلغة»: «وأيد» للخبر. وفي
«الوسيلة»: يستوفى بالسوط في ظاهر كلام أحمد والخرقي. وفي
«الموجز»: لا يجزىء بيد وطرف ثوب. وفي «التبصرة»: لا يجزىء بطرف ثوب
ونعل، ويؤخر سكران حتى يصحو، نص عليه، فلو خالف وفعل، احتمل السقوط
وهو أولى، واحتمل عدمه.

(9/305)

فرع: يحرم حبسه بعد حد - نص عليه - وأذاه بكلام كالتعبير، على كلام القاضي
وابن الجوزي لنسخه بشرع الحد كتنسخ حبس المرأة (قال أصحابنا: ولا يؤخر
الحد للمريض) وقاله في «الوجيز» وزاد: والضعف، لأنه لا فائدة فيه إذا كان
قتله متحتماً، وكذا إن كان جلدأ عند أكثر الأصحاب، وقاله إسحاق وأبو ثور، لأن
عمر أقام الحد على قدامة بن مطعون في مرضه، ولم يؤخره، وانتشر ذلك في
الصحابة، ولم ينكر، فكان كالإجماع، ولأن الحد واجب على الفور، ولا يؤخر ما
أوجبه الله بغير حجة، وقال القاضي: ظاهر قول الخرقي: له تأخير، وهو قول
الأكثر لحديث علي في التي هي حديثه عهد بنفاس، ولأن في تأخيره إقامة الحد
على الكمال من غير إتلاف، فكان أولى، ومرض قدامة يحتمل أنه كان خفيفاً
لايمنع من إقامة الحد على الكمال، ثم إن فعل النبي تقدم على فعل عمر مع
أنه اختيار علي وفعله، وكذا الحكم في تأخيره لحر أو برد مفرط (فإن كان جلدأ،
وخشي عليه من السوط) لم يتعين على الأصح (أقيم بأطراف الثياب
والعثكول) لما روى أبو أمامي بن سهل عن سعد بن عبادة أن النبي أمرهم أن
يأخذوا شمراخاً، فيضربوه بها ضربة/ رواه أحمد وابن ماجه، ورواه أبو داود
والنسائي بإسناد حسن عن أبي أمامه عن بعض الصحابة من الأنصار، ورواه
سعيد عن سفيان، عن أبي الزناد وبجى بن سعيد، سمعا أبا أمامه مرسلأ، قال
ابن المنذر: في إسناده مقال، ولأنه لايجوز تركه بالكلية، لأنه يخالف الكتاب
والسنة، ولا جلده تاماً، لأنه يفضي إلي إتلافه، فتعين ما ذكرنا (ويحتمل إن يؤخر
في المرض المرجو زواله) لأن في تأخيره استيفاء الحد على وجه الكمال من
غير خوف فواته، وبه فارق المريض الذي لا يرجى زواله، لأنه يخاف فوات

(9/306)

فرع: ذكر الخرقى أن العبد يضرب بدون سوط الحر، لأن حده أقل عدداً، فيكون أخف سوطاً، والظاهر التسوية بينهما فيه لقوله تعالى {فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب} (النساء: 25) ولا يتحقق التنصيف إذا نصفنا العدد إلا مع تساوي الشرطين (وإذا مات المحدود في الجلد) ولو حد خمر، نص عليه، أو تأديب أو تعزير، ولم يلزم تأخيرها (فالحق قتله) ولا ضمان على أحد، جلدًا كان أو غيره، لأنه حد وجب لله تعالى، فلم يجب فيه شيء كالقطع في السرقة وهذا إذا أتى به على الوجه المشروع من غير زيادة، لأنه نائب عن الله تعالى، فكان التلف منسوباً إليه، وقيل: يضمن المؤدب (وإن زاد سوطاً) أو في السوط (أو أكثر فتلف ضمنه) بغير خلاف نعلمه، لأنه تلف بعداونه، أشبه ما لو ضربه في غير الحد (وهل يضمن جميعه، أو نصف الدية؟ علي وجهين) أحدهما: - وهو رواية - أنه تجب الدية كلها، ذكر القاضي في الخلاف: أنه أشبه بالمذهب، وقدمه في «الرعاية» و «الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأنه قتل حصل من جهة الله تعالى وعدوان الضارب، فكان الضمان على العادي كما لو ضرب مريضاً سوطاً فقتله، وكما لو ضربه بسوط لا يحتمله. والثاني: نصف الدية، وقاله الأكثر، لأنه تلف بفعل مضمون وغيره، فوجب نصفها كما لو جرح نفسه، أو جرحه غيره، فمات، وسواء زاد خطأ أو عمدًا، لأنه يضمن كالعمد، وكذا إن قال له الإمام: اضرب ما شئت، وقيل: ديته على الأسواط إن زاد على الأربعين، وفي «واضح ابن عقيل»: إن وضع في سفينة كذا، فلم تغرق، ثم وضع قفيزاً، فغرقت، فغرقها مهما في أقوى الوجهين. والثاني: بالقفيز وكذا الشيع والري، والسير بالدابة فراسخ، والسكر بالقدح، أو الأقداح كما ينشئ الغضب بكلمة بعد أخرى، ويمتلىء الإناء بقطرة بعد قطرة، ويحصل العلم بواحد بعد واحد.

(9/307)

فرع: إذا أمر بزيادة فزاد جهلاً، ضمنه الأمر، وإلا فوجهان، وإن تعمد العاد فقط، أو خطأ وادعى الضارب الجهل، ضمنه العاد، وتعمد الإمام الزيادة شبه عمد تحمله العاقلة، وقيل: كخطأ، فيه الروايتان (وإذا كان الحد رجماً، لم يحفر له، رجلاً كان أو امرأة في أحد الوجهين) نص عليه، لأنه - عليه السلام - لم يحفر لماعز، قال أبو سعيد: «لما أمر رسول الله برجم ماعز، خرجنا به إلى البقيع، فوالله ما حفرنا له، ولا أوثقناه، ولكن قام لنا» رواه أحمد ومسلم. والمرأة كذلك. نصره في «المغني» وقدمه في «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لأن أكثر الأحاديث على ترك الحفر (وفي الآخر: إن ثبت على المرأة بإقرارها، لم يحفر لها، وإن ثبت ببينة، حفر لها إلى الصدر) اختاره في «الهداية» و «الفصول» و «التبصرة» وصححه أبو الخطاب، لما روى أبو بكر

أن النبي «رجم امرأة، فحفر لها إلى الصدر»، رواه أبو داود. ولأن الحفر أستر لها، ولا حاجة إلى تمكينها من الهرب بخلاف من أقرت، لأن رجوعها عن الإقرار مقبول، والحفر يمنعها من الهرب الذي هو في معنى الرجوع قولاً، وأطلق في «عيون المسائل» وابن رزين: يحفر لها فهو ستر، بخلاف الرجل، وإذا ثبت ذلك شد عليها ثيابها لئلا تنكشف لأمره - عليه السلام - بذلك، رواه أبو داود من حديث عمران بن حصين (ويستحب أن يبدأ الشهود بالرجم) أي: إذا ثبت بها، ويجب حضور الإمام أو نائبه، وقال أبو بكر عن قول ماعز: ردوني إلى النبي، فإن قومي غروني، يدل على أنه عليه السلام لم يحضر رجمه، فهذا أقول، وحضور طائفة ولو واحداً، ذكره أصحابنا، وهو قول ابن عباس، رواه ابن أبي طلحة، وهو منقطع، واختار في «البلغة»: اثنان، لأن الطائفة الجماعة، وأقلها اثنان، نقل أبو داود: يجيء الناس صفوفاً لا يختلطون، ثم يمضون صفّاً صفّاً، وذكر أبو المعالي: أن الطائفة تطلق على الأربعة لقوله تعالى: {وليشهد عذابهما طائفة} (2: 42) لأنه أول شهود الزنى (وإن ثبت بإقرار استحباب أن

(9/308)

بدأ الإمام) به، أو من يقيمه (ومتى رجع المقر بالحد) أي: بحد الزنى، أو سرقة، أو شرب (عن أقراره، قبل منه) أي: يشترط لإقامة الحد بالإقرار البقاء عليه إلى تمام الحد، فإن رجع قبله كف عنه، وهو قول أكثر العلماء. قال ابن عبد البر: ثبت من حديث أبي هريرة وجابر ونعيم، ونصر بن دهر وغيرهم أن ما عزاً لما هرب، وقال لهم: ردوني إلى رسول الله، قال: «فهل تركتموه يتوب فيتوب الله عليه»، ولأن رجوعه شبهة، وكالبيئة إذا رجعت قبل إقامة الحد عليه، وقيل: يقبل رجوعه في الزنى فقط، وقيل: يقبل رجوع مقر بمال، وعلى الأول: إذا تم ضمن الراجع بالمال لا الهارب، ولا قود للاختلاف في صحة الرجوع، وكان شبهة (وإن رجع في أثناء الحد، لم يتم) لأن جميعه يسقط بالرجوع، فلأن يسقط تمامه بطريق الأولى (وإن رجم بينة فهرب، لم يترك) لأنه ثبت على وجه لا يبطل برجوعه، أشبه سائر الأحكام (وإن كان بإقرار، ترك) لقوله عليه السلام: «هلا تركتموه» فإن لم يترك، وقيل: فلا ضمان لقصة ماعز، ولأن ذلك ليس بصريح في رجوعه، فإن قال: ردوني إلى الحاكم، وجب رده، ولم يجز إتمام الحد، فإن أتم فلا ضمان لما ذكر في هربه.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 43

مسائل: إذا أتى حداً ستر نفسه، نقل مهنا: رجل زنى يذهب يقر؟ قال: بل يستر نفسه. واستحب القاضي إن شاع، رفعه إلى حاكم ليقيمه عليه، وقال ابن حامد: إن تعلقت التوبة بظاهر كصلاة وزكاة، أظهرها وإلا أسر. وإن قال لإمام: أصبت حداً، لم يلزمه شيء ما لم يبينه، نقله الأثرم. ويحد من زنى هزبلاً، ولو بعد سمنه كذا عقوبة الآخرة كمن قطعت يده، ثم زنى، أعيدت بعد بعثه، وعوقب، ذكره في «الفنون» فالحد كفارة لذلك الذنب للخبر، نص عليه.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 43

فصل

(9/309)

وإذا اجتمعت حدود لله تعالى فيها قتل، استوفى القتل، وسقط سائرهما) قال في «المغني»: لا يشرع غيره لقول ابن مسعود، رواه سعيد من رواية مجالد، وقد ضعفه الأكثر، ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً، وكالمحارب إذا قتل وأخذ المال، فإنه يكتفى بقتله، ولأن هذه الحدود لمجرد الزجر، وقتله بخلاف القصاص، فإن فيه عرض التشفي والانتقام (وإن لم يكن فيها قتل، فإن كانت من جنس مثل إن زنى أو سرق، أو شرب مراراً، أجزاء حد واحد) بغير خلاف علمناه، قال ابن المنذر: أجمع عليه كل من نحفظ عنه، قال أحمد: يقام عليه الحد مرة، لأن الواجب هنا من جنس واحد، فوجب التداخل كالكفارات، وذكر ابن عقيل رواية: لا تداخل في السرقة، وفي «البلغة»: يقطع واحد على الأصح، وفي «المستوعب» رواية: إن طالبوا متفرقين قطع لكل واحد، قال أبو بكر: العمل على خلافها، ثم قال شيخنا: قول الفقهاء: تداخل دليل على أن الثابت أحكام، وإلا فالشيء الواحد لا يعقل فيه تداخل، فالصواب أنها أحكام، وعلى ذلك نص الأئمة، قال أحمد في لحم خنزير ميت: فأثبت فيه تحريمين (وإن كانت من أجناس، استوفيت كلها) بغير خلاف علمناه، لأن التداخل إنما هو في الجنس الواحد، فلو سرق وأخذ المال في المحاربة، قطع لذلك، ويدخل فيه القطع في السرقة، لأن محل القطعين واحد (ويبدأ بالأخف فالأخف) وجوباً، قاله في «الفروع» فعلى هذا: يبدأ بالحد للشرب، ثم للسرقة، ثم للزنى، لأن الأول أخف، ولا يوالي بين هذه الحدود، لأنه ربما يفضي إلي التلف، وفي «المغني» و«الشرح»: إنه على سبيل الاستحباب، فلو بدأ بغير الأخف جاز (وأما حقوق الأدميين، فتستوفى كلها، سواء كان فيها قتل أو لم يكن) لأنها حقوق أدميين، أمكن استيفائها، فوجب كسائر حقوقهم، لا يقال: يكتفى بالقتل في حقوق الله تعالى، لأنها مبنية على السهولة بخلاف حق الأدمي، فإنه مبني على الشح والصيق (ويبدأ بغير القتل) لأن البداءة به تفوّت استيفاء باقي الحقوق (وإن اجتمعت مع

(9/310)

حدود الله تعالى، بدىء بها) أي: إذا اجتمعت حقوق الله وحقوق الأدميين، فهي أنواع:
أحدها: ألا يكون فيها قتل، فهذه تستوفى كلها في قول الأكثر، فيبدأ بحد القذف إلا إذا قلنا: حد الشرب أربعون، فإنه يبدأ به لخفته، ثم حد القذف، وأيهما قدم، فالآخر يليه، ثم الزنى، ثم القطع، وقال أبو الخطاب: يبدأ بالقطع قصاصاً، ثم بالقذف، ثم للشرب، ثم للزنى.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 54
الثاني: إذا كان فيها قتل، فإنها تدخل حقوق الله تعالى في القتل، سواء كان من حدود الله كالرجم في الزنى، أو لحق الأدمي كالقصاص؛ وأما حقوق الأدميين، فتستوفى كلها، وإن كان القتل حقاً لله تعالى، استوفيت الحقوق كلها متوالية، لأنه لا بد من فوات نفسه، فلا فائدة في التأخير، وإن كان القتل حقاً لأدمي انتظرنا لاستيفاء الثاني براءه من الأول، لأن الموالة بينهما يحتمل أن

تفوت نفسه قبل القصاص، فيفوت حق الآدمي، ولأن العفو جائز، فيحتمل بتأخيره أن يعفو الولي فيحیی.

(9/311)

الثالث: أن يتفق الحقان في محل واحد كالقتل والقطع قصاصاً، قدم القصاص على الرجم في الزنى، ويبدأ بالأسبق من القتل في المحاربة والقصاص، لأن كلاّ منهما حق آدمي، وإن سبق القصاص قتل قصاصاً، ولم يصب كمالو مات، ويجب لولي المقتول في المحاربة دية، وإن مات القاتل في المحاربة، وجبت الدية في تركته، و قدم القصاص على الحد، والقطع في المحاربة حد محض، وليس بقصاص، والقتل يتضمن القصاص، ولهذا لو فات القتل في المحاربة وجبت الدية، ولو فات القطع لم يجب له بدل (فإذا زنى وشرب وقذف و قطع بدأ، قطعت يده أولاً) لأنه متمحض حق آدمي بدليل سقوطه بإسقاطه (ثم حد للذف) لأنه مختلف في كونه لآدمي (ثم للشرب) لأنه أخف (ثم للزنى) لأنه أشد الحدود، وفي «المحرر» و «الوجيز»: إذا اجتمع عليه قتلان برودة وقود، وقطعان بسرقة وقود، قطع وقتل لهما، وقيل: للقود خاصة، وفي «الشرح»: إذا سرق وقتل في المحاربة، ولم يأخذ المال قتل حتماً، ولم يصب، ولم تقطع يده (ولا يستوفي حد حتى يبرأ من الذي قبله) لئلا يؤدي إلى تلفه بتوالي الحدود عليه.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 54
فصل

(9/312)

(ومن قتل) أو جرح (أو أتى حداً خارج الحرم) أي: حرم مكة المشرفة للنص، وفي «التعليق» وجه: أن حرم المدينة كمكة، لما روى مسلم عن أبي سعيد مرفوعاً قال: «إني حرمت المدينة حراماً ما بين ما زمنها ألا يهراق فيها دم، ولا يحمل فيها سلاح لقتال» (ثم لجأ إليه) أي: إلى الحرم (لم يستوف منه فيه) في ظاهر المذهب، قال أبو بكر: والعمل عليه، وعنه: يستوفى فيه كل شيء إلا القتل لقوله عليه السلام: «لا يسفك فيها دم» ولا شك أن حرمة النفس أعظم، فلا يقاس عليها غيرها، وقال بعض الأئمة: يستوفى منه الكل للعمومات، ولأنه عليه السلام - قتل ابن خطل، وهو متعلق بأستار الكعبة/ ولأنه حيوان أبيح قتله لعصيانه، أشبه الكلب العقور، جوابه قوله تعالى: {ومن دخله كان آمناً} (آل عمران: 97) أي: فأمنوه، لأنه خبر أريد به الأمر، ولأنه - عليه السلام - حرم سفك الدم بها، وقوله عليه السلام، فإن أحد ترخص بقتال رسول الله يدفع ما احتجوا به من قتل ابن خطل، وقال النبي: «إن أعدى الناس على الله من قتل في الحرم» رواه أحمد من حديث عبد الله بن عمرو وأبي شريح. وقال ابن عمر: لو وجدت قاتل عمر في الحرم ما هيجته، رواه أحمد، وكذا إذا لجأ إليه حربي أو مرتد، لم يجز أخذه به فيه كحيوان صائل، ذكره المؤلف (ولكن لا يباع ولا يشارى) لقول ابن عباس، وفي «المستوعب» و«الرعاية»: ولا يكلم، نقله أبو طالب، زاد في «الروضة»: ولا يأكل ولا يشارب، لأنه لو أطمع أووي لتمكن

من الإقامة دائماً، فيضيع الحق (حتى يخرج، فيقام عليه) في قول ابن عباس في الذي يصيب حداً ثم يلجأ إلى الحرم: يقام عليه الحد إذا خرج من الحرم، حكاة أحمد، نقله الأثرم، وروي عن عمر وابن الزبير، قال الزهري: من قتل في الحل، ثم دخل الحرم، أخرج إلى المحل، فيقتل فيه، ومن قتل في الحرم قتل فيه، وهذا هو السنة، والآدمي حرمة عظيمة، وإنما أبيح قتله لعارض، أشبه الصائل من الحيوانات المباحة، فإن الحرم لا يعصمها،

(9/313)

فلو استوفى من له الحق فيه، أساء ولا شيء عليه. فرع: ذكر جماعة: أن من أتى حداً، ثم لجأ إلى داره، فهو كالحرم، وحينئذ لا يخرج منها، بل يضيق عليه حتى يخرج، فيقام عليه (وإن فعل ذلك في الحرم، استوفى منه فيه) بغير خلاف نعلمه، روى الأثرم عن ابن عباس أنه قال: من أحدث حدثاً في الحرم، أقيم عليه ما أحدث فيه، ولقوله تعالى: {ولا تقتلواهم عند المسجد الحرام} الآية (البقرة: 191) فأباح قتلهم عند قتالهم في الحرم. ولأن أهل الحكم يحتاجون إلى الزجر عن ارتكاب المعاصي حفظاً لأنفسهم، وأمواهم، وأعراضهم، ولو لم يشرع الحد فيه لتعطلت الحدود في حقهم، وفاتت المصالح التي لا بد منها. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 56

(9/314)

تذويب: إذا قوتلوا في الحرم، دفعوا عن أنفسهم فقط لقوله تعالى {ولا تقتلواهم عند المسجد الحرام} (2:191) قرىء بهما، واستدل لهم بالخبر المشهور، صححه ابن جوزي في تفسيره، وقاله الماوردي، وذكر ابن جوزي: أن مجاهداً وغيره قالوا: الآية محكمة، وفي «التمهيد»: أنها نسخت بقوله: {فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم} (التوبة: 5) وفي «الأحكام السلطانية»: يقاتل البغاة إذا لم يندفع بغيهم إلا به، لأنه من حقوق الله، وحفظها في حرمة أولى من إضاعتها، وذكره الماوردي عن جمهور الفقهاء، ونص عليه الشافعي، وحمل الخبر على ما يعم إتلافه كالمنجنيق إذا أمكن إصلاح بدون ذلك، وذكر أبو بكر بن العربي: لو تغلب فيها كفار أو بغاة، وجب قتالهم بالإجماع، وذكر الشيخ تقي الدين: إن تعدى أهل مكة على الركب دفع الركب كما يدفع الصائل، وللإنسان أن يدفع مع الركب، بل يجب إن احتيج إليه (ومن أتى حداً في الغزو) وفي «المغني» و«الشرح»: أو ما يوجب قصاصاً (لم يستوف منه في أرش العدو) لأنه ربما يحمله الغضب على إن يدخل - والعباد بالله - في الكفر (حتى يرجع إلى دار الإسلام، فيقام عليه) وقاله الأوزاعي وإسحاق، قال أحمد: لا تقام الحدود بأرض العدو، ونقل صالح وابن منصور: إن زنى الأسير، أو قتل مسلماً، ما أعلمه إلا أن يقام عليه الحد إذا رجع، لما روى بشر بن أرطاة أنه أتى برجل في الغزاة، قد سرق، فقال: لولا أنني سمعت رسول الله يقول: «لا تقطع الإيدي في الغزاة لقطعتك» رواه أبو داود وغيره. وهو إجماع الصحابة، ولأنه إذا رجع

أقيم عليه الحد في دارنا لعموم الآيات والأخبار، فإن تأخيره لعارض من مرض أو شغل جائز، فإذا أقيم عليه الوجود المقتضي السالم عن المعارض.

(9/315)

مسألة: تقام الحدود في الثغور بغير خلاف نعلمه، لأنها من بلاد الإسلام، والحاجة داعية إلى زجر أهلها كالحاجة إلى زجر غيرهم، وقد كتب عمر - رضي الله عنه - إلى أبي عبيدة أن يجلد من شرب الخمر ثمانين، وهو بالشام بالثغور. والله أعلم.

باب حد الزنى)

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 56

وهو فعل الفاحشة في قبل أو دبر، وهو من أكبر الكبائر لقوله تعالى: {ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة وساء سبيلاً} (الإسراء:32) {والذين لا يدعون مع الله ألهاً آخر} الآية (الفرقان:68)، ولما روى ابن مسعود قال: سألت النبي: أي الذنب أعظم؟ قال: قال: «أن تجعل لله نداً، وهو خلقك» قال: ثم أي؟ قال: «أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك» قال: ثم أي؟ قال: «أن تزاني حليلة جارك» متفق عليه. وكان حده في ابتداء الإسلام الحبس في البيت، والأذى بالكلام، لقوله تعالى: {واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم} الآية (النساء:15)، والمراد الثيب، لأن قوله: (من نسائكم) إضافة زوجية، لقوله تعالى: {للذين يؤولون من نسائهم} (البقرة:226) ولا فائدة في الإضافة هنا إلا اعتبار الثيوبية، وقد ذكر عقوبتين إحداهما أغلظ من الأخرى، فأثبت الأغلظ للثيب، والأخرى للبكر، ثم نسخ بما رواه مسلم من حديث عبادة مرفوعاً: «خذوا عني، خذوا عني: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم» ونسخ القرآن بالسنة جائز، نسخة حصل بالقرآن، فإن جلد في كتاب الله والرجم كان فيه، فنسخ رسمه، وبقي حكمه، قاله في «المغني» و«الشرح» (إذا زنى الحر المحصن) وإنه لا يجب الرجم إلا عليه باتفاق (فحده الرجم حتى يموت) وهو قول عامتهم، وحكاها ابن حزم إجماعاً، وقد ثبت أنه - عليه السلام - رجم بقوله وفعله في أخبار تشبه التواتر، وقد أنزل الله تعالى في كتابه، ثم نسخ رسمه، وبقي حكمه لقول عمر: كان فيما أنزل الله آية الرجم. الخبر متفق عليه. فإن قيل: لو كانت في المصحف لاجتمع العمل

(9/316)

بحكمها وثواب تلاوتها، قال ابن الجوزي: أجاب ابن عقيل فقال: إنما كان ذلك ليظهر به مقدار طاعة هذه الأمة في المسارعة إلى بذل النفوس بطريق الظن من غير استقصاء لطريق مقطوع به كما سارع الخليل عليه السلام إلى ذبح ولده بمنام، وهو أدنى طرق الوحي وأقلها، قوله: «فحده الرجم حتى يموت» أي: يرجم بالحجارة وغيرها، قال في «البلغة»: ولتكن الحجارة متوتسطة، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن المرجوم يدام عليه الرجم حتى يموت (وهل يجلد قبل الرجم؟ على روايتين) إحداهما يجلد ثم يرجم، قال

ابن هبيرة: هي أظهر وأثبت، اختارها الخرقى والقاضي وجماعة، قال أبو يعلى الصغير: اختارها شيوخ المذهب، وجزم بها في «الوجيز» وهي قول ابن عباس وأبي بن كعب لقوله تعالى: {الزانية والزاني} الآية (النور:2) ولهذا قال علي: جلدتها بكتاب الله، ورجمتها بسنة رسول الله، رواه البخاري. ولحديث عبادة، وهذا صريح، فلا يترك إلا تمثله، وله أن يوالي بين الجلد والرجم. والثانية: ترجم فقط، قدمه في «المحرر» و«الرعاية» ونقله الأكثر، واختاره الأثرم، والجوزجاني، وابن حامد، وأبو الخطاب، وهو وفاق، وروي عن عمر وعثمان، لأنه - عليه السلام - رجم ماعزا والغامدية، ولم يجلدهما، وقال: «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها/ ولم يأمره «بجلدها»، وكان هذا آخر الأمرين من رسول الله. قال الأثرم: وسمعت أبا عبد الله يقول في حديث عبادة: إنه أول حد نزل، وإن حديث ماعز بعده، وليس فيه الجلد، ولأنه حد فيه قتل، فلم يجتمع معه كالردة (والمحصن من وطئ امرأته في قبلها في نكاح صحيح، وهما بالغان عاقلان جران) أقول: يشترط للإحصان شروط: أحدها: الوطء في القبل، ولا بد من تغييب الحشفة في الفرج، فلو وجد النكاح من غير وطء، أو وطئ دون الفرج، أو في الدبر، لم يحصل ذلك، لأنها لا تصير ثيباً، ولا تخرج عن حد الأبكار. الثاني: أن تكون في نكاح، لأن النكاح يسمى إحصاناً لقوله تعالى:

(9/317)

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 56
{والمحصنات من النساء} (النساء:24) يعني المزوجات، ولا خلاف أن وطء الزنى والشبهة لا يصير به الواطئ محصناً، وأن تسري لا يحصل به الإحصان لواحد منهما، لأنه ليس بنكاح، ولا تثبت له أحكامه. الثالث: أن يكون صحيحاً، وهو قول أكثرهم. الرابع: البلوغ والعقل في قول الجماهير، فلو وطئ، وهو صبي أو مجنون، ثم بلغ، أو عقل لم يكن محصناً لقوله عليه السلام: الثيب بالثيب جلد مائة» فاعتبر الثبوبة خاصة، ولو كانت تحصل قبله لكان عليه الرجم قبل بلوغه وعقله، وهو خلاف الإجماع. الخامس: الحرية في قول الجميع إلا أبا ثور لقوله تعالى: {فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب} (النساء:25) والرجم لا يتنصف، وإيجابه كله يخالف النص مع مخالفة الإجماع، وعلى كل حال فلا بد أن يوجد الكمال فيهما جميعاً حال الوطء، فبطاً الرجل البالغ العاقل الحر امرأة عاقلة حرة، وهو قول عطاء، والحسن، وابن سيرين، وذكر القاضي أن أحمد نص أنه لا يحصل إحصان بوطئه في حيض وصوم وإحرام ونحوه، وفي «الارشاد»: وهو وجه، وفي «المحرر»: يحصن مراهق بالغ ومراهقة بالغاً، وذكره الشيخ تقي الدين رواية، وفي «الترغيب»: إن كان أحدهما صبياً، أو مجنوناً، أو رقيقاً، فلا إحصان لواحد منهما على الأصح، ونقله الجماعة، وجوابه: أنه وطء لم يحصن أحد المتواطئين، فلم يحصن الآخر كالتسري (فإن اختل شرط من ذلك في أحدهما، فلا إحصان لواحد منهما) لأن ما كان معلقاً على شروط لا يوجد بدونها (ولا يثبت الإحصان بالوطء بملك اليمين) وهو التسري (ولا في نكاح فاسد) خلافاً لأبي ثور، وهو مروى عن الليث والأوزاعي، وجوابه: أنه وطء في غير ملك، أشبه وطء الشبهة (ويثبت الإحصان للذميين) لأن اليهود جاؤوا إلى رسول الله بامرأة ورجل منهم قد زنيا،

فأمر بهما رسول الله فرجما، متفق عليه. ولأن الجناية بالزنى استوت بين المسلم والذمي، فوجب أن يستويا

(9/318)

في الحد، وكذا يثبت لمستأمنين (وهل تحصن الذمية مسلماً؟ على روايتين) إحداهما: تحصنه ولا يشترط الإسلام، قدمه في «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» ونصره في «الشرح» لحديث ابن عمر السابق المتفق عليه. واقتصر عليه في «الكافي». والثانية: لا تحصنه، لأن الإحصان من شرطه الحرية، فكان من شرطه الإسلام كإحصان القذف، وجوابه: أنه لا يصح القياس بإحصان القذف، لأن من شرطه العفة، وليست شرطاً هنا (ولو كان لرجل ولد من امرأته، فقال: ما وطئتها: لم يثبت إحصانه) ولا يرحم إذا زنى، لأن الولد يلحق بإمكان الوطاء واحتماله، والإحصان لا يثبت إلا بحقيقة الوطاء، فلا يلزم من ثبوت ما يكتفى فيه بالإمكان وجود ما تعتبر فيه الحقيقة، ويثبت بقوله: وطئتها، أو جامعتها، والأشهر: أو دخلت بها. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 56 فرغ: إذا زنى محصن بغيره، فلكل حده، نص عليه.

(9/319)

(وإن زنى الحر غير المحصن، جلد مائة جلدة) ولا يجب غيره، نقله أبو الحارث والميموني، قاله في «الانتصار» لقوله تعالى: {الزانية والزاني} الآية (النور: 2) ولقوله عليه السلام: «البكر بالبكر جلد مائة، وتغريب عام» وذلك وإن كان عاماً، فيخرج منه الرقيق كما يأتي، والمحصن لما سبق، فيبقى ما عداه على مقتضاه، ولأن الخلفاء الراشدين فعلوا ذلك بالحر غير المحصن، وانتشر ولم يعرف لهم مخالف، فكان كالإجماع (وعرب عاماً) في قول الجمهور (إلى مسافة القصر) لأن ما دون ذلك في حكم الحضر، فإن عاد قبل الحول، أعيد تغريبه، ويبني على ما مضى، ونقل الأثر: أنه لا يشترط مسافة القصر، بل ينفي من عمله إلى عمل غيره، وإن زنى في البلد الذي غرب إليه، غرب منه إلى بلد آخر، وظاهره: أن المرأة تغرب إلى مسافة القصر لوجوبه كالدعوى (وعنه: أن المرأة تنفى إلى دون مسافة القصر) قدمه في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» لتقرب من أهلها، فيحفظوها، وعنه: تغرب إلى مسافة قصر مع محرّمها، ومع تعذره إلى دونها (ويخرج معها محرّمها) وجوباً إن تيسر، لأنه سفر واجب، أشبهه سفر الحج، والمراد إذا كان بادلاً (فإن أراد أجره، بذلت من مالها) لأن ذلك من مؤنة سفرها، أشبهه المركوب والنفقة (فإن تعذر فمن بيت المال) لأن فيه مصلحة، أشبهه نفقة نفسها، وهذا قول، ويقيد بما إذا أمكن (فإن أبى الخروج معها، استؤجرت امرأة ثقة) اختاره جماعة لأنه لا بد من شخص يكون معها لأجل حفظها، وحينئذ لم يكن بد من امرأة ثقة ليحصل المقصود من الحفظ، وأجرتها على الخلاف (فإن تعذر، نفيت بغير محرّم) قاله إمامنا والشافعي كسفر الهجرة والحج إذا مات المحرم في الطريق، وفي «الترغيب» وغيره: مع الأمن، وعنه: بلا محرّم، تعذر أو لا، لأنه عقوبة، ذكره

ابن شهاب (ويحتمل أن يسقط النفي) عنها. إذن - كسقوط سفر الحج عنها، فكذا هنا، قال المؤلف: وهذا الاحتمال هو اللائق بالشريعة، فإن نفيها بغير محرم إغراء لها بالفجور، وتعريض

(9/320)

لها بالفتنة، لا يقال: حديث التغريب عام، لأنه يخص بقوله عليه السلام: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر إلا مع ذي محرم» (وإن كان الزاني رقيقاً، فحده خمسون جلدة) لما روي أبو هريرة وزيد بن خالد قالوا: «سئل النبي عن الأمة إذا زنت، ولم تحصن، فقال: «إذا زنت فاجلدوها» الخبر، متفق عليه» وقال النبي لعلي: «إذا تعالت من نفاسها، فاجلدوها خمسين» رواه عبد الله بن أحمد، ورواه مالك عن عمر (بكل حال) سواء كان مزوجاً، أو غير مزوج للعموم، وخرق أبو ثور الإجماع في إيجاب الرجم على المحصنات كما خرق داود الإجماع في تكميل الحد على العبد وتضعيف حد الأبكار على المحصنات (ولا يغرب) ولا يعبر نص عليهما، وهو المشهور، لأنه - عليه السلام - لم يذكره، ولو كان واجباً لبينه كغيره، لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، ولأنه مشغول بخدمة السيد، وفي تغريبه ضياع لها من غير جناية منه بدليل سقوط الجمع، ويتوجه احتمال بالنفي، لأن عمر نفاه، رواه البخاري. قال في «كشف المشكل»: «يحتمل قوله نفاه، أي: أبعدته من صحبتها (وإن كان نصفه حراً، فحده خمس وسبعون جلدة) لأن أرش جراحه على النصف من الحر والنصف من العبد، فكذا حده، وفي الأول خمسون، وفي الثاني خمس وعشرون، وفي «الفروع» غيره: والمعتق تعضه بالحساب، وهو أولى (وتغريب نصف عام) في المنصوص، لأن الحر تغريبه عام، والعبد لا تغريب عليه، فنصف الواجب من التغريب نصف عام، وإن كان بعضه بالحساب كالحده (ويحتمل ألا يغرب) لأن حق السيد بعضه، فيقتضي بقاءه في بلده ليتمكن من الانتفاع بحصته، فغلب حقه على التغريب لما في حق السيد من التأكيد.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 56

(9/321)

فرع: إذا زنى عبد، ثم عتق، فعليه حد الرقيق، وإن كان أحد الزانيين حراً، والآخر رقيقاً، فعلى كل منهما حده؛ وإن زنى بعد العتق وقبل العلم به، فعليه حد حر، وإن عفا السيد عنه، لم يسقط حده في قول عامتهم (وحد اللوطي كحد الزاني سواء) قدمه في «المحرر» و«المستوعب» و«الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لقوله - عليه السلام - : «إذا أتى الرجل الرجل، فهما زانيان» ولأنه زنى، فكان فاحشة كالإيلاج في فرج المرأة، فعلى هذا: إن كان محصناً رجم، وإن كان غير محصن، جلد مائة، وغرب عاماً، وإن كان عبيداً جلد خمسون من غير تغريب (وعنه: حده الرجم بكل حال) بكرأ كان أو ثيباً، محصناً أو غيره، وهي قول علي وابن عباس وغيرهما، قال بعضهم: وهي أظهر الروايتين، وصححه ابن هبيرة لما روي ابن عباس أن النبي قال: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط، فاقتلوا الفاعل والمفعول به/ رواه أحمد وأبو داود والترمذي،

وأسناده ثقات. وعن ابن عباس: «في البكر يرحم» رواه أبو داود بإسناد جيد، واحتج به أحمد، وبالجملة فالإجماع منعقد على تحريمه، وقد عابه الله في كتابه، وذم فاعله، ولهذا قال أبو بكر الصديق: يحرق اللوطي، وهو قول ابن الزبير، وقال أبو بكر: لو قتل بلا استتابة لم أر به بأساً، وأنه لما كان مقيساً على الزاني في الغسل، كذلك الحد، وإن الغسل قد يجب ولا حد، لأنه يدرأ بالشبهات بخلاف الغسل، فدل أنه يلزم من نفي الغسل نفي الحد وأولى، ونصره ابن عقيل، لأنه أبعد من أحد فرجي الخشى المشكل لخروجه عن هيئة الفروج وأحكامها.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 56

(9/322)

مسائل: يعزر غير البالغ منهما، ولا حد على من وطئ زوجته أو مملوكته في دبرها، بل يعزر، قال في «الفروع»: ومملوكه كأجنبي، وفي «الترغيب»: ودبر أجنبية كلواط، وقيل: كزنا، وزان بذات محرم كلواط، ونقل جماعة: ويؤخذ ماله لخبر البراء، وأوله الأكثر على عدم وارث، وأول جماعة ضرب العنق فيه علي ظن الراوي، قال أحمد: يقتل ويؤخذ ماله على خبر البراء إلا رجلاً يراه مباحاً فيجلد، قلت: فالمرأة؟ قال: كلاهما في معنى واحد يقتل، وقال أبو بكر: هو محمول عند أحمد على المستحل، وإن غير المستحل كزان (ومن أتى بهيمة) ولو سمكة (فعليه حد اللوطي عند القاضي) لما روى ابن عباس أن النبي قال: «من وقع على بهيمة، فاقتلوه واقتلوا البهيمة» رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي (واختار الخرقى وأبو بكر) والأكثر، وحزم به في «الوجيز» وهي قول ابن عباس وعطاء (أنه يعزر) وهو المشهور، لأنه لم يصح فيه نص، ولا يمكن قياسه على الوطاء في فرج الأدمي، لأنه لا حرمة لها، والنفوس تعافه، ويبالغ في تعزيره لعدم الشبهة له فيه كوطء الميتة، وقال الترمذي: لا يعرف الحديث الأول إلا من رواية عمرو بن أبي عمرو، وهو مخرج عنه في «الصحاحين» وقال الطحاوي: هو ضعيف، وقد صح عن ابن عباس أنه قال: من أتى بهيمة فلا حد عليه، وقال أسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن لرجل يأتي البهيمة، فوقف عندها، ولم يثبت حديث عمرو، ولأن الحد يدرأ بالشبهة (وتقتل البهيمة) عليهما، مأكولة كانت أو غير مأكولة، له أو لغيره للخير، وذكر ابن أبي موسى في قتلها على الثاني روايتين، قال أبو بكر: والاختبار قتلها، وإن تركت فلا بأس، ولا يجوز قتلها حتى يتبين ذلك إما بالشهادة على فعله بها، أو بإقراره إن كانت ملكه، فإن كانت لغيره لم يجز قتلها بحال، لأنه إقرار على ملك غيره، فلم يقبل كمالو أقر لغير مالها، وقيل: إن كانت تؤكل، ذبحت وحلت مع الكراهة (وكره أحمد أكل لحمها) لاختلاف الناس في حل الأكل (وهل ذلك حرام؟ على وجهين) أحدهما:

(9/323)

يحرّم، قدمه في «الفروع» وغيره، روي عن ابن عباس، ولأنه لحم حيوان وجب قتله لحق الله تعالى، فحرم أكله كسائر المقتولات، فعلى هذا: يضمن الواطئ كمال قيمتها، وفي «الانتصار»: احتمال. والثاني: يحل أكلها، لقوله تعالى {أحلّت

لكم بهيمة الأنعام} (المائدة: 1) ولأنه حيوان ذبحه ذابح من أهل الزكاة، فجاز أكله كما لو لم يفعل به ذلك، لكن يكره للشبهة، فعليها يضمن نقصها.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 56

فصل

(ولا يجب الحد إلا بشروط ثلاثة) لما يأتي (أحدها إن يطأ في الفرج) أي فرج أصلي (سواء كان قبلاً، أو دبراً) أصليين، لأن الدبر فرج مقصود، أشبه القبل، ولأنه إذا وجب بالوطء في الفرج، وهو مما يستباح، فهذا أولى، ويقال: إن أول ما بدأ قول لوط بوطء النساء في أدبارهن، ثم انتقلوا بعد ذلك إلى الرجال (وأقل ذلك تغييب الحشفة) الأصلية من خصي، أو فعل، أو قدرها لعدم (في الفرج) لأن أحكام الوطاء تتعلق به (فإن وطئ دون الفرج) فلا حد عليه، لما روى ابن مسعود قال: جاء رجل إلى النبي فقال: «إني وجدت امرأة، فأصبت منها كل شيء إلا النكاح، فقال: «استغفر الله» رواه النسائي. فلم يوجب عليه حداً، وظاهره: أنه لا يعزر إذا جاء تائباً (أو أتت المرأة المرأة، فلا حد عليهما) أي: إذا تساحقت امرأتان، فهما ملعونتان، قال النبي: إذا أتت المرأة المرأة، فهما زانيتان» رواه مسلم. ذكره في «الشرح» وأما كونه لاحد عليهما، لأنه لا يتضمن إبلاجا، أشبه مباشرة الرجل الأجنبية من غير جماع، وكذا لو جامع الخنثى المشكل بذكره، أو جومع في قبله فلا حد.

(9/324)

فرع: إذا وجد رجل مع امرأة، كل منهما يقبل الآخر، ولم يعلم أنه وطئها، فلا حد، فإن قالوا: نحن زوجان، قبل قولهما في قول الأكثر، فإن شهد عليهما الزنى، فقالوا: نحن زوجان، فقليل: عليهما الحد إن لم تكن بينه بالنكاح، وقيل: لا إذا لم يعلم أنها أجنبية منه، لأن ذلك شبهة، كما لو شهد عليه بالسرقة، فادعى أن المسروق ملكه.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 69

فصل

(الثاني: انتفاء الشبهة) لقوله عليه السلام: «ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم» (فإن وطئ جارية ولده) لقوله عليه السلام: «ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم» (فإن وطئ جارية ولده) فلا حد عليه في قول أكثرهم، لأنه وطئ تمكن الشبهة فيه كوطء الجارية المشتركة، يدل عليه قوله - عليه السلام -: «أنت ومالك لأبيك» أضاف مال ولده إليه، وجعله له، فإذا لم تثبت حقيقة الملك فلا أقل من جعله شبهة دائرة للحد الذي يدرأ بالشبهة، وفي «الرعاية»: من وطئ أمة ولده، ولم ينو، تملكها به، ولم يكن ابنه وطئها، وقيل: أو كان، عزز في الأشهر بمائة سوط، وقيل: إن حملت منه ملكها، وإلا عزز، وإن كان ابنه وطئها، حد الأب مع علمه به (أو جارية له فيها شرك) فكذلك، لأنه فرج له فيه ملك، أشبه المكانية والمرهونة، وظاهره: ولو لبيت المال، صرح به في «الرعاية» إذا كان له فيه حق (أو لولده) لأن الشرك في إسقاط الحد كملك الكل (أو وجد امرأة على فراشه، ظنها امرأته أو جاريته) فوطئها، فلا حد عليه، لأنه وطئ اعتقد إباحتها بما يعذر مثله فيه، أشبه ما لو قيل له: هذه زوجتك بغير خلاف نعلمه، لكن عليها الحد إن علمت أنه أجنبي (أو دعا الضرب امرأته، أو جاريته، فأجابه غيرها، فوطئها) ووطنها المدعوة كما لو زفت

إليه غير زوجته، وقيل له: هذه زوجتك بخلاف مالو دعا محرمة عليه، فأجابه غيرها، فوطئها يظنها المدعوة، فعليه الحد، سواء كانت المدعوة ممن له فيها شبهة كالجارية المشتركة، أو لم يكن، لأنه لا تعذر بهذا،

(9/325)

أشبهه مالو قتل رجلاً يظنه ابنه، فبان أجنبياً (أو وطئ في نكاح) أو ملك (مختلف في صحته) يعتقد تحريمه كمتعة وبلا ولي، وشراء فاسد بعد قبضه، وقيل: أو قبله لأن الوطئ فيه شبهة، وعنه: يحد، اختاره الأكثر في وطئ بائع بشرط خيار، ولو لم يحد، ذكره أبو الحسين وغيره، فلو حكم بصحته توجه خلاف، وكذا وطؤه بعقد فضولي، وفي ثالث إن وطئ قبل الإجازة حد، وألا عزر، واختار في «المحرر»: يحد قبلها إن اعتقد أنه لا ينفذ بها، وحكى رواية (أو وطئ امرأته في دبرها، أو حيضها، أو نفاسها) لأن الوطاء قد صادف ملكاً، فكان شبهة، وقد حكاها ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه أنه يدرأ بالشبهة (أو لم يعلم بالتحريم لحدثة عهده بالإسلام، أو نشوئه ببادية بعيدة) قبل منه، لأنه يجوز أن يكون صادقاً، وظاهره: أنه إذا لم يكن كذلك، أو نشأ بين المسلمين: أنه لا يقبل منه، لأنه لم يخف عليه (أو أكره على الزنى، فلا حد عليه) نقول: لا حد على مكرهه على الزنى في قول عامتهم لقول النبي «رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» رواه النسائي. وعن عبد الجبار بن وائل عن أبيه أن امرأة استكرهت على عهد رسول الله، فدرأ عنها الحد، رواه الأثرم، ورواه سعيد عن عمر، ولأن هذا شبهة والحد يدرأ بها، ولا فرق في الإكراه بالإلجاء، وهو أن يغلبها على نفسها، أو بالتهديد بالقتل ونحوه، نص عليه في راع، أو منع طعام مع اضطرار، وكذا المفعول به لو طأ قهراً (وقال أصحابنا: إن أكره الرجل، فزنى، حد) نص عليه، وقدمه في «الفروع» وهو المذهب، لأن الوطاء لا يكون إلا بالانتشار الحادث والاختيار، بخلاف الإكراه، وعنه: لا حد عليه، صححه في «المغني» و«الشرح» لعموم الخبر، ولأن الإكراه شبهة، وكما لو استدخلت ذكره، وهو نائم، وعنه فيهما: لا حد إلا بتهديد ونحوه، قال الشيخ تقي الدين: بناء على أنه لا يباح بالإكراه الفعل لا القول، قال القاضي وغيره: إن خافت على نفسها القتل، سقط عنها الدفع كسقوط الأمر

(9/326)

بالمعروف بالخوف (وإن وطئ ميتة، أو ملك أمه أو أخته من الرضاع، فوطئها، فهل يحد، أو يعزر؟ علي وجهين) وهما روايتان: إحداهما: يحد بوطئ ميتة، قدمها في «الرعاية» لأنه إبلاج في فرج محرم، لا شبهة له فيه، أشبه الحية، ولأنه أعظم ذنباً. والثانية: لا يحد، اختارها أبو بكر، وجزم بها في «الوجيز» لأنه لا يقصد، فلا حاجة إلى الزجر عنه، فعليها: يعزر، ونقل عبد الله: بعض الناس يقول: عليه حدان، فظننته يعني نفسه، قال أبو بكر: وهو قول الأوزاعي، وهذا بخلاف طرف ميت لعدم ضمان الجملة لعدم وجود قتل بخلاف الوطاء، وإما من تحرم عليه بالرضاع إذا وطئها، فعنه: يحد، وذكره القاضي عن أصحابنا، لأنه لا يستباح بحال كالمحرمة بالنسب، وكفرج الغلام، وعنه: لا، وجزم بها

في «الوجيز» لأنها مملوكة أشبهت مكاتبته، ولأنه وطء اجتمع فيه موجب ومسقط، والحد بينى على الدرء والإسقاط، فإذا لم يحد عزراً، وعنه: مائة سوط، وكذا إذا وطئ أمته المزوجة، أو المعتدة، أو المرتدة أو لمجوسية (وإن وطئ في نكاح مجمع على بطلانه) والمنصوص مع علمه (كنكاح المزوجة) لأنه وطئ لم يصادف ملكاً، ولا شبهة ملك، فأوجب الحد عملاً بالمقتضى، وقد روي عن عمر أنه رفع إليه امرأة تزوجت في عدتها، فقالا: لا، فقال: لو علمتما لرجمتكما، رواه أبو نصر المروزي. ولأنه إذا وجب الحد بوطء المعتدة، فلأن يجب بوطء بطريق الأولى (والمعتدة فلو قال: جهلت فراغ المعتدة، وأمكن صدقه، صدق (والخامسة) لعدم إباحتها (وذوات المحارم من النسب والرضاع) للعموم، وعنه فيمن وطئ ذوات محارمه: يقتل بكل حال، روجه في «الشرح» لأخبار، وعنه: ويؤخذ ماله لبيت المال، لما روى البراء قال: لقيت عمي، ومعه الراية، فقلت: إلى أين تريد؟ فقال: بعثني النبي إلى رجل نكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه، وأخذ ماله/ رواه أبو داود والجوزجاني. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 70

(9/327)

مسألة: حكم من زنى بحرية مستأمنة، أو نكح بنته من الزنى كذلك، نص عليه، وحمله جماعة على أنه لم يبلغه الخلاف (أو أستاذ امرأة للزنى أو لغيره، وزنى بها) لعموم الآية والأخبار، ووجود الإجارة كعدمها، ولأنه وطء في غير ملك، أشبه ماله لو كان له عليها دين، وتغير الحال لا يسقط الحد كما لو مات (أو زنى بامرأة له عليها القصاص) لأن استحقاق قتلها لا يوجب إباحتها، فلا تؤثر فيه شبهة، فوجب أن يجب الحد عملاً بالنصوص، وقيل: من وطئ أمة له عليها قود، لم يحد، إن قلنا: أنه قلنا: إنه يملكها به، وسئل أحمد: هل عليه عقرها؟ قال: لا شيء عليه، هي له (أو بصغيرة) يوطئ مثلها، نقله الجماعة، وصححه في «المغني» و«الشرح» لأنها كالكبيرة في ذلك، وقيل: أو لا، وهو ظاهر كلامه هنا، وقال القاضي: لآحد على من وطئ صغيرة لم تبلغ تسعاً، لأنه لا يشتهي مثلها، وكما لو استدخلت ذكر صبي لم يبلغ عشرًا، ورده المؤلف لعدم التوقيف فيه (أو مجنونة) لأن الواطئ من أهل وجوب الحد، وقد فعل ما يوجب، فوجب أن يترتب عليه مقتضاه (أو بامرأة ثم تزوجها، أو بأمة ثم اشتراها) لأن النكاح والملك وجدا بعد وجوب الحد، فلم يسقط كما لو سرق نصاباً ثم ملكه، أو أقر عليها، فجدت كسكوتها (أو أمكنت العاقلة) أي: المكلفة (من نفسها مجنوناً، أو صغيراً) وقيل: ابن عشر (فوطئها، فعليهم الحد) أي: عليها الحد، لأن سقوطه عن أحد المتواطئين لمعنى يخصه لا يوجب سقوطه عن الآخر كما لو زنى المستأمن بمسلمة.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 70

فصل

(9/328)

(الثالث: أن يثبت الزنى، ولا يثبت زناه، ولا يلزمه الحد) إلا بشيئين: أحدهما: أن يقر به أربع مرات في مجلس، أو مجالس) نص عليه لما روى أبو هريرة قال: أتى رجل من الأسلميين إلى النبي، وهو في المسجد، فقال: إني زني، فأعرض عنه، فلما شهد علي نفسه أربع شهادات، دعاه النبي فقال: «أبك جنون؟ قال: لا، قال: «هل أحصنت؟» قال: نعم، قال: «إذهبوا به فارجموه» متفق عليه. وفي مختصر ابن رزبن: بمجلس، سأله الأثرم بمجلس، أو مجالس؟ قال: الأحاديث ليست تدل إلا على مجلس إلا عن ذاك الشيخ بشير بن المهاجر، عن ابن بريدة، عن أبيه، وذاك منكر الحديث، وقال الحكم وابن أبي ليلى: يكفي الإقرار مرة لقوله عليه السلام: «واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها» وغيره من الأحاديث المطلقة، وجوابه ما سبق، وبأنه لو وجب الحد بمرة، لم يعرض عنه النبي، لأنه لا يجوز ترك حد وجب لله تعالى، وروى نعيم بن هزال قال له النبي: «قلتها أربع مرات/ قال: نعم، رواه أبو داود (وهو بالغ عاقل) حر وعبد محدود في قذف، أو لا، ولا نعلم خلافاً أن المكروه لا يجب عليه حد، وكذا النائم لرفع القلم عنه، والسكران سببق حكمه، وفي «الكافي» و «الشرح»: لا يصح إقراره به، لكن عليه حد الزنى، والسرقة، والشرب، والقذف إذا فعله حال سكره لفعل الصحابة، فأما الآخرس إن لم تفهم إشارته فلا يتصور منه إقرار، وإن فهمت إشارته، فإنه يؤاخذ بها، فإن أقر العاقل أنه زنى بامرأة، فكذبت، فعليه الحد دونها لحديث سهل بن سعد، رواه أحمد وأبو داود، ورجاله ثقات (وبصرح بذكر حقيقة الوطاء) لتزول التهمة، ولقوله عليه السلام لما عزر: «لعلك قبلت أو غمزت» قال: لا، قال: «أفنكتها» - لا يكتفي - قال: نعم، فعند ذلك أمر برجمه. «رواه البخاري. وعنه: وبمن زنى بها، وفي «الرعاية»: وهي أظهر، وأطلق في «الترغيب» وغيره الخلاف (ولا ينزع عن إقراره حتى يتم عليه الحد) لأن من شرط إقامة الحد بالإقرار البقاء عليه

(9/329)

إلى تمام الحد، فإن رجع عن إقراره، أو هرب، كف عنه في قول الجمهور لقصة ما عزر.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 74
فرع: إذا شهد أربعة على إقراره به أربعاً، فأنكر، أو صدقهم دون أربع، فلا حد عليه في الأظهر، ولا على الشهود، وهما في «الترغيب» إن أنكر، وإنه لو صدقهم لم يقبل رجوعه (الثاني: أن يشهد عليه) أي: على فعله (أربعة) إجماعاً لقوله تعالى: {والذين يرمون المحصنات} الآية (النور: 4) ولقوله عليه السلام لسعد بن عباد حين قال له: «أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلاً، أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ فقال النبي: «نعم.»» رواه مالك (رجال) فلا تقبل فيه شهادة النساء إلا ما روي عن عطاء وحماد: أنه يقبل فيه ثلاثة وامرأتان/ وهو خلاف النص، لأن في شهادة النساء شبهة لما في قبولها من الاختلاف، والحدود تدرأ بالشبهات (أحرار) في الأشهر، وقاله الأكثر، وعنه: يقبل العبد لعموم النص، وهو عدل مسلم ذكر، فقبل كالحر، وجوابه: أنه مختلف في قبول شهادته، وذلك شبهة، فلا تقبل فيها شهادة فاسق ولا مستور الحال لجواز أن يكون فاسقاً، واكتفى بذلك عن ذكر الإسلام، لأن أهل الذمة كفار لا تتحقق العدالة

فيهم، فلا تقبل روايتهم ولا خبرهم الديني كعبدة الأوثان، وسواء كانت الشهادة على مسلم أو ذمي (يصفون الزنى) أي: زنى واحد يصفونه، نقله أبو طالب، فيقولون: رأينا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة، ولأنه إذا اعتبر التصريح في الإقرار، كان اعتباره في الشهادة أولى، وقال طائفة: يجوز أن ينظروا إلى ذلك منهما لإقامة الشهادة عليهما ليحصل الردع بالحد، فإن شهدوا أنهم رأوا ذكره قد غيبه في فرجها، كفى (ويجئون في مجلس واحد) على الأصح، لأن عمر شهد عنده أبو بكر، ونافع، وشبل بن معبد على المغيرة بن شعبة، ولم يشهد زياد، فحد الثلاثة، ولو كان المجلس غير مشترك، لم يجز أن يحدهم لجواز أن يكملوا برابع في مجلس آخر، ولأنه لو شهد ثلاثة، فحدهم، ثم جاء

(9/330)

رابع، فشهد، لم تقبل شهادته، ولو لا اشتراط المجلس لكملت شهادتهم، وبهذا يفارق سائر الشهادات. والثانية: ليس بشرط لقوله تعالى: {لولا جاؤوا عليه بأربعة شهداء} (النور: 3) ولم يذكر المجلس، ولأن كل شهادة مقبولة إذا افتقرت كغيرها، وجوابه: أن الآية لم تتعرض للشروط (سواء جاؤوا متفرقين) أي: واحداً بعد آخر لقصة المغيرة، فإنهم جاؤوا متفرقين، وسمعت شهادتهم، وإنما حدوا لعدم كمالها، وفي الحديث: أن أبا بكر قال لعمر: رأيت لو جاء آخر فشهد، أكنت ترجمة؟ فقال عمر: أي والذي نفسي بيده، ولأنهم اجتمعوا في مجلس واحد، أشبه ما لو جاؤوا (أو مجتمعين) ولأن المجلس كله بمنزلة ابتدائه، ولهذا يجزيء فيه القبض فيما هو شرط فيه (فإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم) من مجلسه، فهم قذفة، لأن شهادته غير مقبولة ولا صحيحة، أشبه ما لو لم يشهد أصلاً، وعليهم الحد (أو شهد ثلاثة وامتنع الرابع من الشهادة، أو لم يكملها، فهم قذفة، وعليهم الحد) في قول أكثر العلماء لقوله تعالى: {والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة} (النور: 4) وهذا يوجب الحد على كل رام، لم يشهد بما قاله أربعة، ولأن عمر جلد أبا بكر وأصحابه حيث لم يكمل الرابع شهادته بمحضر من الصحابة، ولم ينكره أحد، فكان بالإجماع، وحكى أبو الخطاب رواية أنه لحد عليهم، لأنهم شهود، فلم يجب عليهم الحد كما لو كانوا أربعة، أحدهم فاسق.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 74

(9/331)

فرع: كل زنى يوجب الحد لا يقبل فيه إلا أربعة شهود بالاتفاق، ويدخل فيه اللواط، ووطء المرأة في دبرها، ووطء البهيمة، إن قلنا: يجب الحد به، وإن قلنا: يعزر فيقبل بشاهدين، وقيل: بأربعة، وعلى قياس هذا كل وطء يوجب التعزير فقط، فإن لم يكن وطئاً كمباشرة دون الفرج تثبت بشاهدين وجهاً واحداً (وإن كانوا فساقاً، أو عمياناً، أو بعضهم) أو بأن فيهم صبي مميز، أو امرأة، أو عبد، ولم يقبله (فعليهم الحد) على المذهب، وصححه القاضي كما لو لم يكمل العدد، وكما لو كان المشهود عليه محبوباً أو رتقاء (وعنه: لحد عليهم) وهو قول الحسن والشعبي، لأنهم أربعة، فدخلوا في عموم الآية، وكما

لو شهد أربعة مستورون، ذكره في «المغني» و «الشرح» أو مات أحدهم قبل وصفه الزنى، وإن شهدوا عليها عذراء، نص عليه. وفي «الواضح»: تزول حصانتها بهذه الشهادة. والثالثة: تحد العميان خاصة، وقاله الثوري وإسحاق، لأنه معلوم كذبهم، والباقي يجوز صدقهم، وقد كمل عددهم، أشبه مستوري الحال (وإن كان أحدهم زوجاً، حد الثلاثة) لأنهم قذفه حيث لم تكمل البينة، لأن شهادة الزوج غير مسموعة (ولا عن الزوج إن شاء) لأن الزوج إذا قذف زوجته، له الخبرة بين اللعان وتركه، وعلى الثانية: لآحد ولا لعان بحال (وإن شهد اثنان أنه زنى بها في بيت أو بلد، واثنان أنه زنى بها في بيت، أو بلد آخر) أو اختلفا في اليوم (فهم قذفه، وعليهم الحد) اختاره الخرقي، وقدمه في «الرعاية» ونصره في «الشرح» وجزم به في «الوجيز» وصححه في «الفروع» لأنه لم يكمل أربعة على زنى واحد، فوجب عليهم الحد كما لو انفرد بالشهادة اثنان (وعنه: يحد المشهود عليه) فقط، اختاره أبو بكر، وفي «التبصرة» و «المستوعب»: وظاهرها أنه لا تعتبر شهادة الأربع على فعل واحد، وإنما يعتبر عدد الشهود في كونها زانية (وهو بعيد) لأنه لم يثبت زنى واحد بشهادة أربعة، فلم يجب الحد، ولأن جميع ما تعتبر له البينة يعتبر كمالها في حق واحد، فالموجب للحد أولى،

(9/332)

ولأنه مما يحتاط له، ويندرىء بالشبهات، قال أبو بكر: لو شهد اثنان أنه زنى بامرأة بيضاء، وآخران بامرأة سوداء، فهم قذفة، ذكره القاضي، وهذا يناقض قوله (وإن شهدا أنه زنى بها في زاوية بيت) صغير (وشهد الآخران أنه زنى بها في زاويته الأخرى) كملت شهادتهم إن كانت الزاويتان متقاربتين، وحد المشهود عليه على المذهب، لأن التصديق ممكن، فلم يجز التكذيب، لا يقال: يمكن أن يكون المشهود به فعلين، فلم أوجبتم الحد مع الاحتمال، وهو يدرأ بالشبهة؟. لأنه لا شبهة فيه بدليل مالو اتفقا على موضع واحد، فإنه يمكن أن تكون الشهادة على فعلين، بأن يكون قد فعل ذلك مرتين أما لو كانت الزاويتان متباعدتين، فالقول فيهما كالقول في البيتين، وعلى قول أبي بكر: تكمل الشهادة سواء تقاربتا، أو تباعدتا (أو شهد أنه زنى بها في قميص أبيض، وشهد الآخران أنه زنى بها في قميص أحمر، كملت شهادتهم) على المذهب، لأنه لا تنافي بينهما، فإنه يمكن أن يكون عليها قميصان، فذكر كل اثنين واحداً منهما، كما لو شهد اثنان أنه زنى بها في قميص كتان، وآخران في قميص خز (ويحتمل ألا تكمل كالتي قبلها) وقاله أبو الخطاب لأن شهادتهم مختلفة، أشبه مالو اختلفوا في البيتين، فعلى هذا: هل يحدون للقذف؟ على وجهين (وإن شهدا أنه زنى بها مطاوعة، وشهد آخران: أنه زنى بها مكرهة، لم تكمل شهادتهم) على الأشهر، لأن فعل المطاوعة غير المكرهة، فعلى هذا: لا يحد الرجل، اختاره أبو بكر والقاضي، وأكثر الأصحاب، ولا المرأة بغير خلاف نعلمه، لأن الشهادة لم تكمل على فعل موجب للحد عليهما (وهل يحد الجميع) أي: الأربعة لقذفهم الرجل (أو شاهدا المطاوعة؟ على وجهين) أحدهما: يجب الحد على شاهدي المطاوعة، اختاره أبو بكر، لأنهما قذفا المرأة بالزنى، ولم تكمل شهادتهم عليها، ولا يجب على شاهدي الإكراه لأنهما لم يقذفا المرأة، وقد كملت

شهادتهم على الرجل، وإنما انتفى الحد للشبهة. والثاني: يحد الجميع، لأنهم شهدوا

(9/333)

بالزنى، فلزمهم الحد كما لو لم يكمل عددهم (وعند أبي الخطاب: يحد الزاني المشهود عليه) واختاره في «التبصرة» لأن الشهادة كملت على وجود الزنى منه، واختلافها إنما هو في فعلها، فلا يمنع كمال الشهادة عليها (دون المرأة) لأنه لم يشهد عليها أربعة بزنى يوجب الحد، لأنه لا حد مع الإكراه (والشهود) لأن المقتضي له لم يوجد، وفي «الواضح»: لا حد على أحد منهم.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 74

فرع: إذا شهد اثنان أنها بيضاء، وآخران غيره، لم تقبل، لأن الشهادة لم تجتمع على عين واحدة، وكما لو اختلفوا في تعدد المكان أو الزمان بخلاف السرقة، وحدوا للقذف (وإن شهد أربعة، فرجع أحدهم قبل الحد، فلا شيء على الراجع، ويحد الثلاثة) اختاره أبو بكر وابن جامد، وجزم به في «الوجيز»، لأن الراجع كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله، ولأن في درء الحد عنه تمكيناً له من الرجوع الذي تحصل به مصلحة المشهود عليه، وإنما حد الثلاثة، لأن برجوع الراجع نقص عدد الشهود، فوجب إن يحدوا، كما لو كانوا في الابتداء كذلك. والثانية: يحد الجميع، قدمها في «المحرر» لنقص العدد كما لو كانوا ثلاثة، قال في «المحرر»: ويتخرج ألا يحد سوى الراجع إذا رجع بعد الحكم وقبل الحد، ولو رجع الكل، فهل يحدون؟ علي الروائين في الواحد (وإن كان رجوعه بعد الحكم، فلا حد على الثلاثة) لأن الشهادة كملت، واتصل بها الحكم، فلم يجب عليهم شيء لعدم كونهم قذفة (ويغرم الراجع ربع ما أتلفوه) لأنه أقر على نفسه برجوعه أن التلغ حصل بفعله وفعل غيره، فيقبل على نفسه فقط، وظاهره: أنه لا حد على الراجع أيضاً، ونقله أبو النصر، لأنه تائب، والمذهب أنه يحد، وحده إن ورث حد القذف، فإن كان رجماً ضمن ربع المتلف بدية أو غيرها إن صرح بالخطأ، وإن قال: عمدنا الكذب ليقتل، قتل وحده، وإن قال: عمدت ذلك وحدي، فهل يلزمه قود؟ على الروائين في مشاركة العائد للمخطيء (وإن شهد أربعة بالزنى

(9/334)

بامرأة، فشهد ثقات من النساء أنها عذراء، فلا حد عليها) لأن البكارة تثبت بشهادة النساء، ووجودها يمنع من الزنى ظاهراً، والشهود صدقهم محتمل، فإنه يحتمل أنه وطئها ثم عادت عذرتها، لكن ذكر في «الشرح»: أنه يكتفى بشهادة واحدة، لأن شهادتها مقبولة فيما لا يطلع عليه الرجال، ونقل أبو النصر في مسألة المجبوب: أن الشهود قذفة، وقد أحرزوا ظهورهم، فذكر له قول الشعبي: العذراء؟ قال: عنه اختلاف، فإن رجمه القاضي، فالخطأ منه، قلت: فترى في هذا، أو في من شهد عليه بالزنى، فلم يسأل القاضي عن إحصانه حتى رجمه أن الدية في بيت المال، لأن الحاكم ليس عليه غرم؟ قال: نعم، وأطلق ابن رزبن في مجبوب ونحوه قولين بخلاف العذراء، وفي «الشرح»: إن

شَهِدَ بِأَنَّهَا رَتَقَاءٌ، أَوْ ثَبِتَ أَنَّ الرَّجُلَ مَجْبُوبٌ، فَيُنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْحَدَّ عَلَى الشُّهُودِ، لِأَنَّهُ مُتَيَقَّنٌ كَذِبُهُمْ (وَلَا عَلَى الشُّهُودِ، نَصٌّ عَلَيْهِ) لِأَنَّ صِدْقَهُمْ مُحْتَمَلٌ، وَفِي «الرَّعَايَةِ»: وَلَا عَلَى الرَّجُلِ (وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ، فَشَهِدَ أَرْبَعَةٌ آخَرُونَ عَلَى الشُّهُودِ أَنَّهُمْ هُمُ الزَّانَةُ بِهَا، لَمْ يَحْدِ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ شَهَادَةَ الْآخَرِينَ تَضَمَّنَتْ جِرْحَ الْأَوَّلِينَ، وَشَهَادَةُ الْآخَرِينَ تَتَطَرَّقُ إِلَيْهَا التَّهْمَةُ (وَهَلْ يَحْدِ الشُّهُودُ الْأَوَّلُونَ حَدَّ الزَّانِي؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ) - كَذَا فِي «الْمَحَرَّرِ» وَ«الْفُرُوعِ» - أَحَدَاهُمَا: لَا يَجِبُ الْحَدُّ عَلَيْهِمْ، لِأَنَّ الْأَوَّلِينَ قَدْ جَرَحَهُمُ الْآخَرُونَ بِشَهَادَتِهِمْ عَلَيْهِمْ، وَالْآخَرُونَ تَتَطَرَّقُ إِلَيْهِمُ التَّهْمَةُ. وَالثَّانِيَةُ: يَحْدُونَ لَهَا، اخْتَارَهَا أَبُو الْخَطَّابِ، لِأَنَّ شَهَادَةَ الْآخَرِينَ صَحِيحَةٌ، فَيَجِبُ الْحُكْمُ بِهَا، وَعَلَى كِلَيْتِهِمَا فِي حُدُومِ اللَّقْذِفِ رَوَايَتَانِ: أَشْهَرُهُمَا بِأَنَّهُمْ يَحْدُونَ (وَإِنْ حَمَلَتِ امْرَأَةٌ لِزَوْجِهَا وَلَا سَيِّدٍ، لَمْ تَحْدِ بِذَلِكَ بِمَجْرَدِهِ) نَقَلَهُ الْحَمَاعَةُ، وَذَكَرَ ابْنُ هُبَيْرَةَ أَنَّهَا الْأَطْهَرُ، لَكِنَّمَا تَسْأَلُ، فَإِنْ ادَّعَتْ أَنَّهَا أَكْرَهَتْ، أَوْ وَطِئَتْ بِشَبِيهَةٍ، أَوْ لَمْ تَعْتَرَفْ بِالزَّانِي، لَمْ تَحْدِ، وَهُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرِ مِنَ الْعُلَمَاءِ، وَعَنْ أَحْمَدَ: بَلَى إِنْ لَمْ تَدْعِ شَبِيهَةً، وَفِي «الْوَسِيلَةِ» وَ«الْمَجْمُوعِ» رَوَايَةٌ: وَلَوْ ادَّعَتْ شَبِيهَةً، وَأَقْوَالُ الصَّحَابَةِ مُخْتَلِفَةٌ فِي ذَلِكَ حَتَّى بَالِغَ بَعْضِ الْعُلَمَاءِ وَقَالَ:

(9/335)

إِنَّ الْمَرْأَةَ تَحْمَلُ مِنْ غَيْرِ وَطْءٍ بَأَنَّ تَدَخَلَ مَاءَ الرَّجُلِ فِي فَرْجِهَا، وَلِهَذَا تَصُورُ حَمْلَ الْبِكْرِ وَوَجَدَ.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 74

مَسْأَلَةٌ إِذَا شَهِدَ عَلَيْهِ بَزْنَى قَدِيمٍ، أَوْ أَقْرَبَهُ، وَجِبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِعَمُومِ الْآيَةِ، وَكَسَائِرِ الْحَقُوقِ، وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ: لَا أَقْبَلُ بَيْنَهُ عَلَى زَنَى قَدِيمٍ، وَأَحَدَهُ بِالْإِقْرَارِ بِهِ، وَذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى مَذْهَبًا لِأَحْمَدَ، وَهُوَ مَرُورِيٌّ عَنْ عَمْرِو بْنِ تَأْخِيرِ الشَّهَادَةِ إِلَى هَذَا الْوَقْتِ يَدُلُّ عَلَى التَّهْمَةِ، وَتَقْبَلُ الشَّهَادَةَ بِهِ مِنْ غَيْرِ مَدْعٍ، نَصٌّ عَلَيْهِ لِقَضِيَةِ أَبِي بَكْرَةَ.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 74

(9/336)

باب حد القذف

وَهُوَ مُحْرَمٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَسَنَدُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: {إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعْنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ} (النور: 23) وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمَوْبِقَاتِ» قَالُوا: وَمَا هِيَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «الشَّرْكَ بِاللَّهِ، وَالسُّحْرُ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ، وَأَكْلُ الرِّبَا، وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ، وَالتَّوَلَّى يَوْمَ الزَّحْفِ، وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ» مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (وَهُوَ الرَّمْيُ بِالزَّانِي) فَيُبَيَّنُ لِمَعْنَى الْقَذْفِ، وَكَذَا رَمِيَهُ بِلُؤْاطٍ أَوْ شَهَادَةٍ عَلَيْهِ بِهِ، وَلَمْ تَكْمَلِ الْبَيِّنَةُ، وَأَصْلُهُ: الرَّمْيُ بِالْحِجْرِ بِخِلَافِ الْحَذْفِ - بِالْخَاءِ الْمَعْجَمَةِ - فَإِنَّهُ الرَّمْيُ بِالْحَصَى، وَهُوَ - فِي الْأَصْلِ - رَمِي الشَّيْءِ بِقُوَّةٍ، ثُمَّ اسْتَعْمَلَ فِي الرَّمْيِ بِالزَّانِي وَنَحْوِهِ مِنَ الْمَكْرُوهَاتِ، يُقَالُ: قَذَفَ يَقْذِفُ قَذْفًا،

فهو قاذف، وجمعه قذاف وقذفه كفاسق وفسقة، وكافر وكفرة (ومن قذف) وهو مكلف مختار (حراً محصناً، فعليه جلد ثمانين جلدة إن كان القاذف حراً، وأربعين إن كان عبداً) أجمعوا على وجوب الحد على من قذف محصناً، حراً كان القاذف أو عبداً، وأن حده ثمانون إن كان حراً لقوله تعالى: {والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة} (4: 42) والرقيق على النصف من ذلك في قول أكثر العلماء، ويروى أن أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم جلد عبداً قذف حراً ثمانين، وبه قال قبيصة وعمر بن عبد العزيز لعموم الآية، والصحيح الأول لإجماع الصحابة، قال عبد الله بن عامر بن ربيع: «أدركت أبا بكر وعمر وعثمان والخلفاء هلم جرا، ما رأيت أحداً جلد عبداً في فرية أكثر من أربعين»، رواه مالك. وكحد الزنى، والآية وإن كانت عامة، فدليلنا خاص، والخاص مقدم، وتقدم قول الخرقى: يكون بدون سوط الحر، وظاهره: ولو ذات محرم، أو مجبواً سوى ولده وإن نزل، نص على الثلاثة، ولو عتق قبل حد، ومعتق بعضه بالحساب، وقيل: كعبد (وهل حد القذف حق لله تعالى، أو للآدميين؟ على روايتين) إحداهما - وهي الأظهر والأشهر، وقاله الجمهور - هو حق لآدمي، فعليه

(9/337)

يسقط بعفوه عنه، قال القاضي وأصحابه: لا عفوه عن بعضه. والثانية: هو حق لله، قدمها في «الرعاية». وعليها: لا يحد، ولا يجوز أن يعرض له إلا بطلب، وذكره الشيخ تقي الدين إجماعاً، ويتوجه على الثانية وبدونه، ولا يستوفيه بنفسه خلافاً لأبي الخطاب، وإنه لو فعل لم يعتد به، وعلله القاضي بأنه تعتبر نية الإمام أنه حد، وفي «البلغة»: لا يستوفيه بدونه فإن فعل، فوجهان، وإن هذا في القذف الصريح، وإن غيره يبرأ به، سواء على خلاف في المذهب كاعتبار الموالاة أو النية (وقذف غير المحصن) كمن قذف مشركاً، أو عبداً، أو مسلماً له دون عشر سنين، أو مسلمة لها دون تسع سنين، أن من ليس بعفيف (يوجب التعزير) ردعاً له عن أعراض المعصومين وكفالة عن أذاهم، وقيل: سوى سيد لعبده.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 83

(9/338)

فرع: يحد أبواه وإن علوا بقذفه، وإن نزل كقود، فلا يرثه عليهما، وإن ورثه أخوه لأمه، وحد له لتبعيضه، وفي «الترغيب»: لا يحد أب، وفي أم وجهان (والمحصن) هنا (هو الحر المسلم العاقل العفيف الذي يجامع مثله) هذه صفة المحصن الذي يحد بقذفه، أما الحرية والإسلام، فلأن العبد والكافر حرمتهما ناقصة، فلم ينتهض لإيجاب الحد، والآية الكريمة وردت في الحرة المسلمة، وغيرهما ليس في معناه، وأما العقل، فلأن المجنون لا يعير بالزنى لعدم تكليفة، وغير العاقل لا يلحقه شين بإصافة الزنى إليه لكونه غير مكلف، وأما العفة عن الزنى، فلأن غير العفيف لا يشينه القذف، والحد إنما وجب من أجل ذلك، وقد أسقط الله الحد عن القاذف لتحقيق كذب القاذف، وأقله أن يكون له

عشر سنين إن كان ذكراً، أو تسع سنين إن كانت أنثى، وظاهره: أنه لا تشترط فيه العدالة بل لو كان المقذوف فاسقاً كشربه الخمر أو لبدعة، ولم يعرف بالزنى أنه يجب الحد بقذفه، وقال الشيرازي: لا يجب الحد بقذف مبتدع ولا مبتدعه، وقال ابن أبي موسى: إذا قذف أم ولد رجل، وله منها ولد حد، وإذا قذف مسلم ذمياً تحت مسلم، أو لها منه ولد حد في رواية، وإن قذف عبد عبداً جلد أربعين، قاله في «الرعاية» (وهل يشترط بلوغه؟ على روايتين) إحداهما: يشترط، قيل: إنها مخرجة، وليست بمنصوصة، لأن غير البالغ غير مكلف، أشبه المجنون، والثانية: ليس بشرط، وهو مقتضى كلام الخرفي، وقطع بها القاضي، والشريف، وأبو الخطاب، وصاحب الوجيز، لأن ابن عشر سنين ونحوه يلحقه الشين بإضافة الزنى إليه، ويعبر بذلك، ولهذا جعل عبداً في الرقيق، أشبه البالغ، وفي اشتراط سلامته من وطء الشبهة وجهان، ولعله مبني على أن وطء الشبهة هل يوصف بالتحريم أم لا؟ فذكر عن القاضي أنه وصفه به، وظاهر كلام جماعة: عدم وصفه بذلك، وظاهر كلام آخرين أنه لا تشترط السلامة في ذلك.

(9/339)

فرع: إذا وجب الحد بقذف من لم يبلغ، لم يقيم عليه حتى يبلغ، ويطلب لعدم اعتبار كلامه قبل البلوغ، وليس لوليه المطالبة حذاراً من فوات التشفي، ولو قذف غائباً، اعتبر قدومه وطلبه إلا أن يثبت أنه طالب غي غيبته، فيقام على المذهب، وقيل: لا لاحتمال عفو، ولو قذف عاقلاً فجن أو أعمى عليه قبل الطلب، لم يقيم حتى يفيق ويطلب، وإن كان بعد الطلب جازت إقامته.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 83

مسألة: يشترط لإقامة الحد على القاذف أمران: أحدهما: مطالبة المقذوف لأنه حق له كسائر حقوقه. والثاني: ألا يأتي بينة، فإن كان القاذف زوجاً، اعتبر آخر، وهو امتناعه من اللعان، وتعتبر استدامة الطلب إلى إقامته، فلو طلب ثم عفا سقط، ويحد بقذف على جهة الغيرة، بفتح الغين، ويتوجه احتمال وأنها عذر في غيبه ونحوها (وإن قال) لمحصنة (زنيته وأنت صغيرة، وفسره بصغر عن تسع سنين، لم يحد) لأن حد القذف إنما وجب لما يلحق بالمقذوف من العار، وهو منتف للصغر، بل يعزر، زاد في «المغني»: إن رآه الإمام وأنه لا يحتاج إلى طلب لأنه لتأديبه (وإلا خرج على الروايتين) وكذا في «الفروع» في اشتراط البلوغ، جزم في «الوجيز» بالحد (وإن قال لحرمة مسلمة: زنيته، وأنت نصرانية أو أمة، ولم تكن كذلك، فعليه الحد) لأنه يعلم كذبه، وإن لم يثبت ذلك على الأصح، فإن ثبت فلا حد على الأصح (وإن كانت كذلك) لم يحد على الأشهر (وقالت: أردت قذفي في الحال، فأنكرها) فهل يحد، أو يعزر؟ (على وجهين) الأصح أنه لا حد عليه، لأن ظاهر لفظه يقتضي تعليق: وأنت نصرانية أو أمة بقوله: زنيته، فيصبر كأنه قال لها: زنيته حال النصرانية أو الرق، ولا حد مع ذلك، لأن ارتباط الكلام بعبء بعض أولى من عدم ارتباطه، قال في «الفروع»: ويتوجه مثله إن أضافه إلى جنون، وفي «الترغيب»: إن كان ممن يجن لم يقذفه، وفي «المغني»: إن ادعى أنه كان مجنوناً حين قذفه، فأنكرت، وعرفت له حالة جنون وإفاقة، فوجهان،

(9/340)

وإن ادعى رق مجهولة فروايتان، وإن ادعى أن قذفاً متقدماً كان في صغر، أو قال: زנית مكرهة، أو قال: يازانية، ثم ثبت زناها في كفر، لم يحد كتيوته في إسلام، وفي «المبهج»: إن قذفه بما أتى في الكفر حد لحرمة الإسلام، وسأله ابن منصور: رجل رمى امرأة بما فعلت في الجاهلية؟ قال: يحد، وذكر القاضي: لو قال ابن عشرين لابن خمسين: زנית من ثلاثين سنة، لم يحد، وهو سهو(ومن قذف محصناً، فزال إحصانه قبل إقامة الحد، لم يسقط الحد عن القاذف) نص عليه. حكم حاكم بوجوبه أم لا، لأن الحد يعتبر بوقت وتجوبه، وكما لا يسقط برده وجنونه، وبخلاف فسق الشهود قبل الحكم لضيق الشهادة، وعلة المؤلف بأنه حق آدمي، وبأن الزنى فسق، واحتمال وجود الجنس أكثر من النوع إلا أن يتقدم مزيله على القذف بإقرار أو بينة.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 83
فصل

(9/341)

(والقذف محرم إلا في موضعين: أحدهما: أن يرى امرأته تزني في طهر لم يصبها فيه) زاد في «الترغيب» و«الرعاية»: ولو دون الفرج، وفي «المغني»: أو تقر به فيصدقها(فيعتزلها، وتأتي بولد يمكن أن يكون منه) أي: من الزاني، زاد في «المحرر» و«الرعاية»: وكذا لو وطئها في طهر زنت فيه، ووطن الولد من الزاني(فيجب عليه قذفها) لأن نفي الولد واجب، ولا يمكن إلا بالقذف، لأن مالم يتم الواجب إلا به واجب (ونفي ولدها) لأن ذلك يجري مجرى في أن الولد من الزاني لكونها أنت به لستة أشهر من حين الوطاء، وفي سنن أبي داود: أن النبي قال: «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فلبست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته» ولا شك أن الرجل مثلها، وكذا لو أقرت بالزنى، ووقع في نفسه صدقها(الثاني: ألا تأتي بولد يجب نفيه) لأن بالزوج حاجة إلى فسح النكاح ليتخلص من زوجة شأنها كذلك لحديث عويمر العجلاني، وهلال بن أمية(أو استفاض في الناس زناها) وقدم في «المغني» و«الشرح»: لا تكفي استفاضة بلا قرينة(أو أخبره به ثقة) فلو كان يخبر من لا يوثق به، لم يجز، لأنه غير مأمون على الكذب عليها(أو رأى رجلاً يعرف بالفجور، يدخل إليها) زاد في «الترغيب»: خلوة(فيباح قذفها) لأنه يغلب على ظنه فجورها(ولا يجب) لأنه يمكنه فراقها، والسكوت هنا أولى، لأنه أستر، ولأن قذفها يلزم منه أن يحلف أحدهما كاذباً، أو يقر فيفتضح.

(9/342)

فرع: قال الشيخ تقي الدين: إذا قال: أخبرتني أنها زنت، فكذبته، ففي كونه قاذفاً نزاع في مذهب أحمد وغيره، فإن جعل قذفاً، أو قذفها صريحاً، فله

اللعان، ولو حلف بالطلاق أنها قالت له، فإنها لم تطلق باتفاق الأئمة، ولو أسقطت جنيناً بسبب القذف، لم يضمنه، واختار أبو محمد الجوزي: المباح أنه يراها تزني، أو يظنه ولا ولد (وإن أتت بولد يخالف لونه لونهما) كأبيض بين أسودين، أو بالعكس (لم يبيح نفيه بذلك) اختاره ابن حامد لخبر أبي هريرة؛ وهو متفق عليه، وقال: لعله نزع عرق، ولأن دلالة الفراش قوية بدليل قضية سعد وعبد بن زمعة (وقال) القاضي وأبو الخطاب: ظاهر كلامه إباحته) لقوله عليه السلام «إن جاءت به جعداً، الخبر» الخبر. فجعل الشبه دليلاً على نفيه عنه، والأول أصح، وهذا الحديث إنما يدل على نفيه عنه مع ما تقدم من لعانه إياه عن نفسه، فجعل الشبه مرجحاً، والمذهب أن له نفيه بقرينة، جزم به في «الوجيز» وقدمه في «الفروع». وإن استبرأها بحيضة جاز النفي في الأشهر، وإن كان يعزل عنها فلا، لخبر أبي سعيد.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 88
فصل

(9/343)

(وألفاظ القذف تنقسم إلى صريح وكناية) لأنها ألفاظ ترتب عليها حكم شرعي، فانقسمت إلى ذلك كالطلاق (فالصريح قوله: يازاني، يا عاهر زنى فرجك ونحوه) كزنيت ويا منيوك (مما لا يحتمل غير القذف، فلا يقبل قوله بما يحيله) لأنه صريح فيه، أشبه صريح الطلاق (وإن قال: يالوطي يامعفوج) هو مفعول من: عفج، يعني: نكح، فكانه بمعنى منكوح، أي: موطؤ (فهو صريح) في المنصوص، وعليه الحد فيهما إذا قذفه بعمل قوم لوط فاعلاً أو مفعولاً، اختاره الأكثر، لأن اللوطي الزاني بالذكور، أشبه مالو قال: يازاني، وحينئذ لا يسمع تفسيره بما يحيل القذف، وعنه: مع غضب، لأن قرينة الغضب تدل على إرادة القذف بخلاف حالة الرضى (وقال الخرقى: إذا قال: أردت أنك من قوم لوط، فلا حد عليه) وهذا رواية نقلها المروذي، لأنه فسر كلامه بما لا يوجب الحد كمالو فسره به متصلًا بكلامه (وهو بعيد) لأن إطلاق لفظه وإرادة مثل ذلك فيه بعد، أو قذف رجلاً بوطء امرأة في دبرها، فعليه الحد، وقيل: لا، ومبنى الخلاف هنا على الخلاف في وجوب حد الزنى على من فعل ذلك (وإن قال: أردت أنك تعمل عمل قوم لوط غير إتيان الرجال، احتمل وجهين) أشهرهما: أنه لا يقبل، لأنه فسر اللفظ بما لا يحتمله غالباً، أشبه مالو قال: يازاني. والثاني: أنه لا يجد، لأن ما فسر به كلامه محتمل الإرادة، والحد يدرأ بالشبهات.

(9/344)

فرع: إذا فسر «يامنيوكة» بفعل زوج، فليس قذفاً، ذكره في «الرعاية» و «التبصرة» وزاد: إن أراد بزاني العين، أو ياعامر اليد، لم يقبل مع سبقه ما يدل على قذف صريح (وإن قال: لست بولد فلان، فقد قذف أمه) في المنصوص إلا منفياً بلعان لم يستلحقه أبوه، ولم يفسره بزنى أمه، لأن ذلك يقضي أن أمه أنت به من غير أبيه، وذلك قذف لها، وكذا إن نفاه عن قبيلته، وقال المؤلف القياس يقتضي أنه لا يجب الحد لنفي الرجل عن قبيلته، لأن ذلك لا يتعين فيه

الرمي بالزنى، أشبه مالو قال لأعجمي: إنك عربي (وإن قال: لست بولدي، فعلى وجهين) أظهرهما: أنه كناية في قذفها، نص عليه، لأن للرجل أن يغلظ في القول والفعل لولده. والثاني: هو صريح، لأنه نفاه عن نفسه، أشبه نفي ولد غيره عن أبيه.

فرع: إذا قال: إن لم تفعل كذا، فليست ابن فلان، فلا حد، لأن القذف لا يتعلق بالشرط، وإن قال: لست ابن فلانة، عذر، نص عليه، لأنه لم يقذف أحداً بالزنى (وإن قال: أنت أزنى الناس) فهو قاذف ففي قول أبي بكر، وقدمه في «الرعاية» لأنه أضاف إليه الزنى بصيغة المبالغة (أو أزنى من فلانة) فكذلك في قول القاضي، لأن «أزني» معناه المبالغة، ففيه الزنى وزيادة، وقدم في «الكافي»: لا، لأن لفظة «أفعل» تستعمل للمنفرد بالفعل، وقال ابن حامد: ليس بقذف، إلا أن يريده، لأن موضوع اللفظ يقتضي ذلك.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 90

(9/345)

مسألة: إذا قال: أنت أزنى من زيد، فقد قذفهما صريحاً، وقيل: كناية، وقيل: ليس بقذف لزيد، وهو أقيس (أو قال لرجل: يازانية أو لإمرأة يازانية) فصريح، نصره في «الشرح» وقدمه في «الفروع» لأن اللفظ الصريح في الزنى، وزيادة الهاء وحذفها خطأ لا يغير المعنى كاللحن، وكفتح التاء وكسرهما لهما خلافاً «للرعاية» في عالم يعربية، واختار ابن حامد كما يأتي أنه ليس بصريح إلا أن فسره به، لأنه يحتمل أن يريد بذلك أنه علامة في الزنى كما يقال للعالم: علامة أو قال زنت يداك ورجلاك، فهو صريح في القذف عند أبي بكر (لأن ذلك يطلق ويراد به زنى الفرد (وليس بصريح ابن حامد) في ظاهر المذهب في الأخيرة، لأن زنى هذه الأعضاء لا يوجب الحد لقول: «العينان تزنيان وزناهما النظر» قال في «الشرح»: والأولى أن يرجع إلى تفسيره انتهى، وكذلك الخلاف لو أفرد، فلو قال: زنت يداك فقذف، قاله في «الرعاية» وكذلك العين في «الترغيب»، وفي «المغني» وغيره: لا.

(9/346)

مسألة: إذا قال: يازاني ابن الزانية، لزمه حدان، فإن تشاحا قدم حد الابن، وعنه: حد واحد، وقيل: إن كانت أمة حية، فقد قذفها معه، وإن كانت ميتة، فقد قذفه وحده (وإن قال: زنات في الجبل - مهموزاً - فهو صريح عند أبي بكر) وأبي الخطاب، وقدمه في «الرعاية» و «الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأن عامة الناس لا يفهمون من ذلك إلا القذف (وقال ابن حامد: إن كان يعرف العربية، لم يكن صريحاً) لأن معناه في العربية: طلعت، وعليهما إن قال: أردت الصعود في الجبل قبل (وإن لم يقل: في الجبل) أي: زنات (فهو صريح، أو كالتي قبلها؟ على وجهين) أحدهما: أنه صريح، قدمه في «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لأن مع عدم القول في الجبل يتمحض القذف، وقيل: هو كالتي قبلها، أحدهما: يكون صريحاً في حق العامي والعالم بالعربية. والثاني: الفرق بينهما، وقيل: لا قذف، قال في «الفروع»: ويتوجه مثلها لفظة «علق» وذكرها

شيخنا صريحة، ومعناه قول ابن رزين: كل ما يدل عليه عرفاً (والكناية نحو قوله لامراته: قد فضحته) أي: بشكواك (وغطيت أو نكست رأسه) أي: حياء من الناس من ذلك (وجعلت له قروناً) أي: أنه مسخر لك مطيع منقاد كالثور (وعلقت عليه أولاداً من غيره) أي: من زوج آخر، أو وطء شبهة (وأفسدت فراشه) أي: بالنشور، أي: بالشقاق وبمنع الوطاء (أو يقول لمن يخاصمه: يا حلال يا ابن الحلال) لأنه كذلك حقيقة (ما يعرفك الناس بالزنى) حقيقة النفي، أي: ما أنت بزنان، ولا أمك زانية (يا عفيف) كونه كذلك حقيقة، وكذا يا نظيف يا خيـث بالنون، وذكره بعضهم بالباء (أو يا فاجرة) أي: كونا مخالفة لزوجها فيما يجب طاعتها فيه (يا قحبة) قال السعدي: قحب البعير والكلب: سعل، وهي في زماننا المعدة للزنى (يا خبيثة) وهي صفة مشبهة من: خيـث الشيء، فهو خبيث (أو يقول لعربي: يا نبطي) منسوب إلى النبط، وهم قوم ينزلون بالبطائح بين العراقيين (يا فارسي) منسوب إلى فارس، وهي بلاد معروفة، وأهلها الفرس، وفارس

(9/347)

أبوهم (يا رومي) نسبة إلى الروم، وهو - في الأصل - الروم بن عيصو بن إسحاق بن إبراهيم (أو يسمع رجلاً يقذف رجلاً، فيقول: صدقت) أي: في غير الإخبار المذكور (أو أخبرني فلان أنك زانيت، وكذبه الآخر) أي: موافق للكذب، أو ما أنا بزنان، أو ما أمي بزانية (فهذا كله كناية إن فسره بما يحتمله غير القذف) وعنه: بقريـنة ظاهرة (قبل قوله في أحد الوجهين) قدمه في «الفروع» وجزم به في «الوجيز» وصححه في «المغني» و«الشرح» لأنه يحتمل غير الزنى كما ذكرناه، فهو - إذا - فسر الكلام بما يحتمله، وعليه يعزز (وفي الآخر: جميعه صريح) فيحد به، اختاره القاضي وجماعة، وذكره في «التبصرة» عن الخرقى، لأن الظاهر من حالة أنه لم يرد شيئاً، فوجب حملها عليه بظاهر الحال والاستعمال، فعلى هذا: إذا قال: أردت هذه الاحتمالات، لم يقبل كالزاني، وعنه: لا يحد إلا بنية، اختارها أبو بكر وغيره، والقريـنة كناية طلاق، وفي «الترغيب»: هو قذف بنية، ولا يحلف منكرها، ويلزمه الحد باطناً، وفي لزوم إظهارها وجهان.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 90

(9/348)

تنبيه: لآحد بالتعريض كقوله: يا حلال ابن الحلال، نص عليه في رواية حنبل، وهو ظاهر الخرقى، واختاره أبو بكر، وقاله أكثر العلماء، لأن رجلاً أتى النبي فقال: إن امرأتي ولدت غلاماً أسود، يعرض بنفيه، فلم يلزمه بذلك حد، ولأن الله تعالى أباح التعريض بالخطبة دون التصريح بها، ونقل الأثرم: عليه الحد، روي عن عمر وعثمان، وهي أظهرهما، قاله ابن هبيرة، فأما في غير حالة خصومة، ولا وجدت قريـنة قريـنة فلا يكون قذفاً (وإن قذف أهل بلدة أو جماعة لا يتصور الزنى من جميعهم) عادة وعرفاً (عزر، ولم يحد) لأنه لا عار على المقذوف بذلك للقطع بكذب القاذف، ويعزز على ما أتى به من المعصية

والزور كما لو سبهم بغير القذف، وظاهره: أنه يعزر، ولو لم يطلبه أحد، وفي «المنفي»: لا يحتاج التعزيز إلى مطالبة، وفي مختصر ابن رزين: يعزر حيث لا أحد.

(9/349)

مسائل: يعزر في: يا كافر، يا فاجر، يا حمار، يا تيس، يا رافضي، يا خبيث البطن أو الفرج، يا عدو الله، يا ظالم، يا كذاب، يا خائن، يا شارب الخمر، يا مخنث، نص علي ذلك. وقيل: فاسق: كناية، ومخنث: تعريض، ويعزر في: قرنان وقود، وسأله حرب عن: ديوث، فقال: يعزر، وفي «المبهج»: ديوث قذف لامراته، ومثله كشيخان وقرطبان، ويتوجه في مأبون كمخنث، وفي «الرعاية» لم أجدك عذراء كناية، وإن من قال لظالم ابن ظالم: جبرك الله ورحم سلفك، يعزر، قاله في «الفروع» (وإن قال لرجل: أقذفني فقذفه، فهل يحد) أو يعزر؟ (على وجهين) أحدهما يعزر، جزم به في «الوجيز» لأن المقذوف رضي بقذفه، أشبه مالمو قذف نفسه. والثاني: يحد، لأن الموجب له المقذوف رضي بقذفه، أشبه مالمو قذف نفسه. والثاني: يحد، لأن الموجب له القذف، وقد وجد، وقوله لا أثر له، لأن القذف لا يباح بالإباحة، وفي «النهاية» و «الشرح»: هما مبنيان على الاختلاف في حد القذف، وهل هو حق لله، فلا يسقط بالإذن فيه كالزنى، أو لآدمي فيسقط، كما لو أذن في إتلاف ماله، ويعزر لأنه فعل محرماً لا أحد فيه (وإن قال لامراته: يازانية، فقالت: بك زني، لم تكن قاذفة) لأنها صدقته فيما قال، فلم يجب حد، كما لو قالت: صدقت (ويسقط عنه الحد بتصديقها) لأنه يمكن الزنى منها به من غير أن يكون زانياً بأن يكون قد وطئها بشبهة، ولا يجب عليها حد، لأنها لم تقر أربع مرات، وإن قال: زنى بك فلان، فقد قذفهما، نص عليه. وخرج فيها روايتان: فعلي أنها لم تقذفه، يتخرج: لو أقر بأنه زنى بإمرأة، لم يقذفها لاحتمال أنها مكرهة أو نائمة، وجزم به في «الترغيب» في الزوجة، ولو كان قولها: أنت أزني مني، أو زني وأنت أزني مني، فقد قذفته، وفي «الرعاية»: وجه، وإن قال: يازانية، قالت: بل أنت زان، جدا، وعنه: لالغان، وتحد هي فقط، وهي سهو عند القاضي (وإذا قذفت المرأة، لم يكن لولدها المطالبة إذا كانت أوم في الحياة) لأنه حق ثبت للتشفي، فلا يقوم فيه غير

(9/350)

المستحق مقامه كالقصاص، وظاهره: أنها إذا ماتت وورثت حد القذف، فلوارثه المطالبة إذن (وإن قذفت، وهي ميتة، مسلمة كانت أو كافرة، حرة أو أمة، حد القاذف إذا طالب الابن، وكان حراً مسلماً، ذكره الخرقى) لأنه قدح في نسب الحي، لأنه بقذف أمه ينسبه إلى أنه من ونى، ولا يستحق ذلك بطريق الإرث، فكذلك يعتبر الإحصان فيه، ولا يعتبر في أمه، لأن القذف له، وشرط فيه الطلب، لأنه حق من الحقوق، فلا يستوفي بغير طلب مستحقه كسائر الحقوق وإسلامه وحرية، لأن الحد وجب للقدح في نسبه (وقال أبو بكر: لا يجب الحد بقذف ميتة) وذكره المؤلف ظاهره المذهب في غير أمهاته، وقطع به في «المبهج» لأنه قذف لمن لا يصح منه المطالبة، أشبه قذف

المجنون، أو يقال: الميتة لا تعير، والحي لم يقدر فيه، وذلك شبهة يدرأ بها الحد، والمذهب الأول لأنه إذا قذف ميت محصن، أو لا، حد القاذف إذا طالب وارث محصن خاصة/
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 90

(9/351)

والعسل، والحنطة، والشعير، والخمر ما خامر العقل/ « متفق عليه، وأباح إبراهيم الحربي: من نقيع التمر إذا طبخ ما دون السكر، قال الخلال: فتياه على قول أبي حنيفة، قال الإمام أحمد: «ليس في الرخصة» حديث صحيح، وقال ابن المنذر: جاء أهل الكوفة بأحاديث معلولة، وقيل: إن خير ابن عباس أنه - عليه السلام - قال: «حرمت الخمر لعينها، والسكر من كل شراب» موقوف عليه مع أنه يحتمل أنه أراد بالسكر المسكر من كل شراب (ويسمى خمراً) لقوله عليه السلام «كل مسكر خمراً» لأن الخمر ما خامر العقل، أي: غطاه وستره، وهذا موجود في كل مسكر، وحكم عصير غير العنب كحكمه، روي عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عمر، وأبي هريرة، وسعد، وأبي، وأنس، وعائشة، وهو قول الأكثر، وقال أبو حنيفة: «عصير العنب إذا طبخ، وذهب ثلثاه، ونقيع التمر والزبيب إذا طبخ، ولم يذهب ثلثاه، ونبي، الحنطة والشعير، نقيعاً كان أو غيره حلال إلا ما بلغ السكر. وجوابه: ما روت عائشة مرفوعاً: «ما أسكر الفرق منه، فملاء الكف منه حرام» رواه أحمد، وسعيد، وأبو بكر، والترمذي وحسنه، وإسناده ثقات، وظاهره: يقتضي أن الحشيشة لا تسكر لكن قوله: «كل مسكر خمراً يقتضي أنها تسكر، قال في «الفتاوى المصرية»: الحشيشة المسكرة حرام، وإنما توقف بعض الفقهاء في الحد، لأنه ظن أنها تغطي العقل كالبنج، والصحيح أنها تسكر، وإنما كانت نجسة بخلاف البنج، وجوزة الطيب، لأنها تسكر بالاستحالة كالخمر يسكر بالاستحالة، والبنج يغيب العقل، ويسكر بغير الاستحالة كجوزة الطيب (ولا يحل شربه الذة) لعموم: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» (ولا للتداوي) لما روى وائل بن حجر أن طارق بن سويد الجعفي سأل النبي عن الخمر، فنهاه، أو كره له أن يصنعها، فقال: إنما أصنعها للدواء، فقال: «إنه ليس بدواء، ولكنه داء» رواه مسلم. وقال ابن مسعود: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم» رواه البخاري، ورواه أحمد من حديث حسان بن مخارق عن أم سلمة

(9/352)

مرفوعاً، وصححه ابن حبان، ولأنه يحرم لعينه، فلم يحل شربه للتداوي ك لحم الخنزير (ولا لعطش) لأنه لا يذهب ولا يزيله، ولا يدفع محذوره، فوجب بقاءه على تحريمه عملاً بالأدلة المقتضية لذلك مع سلامته من المعارض (ولا لغير إلا لدفع لقمة غص بها) فيجوز تناوله إذا لم يجد غيره، وخاف التلف لقوله تعالى: { فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه } (البقرة: 173) ولأن حفظ النفس مطلوب بدليل أنه تباح الميتة عند الاضطرار إليها،
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 90

وهو موجود هنا، فوجب جوازه تحصيلاً لحفظ النفس المطلوب حفظها، ويقدم عليه بولاً، ويقدم عليهما ماء نجساً (ومن شربه) وهو مكلف (مختاراً عالماً أن كثيره يسكر) وظاهره: أنه إذا لم يعلم، فلا حد عليه، وهو قول عامتهم، وكذا إذا ادعى الجهالة بإسكار غير الخمر أو تحريمه، أو بوجود الحد به، ومثله يجله، صدق، ولم يحد، وكذا إذا شربها مكرهاً لحله له، وعنه: لا تحل له، اختارها أبو بكر، وفي حده روايتان، والظاهر أنهما مبنيان على حله له وعدمه، والصبر أفضل، نص عليه. وكذا كل ما جاز فعله للمكره، ذكره القاضي وغيره، قال الشيخ تقي الدين: يرخص أكثر العلماء فيما يكره عليه من المحرمات لحق الله تعالى كأكل الميتة، وشرب الخمر، وهو ظاهر مذهب أحمد (قليلاً كان) ما شربه (أو كثيراً، فعليه الحد) لما روى أبو هريرة أن النبي قال: «من شرب الخمر فاجلدوه» رواه أحمد، وأبو داود، والنسائي. وقد ثبت أن أبا بكر وعمر وعلياً جلدوا شاربها، ولأن القليل خمر، فيدخل في العموم، ولأنه شراب فيه شدة مطربة، فوجب الحد به كالكثير، ويلحق بذلك ما لو احتقن بها في المنصوص كما لو استعط، أو عجن به دقيقتاً فأكله، ونقل حنبل: أو تمضمض، حد، وذكره في «الرعاية» قولاً، وهو غريب، وفي «المستوعب»: إن وصل جوفه، حد، وفي «عيون المسائل»: يثبت بعدلين يشهدان أنه شرب مسكراً، ولا يستفسرهما الحاكم عما شرب، لأن كل مسكر يوجب الحد، فدل أنه إن لم يره الحاكم موجباً استفسرهما (فعليه الحد ثمانون جلدة) قدمه في «الرعاية» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» لإجماع الصحابة، لما روي أن عمر استشار الناس في حد الخمر، فقال عبد الرحمن: اجعله كأخف الحدود ثمانين، فضربه عمر ثمانين، وكتب به إلى خالد وأبي عبيدة بالشام، وروي أن علياً قال في المشورة: إذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، وعلى المفترى ثمانون، رواه الجوزجاني والدارقطني وجوزهما الشيخ تقي الدين للمصلحة، وأنه الرواية الثانية (وعنه: أربعون إن كان

حراً) اختاره أبو بكر والمؤلف وغيرهما، لما روي أن علي بن أبي طالب جلد الوليد بن عقبة أربعين، ثم قال: جلد النبي أربعين. وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكل سنة، وهذا أحب إلي، رواه مسلم. لا يقال: فعل عمر كان بمحض من الصحابة، فيكون إجماعاً، ولأن فعله - عليه السلام - حجة لا يجوز تركه لفعل غيره، ولا ينعقد الإجماع مع مخالفة أبي بكر وعلي، بل يحتمل أن عمر فعل الزيادة على أنها تعزير، ويجوز فعلها إذا رآها الإمام، وضرب على النجاشي بشربه في رمضان ثمانين، ثم حبسه ثم عشرين من الغد، نقل صالح: أذهب إليه، ونقل حنبل: يغلظ عليه كمن قتل في الحرم، واختار أبو بكر: يعزّر بعشرة فأقل. وفي «المغني»: عزّره بعشرين لفطره (والرقيق) عبداً كان أو أمة (على النصف من ذلك) كالزنى والقذف، فكذا من شرب الخمر من باب أولى، فعلى الأولى: يحد أربعين. وعلى الثانية: عشرين، صرح به في

«المغني» و«الشرح» (إلا الذمي، فإنه لا يحد بشربه في الصحيح من المذهب) لأنه يعتقد حله، فلم يحد بفعله كنيكاح المجوس ذوات محارمهم. والثانية: بلى، لأنه شرب مسكراً عالماً به مختاراً، أشبه شارب النبي، إذا اعتقد حله، قال في «البلغة»: ولو رضي بحكمنا، لأنه لم يلتزم الانقياد في مخالفة دينه (وهل يجب الحد بوجود الرائحة؟ على روايتين) أظهرها: لا يجب، وقدمه في «الكافي» و«الرعاية» و«الفروع» وهو قول أكثر العلماء، فعلى هذا: يعزر، نص عليه. واختاره الخلال كحاضر مع من يشربها، نقله أبو طالب. والثانية: أنه يحد، قال ابن أبي موسى في «الإرشاد»: وهي الأظهر عنه، روي عن عمر وابن مسعود، لأن الرائحة تدل على شربه لها، فجرى مجرى الإقرار، قال في «الشرح»: والأول أولى. لأن الرائحة تحتمل أنه تمضمض بها، أو ظنّها ماء، أو أكل نيقاً بالغاً، أو شرب شراب تفاح، فإنه يكون منه كرائحة الخمر، والحد يدرأ بالشبهة. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 90

(9/355)

فائدة: يستعمل لقطع رائحة الخمر الكسفرة وعرق البنفسج والثوم، وما أشبه ذلك مما له رائحة قوية. فرع: إذا وجد سكران، أو تقيأ الخمر، فعنه: لا حد، قال بعضهم وهي الأظهر، وعنه: بلى على الثانية التي يحد بالرائحة لفعل عثمان، وهو محضر من الصحابة. « لا يثبت الحد إلا بأحد شيئين: إما البيئة العادلة، أو الإقرار، ويكفي مرة كحد القذف، وعنه: مرتين، نصره القاضي وأصحابه، وجعل أبو الخطاب بقية الحدود بمرتين، وفي «عيون المسائل»: في حد الخمر بمرتين، وإن سلمنا فلأنه لا يتضمن إتلافاً بخلاف حد السرقة، ولم يفرقوا بين حد القذف وغيره إلا بأنه حق آدمي كالقود، فدل على رواية فيه، وهذا متجه، قاله في «الفروع» (والعصير إذا أتت عليه ثلاثة أيام) زاد بعضهم بلياليها (حرم) لما روي أن النبي «كان يشربه إلى مساء الثالثة، ثم يأمر به، فيسقى الخدم، أو يهراق» رواه مسلم. وحكى أحمد عن ابن عمر أنه قال في العصير: أشربه ما لم يأخذه شيطانه، قيل: وفي كم يأخذه شيطانه؟ قال: في ثلاث، قال أحمد: فإذا أتى عليه ثلاثة أيام، فلا تشربه، ولأن الشدة تحصل في ثلاث غالباً (إلا أن يغلى قبل ذلك، فيحرم، نص عليه) إذا غلى العصير وقذف بزبد، فلا خلاف في تحريمه لصحة إطلاق اسم الخمر عليه، وعنه: إذا غلى، أكرهه، وإن لم يسكر، فإذا أسكر فحرام، وعنه: الوقف فيما نش (وعند أبي الخطاب أن هذا محمول على عصير يتخمر في ثلاث غالباً) لقوله عليه السلام: «اشربوا في كل وعاء، ولا تشربوا مسكراً» ولأن علة التحريم الشدة المطربة، وذلك في المسكر لا غيره، وأجاب عن إطلاق أحمد بأن المراد عصير يتخمر في ثلاث غالباً.

(9/356)

فرع: إذا طبخ منه قبل التحريم، حل إن ذهب ثلثاه، وبقي ثلثه، نقله الجماعة، وذكره أبو بكر إجماع المسلمين، قال أبو داود: سألت أحمد عن شرب الطلاب، فقال: إذا ذهب ثلثاه، وبقي ثلثه، فقال: لا بأس، قال: يقولون: إنه يسكر؟

فقال: لا لو كان يسكر ما أحله عمر، وجعل أحمد وضع زبيب في خردل كعصير،
وإنه إن صب فيه خل، أكل (ولا يكره أن يترك في الماء تمراً أو زيبياً ونحوه
ليأخذ ملوحته) لما روي أنه - عليه السلام - كان ينبذ له الزبيب فيشربه (مالم
يشدد عليه، أو يأتي عليه ثلاث) تمام، نص عليه ولأنه إذا بلغ ذلك صار مسكراً،
ونقل ابن الحكم: إذا نقع زيبياً، أو تمر هندي، أو عناباً ونحوه لدواء غدوة،
وشربة عشية، وبالعكس، هذا ينبذ، أكرهه، ولكن يطبخه ويشربه على المكان،
فهذا ليس بنبيد، فإن غلى العنب، وهو عنب، فلا بأس به نقله أبو داود.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 90

(9/357)

فرع: إذا سكر من النبيذ، فسق، وكذا إن شرب قليله على الأصح (ولا يكره
الانتباز في الدباء) وهي القرعة اليابسة المجعلولة وعاء (والحنتم) وهي جدار
مدهونة، واحدها حنتمة (والنقير) وهو أصل النخلة، ينقر ثم ينبذ فيه التمر، فعيل
بمعنى مفعول (والمزفت) وهو الوعاء المطلي بالزفت، نوع من القار، لما روى
بريدة أن النبي قال: «اشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكراً» رواه
مسلم (وعنه: يكره) قال الخلال: وعليها العمل لما في «الصحاحين» أن النبي
« نهى الانتباز فيها. وعنه: يحرم، ذكرها في «الهدى»، والأول أصح، لأن دليله
ناسخ، وعنه: وغيره من الأوعية إلا سقاء يوكى حيث بلغ الشراب (ويكره
الخليطان، وهو أن ينبذ شيتين كالتمر والزبيب) أو المذنب وحده» نقله
الجماعة، لما روت عائشة قالت: «كنا نبذ لرسول الله، فتأخذ قبضة تمر،
وقبضة من زبيب، فنطرحهما فيه، ثم نصب عليه الماء، فننبذه غدوة، فيشربه
عشية، وننبذه عشية، فيشربه غدوة/» رواه أبو داود وابن ماجه، فلما كانت
مدة الإنباز قريبة، وهي يوم أو ليلة لا يتوهم الإسكار فيها، فعلى هذا: لا يكره،
ويكره إذا كان في مدة تحتمل إفضاؤه إلى الإسكار فيها، فعلى هذا: لا يكره،
ويكره إذا كان في مدة تحتمل إفضاؤه إلى الإسكار، لأنه - عليه السلام - نهى
عن الخليطين، وأدنى أحوال النهي الكراهة، وعنه: يحرم، واختاره في
«التنبيه» لما روى أبو قتادة قال: «نهى رسول الله أن يجمع بين التمر والزهو،
والتمر والزبيب، ولينبذ كل واحد منهما على حدة» متفق عليه. وعنه: لا يكره،
اختاره في «الترغيب» واختاره في «المغني» مالم يحتمل إسكاره، قال
القاضي: هو حرام إذا اشتد وأسكر، وإذا لم يسكر لم يحرم، وهذا هو الصحيح
إن شاء الله تعالى (ولا بأس بالفقاع) أي: يباح، ولا أعلم فيه خلافاً، لأنه لا يسكر،
ويفسد إذا بقي، وليس المقصود منه الإسكار، وإنما يتخذ لهضم الطعام، وصدق
الشهوة، وعنه: يكره، وعنه: يحرم، ذكرها في «الوسيلة»

(9/358)

والمذهب الأول، وسئل الشيخ تقي الدين عن شرب الأقساماء، فأجاب بأنها إذا
كانت من زبيب فقط، فإنه يباح شربها ثلاثة أيام ما لم تشتد باتفاق العلماء، أما
ما كان من خليطين يفسد أحدهما الآخر، فهذا فيه نزاع، فلو وضع فيه ما
يحمضه كالخل والليمون كما يوضع في الفقاع المشذب، فهذا يجوز شربه

مطلقاً، فإن حموضته تمنعه أن يشتد، والله أعلم.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 90

(باب التعزير)

التعزير - في اللغة - المنع، يقال: عززته، أي: منعته، ومنه: سمي التأديب، ولأنه يمنع من تعاطي القبيح، ومنه: التعزير بمعنى النصر، لأنه منع لعدوه من أذاه، وقال السعدي: يقال: عززته ووقرته، وأيضاً: أدبته، وهو من الأضداد، وهو طريق إلى التوقير، لأنه إذا امتنع به وصرف عن الدناءة: حصل له الوقار والنزاهة.

(9/359)

(وهو التأديب) فبيان لمعنى التعزير، وفسره في «المغني» بالعقوبة المشروعة على جناية لاحد فيها، وهو قريب مما ذكره هنا، قاله ابن المنجا، وفيه نظر(وهو واجب في كل معصية لاحد فيها ولا كفارة) وكذا ذكره في «المحرر» و «الوجيز» وغيرهما من كتب الأصحاب، قال الشيخ تقي الدين: إن عنى به فعل المحرمات وترك الواجبات، فاللفظ جامع، وإن عنى فعل المحرمات فقط، فغير جامع، بل التعزير على ترك الواجبات أيضاً، وإن عنى فعل المحرمات فقط، فغير جامع، بل التعزير على ترك الواجبات أيضاً، ولأن المعصية تفتقر إلى ما يمنع من فعلها، فإذا لمي يجب فيها حد ولا كفارة، وجب أن يشرع فيها التعزير لتحقيق المانع من فعلها، وفي «الشرح»: هو واجب إذا رآه الإمام فيما شرع فيه التعزير، وعنه: يعزر المكلف ندباً، نص عليه في تعزير رقيقه على معصية وشاهد زور، وفي «الواضح» في وجوب التعزير روايتان، والأشهر - كما ذكره المؤلف ونص عليه الإمام - في سب صحابي كحد، وكحق آدمي طلبه، وقولنا: ولا كفارة فيه، فأنذته في الظهار وشبه العمد، لكن يقال: يجب التعزير فيه، لأن الكفارة حق الله تعالى بمنزلة الكفارة في الخطأ ليست لأجل الفعل، بل بدل النفس الفاتئة، فأما نفس الفعل المحرم الذي هو الجناية، فلا كفارة فيه، وبظهر هذا بما لو جنى عليه، فلم يتلف شيئاً، استحق التعزير، ولا كفارة، ولو أتلف بلا جناية محرمة لوجبت الكفارة بلا تعزير، وإنما الكفارة في شبه العمد بمنزلة الكفارة على المجامع في الصيام والإحرام، لا في اليمين الغموس، إذا وجبت الكفارة لاختلاف سببها، لأن سبب الكفارة الحنث، وبميين الغموس كذبة نزلت بمنزلة الحنث، وسبب التعزير شيء آخر، وهو إقدامه على الحلف كذباً، وحاصله: أن ما كان من التعزير منصوصاً عليه، وجب، وما لم يكن وراء الإمام المصلحة فيه، وجب كالححد، وإن رأى العفو جاز للأخبار، وإن كان لحق آدمي فطلبه، لزمه إجابته، وفي «الكافي»: يجب التعزير في موضعين،

(9/360)

ورد الخبر فيهما، وما عداهما إلى اجتهاد الإمام، فإن جاء تائباً معترفاً قد أظهر الندم والإقلاع جاز ترك تعزيره، وإلا وجب، وقال القاضي ومن تبعه: إلا إذا شتم نفسه، أو سبها، ولا يحتاج إلى مطالبة(كالاستمتاع الذي لا يوجب الحد) لأنه -

عليه السلام - جعله سيئة (وإتيان المرأة المرأة) لقوله عليه السلام: «إذا أتت المرأة المرأة، فهما زانيتان) (وسرقة ما لا يوجب القطع) لدخوله في قوله عليه السلام «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» (والجناية على الناس بما لا قصاص فيه) لأنه تعد على الغير، أشبه التي فيها القصاص، لا يقال: القياس يقتضي مشروعية القصاص في ذلك أيضاً، والتقدير خلافه، لأنه تعذر القصاص لمعني يختص به، وهو لا يمنع من ثبوت الحرمة؛ لأن الجناية تقتضي الإيجاب مطلقاً، ترك العمل به لما ذكرنا، فيبقى ما عداه على مقتضاه (والقذف بغير الزنى) بأن يرميه بالكذب، أو بالفسق، فعلى هذا: إن تشاتم اثنان عزرا، ويحتمل عدمه، فدل أنما رآه تعين، فلا يبطله غيره، وأنه يتعين قدر تعزير عينه (ونحوه) روي عن علي أنه سئل عن قول الرجل لآخر: يا خبيث، قال: هو فاسق، فيه تعزير، وهذا كله معصية الله تعالى، لأنه إما جناية على الشرع، أو على آدمي، والجناية على الآدمي عمداً محرمة، وفاعلها مقدم على مخالفة الله تعالى بأذى المسلمين، فيكون واجباً كالحديث «ومن وطئ أمة امرأته، فعليه الحد» لحديث النعمان بن بشير، ولأنه وطئ في فرج في غير عقد ولا ملك، فوجب عليه الحد كوطئ أمة غير زوجته (إلا أن تكون قد أحلتها له، فيجلد مائة) ولا رجم ولا تغريب، لما روى أحمد وأبو داود وغيرهما عن حبيب بن سالم إن رجلاً يقال له: عبد الرحمن بن حنين وقع على جارية امرأته، فرفع إلى النعمان بن بشير، وهو أمير على الكوفة، فقال: «لأقضين فيك بقضاء رسول الله، إن كانت أحلتها لك، جلدتك مائة، وإن لم تكن أحلتها لك رجمتك» قال الترمذي سألت محمداً عنه، فقال: أنا أتقي هذا حديثاً»

(9/361)

وقال الخطابي: ليس بمتصل، وقال غيره: رجاله ثقات إلا حبيب ابن سالم، قال البخاري: فيه نظر، وقد روى له مسلم، ووثقه أبو حاتم، وعنه: يعزر مائة إلا سوطاً، وعنه: يعزر بعشر (وهل يلحقه نسب ولدها؟ على روايتين) إحداهما: يلحقه، جزم بها في «الوجيز» كوطئ الجارية المشتركة. والثانية: لا يلحقه الولد، نقله الجماعة، قال أبو بكر: العمل عليه، لأنه وطئ لا في ملك ولا شبهة ملك، أشبه الزنى المحض، وقال الشيخ تقي الدين: إن ظن جوازه لحقه، وإلا فروايتان فيه، وفي حده، وعنه: يحد فلا يلحقه لعدم حلها، ولو ظن حلها، نقله مهنا) ولا يسقط الحد بالإباحة) لعموم النصوص الدالة على وجوب الحد على الزاني (في غير هذا الموضع) وهو إباحة الزوجة أمتها لزوجها، وإنما سقط الحد هنا لحديث النعمان.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 100

(9/362)

تنبيه نقل الميموني فيمن زنى صغيراً، لم ير عليه شيئاً، ونقل ابن منصور في صبي قال لرجل: يازاني، ليس قول شيئاً، وكذا في «التبصرة»: أنه لا يعزر، وذكر الشيخ تقي الدين: أن غير المكلف كالصبي المميز يعاقب على الفاحشة تعزيراً بليغاً، وكذا المجنون يضرب على ما فعل لينزجر، لكن لا عقوبة بقتل أو

قطع، وفي «الواضح»: من بلغ عشرين، صلح تأديبه في تعزير على طهارة وصلاة، ومثله: زناه، وهو ظاهر كلام القاضي، وظاهر ما نقله الشالنجي في الغلمان يتمردون لا بأس بضربهم، وأما القصاص مثل أن يظلم صبي صيباً، أو مجنون مجنوناً، أو بهيمة بهيمة، فيقتص للمظلوم من الظالم، وإن لم يكن في ذلك زجر عن المستقبل، لكن لاشتفاء المظلوم وأخذ حقه، قال في «الفروع»: فيتوجه أن يقال: يفعل ذلك، ولا يخلو عن ردع وزجر، وأما في الآخرة فإن الله تعالى يقول ذلك للعدل بين خلقه، قال ابن حامد: القصاص بين البهائم والشجر والعيان جائر شرعاً بإيقاع مثل ما كان في الدنيا، وكما قال أبو محمد البريهاري في القصاص من الحجر: لم نكب اصبع الرجل؟ قال الشيخ تقي الدين: القصاص موافق لأصول الشريعة (ولا يزداد في التعزير على عشر جلدات في غير هذا الموضع لقول النبي: «لا يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله تعالى» متفق عليه من حديث أبي بردة، ونص عليه أحمد في مواضع، وجزم به في «الوجيز» والمراد عند الشيخ تقي الدين: إلا في محرم لحق الله تعالى، وعنه يتبع، قال بعضهم: ولا وجه له، وعنه: لا يبلغ به الحد، جزم به الخرقى، وقدمه في «المذهب» و«المحرر» فيحتمل أنه أدنى حد مشروع، وهو قول الأكثر، ويحتمل إن لا يبلغ بكل جنابة حداً مشروعاً في جنسها، ويجوز أن يزيد على حد غير جنسها (وعنه: ما كان سببه الوطاء جاريتها المشتركة والمزوجة ونحوهما) كجارية ولده أو أحد أبوية، والمحرمة برضاع وميتة عالماً بتحريمه (ضرب مائة) لما سبق من حديث النعمان في وطء جارية امرأته بإذنها، فيتعدى إلى وطء

(9/363)

أمته المشتركة والمزوجة، لأنها في معناها، وعن سعيد بن المسيب إن عمر قال في أمته المشتركة والمزوجة، لأنها في معناها، وعن سعيد بن المسيب أن عمر قال في أمة بين رجلين وطئها أحدهما: يجلد الحد إلا سوطاً، نقله الجماعة، وما عداه يبقى على العموم لحديث أبي بردة، قال في «المغني» و«الشرح»: وهذا قول حسن (ويسقط عنه النفي) أي يضرب مائة جلدة بلا نفي، وله نقصه، ويرجع في أقله إلى اجتهاد الإمام مع أنه اختار طائفة من أصحابنا أنه يقتل للحاجة، وأنه يقتل مبتدع داعية، ونقله إبراهيم بن سعيد الأطروش في الدعة من الجهمية، وعن أحمد، وكذا كل الوطاء في فرج، وهي أشهر عند جماعة، وعنه: أو دونه، نقله يعقوب، جزم به في «المذهب» و«المحرر» وغيرهما، واحتج بأن علياً وجد رجلاً مع امرأة في لحافها، فضربه مائة، والعبد بخمسين إلا سوطاً (وكذلك يتخرج فيمن أتى بهيمة) إذا قلنا: إنه لا يحد، يل يعزر لأنه وطء في فرج، أشبهه وطء أمة امرأته (وغير الوطاء لا يبلغ به الحدود) لما روي أن النبي قال «من بلغ حداً في غير حد، فهو من المعتدين» وكتب عمر إلى أبي موسى لا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 100

تنبيه: التعزير يكون بضرب وجس وتوبيخ، وقيل: في حق الله تعالى وحده، ولا يقطع عضواً ولا يجرحه، ولا يأخذ ماله، وإن عفا عنه مستحق الحد، سقط معه التعزير، وإن عفا مستحق التعزير، لم يسقط
فائدة: من عرف بأذى الناس حتى بعينه، حبس حتى يموت أو يتوب، قاله ابن

حمدان، قال القاضي: للوالي فعله، وفي «الترغيب»: للإمام حبس العائن، قال بعضهم: ولا يبعد أن يقتل إذا كان يقتل بها غالباً، وفيه نظر.

(9/364)

(ومن استمنى بيده لغير الحاجة) حرم و(عزر) لأنه معصية، ولقوله تعالى: {والذين هم لفروجهم حافظون} (المؤمنون:5) ولحديث رواه الحسن ابن عرفة في جزئه، ومنه: يكره تنزيهاً، نقل ابن منصور: لا يعجبني بلا ضرورة، قال مجاهد: كانوا يأمرّون فتیانهم أن يستعفوا به، وعنه: يحرم مطلقاً، ونقله البغوي في تفسيره عن أكثر العلماء (وإن فعله خوفاً من الزني، فلا شيء عليه) لأنه لو فعل ذلك خوفاً على بدنه، لم يلزمه شيء، ففعله خوفاً على دينه أولى، ويجوز في هذه الحال، وهذا إذا لم يقدر على نكاح ولو أمة نص عليه. وعنه: يكره، والمرأة كالرجل، فتستعمل شيئاً مثل الذكر، ويحتمل المنع وعدم القياس، ذكره ابن عقيل. فرع: لو اضطر إلى جماع، ليس من يباح وطؤها، حرم الوطاء اتفاقاً. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 100

(9/365)

باب القطع في السرقة

وهو ثابت بالإجماع، وسنده قوله تعالى: {والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما} (المائدة:38) ولقوله عليه السلام في حديث عائشة: «تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً» إلى غيره من النصوص (ولا يجب) القطع (إلا بسبعة أشياء) يأتي حكمها (أحدها: السرقة) لأن الله - تعالى - أوجب القطع على السارق، فإذا لم توجد السرقة، لم يكن الفاعل سارقاً (وهي أخذ المال) أي: المحترم (على وجه الاختفاء) هذا بيان لمعنى السرقة، ومنه استراق السمع ومسارقة النظر إذا كان يستخفي بذلك، وبشرطه: أن يكون عالماً به وبتحريمه من مالكة أو نائبه نص عليه. ومن «الانتصار»: ولو بكونه في يده، ولم يعلم أنه ملكه. والأصح: ولو من غلة وقف، وليس من مستحقة، وهو مكلف مختار، وعنه: أو مكروه (ولا قطع على منتهب) لما روى جابر مرفوعاً قال: «ليس على المنتهب قطع» رواه أبو داود (ولا مختلس، ولا غاصب، ولا خائن) لقوله عليه السلام: «ليس على الخائن والمختلس قطع» رواه أبو داود، والترمذي، وقال: لم يسمعه ابن جريح من أبي الزبير، ولأن الإختلاس نوع من النهب، وإذا لم يجب على الخائن والمختلس، فالغاصب أولى، وقال إياس بن معاوية: يقطع لأنه يستخفي بأخذه، فيكون سارقاً، والمنقول عن علماء الأمصار خلافه، لما روى جابر أن النبي قال: «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع» رواه أحمد، والنسائي، والترمذي وصححه، والدارقطني، وإسناده ثقات، قال أبو داود: بلغني عن أحمد بن حنبل أن ابن جريح إنما سمعه من ياسين الزيات (ولا جاحد وديعة) وفاقاً لعموم قوله: لا قطع على خائن لأنه ليس بسارق (ولا عارية) ولا غيرها من الأمانات بغير الخلاف نعلمه (وعنه: يقطع جاحد العارية) نص عليه في رواية

صالح، وعبد الله، والكوسج، والخورزمي، وأبي طالب، وابن منصور، وجزم بها ابن هبيرة، وصاحب «الوجيز» ونصرها القاضي في «الخلافة»، لما روت عائشة «أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجده، فأمر النبي بقطع يدها/» رواه مسلم. قال أحمد: لأ أعرف

(9/366)

شيئاً يدفعه، وقال في رواية الميموني: هو حكم من النبي، ليس يدفعه شيء، والأولى أصح، والمرأة إنما قطعت يدها لسرقتها لا لجحودها بدليل قوله عليه السلام: «إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف، أقاموا عليه الحد، والذي نفسي بيده لو أن قاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها» وإنما عرفتها عائشة بجحدها العارية لشهرتها بذلك، وفيما ذكرناه موافقة لظاهر الأحاديث والقياس وفقهاء الأمصار، فيكون أولى (ويقطع الطرار، وهو الذي يبط الجيب وغيره، ويأخذ منه) هذا هو الأشهر، وجزم به في «الوجيز» وقدمه أكثر الأصحاب، لأنه أخذ مال غيره على وجه الإختفاء، أشبه السارق، وسواء بط ما أخذ منه، أو قطعة فأخذه، فعلى هذا: لو بط جيبه، فسقط منه نصاب، فأخذه، قطع، نص عليه (وعنه: لا يقطع) لأنه لا يسكى سارقاً كالمختلس. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 114 فصل

(9/367)

(الثاني: أن يكون المسروق مالاً) لأن ماليس بمال لا حرمة له، فلم يجب به قطع، والأحاديث دالة على ذلك مع أن غير المال لا يساوي المال، فلا يلحق به، لا يقال: الآية مطلقة، لأن الأخبار مقيدة به، فيحمل المطلق على المقيد، فعلى هذا: لا يقطع بسرقة كلب، وإن كان معلماً، لأنه ليس بمال ولا بحر لما يأتي (محتبراً) لأنه إذا لم يكن كذلك كمال الحربي، تجوز سرقة بكل طريق، وجواز الأخذ منه ينفي وجوب القطع (سواء كان مما يسرع إليه الفساد كالفاكهة والبطيخ، أو لا، وسواء كان ثميناً كالمتاع والذهب، أو غير ثمين كالخشب والقصب) لعموم قوله تعالى: {والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما} (المائدة: 38) روى أحمد، وأبو داود، والنسائي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده. وروى مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم، عن أبيه، عن عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقاً سرق أترجه في زمن عثمان بن عفان، فأمر عثمان أن تقوم، فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر دينار، فقطع عثمان يده، ورواه الشافعي عن مالك، وقال: هي الأترجة التي يأكلها الناس، ولأن هذا مال يتمول عادة، ويرغب فيه، فيقطع سارقة كالمجفف، وسواء كان أصله الإباحة أو لا، حتى أحجار، ولبن، ونورة، وفخار، وزجاج، وملح، وفيه وجه: وسرجين طاهر، والأظهر: وتلج، وفي ماء وجهان، وفي «الواضح»: في صيد مملوك محرر روايتان، ونقل ابن منصور: لا قطع في طير لإباحته أصلاً، قال في «الفصول»: قال شيخنا: لعله أخذه من غير حرز، وفيه نظر، إذ كل الأموال كذلك، وعندني: أن قصد الأشياء المباحة في الأصل كالصيود وماشاكلها لا قطع فيها، وفي

«الروضة»: إن لم يتمول عادة كماء وكلا محرز، فلا قطع في إحدى الروايتين (ويقطع بسرقة العبد الصغير) في قول عامتهم، لأنه سرق مالاً مملوكاً تبلغ قيمته نصاباً، أشبه سائر الحيوانات، والمراد به غير المميز، لأن مثل ذلك لا يفهم ولا يميز بين سيده وغيره، فإن كان كبيراً عاقلاً، لم يقطع بسرقة إلا أن يكون

(9/368)

نائماً أو مجنوناً لا يميز بين سيده وغيره في الطاعة، فيقطع سارقه كأعجمي لا يميز، ولو كان كبيراً، وفي «الشرح»: إن كان المسروق في حال نومه، أو جنونه، أو أم ولد فوجهان، وفي «الكافي»: لا يقطع كبير، أكرهه، وفي «الترغيب» في عبد نائم وسكران: وجهان.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 116

إذا سرق المكاتب، لم يقطع بخلاف ماله إلا أن يكون سيده هو السارق (ولا يقطع بسرقة حر، وإن كان صغيراً) في ظاهر المذهب، وهو قول أكثرهم، لأنه ليس بمال، أشبه الكبير (وعنه: أنه يقطع بسرقة الصغير) كالمجنون، لأنه مسروق، أشبه المال والبهيمة، وجوابه: أنه ليس بمال، فلا يقطع بسرقة الكبير النائم (فإن قلنا: لا يقطع، فسرقه، وعليه حلي) أو ثياب تبلغ قيمتها نصاباً (فهل يقطع؟ على وجهين) أحدهما: - وقدمه في «الشرح» - لا قطع لأنه تابع لما لا قطع فيه أشبه ثياب الكبير، ولأن يد الصبي على ما عليه بدليل أن ما يوجد من اللقيط يكون له، وكذا لو كان الكبير نائماً على متاع، فسرقه وثيابه، لم يقطع لأن يده عليه. والثاني: يقطع، وجزم به في «الوجيز» لظاهر الآية، وكما لو سرقه مفرداً (ولا يقطع بسرقة مصحف) في قول أبي بكر والقاضي لأن المقصود منه كلام الله تعالى، وهو مما لا يجوز أخذ العوض عنه (وعند أبي الخطاب: يقطع) وهو ظاهر كلام أحمد، جزم به في «الوجيز» لعموم الآية والأخبار، وكتب التفسير والفقه، وقيل: إن سرقه ذمي، قطع، وإن سرقه مسلم فوجهان، فإن قلنا: لا يقطع، وعليه حلية تبلغ نصاباً، فوجهان (ويقطع بسرقة سائر كتب العلم) المباحة لأن ذلك مال حقيقة وشرعاً، وقيل: إن سرق كتاب فقه أو حديث يحتاجه، لم يقطع، وذكر القاضي في «الخلاف»: أنه سرق كتاب فقه أو حديث يحتاجه، لم يقطع، وذكر القاضي في «الخلاف»: أنه لا يقطع إلا بسرقة دفاتر الحساب، وعلم منه أنه لا يقطع بسرقة كتب البدعة والتساوير، وهو كذلك (ولا يقطع بسرقة آلة لهو) كطنبور ومزمار ونحوه، ولو

(9/369)

بلغت قيمته مفصلاً نصاباً، لأنه معصية إجماعاً، فلم يقطع بسرقة كالخمر، وقيل: أن سرقة وكسره، لم يقطع وإلا قطع، فإن كان عليه حلية تبلغ نصاباً فوجهان: أحدهما: - وهو قياس قول أبي بكر - لا قطع لأنه متصل بمال قطع فيه، أشبه الخشب والأوتار.

والثاني: - وقاله القاضي - يقطع لأنه سرق نصاباً من حرز، أشبه المفرد (ولا محرم كالخمر) والخنزير والميتة ونحوها، سواء سرقه من مسلم أو كافر، لأنها

عين محرمة، فلم يقطع بسرقتها كالخزير، ولأن ما لا يقطع بسرقة من مال مسلم، لا يقطع بسرقة من الذمي كالدنم، وعنه: ولم يقصد سرقة، وفي «الترغيب» مثله في إناء نقد، وفي «الفصول» في قضبان الخيزران ومخاد الجلود المعدة للصوفية: يحتمل كآلة لهو، ويحتمل القطع (وإن سرق إناء فيه خمر) لم يقطع على المذهب لأنه متصل بما لا قطع فيه، أشبهه مالو سرق شيئاً مشتركاً بينه وبين غيره بحيث تبلغ قيمته بالشركة نصاباً، قال في «المستوعب»: لو سرق إناء فيه ماء أو خمر، لم يقطع على قول أكثر أصحابنا (أو صليماً أو صنم ذهب) أو فضة، وعبارة «الفروع» أو صنم نقد، وهي أولى (لم يقطع) وهو قول القاضي، وجزم به في «الوجيز» وقدمه في «الفروع» (وعند أبي الخطاب: يقطع) وهو ظاهر كلام أحمد، ووجهها ما سبق في سرقة آلة لهو، وهذا بخلاف مالو كسر آلة النقدين بكل وجه، لم تنقص قيمته عن النصاب، ولأنهما جوهران يغلبان على الصنعة، ولأنه مجمع على تحريمه، وكذا يقطع بإناء نقد بها تماثيل، وقيل: إن لم يقصد إنكاراً.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 116
فصل

(9/370)

(الثالث: أن يسرق نصاباً) فلا قطع بسرقة دون النصاب في قولهم إلا الحسن وابن بنت الشافعي، فإنه يقطع في القليل كالكثير لعموم الآية، وجوابه: قوله عليه السلام: «لا تقطع اليد إلا في ربع دينار فصاعداً» رواه أحمد ومسلم. وهو إجماع الصحابة، وما روي أنه - عليه السلام - قال: «لعن الله السارق يسرق الحبل، فتقطع يده، ويسرق البيضة، فتقطع يده/ محمول على حبل أو بيضة تبلغ قيمة كل واحد منهما نصاباً، أو أن المراد بالبيضة بيض النعام لما فيه من الجمع بين الأدلة (أو قيمة ذلك من المذهب والعروض) لما روى ابن عمر» أن النبي قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم» متفق عليه. قال ابن عبد البر: هذا أصح حديث روي في هذا الباب، وفيه على أن العرض يقوم بالدرهم لأن المجن قوم بها، وأما كونه يقوم بالذهب، فلأن ما كان الورق فيه أصلاً، كان الذهب فيه أصلاً كنصاب الزكاة والديات وقيم المتلفات، وقد روى أنس أن سارقاً سرق مجناً يساوي ثلاثة دراهم، فقطعة أبو بكر. وأتي عثمان برجل سرق أترجة، فبلغت قيمتها ربع دينار، فقطع. وقال علي: فما بلغ ثمن المجن ففيه القطع، ويعتبر في الدرهم أن تكون خالصة، فلو كانت مغشوشة فلا، خلافاً للشيخ تقي الدين فيها (وعنه: أنه ثلاثة دراهم أو ربع دينار أو ما يبلغ قيمة أحدهما من غيرهما) نصرة القاضي في «الخلاف» وذكر في «الكافي»: أنها أولى، وقدمها في «الرعاية» و«الفروع» وجزم بها في «الوجيز» لخبر عائشة. ولقوله: «اقطعوا في ربع دينار، ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك، وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم، والدينار اثني عشر» رواه أحمد. وهذا تقييد لإطلاق الآية. قوله «يبليغ» إلى آخره أي: يسرق عرضاً قيمته كأحدهما (وعنه: لا تقوم العروض إلا بالدرهم) لأن التقويم حصل بها لا بالذهب، واختلف في الذهب: هل هو أصل في القطع نفسه؟ فعنه: نعم، وهو المذهب، وعنه: لا، فعلى هذه يقوم بالدرهم، فما ساوي منه ثلاثة دراهم، لم يقطع به، وإن بلغ ربع

دينار، وعلى المذهب أقله ربع دينار، فلو كان دونها ويساوي ثلاثة دراهم، لم يقطع، وعلى هذا: هو أصل في التقويم، وهو اختيار ابن عقيل والمؤلف لأنه أحد النقدين، فكان التقويم به كالآخر، وعلى الثانية: ليس بأصل، وإنما الأصل الدراهم، وعلى الأول متى بلغت قيمة المسروق أدنى النصابين قطع، وعلى الأخرى الاعتبار بالدراهم فقط، وفي تكميله بضم من النقدين وجهان، وبكفي تبر في المنصوص، أي: يكفي وزن التبر، اقتصر عليه في «الكافي» وقدمه في «الرعاية» وقيل: تعتبر قيمته بالمضروب (وإذا سرق نصاباً، ثم نقصت قيمته) أي: بعد الإخراج لأن النقصان وجد في العين بعد استحقاقها القطع، أشبه مالمو نقص باستعماله، ولأنه تعتبر قيمة النصاب حال إخرجه من الحرز، وهو موجود (أو ملكه ببيع أو هبة أو غيرها، لم يسقط القطع) لما روى صفوان بن أمية أنه نام على رداءه في المسجد، فأخذ من تحت رأسه، فجاء بسارقه إلى النبي . فأمر بقطعه، فقال صفوان: يا رسول الله لم؟! إن هذا ردائي عليه صدقة، فقال النبي: «هلا كان هذا قبل أن تأتيني به» رواه ابن ماجه. ولأن النصاب شرط فلم تعتبر استدامته كالحرز، لكن إن ملك العين قبل رفعه إلى الحاكم والمطالبة بها عنده، لم يجب القطع بغير خلاف علمناه، قال أحمد: إذا رفع إليه، لم يكن لرافعه عفو، وظاهر «الواضح» وغيره: قبل الحكم، قال أحمد: تدرأ الحدود بالشبهات، فإذا صار إلى السلطان، وصح عنده الأمر بالبينة أو الاعتراف، وجب عليه إقامته عند ذلك، وقال أبو بكر: - وجزم به آخرون - لو ملكه سارقه قطع، وجزم به ابن هبيرة عن أحمد (وإن دخل الحرز، فذبح شاة قيمتها نصاب، فنقصت عن النصاب، ثم أخرجها، لم يقطع) لأن من شرط وجوب القطع أن يخرج من الحرز العين، وهي نصاب، ولم يوجد، وإن كانت قيمتها مذبوحة نصاباً، قطع بإخراجها، وإن قلنا: إنها ميتة فلا (وإن سرق فرد خف قيمته منفرداً درهمان، وقيمته وحده مع الآخر أربعة، لم يقطع) لأنه لم يسرق نصاباً،

والمشروط عدم عند عدم شرطه، فلو كانت قيمة كل منهما منفرداً درهماً ومعاً عشرة، غرم ثمانية المتلف ونقص التفرقة، وقيل: درهمين، وكذا جزءاً من كتاب، ذكره في «التبصرة» 8
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 119
فرع: إذا أتلف وثيقة لغيره بما لا يثبت إلا بها، ففي إلزامه ما تضمنته احتمالان: أقواهما: يلزمه، ومثله يتعلق بالضمان في كتمان الشهادة، ويقطع بسرقة منديلاً بطرفه دينار مشدود يعلمه، وقيل: أو يجله، صححه في «المذهب» كجهله قيمته.
(وإن اشترك جماعة في سرقة نصاب، قطعوا) ذكره الخرقى والأصحاب كهتك الحرز كالقصاص (سواء أخرجوه جملة، أو أخرج كل واحد جزءاً) نص عليه، لأنهم اشتركوا في هتك الحرز وإخراج النصاب، فلزمهم القطع كما لو كان ثقيلاً

فحملوه، وفارق القصاص، فإنه يعتمد المماثلة، ولا توجد المماثلة، إلا أن توجد أفعالهم في جميع أجزاء اليد، وهنا القصد الزجز من غير اعتبار مماثلة، وعنه: يقطع من أخرج نصاباً، وهو قول أكثرهم، قال في «المغني»: وهذا أحب إلي، لأن القطع هنا ليس هو في معنى المجمع عليه، فلا يجب، والاحتياط في سقوطه أولى من الاحتياط في إيجبه، لأنه مما يدرأ بالشبهة، وقيل: إن لم يقطع بعضهم لشبهة فلا قطع، قال في «المستوعب»: والأول أصح، وعليه الترغيب، فإن كان أحدهم لا يقطع بسرقة منه لولادة، أو سيادة، أو عدم تكليف، قطع غيره في الأصح إن أخذ نصاباً، وقيل: أو أقل، ولم يذكر في «المستوعب» و «المحرر»: إلا أن أحدهم إذا لم يقطع قطع الأجنبي، فلو أقر بمشاركة آخر في سرقة نصاب، ولم يقر الآخر ففي القطع وجهان؛ فرع: إذا سرق نصاباً لجماعة من حرز، قطع على الأصح، فلو سرق ما ظنه فلوساً، فبان نصاب نقد، لم يقطع، ذكره في «المستوعب» و «الرعاية».

(9/373)

(وإن هتك اثنان حرزاً، ودخله، فأخرج أحدهما نصاباً وحده) قطعاً، نص عليه، لأن المخرج أخرجه بقوة صاحبه ومعونته (أو دخل أحدهما، فقدمة إلى باب النقب، وأدخل الآخر يده، فأخرجه، قطعاً) وجهاً واحداً، قاله في «المستوعب» لأنهما اشتركا في هتك الحرز وإخراج المتاع، كما لو حملاه وأخرجاه، وكذا إن وضعه وسط النقب، فأخذه الخارج، وفيه في «الترغيب» وجهان. وإن شده بحبل فأدخل الآخر يده فأخذه، أو جذب الحبل، قال في «الرعاية»: أو أخذه الذي رماه، قطعاً (وإن رماه الداخل إلى خارج، فأخذه الآخر) أو لا أو أعاده فيه أحدهما (فالقطع على الداخل وحده) وإن اشتركا في النقب، لأن الداخل أخرج المتاع وحده، فاخص القطع به، لا يقال: هما اشتركا في الهتك، لأن شرطه الاشتراك في الهتك والإخراج، ولم يوجد الثاني، فانتفى القطع لانتفاء شرطه، وفي «الترغيب» وجه: هما (وإن نقب أحدهما، ودخل الآخر، فأخرجه، فلا قطع عليهما) لأن الأول لم يسرق، والثاني: لم يهتك الحرز، وقيل: بلى إن تواطئا على السرقة، قاله في «الوجيز» وهو ظاهر (ويحتمل أن يقطع) لأن فعل كل منهما وقع بقوة الآخر، أشبه مالو اشتركا في النقب والإخراج (إلا أن ينقب أحدهما ويذهب، ويأتي الآخر من غير علم، فيسرق، فلا يقطع) وجهاً واحداً، لأنه لم يهتك الحرز، ومن شرط وجوب القطع هتكه.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 119

مسائل: إذا أخرج نصاباً إلى ساحة دار بابها مغلق من بيت منها فروايتان، وإن فتح هو بابها فوجهها، وإن كان وحده مفتوحاً قطع، وإن كان البيت وحده مفتوحاً، فلا. وفي «الكافي» و«الشرح»: إنه إن كان البيت مغلقاً ففتحه، أو نقبه، وإلا فلا، وكذا الخان في الأقيس، قاله ابن حمدان، وإن تطيب في الحرز بطيب، ثم خرج، ولو اجتمع فبلغ نصاباً فاحتمالان، وإن لم يبلغ نصاباً فلا قطع في الأشهر، لأنه حين إخراج ناقص عن نصاب.

(9/374)

(الرابع: أن يخرج من الحرز) في قول أكثرهم، وعن عائشة والنخعي فيمن جمع المتاع، ولم يخرج به من الحرز: عليه القطع، قال سعيد: ثنا هشيم، أنا يحيى بن سعيد، عن عبد الرحمن بن القاسم قال: ذكر لعائشة قول من يقول: لا قطع على السارق حتى يخرج المتاع، فقالت عائشة: لو لم أجد إلا شفرة لحزرت بهايده، وعنه: لا يشترط الحرز: قال ابن المنذر: ليس فيه خبر ثابت، والأول شبيه بالإجماع، لما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده أن رجلاً سأل النبي عن الثمار فقال: «ما أخذ من غير أكامه واحتمل، ففيه قيمته ومثله معه، وما كان من الحرز، ففيه القطع إذا بلغ ثمن المجن» رواه أبو داود، وابن ماجه، وبهذا تخص الآية كما خصصناها بالنصاب (فإن سرق من غير حرز، أو دخل الحرز، فأتلفه فيه) بأكل أو غيره (فلا قطع عليه) لفوات شرطه، لكن يلزمه ضمانه، لأنه أتلفه، ولا يقطع حتى يخرج من الحرز سواء حمله إلى منزله، أو تركه خارجاً من الحرز (وإن ابتلع جوهراً أو ذهباً، وخرج به) من الحرز، فعليه القطع، أشبه مالهو أخرجه في كفه، وكلامه شامل ما إذا خرج منه، أو لا، لكن إن لم يخرج ما ابتلعه فلا قطع، ذكره في «الكافي» و«الرعاية» وإن خرج منه فليل: يقطع كما لو أخرجه من كفه، وقيل: لا، لأنه ضمنها بالبلغ، فكان إتلافاً لها لا سرقة (أو نقب ودخل، فترك المتاع على بهيمة فخرجت به) من غير سوقها، لأن العادة مشي البهيمة بما وضع عليها (أو في ماء جار) وقيل: وراكذ (فأخرجه) المتاع إلى حائل من الدار: فأطارته الريح، فهذا فيه وجهان: أحدهما: لا قطع، لأن ذلك لم يكن آلة للإخراج، وإنما هو بسبب حادث من غير فعله، والثاني: يقطع، لأن فعله سبب خروجه، أشبه مالهو ساق البهيمة.

(9/375)

فرع: إذا رمى المتاع فأطارته الريح فأخرجته، أو فتح طاقاً فسقط منه طعام أو غيره قدر نصاب، أو أخرجه من الحرز ورماه خارجاً عنه، أو رده إليه قطع، لأنه متى ابتداء الفعل منه، لم يؤثر فعل الريح، كما لو رمى صيداً، فأعانت الريح السهم حتى قتل، فإنه يحل، ولو رمى الجمار فأعانتها الريح حتى وقع في المرمي احتسب به (أو قال لصغيره أو معتوه: أدخل، فأخرجه ففعل، فعليه القطع) لأنه لاختيار لهما كالألة، ولو أمرهما شخص بالقتل، قتل الأمر. تنبيه إذا أخرج خشبة، أو بعضها من الحرز، لم يقطع، لأن بعضها لاينفرد عن بعض، وكذا لو أمسك عمامة وطرفها في يد صاحبها، وإن أخرج بعض نصاب، ثم دخل فأخرج تمامه وقرب قطع، وكذا إن بعد في وجه، وقدمه في «الترغيب» وقيل: إن كان في ليلة قطع، لا ليلتين، وإن علم المالك بهتكه، وأهمله فلا قطع، قال القاضي: قياس قول أصحابنا يبنى فعله على فعل غيره. ولو فتح أسفل كواره، فخرج العسل شيئاً فشيئاً، قطع.

(9/376)

فرع: إذا علم قرداً السرقة فالغرم فقط، ذكره أبو الوفا وابن الزاغوني.
(وحرز المال ما جرت العادة بحفظه فيه، ويختلف باختلاف الأموال، وعدل السلطان وجوره، وقوته وضعفه) لأنه لما لم يثبت في الشرع، علم أنه رد ذلك إلى العرف، لأنه طريق إلى معرفته، فرجع إليه كما رجعنا إلى معرفة القبض والفرقة في البيع وأشباه ذلك إليه، هذا ظاهر قول أصحابنا (فحرز الأثمان والجواهر والقماش في الدور والدكاكين في العمران وراء الأبواب والأغلق الوثيقة) وهو اسم للقفل خشبياً كان أو حديداً، أو يكون فيها حافظ، لأن العادة في حرز ذلك بذلك، وفي «الترغيب» وغيره في قماش غليظ وراء غلق، وفي «تفسير ابن الجوزي»: ما جعل للسكنى، وعن أحمد في البيت الذي ليس عليه غلق فسرق منه: أراه سارقاً، وهذا محمول على أن أهله فيه، فإن كانت الأبواب مفتوحة، وفيها خزائن مغلقة، فالخزائن حرز لما فيها، والبيوت التي في البساتين أو الطرق أو الصحراء إن لم يكن فيها أحد، فليست حرزاً، وإن كانت مغلقة، وفيها حافظ فهي حرز، وإن كان نائماً، وإن كانت مفتوحة فلا إلا أن يكون الحافظ يقظان.

(9/377)

تتمة: الخيمة والخركاة كذلك، سواء سرق من ذلك، وهو مفتوح الباب أو لا باب له إلا أنه محجر بالبناء، فإن سرق صندوقاً فيه متاع، أو دابة عليها متاع ولا حافظ، لم يقطع وإن سرق المتاع الذي فيه قطع، وعنه: إن الصناديق التي في السوق، وإن حملت كما هي قطع، وحمله القاضي وابن عقيل على أن معها شيئاً (وحرز البقل والباقلاء ونحوه وقدوره وراء الشرائح) واحدها شريحة، وهو شيء يعمل من قصب أو نحوه، يضم بعضه بحبل أو غيره (إذا كان في السوق حارس) لأن العادة جرت بإحرازها به (وحرز الخشب والحطب) والقصب (الخطائر) واحدها حظيرة، وهي ما يعمل للإبل والغنم من الشجر، تأوي إليه، وأصل الحظر: المنع، فيعبيء بعضه على بعض، وبقيده بقيد بحيث يعسر أخذ شيء منه على ما جرت به العادة إلا أن يكون في فندق مغلقاً عليه، فيكون محرزاً، وإن لم يقيد، ذكره في «الكافي» و «الشرح»، وفي «التبصرة»: حرز حطب تعبثه وربطه بالحبال، وكذا ذكره أبو محمد الجوزي.
فرع: حرز السفن في الشط بربطها.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 124

(9/378)

(وحرز المواشي) جمع ماشية (الصبر) واحدها صيرة، وهي حظيرة الغنم (وحرزها في المرعى بالراعي ونظره إليها) لأن العادة حرزها بذلك فما غاب عن مشاهدته، فقد خرج عن الحرز لأن الراعية هكذا تحرز (وحرز حمولة الإبل بتقطيرها وقائدها وسائقها إذا كان يراها) وجملته: إن الإبل تنقسم إلى ثلاثة أقسام: باركة وراعية وسائرة، فحرز الباركة المعقولة بالحافظ، يقظان كان أو نائماً لأن العادة أن صاحبها يعقلها إذا نام، فإن لم تكن معقولة فحرزها بحافظ يقظان، وحرز الراعية بنظر الراعي إليها، فما غاب عن نظره أو نام

عنها، فليس بمحرز لأن الراعية إنما تحرز بالراعي ونظره إليها، وحرز السائرة الحمولة بسائق يراها، مقطرة كانت أو غير مقطرة، أو بتقطيرها مع قائد يراها، وفي «الترغيب» و «الشرح»: يكثر الالتفات إليها، ويراها إذا التفت، وأما الأول منها فهو محرز بقوده، والحافظ الراكب فيما وراءه كقائد، ولو سرق مركوبه من تحته، فلا قطع، وفيه احتمال، وإن سرقه براكبه الرقيق، وهما يساويان نصاباً قطع، وإن كان حراً، ومعه مايساوي نصاباً فوجهان (وحرز الثياب في الحمام بالحافظ) جزم به المؤلف، وفي «الوجيز» وقدمه في «الفروع» كما لو كان في البيت، وعنه: لا قطع إلا أن يكون على المتاع قاعد، صححه المؤلف لأنه مأذون للناس في دخوله، فجرى مجرى سرقة الضعيف من البيت المأذون في دخوله، ولأنه لا يمكن الحافظ من حفظه فيه، وإن فرط في الحفظ فنام أو اشتغل، فلا قطع، ويضمن، وفي «الترغيب»: إن استحفظه ربه صريحاً، وفيه: لا تبطل الملاحظة بفترات وأعراض يسيرة، بل بتركه وراءه. وظاهره: أنه إذا سرق من الحمام، ولا حافظ فيه، فلا قطع في قول عامتهم.

فرع: وحرز الثياب في أعدل أو غزل في سوق دخان، وما كان مشتركاً في الدخول إليه بحافظ على الأصح، وقيل: ليس الحمامي حافظاً بجلوسه، ولا الذي يدخل الطاسات.

(9/379)

(وحرز الكفن في القبر على الميت، فلو نبش قبراً، وأخذ الكفن قطع روي عن ابن الزبير، وقاله الحسن وعمر بن عبد العزيز لقول عائشة: سارق أمواتنا كسارق أحيائنا. ولأنه سرق مالاً محترماً من حرز، فوجب القطع به كغيره، ولأنه يوضع فيه عادة، ولا يعد واضعه مفرطاً، وعنه: لا قطع، وعنه: إلا أن يخرج الميت من القبر، وبأخذه منه، ذكرها في «النهاية» وظاهره: لافرق في القبر إن يكون في حرز أو لا كالصحراء، قاله جماعة، وفي «الواضح»: من مقبرة مصونة يقرب البلد، ولم يقل في «التبصرة»: مصونة، ولا بد أن يكون الكفن مشروعاً، وإن يخرج من القبر، لأنه الحرز، فإن أخرجه من اللحد، ووضعه في القبر، فلا قطع، وما زاد على الكفن المشروع كاللغافة والرابعة، أو ترك معه طيباً، فلا قطع في شيء من ذلك، وفي «الخلاف»: يقطع بسرقة الطيب، لأنه من السنة، وفي كونه ملكاً له أو لوارثه، فيه وجهان، وعليهما هو خصمه، فإن عدم فنائب الإمام، ولو كفته أجنبي، وقيل: هو، ويستثنى على المذهب ما إذا أكله ضيع، فإن كفته إرث، ولا يقطع سارقه، وهل يفتقر في قطع النباش إلى مطالبة؟ فيه وجهان.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 124

(وحرز الباب تركيبه في موضعه) مفتوحاً كان أو مغلقاً، لأنه هكذا يحفظ، وفي «الترغيب»: حرز باب أو خزانة بقلقه أو غلق باب الدار عليه. وحرز جدار الدار كونه مبنياً فيه إذا كان في العمران، أو في الصحراء إذا كان ثم حافظ، فإن أخذ مبنياً فيه إذا كان في العمران، أو في الصحراء إذا كان ثم حافظ، فإن أخذ شيئاً من الجدار، أو خشبة تبلغ نصاباً، قطع، وإن هدم الحائط، ولم يأخذه فلا قطع، وأبواب الخزائن في الدار إن كان باب الدار مغلقاً، فهي محرزة، وإن كان مفتوحاً فلا، إلا أن يكون فيها حافظ.

فرع: حلقة الباب إن كانت مسمرة فهي محرزة، وإلا فلا.

(فلو سرق رتاج الكعبة) وهو بابها العظيم، ويقال: أرتج على القارىء: إذا لم يقدر على القراءة.

(9/380)

(أو باب مسجد أو تأزيره) وهو ما جعل من أسفل حائطه من لباد أو دفوف ونحوه (قطع) كباب بيت الآدمي، والمطالبة بذلك للإمام، أو من يقوم مقامه، وقيل: لا قطع، لأنه ينتفع بهما الناس، فيكون له فيه شبهة كالسرقة من بيت المال، وقيل: لا يقطع مسلم بباب مسجد كحصره ونحوها في الأصح (ولا يقطع بسرقة ستارها) أي: الخارجة منها، نص عليه، وهو ظاهر المذهب، قاله ابن الجوزي كغير المخيطة، ولأنها غير محرزة (وقال القاضي: يقطع بسرقة المخيطة عليها) وهو رواية، وقدمه في «الرعاية» لأن ذلك حرز مثلها في العادة، وحمل ابن حمدان النص على غير المخيطة (وإن سرق قناديل المسجد، أو حصره، فعلى وجهين) أحدهما: يقطع، لأن المسجد حرز لها، فقطع كالباب. والثاني: لا، وهو الأصح، وجزم به في «الوجيز» كالسرقة من بيت المال، وذكره في «المغني» وجهاً واحداً، والأسهر أنه لا يقطع إذا كان السارق مسلماً، وفي «الكافي» إنه إذا سرق قناديل مسجد أو حصره ونحوه مما جعل لنفع المصلين، فلا قطع (وإن نام إنسان على رداءه في المسجد) أو غيره، أو على مجر فرسه، ولم يزل عنه، أو نعله في رجله (فسرقه سارق، قطع) لما روى صفوان بن أمية أنه نام في المسجد على رداءه، فأخذه من تحت رأسه سارق، فأمر النبي بقطعه/ رواه أبو داود، وظاهر كلامهم: لافرق بين أن يكون في البلد أو بركة (وإن مال رأسه عنه، لم يقطع بسرقة) لأنه لم يبق محرزاً، وفي «المستوعب»: أنه يجب القطع مادام عليه شيء من أعضائه حال نومه، فإن انقلب عنه، ولم يبق عليه شيء من أعضائه فلا، ذكره في «الرعاية» وجهاً (وإن سرق من السوق غزلاً، وتم حافظ، قطع) لأن حرزه بحافظه (وإلا فلا) أي: إذا لم يكن ثم حافظ، فلا قطع، لأنه مال غير محرز، وفي «المحرر»: هل حرزه بحافظ أم لا؟ فيه روايتان؟ (ومن سرق من النخل أو الشجر من غير حرز، فلا قطع عليه) وفاقاً، وقال أبو ثور: إن كان من بستان محرز، ففيه القطع، وقال ابن المنذر: لظاهر الآية وكسائر

(9/381)

المحرزات، وجوابه: ما روى رافع أن النبي قال «لا قطع في ثمر ولا كثر» رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي. وظاهره: ولو كان عليه حائط وحافظ، لكن إن كانت الشجرة في داره، وهي محرزة، فسرق منها نصاباً، قط/(وبضمن عوضها مرتين) لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده عبد الله قال: سئل النبي عن الثمر المعلق فقال: «من أصاب بفيه من بذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين، فبلغ ثمن المجن فعليه القطع» رواه أحمد والنسائي وأبو داود، ولفظه له، قال أحمد: لا أعلم شيئاً يدفعه، وقال أكثر العلماء: لا يجب أكثر من مثله، قال ابن عبد البر: لا أعلم أحداً قال بوجوب

غرامة مثليه، واحتج أحمد بأن عمر أغرم حاطب بن أبي بلتعة حين نحر غلمانه ناقة رجل من مزينة مثلي قيمتها، رواه الأثرم، قال القاضي في «الخلاف»: وفي هذا دلالة على أن السرقة في عام المجاعة يضاعف العرم فيها على قول أحمد، ولأن الثمار في العادة تسبق اليد إليها، فجاز أن تغلظ عليه في القيمة ردعاً له وزجراً بخلاف بقية المواضع، فإنها في العادة محرزة، فاليد لا تسرع إليها، ومقتضاه: وإن كان المأخوذ دون نصاب، ومن غير حرز، وقاله القاضي والزرکشي.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 124

فرع: لاقطع في عام مجاعة غلاء نص عليه إذا لم يجد ما يشتريه أو يشتري به، قال جماعة: مالم يبدل له، ولو بثمن غال، وفي «الترغيب»: ما يحيي به نفسه. (وقال أبو بكر: ما كان حرزاً لمال، فهو حرز لمال آخر) لأن الشرع ورد من غير تفصيل، وحمله أبو الخطاب على قوة السلطان وعدله وبسط الأمن، والأصح الأول لأنه إنا رجعنا في الحرز إلى العرف والعادة، فالجواهر لا تحرز في الصبر، فإن أحرزها فيها، عد مفرطاً، فكان العمل بالعرف أولى.

(9/382)

فرع: قال أصحابنا: في الماشية تسرق من المرعى - من غير أن تكون محرزة - مثلاً قيمتها للخبر، وما عدا هذين الموضوعين لا يضمن بأكثر من قيمته، أو مثله أن كان مثلياً، لأنه الأصل، خولف في هذين للأثر، وذهب أبو بكر إلى غرامة من سرق من غير حرز بمثليه، وهو رواية، وقدم في «المحرر» أنها تضاعف عليه القيمة، نص عليه.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 124

فصل

(الخامس: انتفاء الشبهة) لأن القطع حد، فيدراً بالشبهة (فلا يقطع بالسرقة من مال ابنه، وإن سفل) لأن له فيه شبهة لقوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» ولأنه أخذ ماله، أخذه لقوله: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم» ولأنه يدرأ بالشبهة (ولا الولد من مال أبيه، وإن علا) لأن بينهما قرابة تمنع شهادة أحدهما لصاحبه، فلم يقطع بالسرقة منه كالأب، لأن النفقة تجب للابن في مال أبيه حفظاً له، فلا يجوز إتلافه حفظاً للمال، وعنه: يقطع، وهو ظاهر الخرقى لظاهر الآية، ولأنه يقاد به ويحد بالزنى بجاريتيه، فيقطع بسرقة ماله كالأجنبي. وجوابه: ماسبق، والزنى بجاريتيه، ففيه منع، وإن سيلم فإنما وجب عليه الحد، لأنه لاشبهة له فيها (والأب والأم في هذا سواء) لأنها أولى بالبر، وإذا لم تكن فالمساواة، والجد والجدة من قبلهما سواء (ولا يقطع العبد بالسرقة من مال سيده) نص عليه لما روى سعيد عن سفيان، عن الزهري عن السائب بن يزيد، عن عمر أنه جاءه عبد الله بن عمرو بن الحضرمي بغلام له، فقال: إن غلامي قد سرق، فأقطع يده؟ فقال عمر: خادمكم أخذ مالكم، وكان ذلك بمحض من الصحابة، ولم ينكر، فكان بالإجماع وقال ابن مسعود: لاقطع، مالك سرق مالك. والمكاتب وأم الولد والمدبر كالقن، ولا يقطع سيد بسرقة مال مكاتبه، فإن ملك وفاء فيتوجه الخلاف، وفي «الانتصار» فيمن وارثه حر: يقطع ولا يقتل به، وكل من لا يقطع الإنسان بسرقة ماله لا يقطع عبده بسرقة ماله.

(9/383)

(ولا مسلم بالسرقة من بيت المال) نص عليه، لما روى ابن ماجة عن ابن عباس أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس، فرفع إلى النبي، فلم يقطعه، وقال: «مال الله سرق بعضه بعضاً/ وقال عمر وابن مسعود: من سرق من بيت المال، فلا قطع، ما من أحد إلا وله في هذا المال حق. وقال سعيد: ثنا هشيم، أنا مغيرة، عن الشعبي، عن علي: ليس علي من سرق من بيت المال قطع. وكذا لا يقطع بالسرقة من غنيمة لم تخمس، أو فقير من غلة وقف على الفقراء. فلو سرق ذمي أو عبد مسلم من بيت المال قطع، نص عليه، قاله في «المحرر» والمذهب خلافه (ولا من مال له فيه شركة) كالمال المشترك بينه وبين شريكه، لأنه إذا لم يقطع الأب بسرقة مال ابنه لكون أن له فيه شبهة، فلأن لا يقطع بالسرقة من مال شريكه من باب أولى (أو لأحد ممن لا يقطع بالسرقة منه) كمال مشترك لأبيه وابنه، لأن له فيه شبهة، لكون أبيه وابنه ونحوهما له فيه شركة (ومن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق) أي: لم تخمس (أو لولده، أو سيده، لم يقطع) لأن له في المال المسروق حقاً، أو شبهة حق، وكل منهما يمنع الحد، وحكى ابن أبي موسى أنه يحرق رحله كالغال، وإن أخرج الخمس فسرق من الأربعة أخماس، قطع.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 133

(9/384)

(وهل يقطع أحد الزوجين بالسرقة من مال الآخر المحرز عنه؟ على روايتين) وكذا في «المحرر» إحداهما: لا قطع، اختارها الخرقى وأبو بكر، وجزم بها في «الوجيز» وقدمها في «الفروع» وذكر أنها اختيار الأكثر، وهي قول عمر رواه سعيد بإسناد جيد. ولأن كلاً منهما يرث صاحبه بغير حجب، وينبسط بماله، أشبه الولد والوالد، وكما لو منعها نفقتها، قاله في «الترغيب». والثانية: يقطع كحرز مفرد، قاله في «التبصرة» كضيقه وصديقه وعبده من امرأته من مال محرز عنه، ولم يمنع الضيف قراه، قال في «الشرح»: وهي ظاهر الخرقى لعموم الآية وكالأجنبي، وفرق قوم فقالوا: يقطع الزوج بسرقة مالها، لأنه لاحق له فيه بخلافها، لأن لها النفقة فيه، فأما إن لم يكن مال أحدهما محرزاً عن الآخر، فلا قطع، رواية واحدة.

(9/385)

فرع: لاتقطع الزوجة بسرقة نفقتها، أو نفقة ولدها الواجبة مع منعها منهما، سواء أخذت قدر ذلك أو أكثر منه، لأنها تستحق قدر ذلك، فالزائد يكون مشتركاً، فاستحق أخذه (ويقطع سائر الأقارب بالسرقة من مال أقاربهم) نصره القاضي والمؤلف، وجزم به في «الوجيز» لأن القرابة هنا لا تمنع قبول الشهادة، فلا تمنع القطع، ولأن الآية والأخبار تعم كل سارق خرج منه ما تقدم،

فيبقى ما عداه على مقتضى الأصل، وقيل: إلا ذي رحم محرم، وفي «الواضح»: قطع غير أب (ويقطع المسلم بالسرقة من مال الذمي) بغير خلاف نعلمه، لأن ماله صار معصوماً بأداء الجزية، فوجب القطع بسرقة كمال المسلم (والمستأمن) لأنه إذا قطع المسلم بسرقة مالهم، فلأن يقطعوا بسرقة ماله بطريق الأولى، وكقود وحد قذف، نص عليهما، وضمان متلف، وقال ابن حامد: لا يقطع مستأمن كحد خمر وزنى، نص عليه، بغير مسلمة، وسوى في «المنتخب» بينهما في عدم القطع (ومن سرق عيناً) أو بعضها (وادعى أنها ملكه، لم يقطع) نصره القاضي في «الخلاف» وذكر أنها أصح، وذكر ابن هبيرة: أنها ظاهر المذهب، وسماه الشافعي السارق الظريف، لأن ما ادعاه محتمل، فيكون شبهة في درء الحد (وعنه: يقطع) قدمها في «المحرر» و «الرعاية» ولأنه لو لم يكن كذلك لأدى إلى عدم وجوب القطع، فتفوت المصلحة بالكلية، وذلك غير معتبر (وعنه: لا يقطع إلا أن يكون معروفاً بالسرقة) اختاره في «الترغيب» للعلم بكذبه، وكذا إذا ادعى أنه أذن له في دخول الدار، ونقل ابن منصور: لو شهد عليه فقال: أمرني رب الدار أن أخرج، لم يقبل منه، قال في «الفروع»: ويتوجه مثله حد زني، وذكر القاضي وغيره: لا يحد (وإذا سرق المسروق منه مال السارق، أو المغصوب منه مال الغاصب من الحرز الذي فيه العين المسروقة أو المغصوبة، لم يقطع) لأن لكل واحد منهما شبهة في هتك الحرز من أجل أخذ ماله، فإذا هتك الحرز صار كأن المال المسروق منه أخذ من غير حرز، وقيل: بلى إن تميز، لأنه لا شبهة له

(9/386)

فيه، كما لا يجوز أخذ قدر ماله إذا عجز عن أخذه (وإن سرق من غير ذلك الحرز، أو سرق من مال من له عليه دين، قطع) لأنه لا شبهة له فيه (إلا أن يعجز عن أخذه منه، فيسرق قدر حقه، فلا يقطع) نصره المؤلف وغيره لأن بعض العلماء أباح له الأخذ، فيكون الاختلاف في إباحة الأخذ شبهة دارئة للحد كالوطء في نكاح مختلف في صحته، فإن سرق أكثر من حقه، فهل يقطع هنا؟ فيه وجهان (وقال القاضي: يقطع) قدمه في «الرعاية» لأنه لا يجوز له الأخذ، قال في «المغني»: وهذا لا يلغي الشبهة الناشئة عن الاختلاف، ثم قال في «الرعاية»: وقيل: إن أخذه ولا بينة، أو عجز عنه فلا، وعلى كل حال لا يأخذ بدون إذنه، أو أذن حاكم، نص عليه (ومن قطع بسرقة عين، ثم عاد فسرقها) من ذلك المنزل أو غيره (قطع) لأنه لم ينزجر، أشبه ما لو سرق غيرها بخلاف حد القذف، فإنه لا يعاد مرة أخرى، لأن الغرض إظهار كذبه، وقد ظهر، وهنا المقصود رده وزجره عن السرقة، ولم يوجد، فيردع بالثاني كماله سرق عيناً أخرى (ومن أجر داره، أو أعارها، ثم سرق منها مال المستعير أو المستأجر، قطع) لأنه هتك حرزاً، وسرق منه نصاباً لاشبهة فيه، فقطع كما لو سرق من ملكهما، واختار ابن حمدان: لا قطع على المعير لما تقدم، ولأن هذا قد صار حرزاً لملك غيره، فلا يجوز له الدخول إليه، وإنما يجوز له الرجوع في العارية، وفي «الترغيب» احتمال: إن قصد بدخوله الرجوع، قال في «الفنون»: له الرجوع بقول لا سرقة.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 133

تنبيه: إذا تكرر منه السرقة قبل القطع، قطع مرة، قدمه في «الرعاية»،

وصححه في «الشرح» لأن القطع خالص حق الله تعالى، فتداخل كحد الزنى والشرب، وعنه: إن سرق من جماعة، وجاءوا متفرقين، لم تتداخل كحد القذف، والفرق أن حد القذف حق لآدمي.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 133
فصل

(9/387)

(السادس: ثبوت السرقة) لأن الله - تعالى - أوجب القطع على السارق، ولا يتحقق ذلك إلا بعد ثبوته (بشهادة عدلين) قال ابن المنذر: أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم على أن قطع السارق يجب إذا شهد بها شاهدان حران مسلمان بشرط أن يصفاهما، ولا تسمع قبل الدعوى في الأصح، فإن كان المسروق منها غائباً، فطالب وليه، احتاج الشاهدان أن يرفعا في نسبة بحيث يتميز عن غيره، فإن وجب القطع بشهادتهما، لم يسقط بموتهما ولا غيبتهما، فإن شهدت في غيبته، ثم حضر أعيدت، فإن اختلفا في الزمان والمكان والمسروق، فلا قطع في قولهم جميعاً، وإن اختلفا في اللون، أو قال أحدهما: سرق هروياً، وقال الآخر: مروياً فوجهان (أو إقرار مرتين) لما روي عن أبي أمية المخزومي أن النبي أتى بلص قد اعترف، فقال: «إخالك سرقت» قال: بلى، فأعاد عليه مرتين، قال: بلى، فأمر به فقطع/ رواه أبو داود. وروي عن علي أنه قال لسارق: سرقت؟ قال: فشهد على نفسه مرتين، فقطع، رواه أبو داود. وروي عن علي أنه قال لسارق: سرقت؟ قال: فشهد على نفسه مرتين، فقطع، رواه الجوزجاني، ولأنه يتضمن إتلافاً، فكان من شرطه التكرار كحد الزنى، أو يقال: أحد حجتى القطع، فيعتبر فيها التكرار كالشهادة، ويصفها بأن يذكر فيها شروط السرقة بخلاف إقراره بزنى، فإن في اعتبار التفصيل وجهين، قاله في «الترغيب» بخلاف إقراره بزنى، فإن في اعتبار التفصيل وجهين، قاله في «الترغيب» بخلاف القذف لحصول التغيير، وعنه: في إقرار عبد أربع مرات، نقله مهنا، لا يكون المتاع عنده، نص عليه. وصدقه المقر له على سرقة نصاب، وفي «المعني»: أو قال: فقدته، ومعناه في «الانتصار» وطالبه هو، أو وكيله، أو وليه بالسرقة لا بالقطع. وعنه: أو لم يطالبه، اختاره أبو بكر وشيخنا كإقراره بزنى أمة غيره، وجب قطعه، وليس لحاكم حبسه، قال في «عيون المسائل»: لأنه لا يتعلق به حكم حاكم بخلاف السرقة، فإن للحاكم حقاً في القطع، فيحبس، وإن كذب مدع نفسه، سقط

(9/388)

قطعه (ولا ينزع عن إقراره حتى يقطع) في قول أكثرهم لقول النبي: «إخالك سرقت» عرض له ليرجع، ولو لم يسقط الحد برجوعه، لم يكن في ذلك فائدة، ولأن قطع السارق حد ثبت بالاعتراف، فسقط بالرجوع كحد الزنى، ولأن حجة القطع زالت قبل استيفائه، فسقط كما لو رجع الشهود.
فائدة: قال أحمد والأكثر: لا بأس بتلقي السارق ليرجع عن إقراره للآثار.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 137

فصل

(السابع: مطالبه المسروق منه بماله) اختاره الخرقى، ونصره القاضي في «الخلاف» والوُلف في «المغني» وذكره ابن هبيرة: أنه أظهر الروايتين، لأن المال يباح بالبذل والإباحة، فيحتمل أن يكون مالكة أباحه إياه، أو وقفه على طائفة المسلمين، أو على جماعة: السارق منهم، أو أذن له في دخول حرزه، فاعتبرت المطالبه لتزول الشبهة (وقال أبو بكر: ليس ذلك بشرط) وهو رواية، وصحها في «الرعاية» لعموم الآية، ولأن موجب القطع السرقة، وقد وجدت، فوجب القطع من غير المطالبة كالزنى، والفرق ظاهر، لأن الزنى لا يستباح بالإباحة بخلاف السرقة، ولأن القطع أوسع في الإسقاط، لأنه لو سرق من مال أبيه، لم يقطع، ولو زنى بجاريته، حد، ولأن القطع شرع لصيانة مال الآدمي، فلم يقطع، فلم يستوف من غير مطالب به، والزنى حق لله، فلم يفتقر إلى المطالب به، فعلى هذا: لو قال المالك: غصبتني ونحوه، لم يقطع، ولو كان المال لاثنين، فتخالفا في إقراره، لم يقطع إلا أن يكون لمن وافقه نصاب فيقطع.

(9/389)

(وإذا وجب القطع قطعت يده اليمنى من مفصل الكف) بلا خلاف، وفي قراءة ابن مسعود: «فاقطعوا أيماها» روي عن أبي بكر وعمر أنهما قالوا: إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع. ولا مخالف لهما في الصحابة، ولأن البطش بها أقوى، فكانت البداءة بها أروع، ولأنها آلة السرقة غالباً، فناسب عقوبته بإعدام ألتها من مفصل الكف، لأن اليد تطلق عليها إلى الكوع، وإلى المرفق، وإلى المنكب، وإرادة الأول متيقنة، وما سواه مشكوك فيه، ولا يجب القطع مع الشك (وحسنت) وجوباً، وقال المؤلف: يستحب (وهو أن تغمس في زيت مغلي) لقوله عليه السلام في سارق: «اقطعوا واحسموه/ قال ابن المنذر: في إسناده مقال، والحكمة في الحسم أن العضو إذا قطع فغمس في ذلك الزيت المغلي استدت أفواه العروق، فينقطع الدم، إذ لو ترك بلا حسم لنزف الدم، فأدى إلى موته، ويسن تعليق يده في عنقه، زاد في «البلغة» و«الرعاية»: ثلاثة أيام إن راه الإمام (فإن عاد، قطعت رجله اليسرى) لما روى أبو هريرة أن رسول الله قال في السارق: «إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق، فاقطعوا رجله» ولأنه قول أبي بكر وعمر، ولا مخالف لهما في الصحابة، فيكون كالإجماع، وإنما قطعت الرجل اليسرى لقوله تعالى: {أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف} (05: 33) وإذا ثبت ذلك في المحاربة، ثبت في هذا قياساً عليه، ولأن قطع اليسرى أرفق به، لأن مشي الرجل اليمنى أسهل وأمكن له من اليسرى، ويبعد في العادة من أن يتمكن من المشي عليها، فوجب ذلك لئلا تتعطل به منفعته بلا ضرورة (من مفصل الكعب) لأنه أحد العضوين المقطوعين في السرقة، فيقطع من المفصل كاليد. روى سعيد: ثنا حماد بن زيد، عن عمرو بن دينار قال: كان عمر يقطع السارق من المفصل وروي عن علي أنه كان يقطع من شطر القدم، ويترك له عقياً يمشي عليها. واقتصر عليه في «الفروع» فقال: من مفصل كعبه يترك عقبه، نص عليه (وحسنت) قال أحمد: قطع النبي، وأمر به فحسم.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 139
تذنيب: يقطع السارق بأسهل ما يمكنه، فيجلس ويضبط لئلا يتحرك فيجني على نفسه، وتشد يده بحبل، وتجر حتى يتيقن المفصل، ثم توضع السكين، وتجر بقوة لتقطع في مرة واحدة.
(فإن عاد، حبس) حتى يتوب كالمرة الخامسة، وفي «الإيضاح»: ويعذبه. وفي «التبصرة»: أو يغرب، وفي «البلغة»: يعزر ويحبس حتى يتوب (ولم يقطع): يحرم قطعه، قدمه في «الرعاية» ونصره في «الخلاف» وصححه، وانها اختيار الخرقى وأبي بكر، وجزم بها في «الوجيز» وهو قول علي، رواه سعيد. ولأن قطع الكل يفوت منفعه الجنس، فلم يشرع كالقتل، فعلى هذا: يمنع من تعطيل منفعة الجنس (وعنه: إنه تقطع يده اليسرى في الثالثة، والرجل اليمنى في الرابعة) واختارها أكثر العلماء، لما روى أبو هريرة أن النبي قال في السارق: «إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله، ثم إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله» رواه الدارقطني، ورواه سعيد عن أبي بكر وعمر بإسناد جيد. والمذهب الأول، ثم هو معارض بقول علي، وروي أن عمر رجع إلى قول علي، رواه سعيد.

تنبيه: علم مما سبق أنه لا يجوز أن ينتهي إلى القتل، وقد روي عن عثمان وعمرو بن العاص، ووعمر بن عبد العزيز أنه يقتل في الخامسة لحديث رواه مصعب ابن ثابت عن عبد الله بن الزبير، عن محمد بن المنكدر، عن جابر قال: جيء بسارق إلى النبي في الخامسة، فأمر بقتله، فقتلوه. قال أحمد وابن معين: مصعب ضعيف. وقال أبو حاتم: لا يحتج به، وقيل: هو حسن، وقيل: لمصلحة اقتضته، وقال أبو المصعب المالكي: يقتل في الخامسة، وقياس قول الشيخ تقي الدين: أنه كالشارب في الرابعة يقتل عنده إن لم ينته بدونه، وجوابه بأنه يحمل في حق رجل استحق القتل، أو على وجه التغليظ والمثلة، ويؤيده أن الأصول تشهد بنفي القتل، لأن كل معصية لا توجب القتل في الابتداء، لا توجب بعد ذلك كسائر المعاصي (ومن سرق، وليس له يد اليمنى، قطعت رجله اليسرى) لأن اليمنى لما خرجت عن كونها محلاً للقطع، انتقل القطع إلى ما يلي ذلك، وهو الرجل اليسرى، لكن إن كانت يمناه شلاء، فعنه: تقطع رجله اليسرى، وعنه: يسأل أهل الخبرة، فإن قالوا: إنها إذا قطعت، ورقي دمها، وانحسمت عروقها، قطعت، وإن قالوا: لا يرقى دمها، فلا، وذكر السامري روايتين، ولم يذكر هذا، فإن كانت أصابع اليمنى ذاهبة، فقيل: لا تقطع، وتقطع الرجل، وقيل: بلى، وإن ذهب بعض الأصابع كخنصر وبنصر أو واحده سواهما، قطعت، وإن لم يبق إلا واحدة، فهي كالتي ذهب جميع أصابعها، وإن بقي اثنان فالأولى قطعها، وفيه وجه، وكذا حكم مالو ذهب معظم نفعها كقطع إبهام أو إصبعين فصاعداً، ذكره في «المحرر» (وإن سرق، له اليمنى، فذهبت) هي، أو يسرى يديه، أو مع رجله، أو إحداهما (سقط القطع) لتعلق

القطع بها لوجودها، كجناية تعلقت برقبتة، فمات (وإن ذهبت يده اليسرى) أو كانت مقطوعة، أو شلاء (لم تقطع اليمنى على الرواية الأولى) وهي أن السارق يحبس في الثالثة، ولا يقطع، لأن قطعها يتضمن تفويت منفعة الجنس، وبقائه بلا يد يبطلش بها، وهو غير جائز (وتقطع على الرواية

(9/392)

الأخرى) لأن غايته تعطيل منفعة الجنس، وبقاؤه بلا يد يبطلش بها واقع على الرواية المذكورة بل أولى، لأن اليمنى تعلق بها القطع وفاقاً، وإنما الخلاف في سقوطه.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 139

تنبيه: إذا ذهبت يده اليسرى ورجله اليمنى، لم يقطع لتعطيل منفعة الجنس وذهاب عضوين من شق. وإن ذهبت يده اليسرى قبل سرقة، أو يده لم يقطع رجله اليسرى، وإن كان الذاهب رجله أو يمانهما، قطعت يده اليمنى في الأصح (وإن وجب قطع يمانه، فقطع القاطع يسراه) بلا إذنه (عمداً، فعليه القود) لأنه قطع طرفاً معصوماً (وإن قطعها خطأ، فعليه ديتها) لأن ما أوجب عمده القود، أوجب خطؤه الدية بدليل القتل، واختار المؤلف: يجزىء، ولا ضمان، وهو احتمال في «الانتصار» وأنه يحتمل تضمينه نصف الدية، وذكر بعضهم: إن قطع دهشة، أو ظننها تجزىء، كفت، ولا ضمان (وفي قطع يمنى السارق وجهان) أحدهما: لا قطع، لأن قطعها يفضي إلى قطع يد السارق وتفويت منفعة الجنس منه، فلم يشرع كقتله. والثاني: بلى، وجزم به في «الوجيز» بناء على قطعها في الثالثة فعلى الأولى: في قطع رجله وجهان، أصحهما: لا (ويجتمع القطع والضمان) نقله الجماعة، لأنهما حقان يجبان لمستحقين، فجاز اجتماعهما كالأجزاء والقيمة في الصيد الحرامي المملوك (فترد العين المسروقة إلى مالكها) بغير خلاف نعلمه إن كانت باقية (وإن كانت تالفة، غرم قيمتها) أو مثلها إن كانت مثلية (وقطع) موسراً كان أو معسراً، وفي «الانتصار» يحتمل، لا يغرم شيئاً، وهو قول أبي يوسف لما روى عبد الرحمن بن عوف أن النبي قال: «إذا أقمت الحد على السارق فلا غرم عليه» ولأن التضمين يقتضي التملك، والملك يمنع القطع، فلا يجمع بينهما وجوابه بأنهما حقان لمستحقين، وقال ابن عبد البر: الحديث ليس بالقوي، وقال بعض المحدثين: فيه سعد بن إبراهيم، وهو مجهول، ولو سلم صحته، فيحتمل أنه لاغرم عليه في أجرة القاطع (وهل يجب الزيت الذي يحسم

(9/393)

به من بيت المال، أو من مال السارق؟ على وجهين) أحدهما: أنه من بيت المال كأجرة القاطع، لأنه من المصالح، لم يذكر في «الكافي» غيره، فإن لم تحسم، فذكر القاضي أنه لا شيء عليه، لأن عليه القطع لا مداواة المحدود. والثاني: أنهما من مال السارق، قدمه في «الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأنه مداواة كمدآواته في مرضه، ويستحب للمقطوع حسم نفسه، فإن لم

(9/394)

باب حد المحاربين

المحاربون: واحدهم محارب، وهو اسم فاعل من حارب، يحارب، وهو فاعل من الحرب. قال ابن فارس: الحرب اشتقاقها من الحرب بفتح الراء، وهو مصدر حرب ماله، أي: سلبه. والحريب: المحروب، والأصل فيهم قوله تعالى: {إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله} الآية (المائدة:33) قال ابن عباس وأكثر العلماء: نزلت في قطاع الطريق من المسلمين لقوله تعالى: {إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم} (المائدة:34) والكفار تقبل توبتهم بعد القدرة كما تقبل قبلها، فلما خصه بما قبل القدرة، علم أنه أراد المحاربين، لأن ذلك الحكم يجب عليهم حداً لا كفرة، والحد لا يسقط بالتوبة، وعن ابن عمر: أنها نزلت في المرتدين، وقاله الحسن وعطاء، لأن سبب نزولها قضية العرنيين، وحكاها ابن أبي موسى رواية، وأنها منسوخة، لأن قضيتهم كانت قبل أن تنزل الحدود، ثم قال: فحكم من خرج لقطع الطريق مرتب على ما نزل من الحدود، ولولا قيام الدليل على وجوب قطع اليد مع الرجل للمحارب، لقلنا: لاتقطع إلا يده اليمنى كالسارق، قال ابن أبي موسى: فعلى هذا يجيء أن يصح عفو ولي الدم عن المحارب، ويكون الإمام مخبراً فيه، وهو وجه في «الرعاية» (وهم قطاع الطريق) وهم كل مكلف ملتزم، ليخرج الحربي، ولو أنشئ، وقاله الأكثر، والعبد والذمي كضدهما، وعنه: ينتقض عهده، فيحل دمه وماله بكل حال (وهم الذين يعرضون للناس بالسلاح) هذا أحد الشروط فيهم، وظاهره: أنه إذا لم يكن معهم سلاح، فلبسوا محاربين، لأنهم لا يمنعون من قصدهم، والأصح: ولو كان بعضاً وحجر، لأن ذلك من جملة السلاح الذي يأتي على النفس، أشبه المحدد، وفي «البلغة» وغيرها: وجه ويد، وفي «الشرح»: وإن قتل في المحاربة بمثقل، قتل كما لو قتل بمحدد، وإن قتل بمحدد، وإن قتل باله لا يجب القصاص بالقتل بها، فالظاهر أنهم يقتلون أيضاً لدخولهم في العموم.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 144

(9/395)

فرع: من قاتل اللصوص، وقتل، قتل القاتل منهم دون غيره، ذكره ابن أبي موسى (في الصحراء) لأن ذلك عادة المحاربين (فيغصبونهم المال) المحترم (مجاهرة) أي: يأخذون المال قهراً، اختاره الأكثر، ونصره القاضي في «الخلاف» وذكره المذهب (فأما من يأخذه سرقة، فليس بمحارب) لأنهم لا يرجعون إلى متعة وقوة، وإن اختطفوه وهربوا، فهم منتهيون لاقطع عليهم (وإن فعلوا ذلك في البنيان، لم يكونوا محاربين في قول الخرقى) قدمه في «المحرر» و«الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لأن الواجب يسمى حد قطاع الطريق، وقطع الطريق إنما هو في الصحراء، لأن المصر يلحق فيه الغوث

غالباً، فتذهب شوكتهم، ويكونون مختلسين لا قطاع طريق (وقال أبو بكر: حكمهم في المصر والصحراء واحد) وهو قول كثير من الأصحاب لعموم الآية فيهم، ولأن ضررهم في المصر أعظم، فكانوا بالحد أولى وفي «الفروع»: قبل: في صحراء، وقيل: ومصر إن لم يغث، وحكى في «الكافي» و«الشرح» عن القاضي أنه قال: إذا كبسوا داراً في مصر بحيث يلحقهم الغوث عادة، لم يكونوا محاربين، وإن حصروا قرية أو بلدًا ليلحقهم الغوث عادة، فهم قطاع طريق، ولم يذكر في «الرعاية» فيه خلافاً، ويعتبر ثبوته بيينة أو إقرار مرتين كسرقة، ذكره القاضي وغيره، وفي سقوطه بشبهة كسرقة وجهان، قاله في «المستوعب» وغيره (وإذا قدر عليهم، فمن كان منهم قد قتل من يكافئه، وأخذ المال، قتل حتماً، وصلب حتى يشتهر) لما صح إن النبي قال: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة متفق عليه. وقال ابن عباس: ما كان في القرآن ب «أو» فصاحبه بالخيار، وجوابه: بأنه قد عرف من القرآن أن ما أريد به التخير، فيبدأ بالأخف ككفارة اليمين، وما أريد به الترتيب، فيبدأ بالأغلظ ككفارة الظهار والقتل، ولأن العقوبات تختلف باختلاف الأجرام، ولذلك اختلف حكم الزاني والقاذف، والسارق، ولأن القتل وجب لحق الله تعالى،

(9/396)

فلم يخير الإمام فيه كقطع السارق، وروى الشافعي عن إبراهيم بن يحيى عن صالح مولى التوأمة عن ابن عباس: إذا قتلوا وأخذوا المال، قتلوا وصلبوا، وإذا قتلوا، ولم يأخذوا المال، قتلوا ولم يصلبوا، وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا، قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإذا خافوا السبيل، ولم يأخذوا مالاً، نفوا من الأرض، وروى نحوه مرفوعاً، وإذا ثبت هذا، قتل وصلب في ظاهر المذهب، قاله في «المغني» و«الشرح» وقتله متحتم لا يدخله عفو بالإجماع، والصلب بعد القتل، وقيل: يصلب أولاً، ثم يقتل، والأول أولى، لأنه تعالى قدم القتل على الصلب كقوله تعالى:

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 144

(9/397)

{إن الصفا والمروة من شعائر الله} (البقرة: 158) ولقوله عليه السلام: «إذا قتلتم فأحسنوا القتلة» ولأنه شرع ردعاً لغيره ليشتهر أمره، ولو شرع لردعه فقط لسقط بقتله كما تسقط سائر الحدود مع القتل، والصلب حتم في حق من قتل وأخذ المال، فلا يسقط بعفو ولا غيره، ويكون حتى يشتهر، ذكره معظم الأصحاب، لأن المقصود منه زجر غيره، ولا يحصل إلا به (وقال أبو بكر: يصلب قدر ما يقع عليه اسم الصلب) اقتصر ابن هبيرة على حكايته عن أحمد، لأن بذلك يصدق اسم الصلب، وقال ابن رزبن: يصلب ثلاثة أيام، وهذا توقيت بغير توقيف مع أنه في الظاهر يقضي إلى تغييره وتتنه (وعن أحمد: أنه يقطع مع ذلك) اختاره أبو محمد الجوزي، لأن كل واحد منهما يوجب حداً مفرداً، فإذا اجتمعا وجب حدهما كمالو زنى وسرق، فعلى هذا: يقطع أولاً، ثم يقتل، ثم بعد

ذلك يدفع إلى أهله، فيغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن، وإن مات قبل قتله، لم يصلب، لأنه تابع للقتل، فسقط بفواته (وإن قتل من لا يكافئه) كولده، وعبد، وودمي (فهل يقتل؟ على الروايتين) إحداهما: يقتل ويصلب، قدمها في «الرعاية» وجزم بها في «الوجيز» للعموم، ولأن القتل حد لله تعالى، فلا تعتبر فيه المكافأة كالزنى والسرقة. والثانية: لا، ذكر القاضي في «الخلاف»: أن هذا ظاهر كلام أحمد في رواية جماعة لقوله عليه السلام: «لا يقتل مسلم بكافر». فعلى هذا: إذا قتل مسلم ذمياً، أو حر عبداً، وأخذ المال، قطعت يده ورجله من خلاف لأخذ المال، وغرم دية ذمي وقيمة عبد، وإن قتله ولم يأخذ مالاً غرم ديته ونفي، وقيل: إن قلنا: القتل حق لله، فلم يقتل من يكافئه، وإلا فلا، وفي «الشرح»، عن القاضي أنه قال: إنما يتحتم قتله إذا قتله ليأخذ المال، فإن قتله لغير ذلك كعداوة، فالواجب قصاص غير متحتم (وإن جنى عليه جناية موجبة للقصاص فيما دون النفس) كالطراف (فهل يتحتم استيفاءؤه؟ على روايتين) وكذا في «الفروع» إحداهما: - قال في «الشرح»: وهي أولى - لا يتحتم، لأن

(9/398)

الله تعالى لم يذكره، وحينئذ لا يجب فيه أكثر من القصاص. والثانية: يتحتم، قدمها في «الرعاية» وجزم بها في «الوجيز» لأنه نوع قود، فتحتم استيفاءؤه كالقود في النفس، ولا يسقط مع تحتم القتل على الروايتين، ويحتمل سقوطه بتحتم قتله، وذكره بعضهم فقال: يحتمل أن تسقط الجناية إن قلنا: يحتمل أن تسقط الجناية إن قلنا: يتحتم استيفاءؤها، وذكره بعضهم فقال: يحتمل أن يسقط تحتم القتل إن قلنا: يتحتم في الطرف، قال في «الفروع» وهذا وهم (وحكم الردء) والطلع حكم المباشر) لأن حد المباشر حكم يتعلق بها، فاستوى فيها الردء والمباشر كالغنيمة، يحققه أن المحاربة مبنية على حصول المنعة والمعاضدة، والمباشر لا يتمكن إلا بالردء، فوجب التساوي في الحكم، وذكر أبو الفرج السرقة كذلك، فلو قتل بعضهم، ثبت حكم القتل في حق الكل، وإن قتل بعضهم، وأخذ المال بعضهم، جاز قتلهم وصلبهم، فردءه غير مكلف كهو، وقيل: يضمن المال أخذه، وقيل: قراره عليه، وفي «الإرشاد»: من قاتل اللصوص وقتل، قتل القاتل فقط، واختار الشيخ تقي الدين: الأمر كردء، وأنه في السرقة كذلك، وإن المرأة التي تحضر النساء للقتل تقتل. والمراد بالردء هو العون للمباشر كقوله تعالى: (ردءاً يصدقني)(القصص:34).

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 144

(9/399)

(ومن قتل) مكافئه (ولم يأخذ المال، قتل) حتماً، لأنه قاتل، فيدخل في عموم النص، وحينئذ فلا أثر لعفو الولي (وهل يصلب؟ على روايتين) إحداهما: لا يصلب، قدمه في «المحرر»، وصححه في «الشرح» وجزم به في «الكافي» لأن جنائهم بأخذ المال مع القتل أعظم، فكانت عقوبتهم أغلظ. والثانية: بلى، لأنه محارب يجب قتله، فيصلب كمن أخذ المال (ومن أخذ المال، ولم يقتل،

قطعت) حتماً (يده اليمنى ورجله اليسرى) لقوله تعالى: {أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف} وإنما قطعت يده اليمنى للمعنى الذي تقدم في السارق لأنه سارق وزيادة، ثم رجله اليسرى لتحقيق المخالفة، وليكون أرفق به في مكان مشيه، ولا ينظر اندمال اليد بل يقطعان (في مقام واحد) لأن الله - تعالى - أمر بقطعهما من غير تعرض لتأخير شيء منهن، فيبدأ بيمينه، فتقطع وتحسم، ثم برجله كذلك، وهذا الترتيب واجب، ذكره ابن شهاب وغيره (وحسمنا) لقوله: اقطعوه واحسموه لأن الحسم يسد أفواه العروق، ويمنع الدم من النزف، ويكون ذلك حتماً (وخلي) بعد ذلك، لأن الحق الذي عليه قد استوفي، أشبه المدين إذا أدى دينه (ولا يقطع منهم إلا من أخذ ما يقطع السارق في مثله) لقوله عليه السلام: «لا قطع إلا في ربع دينار» ولم يفصل، ولأنها جناية تعلق بها عقوبة في حق غير المحارب، فلا تغليظ في المحارب بأكثر من وجه واحد كالقتل - وظاهره: أنه يعتبر الحرز أيضاً، فإن أخذوا من مال لهم فيه شركة أو شبهة - على ما ذكرنا في المسروق - لم يقطع، ذكره في «الشرح» وغيره، وفي «المستوعب»: وجهان (فإن كانت يمينه مقطوعة) بأن قطعت في سرقة أو غيرها (أو مستحقة في قصاص أو سلاء، قطعت رجله اليسرى) كما لو كانت يمينه موجودة، لأن ذلك واجب، أمكن استيفاؤه، وكذا إن كانت اليمنى موجودة واليسرى معدومة، فإننا نقطع الموجود منها حسب، ويسقط القطع في المعدوم، لأن ما تعلق به الفرض قد زال، فيسقط كالغسل في الوضوء، وإن عدم يسرى يديه قطعت يسرى رجله، وإن عدم يمين يديه

(9/400)

لم تقطع يمينى رجله (وهل تقطع يسرى يديه؟) أي: إذا قطع للمحاربة، ثم حارب ثانياً فهل تقطع بقية أربعته؟ فيه وجهان، وذلك (بيني على الروايتين في قطع يسرى السارق في المرة الثالثة) فإن قلنا: يقطع ثم، قطعت هاهنا، لأنها مستحقة القطع في الجملة كما لو سرق، ولا يمينى له ولا رجل، وإن قلنا: لا تقطع - وهو الأصح - سقط، لأن قطعها يفضي إلى تفويت منفعة البطش. وتتعين دية لقود لزمة بعد محاربتة كتقديمها بسبقها، وكذا لو مات قبل قتله للمحاربة.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 144

(9/401)

فرع: إذا عدم يده اليسرى أو بطشها بشلل أو نقص، قطعت رجله اليسرى دون يده اليمنى، وقيل: يقطعان، ويخرج عكسه، فلو كان ماوجب قطعه أشل، فذكر أهل الطب أن قطعة يفضي إلى تلفه، سقط وبقي حكمه كالمعدوم، وإن قالوا: لا يفضي إلى تلفه، ففي قطعه روايتان (ومن لم يقتل، ولا أخذ مالا، نفي وشرد) أي طرد ولو عبداً (ولا يترك يأوي إلى بلد) ذكره الأصحاب، ونصروه لقوله تعالى: {أو ينفوا من الأرض} (المائدة: 33) وظاهره يتناول نفيه من جميعها، وهو يبطل بنفي الزاني إلى مكان، فعلى هذا: ينفون مدة تظهر فيها توبتهم، وتحسن سيرتهم، قدمه في «الرعاية» و«الفروع» وقيل: ينفون عاماً

كالزاني(وعنه: أن نفيه تعزيره بما يردعه) من ضرب، وحبس، ونفي، لأن الغرض الردع، وهو حاصل بما ذكر، وفي «التبصرة»: بهما، وعنه: نفيهم حبسهم، اختاره ابن أبي موسى حتى يحدثوا توبة، وفي «الواضح» وغيره رواية: أن نفيهم طلب الإمام لهم ليقوم فيهم حدود الله تعالى، وروي عن ابن عباس: فإن كانوا جماعة نفوا متفرقين(ومن تاب منهم قبل القدرة عليه، سقطت عنه حدود الله تعالى من الصلب، والقطع، والنفي، وانحتم القتل) بغير خلاف نعلمه، وسنده قوله تعالى: {إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم} (5: 43) فعلى هذا: يسقط عنهم جميع ما ذكر، أطلق في «المبهج» في حق الله تعالى: روايتين(وأخذ بحقوق الآدميين من النفس والمال والجرح إلا أن يعفى لهم عنها) لأنها حقوق عليهم لم يعف عنها، فلم تسقط لغير المحارب، لا يقال: الآية عامة، فما وجه التخصيص؟ لأن الأدلة دالة على أن حق الآدمي لا يسقط إلا برضاه، لأنه مبني على الضيق والشح بخلاف حق الله، وذلك يقتضي عدم التسوية بينهما، وعلم منه أنه إذا تاب بعد القدرة عليه، لم يسقط عنه شيء، لأن الله - تعالى - شرط في المغفرة لهم كون توبتهم قبل القدرة، فدل على عدمها بعدها، ولأنه إذا تاب قبل القدرة، فالظاهر أنها توبة إخلاص، وبعدها تقية من

(9/402)

إقامة الحد، ولأن في إسقاط الحد عنه قبل القدرة ترغيباً في توبته والرجوع عن محاربتة، وبعد القدرة لاجبة في ترغيبه، لأنه قد عجز عن الفساد والمحاربة، وهذا كله فيمن هو تحت حكمنا، وفي خارجي وباع ومرتد محارب: الخلاف في ظاهر كلامهم، وقيل: تقبل توبته بيينة، وقيل: وقرينة، وأما الحربي الكافر فلا يؤخذ بشيء في كفره إجماعاً(ومن وجب عليه حد لله تعالى سوى ذلك) كالزنى، والسرقه، وشرب الخمر(فتاب قبل إقامته، لم يسقط عنه) ذكره أبو بكر المذهب، وقاله أكثر العلماء لعموم آية الزني والسارق، ولأنه - عليه السلام - رجم ماعزاً والغامدية، وقد جاء تائبين، ولأن الحد كفارة، فلم يسقط بالتوبة ككفارة اليمين، ولأنه مقدور عليه كالمحارب بعد القدرة عليه(وعنه: أنه يسقط بمجرد التوبة) نصره القاضي في «الخلاف» وصححه، وقدمه في «المحرر» و«الفروع» وقال: اختاره الأكثر، وجزم به في «الوجيز» لقوله تعالى:

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 144

(9/403)

{فإن تابا وأصلحا، فأعرضوا عنهما} (النساء:16) ولقوله: {فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه} (المائدة:39) وفي الخبر: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» ولأنه خالص حق الله تعالى فسقط بالتوبة كحد المحارب (قبل إصلاح العمل) وكذا في «الوجيز» لأن الله تعالى علق الحكم على شرطين. وأجاب القاضي بأن هذا على طريق التأكيد والمبالغة لقوله تعالى: {والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر} (الفرقان:68) ومعلوم أنه

لا يعتبر صلاح العمل في توبة المشرك، قال القاضي: لا يعتبر صلاح العمل، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية الميموني وأبي الحارث، لأنها توبة مسقط للحد، أشبهت توبة المحارب قبل القدرة عليه كالإسلام، فعلى هذا: فلا بد من مضي مدة قبل ثبوته، وقيل: قبل القدرة، وقيل: قبل إقامته، وفي بحث القاضي التفرقة بين علم الإمام بهم أو لا، واختار الشيخ تقي الدين: ولو في الحد لا يكمل، ولأن هربه فيه توبة، وعنه: إن ثبت الحد بنفيه لم يسقط، ذكرها ابن حامد وغيره، وعليهما يسقط في حق محارب تاب قبل القدرة عليه، ويحتمل: لا، كما قبل المحاربة، وفي «المحرر» و«الوجيز»: لا يسقط بإسلام ذمي ومستأمن، نص عليه، وذكره ابن أبي موسى في ذمي، ونقله فيه أبو داود، وظاهر كلام جماعة: أن فيه الخلاف (ومن مات، وعليه حد، سقط عنه) لفوات محله كما يسقط غسل ما ذهب من أعضاء الطهارة.

تذنيب: إذا وجد رجلاً يزني مع امرأته، فقتله فلا قود ولا دية، رواه سعيد عن هشيم، عن مغيرة، عن إبراهيم، عن عمر. فإن ادعى ذلك، لم يقبل في الحكم إلا ببينة، وهي شاهدان في رواية اختارها أبو بكر، وأربعة لقول علي، وإن كانت مكرهة ضمنها وأثم، وإن كانت مطاوعة، فلا.

فائدة: من عرف بأذى الناس وأموالهم، فإن لم ينزجر، حبس وأطعم من بيت المال حتى يموت، وكذا من ابتدع بدعة، وحمل الناس عليها، حبس حتى يكف المسلمون عن بدعته، نص عليه.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 144

(9/404)

فصل
(ومن أريدت نفسه، أو حرمة، أو ماله) وإن قتل، كافأه أم لا (فله الدفع من ذلك بأسهل ما يعلم) والمذهب أنه يدفع عن ذلك بأسهل ما يغلب على ظنه، جزم به في «المحرر» و«الوجيز» وقدمه في «الفروع» (دفعه به) لأنه لو منع من ذلك لأدى إلى تلف وأذاه في نفسه وحرمة وماله، ولأنه لو لم يجز ذلك لتسلط الناس بعضهم على بعض، وأدى إلى الهرج والمرج، لأن الزائد عليه لاجابة إليه لحصول الدفع به، وقيل: إن لم يمكنه هرب أو احتماء ونحوه، وجزم به في «المستوعب» فعلى ما ذكرنا: متى علم، أو ظن الدافع أن الصائل عليه يندفع بالقول، لم يجز ضربه بشيء، قال أحمد: لا تريد قتله وضربه، لكن ادفعه، وقال الميموني: رأيت يعجب ممن يقول: أقاتله وأمنعه، وإن علم أنه يندفع بعصا، لم يصره بحديد (وإن لم يحصل إلا بالقتل، فله ذلك) لأن ضرره إذا لم يندفع إلا به تعين طريقاً إلى الدفع المحتاج إليه (ولا شيء عليه) بالقتل، لأنه قتل لدفع شر الصائل، فلم يجب به شيء كفعل الباغي. وروي عن عبيد بن عمير أن رجلاً ضاف ناساً من هذيل، فأراد امرأة على نفسها، فرمته بحجر، فقال عمر: والله لا يودي به (وإن قتل كان شهيداً) لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي قال: «من أريد ماله بغير حق فقاتل فهو شهيد» رواه أبو داود والترمذي وصححه. وعن سعيد بن زيد قال: سمعت رسول الله يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد» رواه أبو داود والترمذي وصححه. ولأنه قتل لدفع ظلم، فكان شهيداً كالعادل إذا قتله الباغي، وإن قتله فهدر، ولا يجوز في حال مزح، ذكره في «الانتصار»

ويقاد به، ذكره آخرون) (وهل يجب عليه الدفع عن نفسه؟ على روايتين) كذا في «المحرر» الأصح أنه يلزمه الدفع عن نفسه لقوله تعالى {ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة} (البقرة: 195) وكما يحرم قتل نفسه تحرم عليه إباحة قتل نفسه، ولأنه قدر على إحياء نفسه، فوجب عليه فعل ما يتقي به

(9/405)

كالمضطر إذا وجد الميتة، وكذا عن نفس غيره لا في فتنة في الأصح فيهما. والثانية: لا يلزمه، قدمها في «الرعاية» وصحها ابن المنجا، لما روى عبد الله ابن عمرو أن رسول الله قال: «ما يمنع أحدكم إذا جاء من يريد قتله أن يكون مثل ابني آدم: القاتل في النار، والمقتول في الجنة» رواه أحمد. وعن أبي موسى أن النبي قال: «إذا دخل

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 154

أحدكم فتنة، فليكن كخير ابني آدم» رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي. ولأن عثمان ترك القتال على من بغى عليه مع القدرة عليه، ومنع غيره من قتالهم، وصبر على ذلك، ولو لم يجز لأنكر الصحابة عليه ذلك، وعلى اللزوم إن أمكنه أن يهرب، أو يحتمي، أو يختفي ففي جواز الدفع وجهان. وظاهره: أنه لا يجب الدفع عن حرمة، وليس كذلك، بل هو قويل، فإنه إذا رأى مع امرأته رجلاً، أو ابنته، أو أخته يزني بها، أو تلوط بابنه، فإنه يجب الدفع عن ذلك في المنصوص، لأنه اجتمع فيه حق الله، وهو منعه من الفاحشة، وحق نفسه بالمنع عن أهله، فلا يسعه إضاعة هذه الحقوق، ولا عن ماله، وهو الأصح كما لا يلزمه حفظه من الضياع والهلاك، ذكره القاضي وغيره، وفي «التبصر» في الثلاثة: يلزمه في الأصح، وله بذله، وذكر القاضي: أنه أفضل، عنه أفضل، ونقله حنبل، وفي «الترغيب»: المنصوص عنه أن ترك قتاله عنه أفضل، وأطلق روايتي الوجوب في الكل، زاد في «نهاية المبتدئ» على الثلاثة: وعرضه، وقيل: يجب، وأطلق في «التبصرة» والشيخ تقي الدين لزومه عن مال غيره (وسواء كان الصائل آدمياً مكلفاً، أو غير مكلف، وفي «الترغيب»: وعندني ينتقض عهد الذمي (أو بهيمة) لاشتراكهما في المجوز للدفع، وهو الصول، ولأن البهيمة لآحرمة لها، فيجب عليه الدفع إذا أمكنه كما لو خاف من سيل أو نار، وأمكنه أن يتنحى عنه (وإذا دخل رجل منزلة متلصصاً، أو صائلاً) أي: إذا ادعى صيالة بلا بينة ولا إقرار، لم يقبل (فحكمه حكم ما ذكرنا) أي: إذا

(9/406)

دخل منزل غيره بغير إذنه فلصاحب المنزل أمره بالخروج من منزله، سواء كان معه سلاح أو لا، فإن خرج بالأمر، لم يكن له غيره؛ لأن المقصود إخراجه، لكن روي عن ابن عمر أنه رأي لصاً، فأصلت عليه السيف، قال الراوي: فلو تركناه لقتله. وجاء رجل إلي الحسن فقال: رجل دخل بيتي، ومعه حديدة، أقتله؟ قال: نعم. وجوابه: أنه أمكن إزالة العدوان بغير القتل، فلم يجز القتل، وكما لو غصب منه شيئاً، وأمكن أخذه بغير القتل، وفعل ابن عمر يحمل على قصد التهيب، فإن لم يخرج فله ضربه بأسهل ما يعلم أو يظن أنه يندفع به،

فإن خرج بالعصا، لم يكن له ضربه بالحديد، وإن ولي هارباً لم يكن له قتله، ولا اتباعه كالبغاة، وإن ضربه ضربه عطلته، لم يكن له أرش، لأنه لقي شره، وإن ضربه فقطع يمينه فولى مدبراً فقطع رجله، فللرجل مضمونة بقصاص أو دية، لأنه في حال لا يحل له ضربه، واليد غير مضمونة، فإن مات من سراية القطع فعليه نصف الدية، وإن عاد إليه بعد قطع رجله، فقطع يده الأخرى، فاليدان غير مضمونتين، وإن مات فعليه ثلث الدية، كما لو مات من جراحة ثلاثة أنفس، وقياس المذهب: أن يضمن نصف الدية كما لو جرحه اثنان، ومات منها، وإن لم يمكنه إلا بالقتل أو خاف إن يبدره به، فله قتله، وهو هدر كالباقى، وإن قتل صاحب المنزل فهو شهيد للخبر. وكالعادي، وعلى الصائل ضمانه، وإن أمكن دفعه بقطع عضو فقتله، أو قطع تزيادة على من يندفع به، ضمنه (وإن عض إنسان إنساناً) عضاً محرماً (فانتزع يده من فيه، فسقطت ثناياه، ذهب هدرًا) لما روي عمران بن حصين قال: قاتل يعلى بن أمية رجلاً، فعض أحدهما صاحبه، فانتزع يده من فيه، فنزع ثنيتيه، وفي لفظ: بثنيتيه، فاختصما إلى النبي فقال: «أيعض أحدكم كما يعض الفح، لادية له» متفق عليه، ولفظه لمسلم. ولأنه عضو تلف ضرورة دفع شر صاحبه، فلم يضمن كما لو صال عيه، فلم يكن الدافع إلا بقطع يده، وسواء كان المعضوض ظالماً أو مظلوماً، لأن العض محرّم إلا أن يكون

(9/407)

العض مباحاً كمن لا يقدر على التخلص إلا بعضه، وقال القاضي: تخلص المعضوض يده بأسهل ما يمكنه، فإن أمكنه فك لحبيه، وإن لم يمكنه لكمه، وإن لم يمكنه جذب يده من فيه، فإن لم يخلص فله أن يعصر خصيتيه، فإن لم يمكنه فله أن يبعج بطنه، وأن أتى علس نفسه، قال في «المغني»: والصحيح أن هذا الترتيب غير معتبر، وينبغي أن يجذب يده أولاً، فإن أمكنه ذلك فعدل إلى لكم فكه، فأتلف شيئاً ضمنه لإمكان التخلص بما هو أولى منه.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 154
 وإن نظر في بيته من خصاص الباب) وهو الفروج الذي فيه (ونحوه) وظاهره: ولو لم يتعمد، لكن ظنه متعمداً، قال في «الترغيب»: أو صادف عورة من محارمه وأصر، وفي «المعني»: ولو خلت من نساء (فخذف عينه ففقاها) وفي «الفروع»: فتلفت (فلا شيء عليه) كذا في «المحرر» و «الوجيز» وغيرهما، لما روى أبو هريرة أن النبي قال: «لو أن امرأة أطلع عليك بغير إذن، فخذفته بحصاة، ففقات عينه، لم يكن عليك جناح» متفق عليه. وظاهر كلام أحمد: أنه لا يعتبر أنه لا يمكنه دفعه إلا بذلك لظاهر الخبر، ولا يتبعه، وقال ابن حامد: يدفعه بالأسهل، فينذره أولاً، كمن استرق السمع لم يقصد أذنه بلا إنذار، قاله في «الترغيب» وقيل: باب مفتوح كخصاصة، وجزم به بعضهم، وعن أبي ذر مرفوعاً: «وإن مر رجل على باب لا يستر له غير مغلق، فينظر، فلا خطيئة عليه، إنما الخطيئة على أهل البيت) رواه أحمد وأبو داود، وفيه ابن لهيعة. ولو كان إنسان عرياناً في طريق، لم يكن له رمي من نظر إليه، لأنه مفرط. فرع: إذا أطلع فرماه، فقال المطلع: ما تعمدته، لم يضمنه على ظاهر كلامه، وعلى قول ابن حامد: بلى، وإن أطلع أعمى، لم يجز رميه، وقال ابن عقيل:

بلى، وإن كان سميعاً كالبصير، وسواء كان الناظر في ملكه أو غيره. والله أعلم.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 154
باب قتال أهل البغي

(9/408)

البغي: مصدر بغي يبغي بغيًا، إذا اعتدى، والمراد هنا: الظلمة الخارجون عن طاعة الإمام المعتدون عليه، قال الله تعالى: {وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا} إلى قوله: {إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم} (الحجرات: 10) وفيها فوائد: منها: أنهم لم يخرجوا بالبغي عن الإيمان. ومنها: أنه أوجب قتالهم. ومنها: أنه أسقط قتالهم إذا رجعوا إلى أمر الله تعالى. ومنها: أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلّفوه في قتالهم. إذا رجعوا إلى أمر الله تعالى. ومنها: أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلّفوه في قتالهم. ومنها: أنها أجازت قتال كل من منع حقاً عليه. وأجمع الصحابة على قتالهم، فإن أبا بكر قاتل ما نعي الزكاة، وعلياً قاتل أهل الجمل، وأهل صفين (وهم القوم الذين يخرجون عن طاعة الإمام) العادل، ذكره في «الرعاية» (بتأويل سائغ) سواء كان صواباً أو خطأ، وقيل: بل خطأ فقط، ذكره في «الرعاية» (ولهم منعة وشوكة) لاجمع يسير خلافاً لأبي بكر، فإن فات شرط فقطاع طريق، فعلى هذا: لو امتنع قوم من طاعة الإمام، وخرجوا عن قبضته بغير تأويل، أو كان لهم تأويل ولا منعة لهم كالعشرة، فقطاع طريق، وفي «الترغيب»: لاتتم الشوكة إلا وفيهم واحد مطاع، وأنه يعتبر كونهم في طرف ولايته، وفي «عيون المسائل»: تدعو إلى نفسها، أو إلى إمام غيره، وإلا فقطاع طريق.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 159

(9/409)

أصل: من كفر أهل الحق والصحابة، واستحلى دماء المسلمين، فهم بغاة في قول الجماهير، تتعين استثنائهم، فإن تابوا، وإلا قتلوا على إفسادهم لا على كفرهم، وقال طائفة من المحدثين: هم كفار، حكمهم حكم المرتدين للأخبار. وهذا رواية عن أحمد، ذكر في «الترغيب» و«الرعاية» أنها أشهر، وذكر ابن حامد: أنه لا خلاف فيه، وحكى ابن أبي موسى عن أحمد: الخوارج كلاب النار، صح الحديث فيهم من عشرة أوجه، قال: والحكم فيهم على ما قال علي، وفيما قال: لا نبذاكم بقتال. وقال ابن المنذر: ولا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على كفرهم. قال ابن عبد البر في الحديث الذي رويناه قوله: «يتمادي في الفوق»: يدل على أنه لم يكفرهم، قال المؤلف: والصحيح أن الخوارج يجوز قتلهم ابتداءً؟ والإجازة على جريحهم (وعلى الإمام أن يرأسلهم) للنص، إذ المراسلة والسؤال طريق إلى الصلح، لأن ذلك وسيلة إلى رجوعهم إلى الحق، وقد روي أن علي بن أبي طالب، راسل أهل البصرة قبل وقعة الجمل، ولما اعتزلته الحرورية بعث إليهم عيد الله ابن عباس، فواضعوه كتاب الله ثلاثة أيام، فرجع منهم أربعة آلاف (ويسألهم ما ينقمون منه ويزيل ما يذكرونه من مظلمة) لأن

ذلك وجب مع إفضاء الأمر إلى القتل والهرج والمرج، فلأن يجب في حال يؤدي إلى ذلك بطريق الأولى (ويكشف ما يدعونه من شبهة) لأن كشفها طريق إلى رجوعهم إلى الحق، وذلك مطلوب إلا أن يخاف كليهم، فلا يمكن ذلك في حقهم، فإن أبو الرجوع عظمهم وخوفهم القتال، لأن المقصود دفع شرهم لاقتلهم (فإن فاؤوا) أي: رجعوا إلى الطاعة (وإلا قاتلهم) أي: يلزم القادر قتالهم لإجماع الصحابة على ذلك، وقال الشيخ تقي الدين: الأفضل تركه حتى يبدؤوه، وهو ظاهر اختيار المؤلف، وقالوا في الخوارج: له قتلهم ابتداءً، وتتمة الجريح، وفي «المغني» و «الشرح» في الخوارج: ظاهر قول المتأخرين من أصحابنا أنهم بغاة، لهم حكمهم، وفرق جمهور العلماء بين الخوارج والبغاة المتأولين، وهو المعروف عن

(9/410)

الصحابة وغيرهم (وعلى رعيته معونته على حربهم) لقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم} (النساء: 59) ولقوله عليه السلام: «من فارق الجماعة شبراً، فقد خلع ربقة الإسلام من عنقه» رواه أحمد وأبو داود من حديث أبي ذر رضي الله عنه (فإن استنظروه مدة، رجا رجوعهم فيها، أنظرهم) حكاها ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه، وفي «الرعاية»: ثلاثاً، ولأن الإنظار المرجو به رجوعهم أولى من معالجتهم بالقتال المؤدي إلى الهرج والمرج (فإن ظن أنها مكيدة، لم ينظرهم) لأن الإنظار لا يؤمن منه أن يصير طريقاً إلى قهر أهل الحق، وذلك لا يجوز وإن أعطوه عليه مالا أو رهنا، لأنه يخلي سبيلهم إذا انقضت الحرب كما يخلي الأسارى، ولا يجوز قتلهم، فإن سألوه أن ينظرهم أبداً، ويدعهم وما هم عليه، وبكفوا عن المسلمين، فإن قوي عليهم لم يجز إقرارهم على ذلك، وإلا جاز (وقاتلهم) حيث قوي على ذلك، فإن ضعف، عنه آخره حتى يقوى، فإن حضر معهم من لا يقاتل لم يجز قتله، وإذا قاتل معهم عبيد، أو نساء، أو صبيان، فهم كالرجل البالغ الحر، وفي «الترغيب»: ومراهق وعبد كخيل (ولا يقاتلهم بما يعم إتلافه كالمنجنيق والنار) لأنه يعم من يجوز ومن لا يجوز (إلا لضرورة) كما في دفع الصائل، فإن رماه البغاة به، جاز رميهم (ولا يستعين في حربهم بكافر) لأنه لا يستعان في قتال مسلم بطريق الأولى، ولأن القصد كفهم لاقتلهم، وهو لا يقصد قتلهم، فإن احتاج فقدر عن كفهم عن فعل ما لا يجوز، جازت الاستعانة بهم، وإلا فلا.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 159

(9/411)

(وهل يجوز أن يستعين عليهم بسلاحهم وكراعتهم؟) أي: خيلهم (على وجهين) أحدهما: لا، جزم به ابن هبيرة عن أحمد، وحكاها القاضي والمؤلف عن أحمد، وصححه ابن حمدان، لأن الإسلام عصم أموالهم، وإنما أتيح قتالهم لردهم إلى الطاعة، فبيقى المال على العصمة كمال قاطع الطريق إلا أن تدعو ضرورة، فيجوز كأكل مال الغير في الخمسة. والثاني: يجوز، جزم به في

«الوجيز» وذكر القاضي: أن أحمد أو ما إليه قياساً على أسلحة الكفار، وعليه لا يجوز في غير قتالهم، ويجب رده بعد أن تنقضي الحرب كما يرد سائر أموالهم، ولا يرده حال الحرب لئلا يقاتلونا به (ولا يتبع لهم مدبر، ولا يجاز على جريح) ولا يجوز قتلهم إذا تركوا القتال في قول الأكثر، لما روى مروان قال: خرج خارج يوم الجمل لعلي: لا يقتلن مدبر، ولا يذنب على جريح، ومن أغلق عليه بابه، فهو آمن، ومن ألقى السلاح فهو آمن، رواه سعيد، وعن عمار نحوه. وكالصائل، وفي «الترغيب»: إن المدبر من انكسرت شوكته لا المتحرف إلى موضع آخر، فعلى هذا: إذا قتل إنساناً منع من قتله ضمنه، وهل يلزمه القصاص؟ فيه وجهان (ولا يغنم لهم مال) لأنهم لم يكفروا ببغيهم وقتالهم، وعصمة الأموال تابعة لدينهم (ولا تسمى لهم ذرية) لانعلم فيه خلافاً لأحد، لأنهم لم يحصل منهم سبب أصلاً بخلاف أهل البغي، فإنه وجد منهم البغي والقتال.

(ومن أسر من رجالهم حبس حتى تنقضي الحرب) لأن في إطلاقهم ضرراً على المسلمين (ثم يرسل) بعد ذلك، لأن المانع من إرسالهم خوف مساعدة أصحابهم، وقد زال، وفي «الترغيب»: لامع بقاء شوكتهم، وقيل: يرسل إن أمن ضرره، فإن بطلت، ويتوقع اجتماعهم في الحال، فوجهان. فرع: إذا أسر رجلاً مطاعاً، خلي، زاد في «الرعاية»: إن أمن شره، فإن أبى أن يدخل في الطاعة، وفي «الكافي» و «الشرح»: وكان رجلاً جلدًا حبس، وأطلق بعد الحرب، زاد في «الشرح»: وشرط عليه ألا يعود إلى القتال.

(9/412)

(وإن أسر صبي أو امرأة، فهل يفعل به ذلك، أو يخلى في الحال؟ يحتمل وجهين) أحدهما: يحبسونه، لأن فيه كسر قلوب البغاة، وكالرجل. والثاني: يخلون في الحال، قدمه في «الرعاية» وصححه في «الكافي» و «الشرح» لأنه لا يخشى من تخليته.

فرع: لا يكره للعادل قتل ذوي رحمه الباعين، ذكره القاضي، لأنه قتل بحق، أشبه إقامة الحد عليه، والإصح يكره، وقدمه في «الفروع» لقوله تعالى: {وإن جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً} (لقمان: 15) قال الشافعي: كف النبي أبا حذيفة بن عتبة عن قتل أبيه، وقال بعضهم: لا يحل، وذكره في «الفروع» احتمالاً، لأنه - تعالى - أمر بمصاحبته بالمعروف.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 159

(9/413)

تنبيه: يجوز فداء أسارى أهل العدل بأسارى البغاة، فإن قتل أهل البغي أسارى أهل العدل، لم يجز لأهل العدل قتل أسراهم. فإن اقتتل طائفتان من البغاة، فقدر الإمام على قهرهما لم يعن إحداهما على الأخرى، وإن عجز وخاف اجتماعهما على حرب، ضم إليه أقربهما إلى الحق، فإن استويا اجتهد في ضم إحداهما، ولا يقصد بذلك معونة إحداهما، بل الاستعانة على الأخرى، فإذا هزمها

لم يقاتل من معه حتى يدعوهم إلى الطاعة (وإذا انقضى الحرب، فمن وجد منهم ماله في يد إنسان، أخذه) لقول علي: من عرف شيئاً أخذه. ولأنه مال معصوم بالإسلام، أشبه مال غير البغاة (ولا يضمن أهل العدل ما أتلّفوه عليهم حال الحرب من نفس أو مال) لأنه إذا لم يمكن دفع ما أمر به كما لو قتل الصائل عليه (وهل يضمن البغاة ما أتلّفوه على أهل العدل في الحرب؟ على روايتين) إحداهما: لاضمان، قدمها في «الكافي» و «الفروع» ونصرها في «الشرح» والقاضي في «الخلافة» وصححها لقول الزهري: هاجت الفتنة وأصحاب رسول الله متوافرون، فأجمعوا أن لا يقاد أحد، ولا يؤخذ مال على تأويل القرآن إلا ما وجد بعينه، ذكره أحمد في رواية الأثرم، واحتج به، رواه الخلال. قال القاضي: وهذا إجماع منهم مقطوع به، ولأن تضمينهم يفضي إلى تنفيرهم من الرجوع إلى الطاعة، فسقط كاهل الحرب وكاهل العدل. والثانية: يضمنون، جزم بها في «الوجيز»، لقول أبي بكر لأهل الردة: تودون قتلانا، ولا نودي قتلناكم، ولأنها نفوس وأموال معصومة، أتلّفت بغير حق، ولا ضرورة دفع مباح، فوجب ضمانه كالذي تلف في غير حال الحرب، وجوابه: أن أبا بكر رجع عنه إلى قول عمر، ولم يمضه، ثم لو وجب التعزير في حق المرتدين لم يلزم مثله هن، فإن هؤلاء طائفة من المسلمين لهم تأويل سائغ، وأولئك كفار لا تأويل لهم، وإذا ضمن المال ففي القود وجهان، فإن أهدر فالقود أولى (ومن أتلّف في غير حال الحرب شيئاً، ضمنه) أي: من الفريقين، رواية واحدة، قاله في «المستوعب» لأن الأصل

(9/414)

وجوب الضمان، ترك العمل به في حال الحرب للضرورة، فيبقى ما عداه، وهل يتحتم قتل الباغي إذا قتل أحداً من أهل العدل في غير المعركة؟ فيه وجهان: الأصح أنه لا يتحتم، فأما الخوارج فالصحيح إباحة قتلهم، فلا قصاص على أحد منهم، ولا ضمان عليه في ماله (وما أخذوا في حال امتناعهم من زكاة أو خراج أو جزية، لم يعد عليهم ولا على صاحبه) روي عن عمر وسلمة بن الأكوع، وقاله أكثر العلماء، لما روي أن علياً لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبهوه، ولأن في ترك الاحتساب بها ضرراً عظيماً ومشقة كبيرة، فإنهم قد يغلبون على البلاد السنين الكثيرة، فلو لم يحتسب بما أخذوه لحصل الضرر، وظاهره: لافرق بين الخوارج وغيرهم، وقال أبو عبيد: يجزيء دفع الزكاة إلى بغاة وخوارج، ونص عليه أحمد في الخوارج، ويقع موقعه، قال القاضي في «الشرح»: هذا محمول على أنهم خرجوا بتأويل، وذكر في موضع آخر: إنما يجوز أخذهم إذا نصّبوا لهم إماماً، وفي «الأحكام السلطانية»: إنه لا يجزيء الدفع إليهم اختياراً، وعن أحمد: الوقف فيما أخذوه من زكاة، فلو صرفه أهل البغي في جهته صح، قال ابن حمدان: ودفع سهم المسترزقة إلى أجنادهم، يحتمل وجهين (ومن ادعى دفع زكاته إليهم، قبل بغير يمين) لأن الزكاة لا يستحلف فيها، قال أحمد: لا يستحلف الناس على صدقاتهم (وإن ادعى ذمي دفع جزية إليهم، لم يقبل إلا بيينة) لأنهم غير مأمونين، ولأنها عوض أشبهت الأجرة، وقيل: يقبل قولهم إذا مضى الحول، لأن الظاهر أن البغاة لا يدعون الجزية لهم (وإن ادعى إنسان دفع خراجه إليهم فيه يقبل بغير بيينة؟ على وجهين) أشهرهما: لا يقبل إلا بيينة، قدمه في «الرعاية» وجزم به في

«الوجيز» لأنه عوض، أشبه الجزية، والثاني: يقبل لأنه حق على مسلم، فقبل قوله كالزكاة، وقيل: بلى إن حلف (وتجوز شهادتهم) لأنه أخطأوا في فرع من فروع الإسلام باجتهادهم، أشبه المختلفين من الفقهاء في الأحكام، وإذا لم يكونوا من أهل البدع قبلت

(9/415)

شهادتهم كأهل العدل بغير خلاف نعلمه، قال ابن عقيل: تقبل شهادتهم، ويؤخذ عنهم العلم مالم يكونوا دعاة، انتهى. فأما الخوارج وأهل البدع إذا خرجوا على الإمام فلا تقبل لهم شهادة، لأنهم فساق (ولا ينقض من حكم حاكمهم إلا ما ينقض من حكم غيره) لأن نفيهم في أمر يسوغ فيه التأويل، أشبه الاختلاف في الفروع، فعلى هذا: إن خالف حكم حاكمهم نصاً أو إجماعاً، أو كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم نقض حكمه.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 159

(9/416)

فرع: إذا كتب قاضيهم إلى قاضي أهل العدل، جاز قبول كتابه، لأنه قاض ثابت القضاء، وفي «المغني» و «الشرح» و «الترغيب»: الأولى رد كتابه قبل حكمه كسراً لقلوبهم، فأما الخوارج إذا ولوا قاضياً لم يحز قضاؤه للفسق، وفي «المغني» و «الشرح» احمال: يصح قضاؤه دفعا للضرر، كما لو أقام الحد، أو أخذ جزيته وخراجاً وزكاة (وإن استعانوا بأهل الدمة، فأعانوهم) طوعاً مع علمهم بأن ذلك لا يجوز (انتقض عهدهم) قدمه في «الرعاية» و «الفروع» وجزم به في «الوجيز» وصحه ابن أبي موسى، كما لو انفردوا بقتالهم، وحكمهم حكم أهل الحرب، وقيل: لا ينتقض، لأن أهل الذمة لا يعرفون المحق من المبطل، فيكون ذلك شبهة لهم، فعلى هذا: حكمهم حكم البغاة في قتل مقلهم والكف عن أسيرهم ومدبرهم وجريحهم، والمعاهد كالذمي، قاله في «الرعاية»: وفي «الكافي» و «الشرح»: إن حكمه حكم أهل الحرب إلا أن يقيم بينة على الإكراه، لأن عقد الذمة مؤبد، ولا يجوز نقضه لخوف الخيانة منهم، ويلزم الدفع عنهم، والمستأمنون بخلاف هذا (إلا أن يدعوا أنهم ظنوا أنه يجب عليهم معونه من استعان بهم من المسلمين، ونحو ذلك، فلا ينتقض عهدهم) وجهاً واحداً، لأن ما ادعوه محتمل، فلا ينتقض عهدهم مع الشبهة، وفي «الرعاية»: في الأصح، حال الحرب وغيره بخلاف أهل البغي، لأن هؤلاء لا تأويل لهم، لأن سقوط الضمان عن المسلمين كيلا يؤدي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة، وأهل الذمة لا حاجة بنا إلى ذلك فيهم. والثاني: لا يضمنون كالمسلمين.

(وإن استعانوا بأهل الحرب وأمنوهم) أو عقدوا لهم ذمة (لم يصح أمانهم) لأن الأمان من شرط صحته إلزام كفهم عن المسلمين، ولأهل العدل قتلهم لمن لم يؤمنوه، وحكم أسيرهم حكم أسير أهل الحرب قبل الاستعانة بهم، فأما البغاة فلا يجوز لهم قتلهم، لأنهم أمنوهم، فلا يجوز لهم الغدر بهم، قال في «الفروع»: إلا أنهم في أمان بالنسبة إلى بغاة.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 159
 أصل: إذا استعانوا بمستأمنين فأعانوهم، انتقض عهدهم، وصاروا كأهل الحرب، لأنهم تركوا كفهم عن قتال المسلمين، فإن فعلوا ذلك مكرهين، لم ينتقض عهدهم، وإن ادعوه لم يقلل إلا بيينة، لأن الأصل عدمه (وإن أظهر قوم رأي الخوارج) مثل تكفير من ارتكب كبيرة، وترك الجماعة (ولم يجتمعوا لحرب) ولم يخرجوا عن قبضته الإمام، ولم يسفكوا دمًا حرامًا، فحكى القاضي عن أبي بكر: أنه لا يحل بذلك قتلهم ولا قتالهم، ولهذا قال (لم يتعرض لهم) وهذا قول جمهور الفقهاء، لما روي أن علي بن أبي طالب كان يخطب، فقال رجل بباب المسجد: لاحكم إلا لله، فقال علي: كلمة حق أريد بها باطل، ثم قال: لكم علينا ثلاث: لانمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله، ولا تمنعكم الفيء ما دامت أيديكم معنا، ولا نبدؤكم بقتال، لأن النبي لم يتعرض للمنافقين الذين كانوا معه في المدينة، فعلى هذا: حكمهم في ضمان النفس والمال حكم المسلمين، وسأله المروزي عن قوم من أهل البدع يتعرضون ويكفرون؟ قال: لهم والدات وأخوات. وقال في رواية ابن منصور: الحرورية إذا دعوا إلى ما هم عليه إلى دينهم، فقاتلهم، وإلا فلا يقاتلون (وإن سبوا الإمام) أو غيره من أهل العدل صريحاً (عزهرهم) لأنهم ارتكبوا محرماً لا حد فيه ولا كفارة، وإن عرضوا بالسب ففي تعزيرهم وجهان، وقال في الإباضية وسائر أهل البدع: يستتابون، فإن تابوا وإلا ضربت أعناقهم، وأما من رأى تكفيرهم، فمقتضى قوله أنهم يستتابون، فإن تابوا، وإلا قتلوا لكفرهم (وإن جنوا جنابة، أو أتوا حداً، أقامه عليهم) لقول علي في ابن ملجم لما جرحه: أطعموه واسقوه واحبسوه، فإن عشت فانا ولي دمي، وإن مت فاقتلوه، ولا تمثلوا به. ولأنهم ليسوا ببغاة، فهم كأهل العدل فيما لهم وعليهم، ولأن في إسقاط ذلك عنهم تجرئهم على الفعل، وذلك مطلوب العدم.

أصل: قال أحمد في مبتدع داعية له دعاة: أرى حبسه، وكذا في «التبصرة»: على الإمام منعهم وردعهم، ولا يقاتلهم إلا أن يجتمعوا لحربه فكبغاة، وقال أحمد أيضاً في الحرورية: الداعية يقاتل كبغاة. ونقل ابن منصور: يقاتل من منع الزكاة، وكل من منع فريضة، فعلى المسلمين قتاله حتى يأخذوها منه، اختاره أبو الفرج والشيخ تقي الدين وقال: أجمعوا أن كل طائفة ممتنعة عن شريعة متوترة من شرائع الإسلام يجب قتالها حتى يكون الدين كله لله، كالمحاربين وأولى، وذكر ابن عقيل عن الأصحاب: تكفير من خالف في أصل كخوارج ورافضة ومرجئة، وذكره غيره روايتين فيمن قال: لم يخلق الله المعاصي، أو وقف فيمن حكمنا بكفره، وفيمن سب صحابياً غير مستحل، وإن استحله كفر، وفي «المغني»: يخرج في كل محرّم استحل بتأويل كالخوارج، وفي «نهاية المبتدئ»: من سب صحابياً مستحلاً كفر، وإلا فسق. وذكر ابن حامد كفر الخوارج، والرافضة، والقدرية، والمرجئة، ومن لم يكفر من كفرناه

فسق وهجر، وفي كفره وجهان. والذي ذكره هو وغيره من رواية المروزي، وأبي طالب، ويعقوب، وغيرهم: أنه لا يكفر، قال الشيخ تقي الدين: وهي ظاهر نصوصه، بل صريحة فيه، وإنما كفرنا الجهمية لا أعيانهم (وإن اقتتل طائفتان لعصبية أو طلب رئاسة فهما ظالمتان) لأن كل واحدة باغية على صاحبيتها (وتضمن كل واحدة ما أتلقت على الأخرى) لأنها أتلقت نفسها معصومة ومالاً معصوماً. قال الشيخ تقي الدين: فأوجبوا الضمان على مجموع الطائفة، وإن لم يعلم عين المتلف، قال: وإن تقابلا تقاصاً، لأن المباشرة والمعين واحد عند الجمهور، قال: وإن جهل قدر مانهيه كل طائفة من الأخرى تساوبا، ومن دخل للإصلاح فقتلته طائفة ضمنته، وإن جهلت ضمنته، قال ابن عقيل: ويخالف المقتول في زحام الجامع والطواف، لأن الزحام هنا ليس فيه تعد بخلاف الأول.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 159

(9/419)

باب حكم المرتد

المرتد - لغة - الراجع، يقال: ارتد، فهو مرتد، إذا رجع. وشرعاً هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر أما نطقاً، أو اعتقاداً، أو شكاً، وقد يحصل بالفعل، ولهذا قال: (وهو الذي يكفر بعد إسلامه) لأنه بيان له، قال تعالى: {ومن يردد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة} (البقرة: 217) وروى ابن عباس أن النبي قال: «من بدل دينه، فاقتلوه» رواه الجماعة إلا مسلماً، قال الترمذي: هو حسن صحيح، والعمل عليه عند أهل العلم، وأجمعوا على وجوب قتل المرتد (فمن أشرك بالله) أي: إذا كفر طوعاً ولو هزلاً بعد إسلامه، وقيل: وكرهاً، والأصح بحق، فإذا أقر بالإسلام ثم أنكره، أو أنكر الشهادتين أو إحداهما كفر بغير خلاف، وحينئذ لا يجوز أن يهادنوا على المواعدة، ولا أن يصلحوا بما يقرون به على ردتهم بخلاف أهل الحرب، ذكره القاضي (أو جحد ربوبيته أو وحدانيته) لأن جحد ذلك مشرك بالله تعالى (أو) جحد (صفة من صفاته) اللازمة، قاله في «الرعاية» لأنه كجحد الوحدانية، وفي «الفصول»: شرطه أن تكون الصفة متفقاً على إثباتها (أو أتخذ لله صاحبة أو ولدًا) لأنه - تعالى - نزه نفسه عن ذلك، ونفاه عنه، فمتخذه مخالف له غير منزله له عين ذلك (أو جحد نبياً) لأنه مكذب لله جاحد لنبوة نبي من أنبيائه (أو) جحد (كتاباً من كتب الله، أو شيئاً منه) لأن جحد شيء منه كجحد كله لا اشتراكهما في كون الكل من عند الله تعالى (أو سب الله، أو رسوله كفر) لأنه لا يسب واحداً منهما إلا وهو مكذب جاحد به، وكذا إذا ادعى النبوة، قال الشيخ تقي الدين: أو كان مبغضاً لرسوله، ولما جاء به اتفاقاً.

(9/420)

فرع: إذا كذب على نبي من الأنبياء، وقيل: مستحياً، أو قذفه، كفر، وإن استحل الكذب المحرم على غيره كفر، وإن كذبه فيما يعلم صدقه فيه غير

مستحل أثم، فإن اعترف به عزراً، فإن تاب من الكذب عليه - عليه السلام - قبلت في ظاهر كلام الأصحاب وغيرهم، وحكى ابن الصلاح عن أحمد وطائفة: أنها لا تقبل؛ ونقل عبد الله الحلبي عن أحمد: تقبل فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يكتب عنه حديث، رواه الخلال.

وإن كذب نصراني موسى عليه السلام، خرج من دينه، لأن عيسى صدق به لا العكس، لأنه لم يصدق بعيسى ولا بشر له.

(ومن جحد وجوب العبادات الخمس، أو شيئاً منها) أو الطهارة لها (أو أحل الزنى، أو الخمر) أو شك فيه (أو شيئاً من المحرمات الظاهرة المجمع على تحريمها) كالدُم (لجهل، عرف ذلك) ليصير عالماً به (وإن كان ممن لا يجهل ذلك) كالناشيء بين المسلمين في الأمصار (كفر) لأنه مكذب لله تعالى ولرسوله، والسائر الأمة.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 170

(9/421)

فرع: قال جماعة: أو سجد لشمس، أو قمر، وفي «الترغيب»: أو أتى بقول أو فعل صريح في الاستهزاء بالدين، قال الشيخ تقي الدين: أو توهم أن من الصحابة، أو التابعين، أو تابعيهم قاتل من الكفار، أو أجاز ذلك، أو أصر في دارنا على خمر أو خنزير غير مستحل، وذكر بعض أصحابنا: يكفر جاحد تحريم النبيذ والمسكر كله كالخمر (وإن ترك شيئاً من العبادات الخمس تهاوناً لم يكفر) الظاهر أن المراد بها مباني الإسلام، ولا شك أن تارك الشهادتين تهاوناً كافر بغير خلاف نعلمه في المذهب، وأما بقية ذلك فكما ذكره إلا الصلاة، فإنه يدعي إليها، فإن امتنع فإنه يستتاب كمرتد، فإن أصر كفر بشرطه، وإذا ترك شرطاً أو ركناً مجمعاً عليه، كان كتركها، وإن كان مختلفاً فيه، وهو معتقد وجوبه، فقال ابن عقيل: حكمه حكم تارك الصلاة، وقال المؤلف: عليه الإعادة، ولا يكفر من أجل ذلك بحال، وفي «المحرر»: إذا ترك تهاوناً فرض الصلاة، أو الزكاة، أو الصوم، أو الحج بأن عزم إلا يفعله أبداً، أو أخره إلى عام يغلب على الظن موته قبله، استتيب كالمرتد، فإن أصر قتل حداً، وعنه: كفرًا، نقلها أبو بكر واختارها، وعنه: يختص الكفر بالصلاة، وعنه: تهاوناً كزكاة إذا قاتل الإمام عليها (وعنه: يكفر إلا الحج، ولا يكفر بتأخيره بحال) لأن في وجوبه على الفور خلافاً، وعنه: لا كفر ولا قتل في الصوم والحج خاصة.

فرع: من أظهر الإسلام، وأسر الكفر فمناقك كافر كعبد الله بن أبي بن سلول، فإن أظهر أنه قائم بالواجب، وفي قلبه ألا يفعل فنفاق لقوله تعالى في ثعلبه: {ومنهم من عاهد الله} الآية (التوبة: 75) وهل يكفر؟ على وجهين.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 170

(9/422)

(فمن ارتد عن الإسلام من الرجال والنساء) روي عن أبي بكر وعلي، وقاله أكثر العلماء لعموم قوله عليه السلام: «من بدل دينه فاقتلوه» ولقوله عليه السلام: «لا يحل دم امرئ مسلم بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس،

والتارك لدينه المفارق للجماعة» متفق عليه. ولأنه فعل يوجب الحد، فاستوى فيه الرجل والمرأة كالزنى، وما روي أن أبا بكر استرق نساء بني حنيفة، فمحمول على أنه تقدم لهم إسلام، وأما نهيه عن قتل المرأة، فالمراد به الأصلية بدليل أنه لا يقتل الشيوخ ولا المكافيف (وهو بالغ عاقل) مختار، لأن الطفل الذي لا يعقل، والمجنون، ومن زال عقله بنوم، أو إغماء، أو شرب دواء مباح لاتصح رده، ولا حكم لكلامه بغير خلاف في المذهب (دعي إليه) أي: لا يقتل حتى يستتاب، وهو قول أكثر العلماء، وهي واجبة، نصره القاضي والمؤلف، لأنه - عليه السلام - أمر باستتابته، رواه الدارقطني. ولقول عمر رواه مالك وغيره. ولا يلزم من تحريم القتل وجوب الضمان بدليل نساء الحرب (ثلاثة أيام) في قول الأكثر، لما روي محمد بن عبد الله بن عبد القاري عن أبيه قال: قدم رجل على عمر من قبل أبي موسى، فسأله عن الناس فأخبره، فقال: هل من مغربة خبر؟ قال: نعم رجل كفر بعد إسلامه، فقال: ما فعلتم به؟ قال: قربناه فضرينا عنقه، فقال عمر: فهلا حبستموه ثلاثاً، وأطعتموه كل يوم رغيفاً، واستتبتموه لعله يتوب، ويراجع أمر الله عز وجل، اللهم إني لم أحضر، ولم أرض إذ بلغني رواه مالك. ولأنه لو لم يجب لما برىء من فعلهم، ولأنه أمكن استصلاحه، فلم يجز إتلافه قبل استصلاحه كالنوب النجس، ولأنها مدة يتكرر فيها الرأي، ويتقلب النظر، فلا يحتاج إلى أكثر منها. وعنه: لا يجوز تأجيله بل يجب قتله في الحال، إلا أن يطلب الأجل، فيؤجل ثلاثاً (وضيق عليه) بالحبس وغيره ليرجع إلى الحق (فإن لم يتب، قتل) لحديث ابن عباس: «من بدل دينه فاقتلوه» ولا يجوز أخذ فداء عنه، لأن كفره أغلظ (وعنه: لاتجب

(9/423)

استتابته) روي عن الحسن وطاووس، لأنه - عليه السلام - لم يذكر ذلك، ولقول معاذ: لا أجلس حتى يقتل، ولأنه يقتل لكفره، فلم تجب استتابته كالأصلي (بل تستحب) للاختلاف في وجوبها، وأقلها الاستحباب (ويجوز قتله في الحال) كالأصلي، والأول أصح، لأن الخبر محمول على القتل بعد الاستتابة، والخبر الآخر روي فيه: أن المرتد استتيب قبل قدوم معاذ، رواه أبو داود، وقال الزهري: يدعى ثلاث مرات، فإن أبي، ضربت عنقه، وقال النخعي: يستتاب أبداً، وهذا يفضي إلى أنه لا يقتل أبداً، وهو مخالف للسنة والاجماع (ويقتل بالسيف) لقوله رضي الله عنه: قربناه فضرينا عنقه، ولأنه إذا أطلق انصرف إليه، لأنه أسرع لزهوق النفس، ولا يجوز حرقه بالنار. وروي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه أمر بتحريقهم، والأول أو لقوله عليه السلام: «من بدل دينه فاقتلوه، ولا تعذبوا بعذاب الله» يعني النار، رواه البخاري (ولا يقتله إلا الإمام، أو نائبه) حراً كان أو عبداً في قول عامة العلماء، ونصره في «الشرح» لأنه قتل لحق الله تعالى، فكان إلى الإمام أو نائبه كقتل الحر، ولقوله عليه السلام: (أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم) لا يتناول القتل في الردة، لأنه قتل لكفره، ولا حد في حقه، وخبر حفصة لما بلغ عثمان تغيظ عليها، وشق عليه، والجلد في الزني تأديب عنده بخلاف القتل (فإن قتله غيره بغير إذنه، أساء وعزر) لافتتاته على الإمام، أو نائبه (ولا ضمان عليه) أي: على القاتل، لأنه محل غير معصوم (سواء قتل قبل الاستتابة أو بعدها) لأنه مهدر الدم في الجملة،

وردته مبيحة لدمه، وهي موجودة قبل الاستتابة كما هي موجودة بعدها، فإن لحق بدار الحرب فلكل واحد قتله بلا استتابة كما هي موجودة بعدها، فإن لحق بدار الحرب فلكل واحد قتله بلا استتابة كما هي موجودة بعدها، فإن لحق بدار الحرب فلكل واحد قتله بلا استتابة وأخذ ما معه من مال، وما تركه بدارنا معصوم، نص عليه. وقيل: يصير فيئاً في الحال، وصححه

(9/424)

المجد.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 170
فرع: رسول الكفار لا يقتل، ولو كان مرتدّاً، حكاه في «الفروع» عن «الهدى» بدليل رسول مسيلمة، وفي «الفنون» في مولود برأسين فبلغ، نطق أحدهما بالكفر، والآخر بالإسلام، إن نطقاً معاً، ففي أيهما يغلب؟ احتمالان، قال: والصحيح إن تقدم الإسلام فمرتد(وإذا عقل الصبي الإسلام، صح إسلامه ووردته) في ظاهر المذهب لإسلام علي بن أبي طالب وهو صبي، وعد ذلك من مناقبه وسبقه، وقال:
سبقتكم إلى الإسلام طراً صبيّاً ما بلغت أو ان حلمي

(9/425)

ويقال: هو أول من أسلم من الصبيان، ومن الرجال: أبو بكر، ومن النساء: خديجة، ومن العبيد: بلال وقال عروة: أسلم علي والزبير، وهما ابنا ثمان سنين، ولم يرد على أحد إسلامه من صغير أو كبير لقوله عليه السلام: «من قال: لا إله إلا الله، دخل الجنة» ولأن من صح إسلامه صحت رده كالبالغ. وقوله عليه السلام: «كل مولود يولد على الفطرة» و «أمرت أن أقاتل الناس» الخبرين. والصبي داخل في ذلك، وإذا صح إسلامه كتب له لا عليه، وتحصل له سعادة الدارين، لا يقال: الإسلام يوجب عليه الزكاة في ماله، ونفقة قريبة المسلم، وحرمة ميراث قريبة الكافر، وفسخ نكاحه، لأن الزكاة نفع محض، لأنها سبب النماء والزيادة، محصنة للمال، والميراث والنفقة أمر متوهم، وذلك مجبور بحصول الميراث للمسلمين، وسقوط نفقة أقاربه الكفار، ثم هو ضرر مغمور بالنسبة إلى ما يحصل له من سعادة الآخرة والخلص من الشقاء والخلود في الجحيم، وشرطه: أن يعقل الإسلام، ومعناه: أن يعلم أن الله ربه، لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله، وهذا لا خلاف في اشتراطه، فإن الطفل الذي لا يعقل، لا يتحقق منه اعتقاد الإسلام، وإنما كلامه لقلقة بلسانه لا يدل على شيء، ذكره في «المغني» وغيره، وشرط الخرقى مع ذلك، وتبعه في «الوجيز»: أن يكون له عيش سنين، لأنه - عليه السلام - أمر بضربه على الصلاة العشر. وجوابه: بأن أكثر المصححين لإسلامه لم يشترطوا ذلك، ولم يجدوا له حداً من السنين، وحكاه ابن المنذر عن أحمد، لأن المقصود متى حصل لاجابة إلى زيادة عليه(وعنه: يضح إسلامه دون رده) قال في «الفروع»: وهي أظهر، لأن الإسلام محض مصلحة ونفع، فصح منه بخلاف الردة، فعلى هذا: حكمه حكم من لم يرتد، فإن بلغ وأصر على الكفر كان

مرتداً (وعنه: لا يصح شيء منهما حتى يبلغ) لقوله عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاث» الخبر. ولأنه قول ثبت به الأحكام، فلم يصح من الصبي كالهبة والعتق، ولأنه غير مكلف، أشبه الطفل، وعنه: يصح من

(9/426)

أبن سبع سنين لأمره بالصلاة. وقال ابن أبي شيبة: يصح من ابن خمس سنين، وأخذه من إسلام علي (والمذهب الأول) نصره القاضي في «الخلافة» وعليه فقهاء الأصحاب، وعليهن يحال بينه وبين الكفار، قال في «الانتصار»: يتولاه المسلمون، ويدفن بمقابرهم، وإن فرضيته مترتبة على صحته كصحته تبعاً، وكصوم مريض ومسافر رمضان (وإن أسلم) ثم رجع (ثم قال: لم أدر ما قلت، لم يلتفت إلى قوله) كالبالغ (وأجبر على الإسلام) لأنه محكوم بإسلامه لمعرفتنا بعقله، لأنه كفر بعد إسلامه، ولهذا صح إسلامه، لأنه محض مصلحة أشبه الوصية. وعنه: ينتقل منه، ولا يجبر على الإسلام، لأنه في مظنه النقص، وصدقه جائز، ذكره أبو بكر، والعمل على الأول، لأنه قد ثبت عقله للإسلام، ومعرفته به، وفعله فعل العقلاء، وقد تكلم بكلامهم (ولا يقتل حتى يبلغ) أي: الصبي لا يقتل إذا ارتد حتى يبلغ، سواء قلنا بصحة رده، أو لا، لأن الغلام لا تجب عليه عقوبة بدليل أنه لا يتعلق به حكم الزنى والقتل، فكذا لا يجب أن يتعلق به حكم الردة (ويجاوز ثلاثة أيام من وقت بلوغه) لأجل وجوب استتابته ثلاثاً (فإن ثبت على كفره، قتل) لأنه مرتد مصير علي رده، فوجب قتله، سواء كان مرتداً قبل بلوغه، أو لا، وسواء كان مسلماً أصلياً فارت، أو كافراً فأسلم صبياً، ثم ارتد. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 170
فرع: من أسلم وقال: لم أدر ما قلت، أو لم أعتقد الإسلام، وإنما أظهرت الشهادتين، صار مرتداً، نص عليه في مواضع. وعنه: يقبل منه مع ظن صدقه، نقلها عنه محمد بن الحكم.

(9/427)

(ومن ارتد وهو سكران) صحت رده في ظاهر المذهب، وجزم به الأكثر، وصححه في «الرعاية» كإسلامه لقول علي: إذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، وعلى المفتري ثمانون فأوجبوا عليه حد الفرية التي يأتي بها في سكره، واعتبروا مظنتها، ولأنه يصح طلاقه، فصحت رده كالصاحي، ولأنه لا يزول عقله بالكلية، ولهذا يتقي المحذورات، ويفرح بما يسره، ويغتم بما يضره، ويزول سكره عن قرب، أشبه الناعس بخلاف المجنون (لم يقتل حتى يصحو) فيكمل عقله، ويفهم ما يقال له، وتزول شبهته، لأن القتل جعل للزجر (وتتم له ثلاثة أيام من وقت رده) لأن زوال العقل حصل بتعديه بخلاف الصبي، فإن استمر سكره أكثر من ثلاث، لم يقتل حتى يصحو، ثم يستتاب عقب صحوه، فإن تاب وإلا قتل في الحال (فإن مات) أو قتل (في سكره، مات كافراً) لأنه هلك بعد ارتداده، ولم ترثه ورثته من المسلمين (وعنه: لاتصح رده) لأن ذلك متعلق بالاعتقاد والقصد، والسكران لا يصح عقده، أشبه المعتوه، ولأنه زائل العقل غير مكلف، أشبه المجنون، وجوابه: المنع بأنه ليس بمكلف، فإن الصلاة واجبة

عليه، وعنه: يصح أسلامه فقط، حكاها ابن البنا. تنبيه: علم مما سبق أنه لا تصح ردة مجنون ولا إسلامه، لأنه لا قول له، فإن ارتد، في صحته، ثم جن، لم يقتل في حال جنونه، لأنه يقتل بالإصرار على الردة، والمجنون لا يوصف بالإصرار، فإن قتل أحد هؤلاء عزر القاتل، ولا ضمان عليه، لأنه قتل كافراً لا عهد له، أشبه قتل نساء أهل الحرب.

(9/428)

(وهل تقبل توبة الزنديق) وهو المنافق الذي يظهر الإسلام، ويخفي الكفر (ومن تكررت رده، أو من سب الله أو رسوله، أو الساحر؟) أي: من كفر بسحره (على روايتين: إحداهما: لا تقبل توبته، ويقتل بكل حال) الأشهر أنها لا تقبل توبتهم، جزم بها في «الوجيز» وقدمها في «الفروع» وذكر ابن حمدان: أنها أظهر، واختارها أبو بكر، لأن علياً أتى بزنادقة، فسألهم، فجدوا، فقامت عليهم البينة، فقتلهم ولم يستتبعهم، رواه أحمد في «مسائل عبد الله». ولأن في قبول توبته خطراً لأنه لا سبيل إلى الثقة به، ولأن إبقائه يؤدي إلى السلطة في الباطن على إفساد عقائد المسلمين، وفيه ضرر عظيم.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 170

(9/429)

فرع: من أظهر الخير، وأبطن الفسق فكالزنديق في توبته في قياس المذهب، ذكره ابن عقيل، وحمل رواية قبول توبة الساحر على المتظاهر، وعكسه بعكسه، وكذا من تكررت رده لقوله تعالى: {إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلاً} (النساء: 137). ولما روى الأثرم بإسناده عن ظبيان بن عمارة أن ابن مسعود أتى برجل فقال له: إنه قد أتى بك مرة، فزعمت أنك تبت، وأراك قد عدت فقتله. وعنه: لا تقبل إن تكررت ثلاثاً. وأما من سب الله أو رسوله، فالأصح أنها لا تقبل توبته، لأن ذنبه عظيم جداً، أشبه الزنديق، ونقل حنبل: أو تنقصه، وقيل: ولو تعريضاً، نقل حنبل: من عرض بشيء من ذكر الرب، فعليه القتل، مسلماً كان أو كافراً، وهو مذهب أهل المدينة، وفي «الفصول» عن أصحابنا: لا تقبل إن سب النبي، لأنه حق آدمي، لم يعلم إسقاطه، وإنها تقبل إن سب الله، لأنه يقبل التوبة في خالص حقه، وجزم به في «عيون المسائل» لأن الخالق منزّه عن النقائص، فلا تلحق به بخلاف المخلوق، فإنه محل لها، فافترقا. وأما الساحر فنقل ابن هبيرة: أنها لا تقبل توبته في ظاهر المذهب، وهو ظاهر ما نقل عن الصحابة، ولم ينقل عن أحد منهم أنه استتاب ساحراً، وحديث عائشة في المرأة التي أتت هاروت وماروت يدل عليه، ولأن السحر معنى في القلب لا يزول بالتوبة، أشبه الزنديق (والأخرى: تقبل توبته كغيره) وهو ظاهر الخرفي، زنديقاً كان أو غيره، روي عن علي وابن مسعود، واختاره الخلال، وقال: أنه أولى على مذهب أبي عبد الله، وقدمه في «الكافي» و «الرعاية» لقوله تعالى: {قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف} (الأنفال: 38) ولقوله عليه السلام: «لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس» متفق عليه. ورجح هذا في

«الشرح» وأجاب عن قتل ابن النواحة بأنه إنما قتله لظهور كذبه في توبته، لأنه أظهرها، وما زال عما كان عليه من الكفر، ويحتمل أنه قتله لغير ذلك، وقال

(9/430)

في رواية أبي طالب: إن أهل المدينة يقولون في الزنديق: لا يستتاب. قال أحمد: كنت أقول ذلك أيضاً، ثم هبته، قال القاضي: وظاهره: أنه رجع، فلو زعم أن لله ولداً، فقد سب الله بدليل قوله عليه السلام إخباراً عن ربه: «يشتمني ابن آدم، وما ينبغي له أن يشتمني، أما شتمه إياي، فزعم أن لي ولداً» ولا شك أن توبته مقبولة بغير خلاف، فإذا قبلت توبة من سب الله تعالى، فمن سب نبيه أولى أن تقبل. والصحيح: الأولى، لأن أدلتها خاصة. والثانية: عامة، والخاص مقدم على العام.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 170

فرع: الخلاف في قبول توبتهم، إنما هو في الظاهر في أحكام الدنيا من ترك قتالهم وثبوت أحكام الإسلام في حقهم، وأما قبولها في الباطن فلا خلاف فيه حيث صدق، ذكره ابن عقيل والمؤلف وجماعة، وفي «إرشاد ابن عقيل» رواية: لا تقبل توبة زنديق باطناً، وضعفها، وقال: كمن تظاهر بالصلاح إذا أتى معصية فتاب منها، وإن قتل علي زنديقاً لا يدل على عدم قبولها كتوبة قاطع طريق بعد القدرة، وذكر القاضي وأصحابه رواية: لا تقبل نوبة داعية إلى بدعة مضلة، اختارها أبو إسحاق بن شاقلا. وفي «الرعاية»: من كفر ببدعة، قبلت توبته على الإصح.

(9/431)

(وتوبة المرتد)، وكل كافر (إسلامه، وهو أن يشهد ألا إله إلا الله، وأن محمداً عبده ورسوله) لحديث ابن عمر أن النبي قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا ألا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، وقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك، عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام، وحسابهم على الله عز وجل» متفق عليه. وهذا يثبت به إسلام الكافر الأصلي، فكذا المرتد، ولا يحتاج مع ثبوت إسلامه إلى الكشف عن صحة رده، وهذا يمكن لمن كانت رده بجدد الوجدانية، أو جدد رسالة محمد عليه السلام. وظاهره: لا يغني قوله: وأشهد أن محمداً عبده ورسوله عن كلمة التوحيد، وعنه: بلى، قدمها في «الرعاية» لأن يهودياً قال النبي: أشهد أنك رسول الله، ثم مات، فقال النبي: «أشهد أنك رسول الله، ثم مات»، فقال النبي: «صلوا على صاحبكم» ذكره أحمد في رواية مهنا محتجاً به، ولأنه لا يقر برسالة محمد إلا ويقر بمن أرسله، وعنه: من مقر به، قال في «الشرح»: وبهذا جاءت الأخبار، وهو الصحيح، لأن من جدد شئتين لا يزول جده إلا بإقرارهما جميعاً، قال في «الفروع»: ويتوجه احتمال: يكفي التوحيد ممن لا يقر به كوثني للظاهر الأخبار، ولخبر أسامة وقتله الكافر الحربي بعد قوله: لا إله إلا الله. لأنه مصحوب بما يتوقف عليه الإسلام ومستلزم له وفاقاً للشافعية وغيرهم، فلو قال: أشهد أن النبي رسول الله، لم يحكم بإسلامه لأنه يحتمل أن يريد غير نبينا «إلا أن تكون

ردته بإنكار فرض، أو إحلال محرم، أو جحد نبي، أو كتاب، أو إلى دين من يعتقد أن محمداً بعث إلى العرب خاصة، فلا يصح إسلامه حتى يقر بما جحدته» لأن رده بجحدته، فإذا كانت رده باعتقاد أن محمداً بعث إلى العرب فلا بد وأن «يشهد أن محمداً بعث إلى العالمين» ولا بد أن يقول مع ذلك كلمة الشهادتين، ولا يكفي مجرد إقراره بما جحدته» أو يقول: أنا بريء من كل دين يخالف الإسلام» لأنه يحتمل أن يريد بالشهادة ما

(9/432)

يعتقده، ولأن الرجوع إلى الإسلام لا يكون إلا بذلك.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 170
فرع: يكفي جحدته لردته بعد إقراره بها في الأصح كرجوعه عن حد لا بعد بينة، بل يجدد إسلامه، قال جماعة: يأتي بالشهادتين، ونقل ابن الحكم فيمن أسلم ثم تهود، أو تنصر، فشهد عليه عدول، فقال: لم أفعل وأنا مسلم، قبل قوله، قال الشيخ تقي الدين: اتفق الأئمة أن المرتد إذا لم عصم دمه وماله، وإن لم يحكم به حاكم، ولا يحتاج إلى أن يقر بما شهد عليه به، فإذا لم يشهد عليه عدل، لم يفتقر الحكم إلى إقراره، بل إخراجه إلى ذلك قد يكون كذباً، ولهذا لا يجوز بناء حكم على هذا الإقرار كالإقرار الصحيح، فإنه قد علم أنه لقنه، وأنه فعله خوف القتل، وهو إقرار تلجئه.
تبيه: ظاهر كلامه: أنه إذا قال: أنا مؤمن، أنا مسلم، لم يكتف بذلك. علم ما يراد منه، ونصر القاضي وابن البنا: الاكتفاء بذلك عن الشهادتين، لما روى المقداد أنه قال: يارسول الله أرأيت إن لقيت رجلاً من الكفار، فقاتلني فضرب إحدى يدي بالسيف، فقطعها، ثم لاذمني بشجرة فقال: أسلمت، أفأقتله يارسول الله بعد أن قالها؟ قال: «لا تقتله» رواه مسلم. ولأن ذلك اسم لشيء، فإذا أخبر به فقد أخبر بذلك الشيء، وذكر المؤلف احتمالاً: أن هذا في الكافر الأصلي، أو من جحد الوحدانية. أما من كفر بجحد نبي، أو كتاب، أو فريضة ونحوه، فلا يصير مسلماً بهذا، لأنه ربما اعتقد أن الإسلام ما هو عليه، فإن أهل البدع كلهم يعتقدون أنهم مسلمون، ومنهم من هو كافر.
فرع: إذا شهد عليه بأنه كفر، وادعى الإكراه قبل مع قرينة، ولو شهد عليه بكلمة كفر فادعاه، قبل مطلقاً في الأصح، لأن تصديقه ليس فيه تكذيب للبيئة، ولا أسلم على صلاتين، قبل منه، وأمر بالخمسة.

(9/433)

(وإذا مات المرتد فأقام وارثه بينة: أنه صلى بعد الردة، حكم بإسلامه) لقوله عليه السلام: «من صلى صلاتنا» الخبر. سواء صلى في جماعة أو منفرداً، في دار الحرب أو الإسلام. لأنها ركن يختص به الإسلام، فحكم بإسلامه كالشهادتين، ولأن ما كان إسلاماً في دار الحرب كان إسلاماً في دار الإسلام كالشهادتين، ومقتضاه: أنها إذا شهدت بأنه أتى بغيرها من زكاة، أو صوم، أو حج، لا يحكم بإسلامه، ولا يثبت الإسلام حتى يأتي بصلاة تتميز عن صلاة الكهان، ولا تحصل بمجرد القيام، وذكر ابن تميم: أن من حج أو صام يقصد

رمضان، أو آتى ماله على وجه الزكاة، أو أذن في غر محل الأذان، قال ابن حمدان: أو غير وقته هل يحكم بإسلامه؟ على وجهين. واختار القاضي: أنه يحكم بإسلامه بالحج فقط. (ولا يبطل إحصان المسلم برده يعني: إذا كن امحصناً، فارتد، ثم أسلم، لم يزل إحصانه، بل إذا زنى فإنه يرحم، لأنه ثبت له حكم الإحصان، والأصل بقاء ما كان عليه (ولا عباداته التي فعلها في إسلامه إذا عاد إلى الإسلام) لأنه فعلها على وجهها، وبرئت ذمته منها، فلم تعد إلى ذمته كدين الآدمي. وفي «الرعاية»: في الصوم وجهان في وجوب القضاء، وقدم فيها. وفي «المحرر»: أنه إذا صلى، ثم كفر، ثم أسلم في وقتها، لم يعدها، وقيل: بلى، وإن حج، ثم كفر، ثم أسلم فروايتان، أشهرهما: لا يعيد. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 170 فصل

(9/434)

(ومن ارتد، لم يزل ملكه) أي: لا يحكم بزوال ملكه، قدمه في «الكافي» و«المحرر» و«المستوعب» ونصره في «الشرح» لأن الردة سبب بيع دمه، فلم يزل ملكه بها كزنى المحصن، لأن زوال العصمة لا يلزم منه زوال الملك كالقاتل في المحاربة، وأهل الحرب (بل يكون موقوفاً، وتصرفاته) من البيع والهبة والوقف ونحوه (موقوفة) على المذهب، قاله ابن المنجا، لأنه مال تعلق به حق الغير، فكان التصرف فيه موقوفاً كتبرع المريض، ولكن المذهب أنه يمنع من التصرف فيه، قاله القاضي وأصحابه، وفي «الوسيلة»: نص عليه. ونقل ابن هانئ: يمنع منه، واختار المؤلف أنه يترك عند ثقة، وجعل في «الترغيب» كلام القاضي والمؤلف واحداً، وكذا ذكره ابن البنا وغيره، ونص عليه أحمد، ولم يقولوا: يترك عند ثقة، بل قالوا: يمنع منه (فإن أسلم، ثبت ملكه وتصرفاته) وكان ذلك صحيحاً (وإلا بطلت) أي: إذا مات، أو قتل في رده، كان باطلاً تغليظاً عليه بقطع ثوابه بخلاف المريض، وينتقل ماله فيئاً من حين موته، وفي «المحرر»: على ذلك تنفذ معاوضته، ويقر بيده، وتوقف تبرعاته، وترد بموته مرتداً (وتقضى يديونه) لا دين متجدد في الردة (وأروش جنائياته) لأن ذلك حق واجب عليه (وينفق على من تلزمه مؤنته) لأن ذلك واجب بإيجاب الشرع، أشبه الدين (وما أتلف من شيء، ضمنه) نص عليه، لأن الإتلاف يوجب الضمان على المسلم، فلأن يوجب على المرتد بطريق الأولى، وعنه: إن فعله بدار حرب، أو في جماعة مرتدة ممتنعة، فلا، اختاره الخلاف وصاحبه والمؤلف لفعل الصحابة، وكالكافر الأصلي إجماعاً، وقيل: هم كبغاة، قال: وإن المرتد تحت حكمنا ليس محارباً، يضمن إجماعاً.

(9/435)

فرع: يؤخذ بحد فعله في رده، نص عليه كقبلها، وظاهر نقل مهنا واختاره جماعة: إن أسلم فلا، كعبادته (ويتخرج في الجماعة الممتنعة إلا تضمن ما أتلفته) لأنها في معنى البغاة، ولأن الباغي إنما لم يضمن ما أتلفه، لأنه في تضمينه تنفيراً له عن الرجوع إلى قبضة الإمام، وهذا المعنى موجود في

الجماعة المرتدة الممتنعة، وصح في «الشرح» و «الرعاية» أنه لاضمان عليهم فيما أتلوه حال الحرب (وقال أبو بكر: يزول ملكه برده) واختاره أبو إسحاق، وصاحب «التبصرة» و «الطريق الأقرب» وهو رواية، لأن عصمة نفسه وماله إنما يثبت بإسلامه، فزوال إسلامه مزيل عصمتها، كما لو لحق بدار الحرب، ولأن المسلمين ملكوا أراقة دمه برده، فوجب أن يملكوا أمواله بها، وعنه: أن مات أو قتل، تبينا زواله من حين رده، فلو باع شقفاً مشفوعاً، أخذ بالشفعة على الأولى. وعلى الثانية يجعل في بيت المال (ولا يصح تصرفه) لأن ملكه قد زال برده، وجوابه: أن ملكه قد تعلق به حق غيره في بقاء ملكه فيه، فكان تصرفه موقوفاً كتصرف المريض.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 184
(وإن أسلم، رد إليه تمليكاً مستأنفاً) أي: جديداً لزواله برده.

(9/436)

تذنيب: إذا تزوج لم يصح، لأنه لا يقر على النكاح ككناح الكافر مسلمة، وكذا لو زوج موليته، لأن النكاح لا يكون موقوفاً. فلو وجد منه سبب يقتضي التمليك كالصيد والاتهاب والشراء، ثبت الملك إن بقي ملكه، وإلا فلا، واحتج به «الفصول» على بقاء ملكه، وأن الدوام أولى، وعلى رواية: يرثه مسلم، أو أهل دينه الذي اختاره. فكمسلم فيه، وفي «الانتصار»: لا قطع بسرقة لعدم عصمته (وإذا أسلم فهل يلزمه قضاء ما ترك من العبادات الخمس؟ على روايتين) إحداهما: يقضي، صححها في «الرعاية» وجزم بها في «الوجيز» لأنها عبادة واجبة التزم بوجودها، واعترف به في زمن إسلامه. فلزمه القضاء كغير المرتد. والثانية: لا يلزمه، وهي الأشهر لقوله تعالى: {قل للذين كفروا إني انتهوا يغفر لهم ما قد سلف} (الأنفال: 38) وكالحربي، ولأن أبا بكر - رضي الله عنه - لم يأمر المرتدين بقضاء ما فاتهم. وقدم المجد وابن تميم: أنه يلزمه قضاء ما تركه قبل الردة من صلاة وصوم وزكاة. وقيل: يقضي غير الحج رواية واحدة، وذكر ابن تميم وابن حمدان: أن لو جن بعد تركه، لم تسقط عنه الصلاة، وإن حاضت سقطت.

(وإذا ارتد الزوجان، ولحقا بدار الحرب، ثم قدر عليهما، لم يجز استرقاقهما) لأنه لا يقر على الردة، يدل عليه قوله عليه السلام: «من بدل دينه فاقتلوه» ولم ينقل أن الذين سباهم أبو بكر كانوا أسلموا، ولا يثبت لهم حكم الردة، وقول علي: تسبى المرتدة، ضعفه أحمد (ولا استرقاق أولادهما الذين ولدوا في الإسلام) لأنه محكوم بإسلامه بإسلام والده، وكولد من أسر من ذمة (ومن لم يسلم منهم، قتل) للخبر، ويعتبر فيه بلوغهم (ويجوز استرقاق من ولد منهم بعد الردة) في المنصوص، لأنه محكوم بكفره، لأنه ولد بين أبوين كافرين، وليس بمرتد، نص عليه، وهو ظاهر كلام جماعة كولد الحربيين، وعنه: لا يجوز استرقاقهم.

(9/437)

فرع: الحمل حال رده ظاهر كلام الخرقى أنه كالحادث بعد كفره، واقتصر عليه في «الشرح» وفي «الكافي»: الحمل كولد الظاهر لأنه موجود، ولهذا يرث (وهل يقرون) أي: من ولد بعد الردة (على كفرهم؟ على روايتين) إحداهما- وجزم بها في «الوجيز» - يقر على كفره كأولاد أهل الحرب، وكالكافر الأصلي، والجامع بينهما اشتراكهما في جواز الاسترقاق. والثانية: لا يقرون، فإذا أسلموا رقوا، لأنهم أولاد من لا يقر على كفر، فلا يقرون كالموجودين قبل الردة، قال في «الفروع»: وهل يقر بجزية أم الإسلام ويرق، أو القتل؟ فيه روايتان.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 184

فرع: إذا لحق بدار حرب، فهو وما معه كحربي، وما بدارنا فيء من حين موته. ولو ارتد أهل بلد، وجرى فيه حكمهم، فدار حرب يغنم مالهم وولد حدث بعد الردة، وعلى الإمام قتالهم.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 184

فصل

اعلم أن السحر عقد ورقى وكلام يتكلم به، أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن المسحور، أو قلبه، أو عقله من غير مباشرة له، وله حقيقة في قول الأكثر، فمنه ما يقتل، ومنه ما يمرض، ومنه ما يمنع الرجل من وطء امرأته، ومنه ما يفرق بينهما، وقال بعض العلماء: إنه لاحقيقة له، وإنما هو تخيل، لقوله تعالى: {يخيل إليه من سحرهم أنها تسعى} (طه: 66). وجوابه: قوله تعالى: {قل أعوذ برب الفلق. من شر ما خلق، ومن شر غاسق إذا وقب. ومن شر النفاثات في العقد} (5: 311) يعني: السواحر اللاتي يعقدن في سحرهن، ولولا أن له حقيقة لما أمر بالاستعانة منه.

(9/438)

قال الأصحاب: يكفر الساحر بتعلمه وتعليمه كاعتقاد حله، وعنه: لا، اختاره ابن عقيل، وجزم به في «التبصرة» وكفره أبو بكر بعمله، قال في «الترغيب»: هو أشد تحريماً، وحمل ابن عقيل كلام أحمد في كفره على معتقده، وأن فاعله يفسق ويقتل حداً (و) هو (الساحر الذي يركب المكنسة، فتسير به في الهواء ونحوه يكفر) لقوله تعالى: {وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس الساحر وما أنزل على الملكين ببابل هاروت ومروت وما يعلمان من أحد حتى يقولوا إنما نحن فتننة فلا تكفر} (البقرة: 103) (ويقتل) بالسيف، لما روى جندب مرفوعاً قال: «حد الساحر ضربة بالسيف» رواه الترمذي، وقال: الصحيح عن جندب موقوف، وعن بجالة بن عبد قال: كنت كاتباً لجزء بن معاوية عم الأحنف بن قيس، فأتانا كتاب عمر قبل موته بسنة: «أن اقتلوا كل ساحر وساحرة»، رواه أحمد وسعيد. وفي رواية: فقتلنا ثلاث سواحر في يوم واحد. وقتلت حفصة جارية لها سحرتها. رواه مالك. وروي عن عثمان، وابن عمر. وعن أحمد: لا يقتل به لحديث عائشة في المدبرة التي سحرتها فباعتها. ولقوله عليه السلام: «لا يحل دم امرئ إلا بإحدى ثلاث» الخبر. فإن قتل به قتل، وعلى الأول: هذا في الساحر المسلم، فأما ساحر أهل الكتاب، فلا يقتل بسحره على الأصح، وفي «التبصرة»: إن اعتقد جوازه (فأما الذي يسحر بالأدوية والتدخين، وسقي شيء لا يضر، فلا يكفر ولا يقتل) ذكره الأصحاب. لأن

الله - تعالى - وصف الساحرين الكافرين بأنهم يفرقون بين المرء وزوجه، فيختص الكفر بهم، ويبقى من سواهم من السحرة على أصل العصمة (ولكن يعزر) إذا ارتكب معصية، وفي «عيون المسائل»: أنه يعزر بما يردعه، وما قاله غريب، ووجهه: أنه يقصد الأذى بكلامه وعمله عل وجه المكر والحيلة، أشبه السحر، ولهذا يعلم بالعادة والعرف أنه يؤثر وينتج ما يعمله السحر، أو أكثر، فيعطي حكمه تسوية بين المتماثلين والمتقاربين لاسيما إن قلنا: يقتل الأمر بالقتل على رواية، فهنا

(9/439)

أولى (ويقتص منه أن فعل ما يوجب القصاص) كما يقتص من المسلم وإلا فالدية.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 188
(وأما الذي يعزم على الجن، ويزعم أنه يجمعها، فتطيعه، فلا يكفر ولا يقتل) وهو المعزم، وكذا من يحل السحر، وقد توقف أحمد، عنها، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل يزعم أنه يحل السحر؟ فقال: رخص فيه بعض الناس، ثم قال: ما أدري ما هذا، وفيه وجهان، وفي «الشرح»: إن كان يحله بشيء من القرآن أو الذكر، فلا بأس به، وإن كان بشيء من السحر فقد توقف أحمد (وذكره أبو الخطاب) تبعاً للقاضي، وقدمه في «المحرر» (في السحرة الذين يقتلون) لما ذكرنا، وذكر القاضي في هذا تفصيلاً، فقال: الساحر إن اعتقد أن الكواكب فاعلة، ويدعي بسحره معجزات لا يجوز وجود مثلها إلا للأنبياء، مثل أن يدعي إن الجن تخبره بالمغيبات، وأنه يقدر على تغيير صور الأشياء والطيران في الهواء، والمشى على الماء، فهو كافر، وإن اعتقد أن الله - تعالى - هو الفاعل المدبر لذلك عند وجود هذا الفعل من جهته، لم يصدقه، وقال ابن عقيل: لا يكفر إلا بالاعتقاد، لأن السحر صناعة تعود بفساد أحوال وأخذ أموال، وقتل نفوس، وهذا القدر بالباشرة لا يوجب التكفير. أصل: مشعبذ وقائل بزجر طير، وضارب بحصى وشعير وقداح: إن لم يعتقد أباحتها، وأنه لا يعلم به عزز وكف عنه، وإلا كفر، ويحرم طلسم ورقية بغير عربة، وقيل: يكره.

فرع: من قبلت توبته لم يجب تعزيرة في ظاهر كلامهم، لأنه لم يجب غير القتل، وقد سقط، والحد إذا سقط بالتوبة أو استوفي، لم تجز الزيادة عليه كسائر الحدود، قال الشيخ تقي الدين فيمن شفع عنده في شخص فقال: لو جاء النبي يشفع ما قبل: إن تاب بعد القدرة عليه قبل، لا قبلها في أظهر قولي العلماء، ويسوغ تعزيره، أي: بعد التوبة.

مسائل: الأولى: إذا أسلم أبو حمل أو طفل، أو أحدهما لاجد وجدة، والمنصوص: أو مميز لم يبلغ، ونقل ابن منصور: لم يبلغ عشرًا فمسلم/

(9/440)

الثانية: إذا ماتا، أو أحدهما في دارنا، وقيل: أو دار حرب فمسلم على الأصح، نقله واختاره الأكثر، وفي «الموجز» و «التبصرة»: لا يموت أحدهما، نقل أبو

طالب في يهودي، أو نصراني مات وله ولد صغير: فهو مسلم إذا مات أبواه، ويرث أبويه، ونقل جماعة: إن كفله المسلمون فمسلم، ويرث الولد الميت لعدم تقدم الإسلام، واختلاف الدين ليس من جهته كالطلاق في المرض، ولأنه يربط إجماعاً، فلا يسقط بمختلف فيه، وهو الإسلام، وكما تصح الوصية لأم ولده، ولأنه لا يمتنع حصول إرثه قبل اختلاف الدين كما قالوا: الدين لا يمنع الإرث، وإن لم يكن الميت مالكا يوم الموت، لكن في حكم المالك، ذكره القاضي.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 188

الثالثة: أطفال الكفار في النار، وعنه: الوقف، واختار ابن عقيل وابن الجوزي: أنهم في الجنة كأطفال المسلمين، ومن بلغ منهم مجنوناً، واختار الشيخ تقي الدين تكليفهم في القيامة ويتبع أبويه في الإسلام كصغير، فيعابا بها، نقل ابن منصور فيمن ولد أعمى، أبكم، أصم، وصار رجلاً: هو بمنزلة الميت هو مع أبويه. وإن كانا مشركين، ثم أسلما بعدما صار رجلاً، قال: هو معهما، قال في «الفروع»: ويتوجه مثلهما من لم تبلغه الدعوة.

الرابعة: من أطلق الشارع كفره كدعواه غير أبيه. ومن أتى عرافاً فصدته بما يقول، فقيل: كفر النعمة، وقيل: قارب الكفر، وذكر ابن حامد روايتين: إحداهما: تشديد وتأکید. والثانية: يجب الوقف، ولا نقطع بأنه ينقل عن الملة، نص عليه.

خاتمة: قال الأصحاب: معرفة الله - تعالى - وجبت شرعاً، نص عليه، وقيل: بلى، وكذا إن عدماً، أو أحدهما بلا موت، كزنى ذمية، ولو بكافر، واشتباه ولد مسلم بكافر، نص عليهما، والله أعلم.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 188

(9/441)

كتاب الأطعمة

وهي جمع طعام، قال الجوهرى: هو ما يؤكل، وربما خص به البئر، والمراد هنا ما يؤكل ويشرب، فيتبين ما يباح أكله وشربه، وما يحرم. (والأصل فيها الحل) لقوله تعالى: {خلق لكم ما في الأرض جميعاً} (البقرة: 29) ولقوله تعالى: {ويحل لهم الطيبات} (الأعراف: 157) لكن قال الشيخ تقي الدين: لمسلم، وقال أيضاً: الله أمر بالشكر، وهو العمل بطاعته بفعل المأمور وترك المحذور، فإنما أجل الطيبات لمن يستعين بها على طاعته، لقوله تعالى: {ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا} الآية (المائدة: 93) ولهذا لا يجوز أن يعان بالمباح على المعصية كمن يعطي الخبز واللحم لمن يشرب الخمر، ويستعين به على الفواحش، وقوله تعالى: {ثم لتسألن يومئذ عن النعيم} (8: 201) أي: عن الشكر عليه (فيحل كل طعام طاهر) يحترز به عن النجس (لامضرة فيه) على ما فيه مضرة كالسموم، ثم مثل ذلك بقوله: (من الحبوب والثمار) فهو بيان لما يحل أكله، مما جمع الصفات المذكورة (وغيرها) أي: غير الحبوب والثمار مما يجمع الطعم والطهارة وعدم المضرة، وقد سأله الشالنجي عن المسك يجعل في الدواء ويشربه؟ قال: لا بأس به (فأما النجاسات كالميتة والدم) فمحرمة، لقوله تعالى: {حرمت عليكم الميتة والدم} (المائدة: 3) ولأن أكل الميتة أقيح من الأدهان

بدهنها والاستصباح، وهو حرام، فلأن يحرم ما هو أقبح منه بطريق لأولى (وغيرهما) أي: غير ذلك من النجاسات محرّم، فلأنه خبيث، وقد حرم الله أكل الخبيث، وفي الخبر أن النبي لما سئل من فأرة، وقعت في سمن؟ فقال: «لا تقربوه» وفي الأكل قربانه، وهو منهي عنه، وهو يقتضي التحريم (وما فيه مضرة من السموم ونحوها فمحرمة) لقوله تعالى: {ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة} (البقرة:195) ولأن ذلك يقتل غالباً، فحرم أكله لإفضائه إلى الهلاك، ولذا عد من أطعم السم لغيره قاتلاً، وفي «الواضح»: المشهور أن السم نجس، وفيه استعمال لأكله - عليه السلام من الذراع المسمومة (والحيوانات

(9/442)

مباحة) لقوله تعالى: {أحلت لكم بهيمة الأنعام} (المائدة:1) ولعموم النصوص الدالة على الإباحة (إلا الحمر الأهلية) فإنها محرمة في قول أكثر العلماء. قال أحمد: خمسة وعشرون من أصحاب النبي كرهوها. قال ابن عبد البر: لا خلاف في تحريمها، وسنده حديث جابر أن النبي نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، وأذن في لحوم الخيل / متفق عليه. وعن ابن عباس وعائشة أنهما قالا بظاهر قوله تعالى: {قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً} الآية (الأنعام: 145) وأجاب في «الخلافة» بأن معناه: قل: لا أجد فيما نزل من القرآن. وحديث غالب بن أبجر مختلف الإسناد، ولا يعرج عليه مع ما عارضه، مع أن الإذن بالتناول منها محمول على حال الاضطرار. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 193 فرع: حكم ألبانها كهي، ورخص فيه عطاء، وطاووس، والزهري، والأول أصح، لأنه حكم اللبن كاللحم.

(9/443)

(وما له تاب يفرس به) نص عليه (كالأسد، والنمر، والذئب، والفهد، والكلب لما روى أبو ثعلبة الخشني قال «نهى رسول الله عن أكل ذي ناب من السباع» متفق عليه. وعن أبي هريرة أن النبي قال: «كل ذي ناب من السباع حرام» رواه مسلم. قال ابن عبد البر: هذا حديث ثابت مجمع على صحته، وهو نص صريح نخص به عموم الآيات، فيدخل فيه الأسد ونحوه، وقيل: يختص بمن يبدأ بالعدوى، وروي عن الشعبي أنه سئل عن رجل يداوى بلحم كلب قال: لاشفاه الله. فدل على أنه محرّم (والخنزير) وهو محرّم بالنص والإجماع مع أنه ليس له ناب يفرس به (وابن أوى) سئل أحمد عنه، وعن ابن عرس، فقال: كل شيء ينهش بأنياه فهو من السباع، وكل شيء يأخذ بمخاليبه فما نهى الله عنه، قال ابن عقيل: هذا منه يعطي أنه لا يراعى فيهما القوة، وأنه أضعف من الثعلب، ولأن الأصحاب اعتبروا القوة، ولأنه مستخبت غير مستطاب، ولأنه يشبه الكلب، ورائحته خبيثة فيدخل في قوله تعالى: {ويحرم عليهم الخبائث} (الأعراف:157) (والنسور) الأهلي، لما روى جابر أن النبي «نهى عن أكل الهر» رواه أبو داود، وابن ماجه، والترمذي، وقال: غريب. قال أحمد: ليس يشبه السباع، قال الشيخ تقي الدين: ليس في كلامه إلا الكراهة، وجعله أحمد

قياساً، وأنه يقال) يعمها اللفظ، ونقل حنبل: هو سبع، ويعمل بأنياه كالسبع،
ونقل فيه جماعة: يكره. قال الحسن: هو مسخ (وابن عرس) وقد تقدم
(والنمس) لأنه من جملة السباع (والقرد) قال ابن عبد البر: لا أعلم خلافاً بين
العلماء في تحريم أكله، وأنه لا يجوز بيعه، وروي الشعبي أن النبي نهى عن لحم
القرد ولأنه سبع له ناب، فيدخل في عموم التحريم، وهو مسخ، فيكون من
الخبائث المحرمة.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 193

(9/444)

تنبيه: لم يتعرض المؤلف لذكر الدب، وهو محرم مطلقاً خلافاً لابن رزين، وفي
«الرعاية»: وقيل: كبير، وهو سهو، قال أحمد: إن لم يكن له ناب فلا بأس به،
وهو محمول على الصغير، والأشهر أنه حرام مطلقاً، وكذا الفيل (إلا الضيع؟
فقال: «هو صيد، ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم» رواه أبو داود. لا يقال:
بأنه داخل في عموم النهي، لأن الدال على حله خاص، والنهي عام، ولا شك إن
الخاص مقدم على العام (وماله مخلب) بكسر الميم، وهو بمنزلة الظفر
للإنسان (من الطير يصيد به) نص عليه (كالعقاب، والبازي، والصقر، والشاهين،
والحدأة، والبومة) في قول أكثر العلماء، لما روى ابن عباس قال: نهى النبي
«عن كل ذي مخلب من الطير» رواه أبو داود. وعن خالد بن الوليد مرفوعاً
نحوه. وقال أبو الدرداء وابن عباس: ما سكت الله عنه، فهو مما عفى عنه.
وقال الليث والأوزاعي: لا يحرم شيء من الطير لعموم الآيات المبيحة. وجوابه:
الخبر، وبه يخص عموم الآيات، وكذا كل ما أمر الشارع بقتله، أو نهى عنه. وفي
«الترغيب»: تحريماً إذ لو حل، لقيده بغير مأكله (وما يأكل الجيف) نص
عليه (كالنسر، والرخم، والقلق، وغراب البين، والأبقع) لقوله عليه السلام:
«خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم» الخبر. فذكر منها: الغراب، والباقي
كهو للمشاركة بينهما في أكلها الجيف، ولأنه عليه السلام أباح قتلها في الحرم،
ولا يجوز قتل صيد مأكول في الحرم، ولأن ما يؤكل لا يحل قتله إذا قدر عليه، بل
يذبح ويؤكل، ونقل عبد الله وغيره: يكره. وجعل فيه الشيخ تقي الدين روايتي
الجلالة. وإن غالب أجوبة أحمد ليس فيها تحريم، ونقل حرب: لا بأس به، لأنه لا
يأكل الجيف (وما يستخيث) أي: ما تستخيثه العرب، والأصح ذو اليسار، وقبل:
على عهد النبي، وقال جماعة: والمروءة، فهو محرم، لقوله تعالى: {ويحرم
عليهم الخبائث} (7: 751) وما استطابته فهو طيب، لقوله تعالى {ويحل لهم
الطيبات} (7: 751) والذين تعتبر استطابتهم واستخبائهم هم أهل الحجاز من

(9/445)

أهل الأمصار، لأنهم هم الذين نزل عليهم الكتاب، وخوطبوا به وبالسنة، فرجع
مطلق ألفاظها إلى عرفهم، ولم يعتبر أهل البوادي، لأنهم للضرورات والمجاعة
يأكلون ما وجدوا، ولهذا سئل بعضهم عما يأكلون فقال: كل ما دب ودرج إلا أم
جنين. وما لاتعرفه العرب، ولا ذكر في الشرع يرد إلى أقرب الأسماء شبيهاً به،
وعن أحمد وقدماء أصحابه: لا أثر لاستخبات العرب، فإن لم يحرمه الشرع

حل، قاله الشيخ تقي الدين (كالفنغذ) لقوله عليه السلام «هو من الخبائث»
وراه سعيد، وإبو داود. قال أبو هريرة: هو حرام، رواه سعيد. وعلل أحمد
الفنغذ بأنه يبلغه أنه مسخ، أي: لما مسخ على صورته دل على خبثه، ولأنه
يشبه المحرمات، ويأكل الحشرات، أشبه الجرذ (والفأرة) وهي الفويسقة، نص
عليه (والحيات) جمع حية، لأمره - عليه السلام - محرماً بقتلها، رواه مسلم.
ولأن لها ناباً من السباع، نص عليه (والعقارب) والوطواط، نص عليهما، لقوله
تعالى:

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 193

{ويحرم عليكم الخبائث} (والحشرات كلها) كالديدان، وبنات رودان،
والخنافس، والزنابير، والنحل، وفيهما رواية في الإشارة وفي «الروضة»: «يكره
ذباب وزنبور. وفي «التبصرة» في خفاش وخطاف: وجهان، وكره أحمد
الخفاش، لأنه مسخ. قال الشيخ تقي الدين: هل هي للتحريم؟ فيه وجهان (وما
تولد من مأكول وغيره كالبغل) وهو محرم، نص عليه، عند كل من حرم الحمار
الأهلي (والسمع ولد الضبع من الذئب، والعسبار ولد الذئبة من الذبح) وهو
الذكر من الضبعان، فيكون العسبار عكس السمع، وظاهره: ولو تميز كحيوان
من نعجة نصفه خروف ونصفه كلب، قاله الشيخ تقي الدين، لا متولد من
مباحين كبغل من وحش وخيل، وما تولد من مأكول طاهر كذباب الباقلاء يؤكل
تبعاً لا أصلاً في الأصح فيهما، وقال ابن عقيل: يحل بموته، قال: ويحتمل كونه
كذباب، فيه روايتان.

(9/446)

قال أحمد في الباقلاء المدود: يجتنبه أحب إلي، وأن لم يتقذرة فأرجو، وقال
عن تفتيش الثمر المدود: لأبأس به إذا علمه.
فرع: إذا كان أحد أبويه المأكولين مغصوباً، فهو تبع لأمه حلاً وحرمة وملكاً.
(وفي الثلعب والوبر، وسنور البر، واليربوع: روايتان) وفيه مسائل: الأولى:
أكثر الروايات عن أحمد تحريم الثعلب، واختارها الخلال، وصححها الحلواني،
وقدمها في «الفروع» نقل عبد الله أنه قال فيه: لا أعلم أحداً رخص فيه إلا
عطاء، وكل شيء اشتبه عليك فدعه، ولأنه سيع، فيدخل في عموم الخبر.
والثانية: يباح، اختارها الشريف وأبو بكر، لأنه يفدى في الحرم والإحرام، والأول
أظهر للنهي عن كل ذي ناب من السباع.

الثانية: الوبر، هو مباح، قاله في «الشرح» واقتصر عليه في «الكافي» وقاله
عطاء وطاووس، لأنه يأكل النبات، وليس له ناب يفرس به، وليس هو من
المستخبثات، فكان مباحاً كالأرنب، والثانية: حرام، وقاله القاضي قياساً على
النسور.

الثالثة: سنور البر، والأشهر أنه محرم، وصححه الحلواني، وقدمه في
«الفروع» لأنه - عليه السلام - نهى عن أكل الهر، فيدخل فيه البري.
والثانية: مباح، لأنه بري، أشبه الحمار البري.

الرابعة: اليربوع، وهو مباح، نصره في «الشرح» وقدمه في «الكافي» وقاله
عطاء وعروة لقضاء عمر، فإنه حكم فيه بحفرة، ولأن الأصل الإباحة.

(9/447)

والثانية: حرام، لأنه يشبه الفأر وكبق، وهذا الخلاف في هدهد وصرده، وفي سنجاب وجها: أحدهما: محرم، واختاره القاضي، لأنه ينهش بناه، أشبه الجرذ والسنور. والثاني: بياح، أشبه اليربوع، وكذا الخلاف في الغداف، والفنك (وما عدا هذا مباح) بلا كراهة لعموم الأدلة الدالة على الإباحة (كبهيمة الأنعام) لقوله تعالى: {أحلت لكم بهيمة الأنعام} (المائدة: 1) وهي الإبل والبقر والغنم (والخيل) عرابها وبراذينها، نص عليه، وهو قول أكثر الفقهاء، لما روى جابر قال: «نهى النبي يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، وأذن في لحوم الخيل» متفق عليه. ولأنه حيوان طاهر مستطاب ليس بذي ناب ولا مخلب، فكان حلالاً كبهيمة الأنعام، وقال الأوزاعي: يكره، لقوله تعالى: {والخيل والبالغ والحمير لتركبوها وزينة} (النحل: 8).
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 193

(9/448)

وعن خالد بن الوليد قال: نهى النبي عن لحوم الحمر الأهلية وخيلها وبغالها، رواه أبو داود، والنسائي، وابن ماجه. وجوابه: بأن قال أبو داود: هو منسوخ، وقال النسائي: حديث الإباحة أصح، ويشبه إن كان صحيحاً أن يكون منسوخاً. قال النووي: اتفق العلماء على أنه حديث ضعيف، وقال الإمام أحمد: ليس له إسناده جيد، وقال: فيه رجلان لا يعرفان. وأما الآية فإنهم يتمسكون بدليل خطابها، وهم لا يقولون به مع أن نصه على ركوبها لكونه أغلب منافعتها لا يدل على تحريم أكلها. وفي بردون رواية بالوقف (والدجاج) على اختلاف أنواعها، وقال أبو موسى: رأيت النبي يأكل الدجاج (والوحشي من البقر، والظباء، والحمر) والتيس، والوعل، والمها وسائر الوحش من الصيد كلها؛ وظاهره: ولو تأنس، وهو مجمع عليه إلا ما روي عن طلحة بن مصرف أن الحمار الوحشي إذا تأنس، واعتلف هو بمنزلة الأهلي. قال أحمد: وما ظننت أنه روي في هذا شيء، وليس الأمر عندي كما قال، ولأن الضب إذا تأنست لم تحرم كالأهلي إذا توحش، لم يحل (والزرافة) في المنصوص، لأنها تشبه البعير، إلا أن عنقها أطول من عنقه، وجسمها ألطف من جسمه وأعلا منه، وذلك لا أثر له في تحريمها، ولأنها مستطابة ليس لها ناب، ولا هي من المستخثات، أشبهت الإبل. وعنه: الوقف فيها، وحرمتها أبو الخطاب، والأول أصح (والنعامة) بغير خلاف علمناه لقضاء الصحابة فيها بالفدية إذا قتلها المحرم (والأرنب) لأن النبي قبله، متفق عليه. وأمر يأكلها، رواه أبو داود. ولأنه حيوان مستطاب ليس بذي ناب، أشبه الظباء، ولا نعلم قائلاً بتحريمه إلا ما روي عن عمرو بن العاص، قاله في «الشرح» وذكر السامري وابن حمدان رواية بتحريمها (والضبع) وقد علم حكمها فيما سبق، وفيها رواية، قاله ابن البناء، وهي قول أكثر العلماء، لما روي أن النبي سئل عن الضبع؟ فقال: «ومن يأكل الضبع!» لكن هذا حديث تفرد به عبد الملك بن المخارق، وهو متروك الحديث.

(9/449)

وفي «الروضة»: إن عرف منه أكل ميتة، فكجلافة (والضب) قال ابن هبيرة: رواية واحدة، وقاله الأكثر لما روى ابن عباس قال: دخلت أنا وخالد ابن الوليد مع رسول الله بيت ميمونة، فأتي بضب محنود، فرفع يده، فقلت: أحرام هو يا رسول الله؟ قال: «لا، ولكن لم يكن بأرض قومي، فأجدني أعافه» قال خالد: فاحتزته، فأكلته، ورسول الله ينظر/ «متفق عليه. وحديث النهي فيه ليس بثابت (والزاع) وهو صغير أغبر (وغراب الزرع) وهو أسود كبير يطير مع الزاع، ولأن مرعاهما الزرع والحبوب أشبهها الحجل، وقيل: هما واحد (وسائر) أي: باقي (الطير) كالقواخت والقنابر، والقطى، والكركي، والكروان، والبط، والأوز، والحباى لقول سفينة: أكلت مع رسول الله حبارى/ رواه أبو داود. وكذلك الغرائق والطواويس، وطير الماء وأشباه ذلك. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 193

(9/450)

ونقل مهنا: يؤكل الأيل، قيل: أنه يأكل الخبائث، فعجب من ذلك (وجميع حيوان البحر) لقوله تعالى: {أحل لكم صيد البحر وطعامه} (المائدة: 96) ولقوله عليه السلام لما سئل عن ماء البحر فقال: «هو الطهور ماؤه، الحل ميتته» رواه مالك. وفي الخبر أن الله أباح كل شيء في البحر لابن آدم، إلا الضفدع، نص عليه، وقدمه أكثر الأصحاب، وفي الخبر أن النبي نهى عن قتله/ رواه أحمد، وأبو داود، والنسائي. وقول الشعبي: لو أكل أهلي الضفادع لأطعمتهم، لا يعارضه (والحية) لأنها من الخبائث، وفيها وجه، وأطلقهما في «الفروع» (والتمساح) وفي «الوجيز» كـ «المقنع»: والأصح أنه محرم، ونص عليه. وعلله بأنه يأكل الناس. قال أحمد: يؤكل كل شيء في البحر إلا الضفدع، والحية، والتمساح، وفيه رواية: أنه يباح، لأنه حيوان البحر (وقال ابن حامد) والقاضي (وإلا الكوسج) وهو مقتضى تعليل أحمد في التمساح، وصحح في «الرعاية» أنه حلال، وهو مقتضى مذهب الشافعي، والأول أشهر، وهز سمكة في البحر لها خرطون كالمنشار تفترس، وربما التقت ابن آدم، وقصمته نصفين، وهي القرش، ويقال: أنها إذا صيدت ليلاً، وجدوا في جوفها شحمة طيبة، وإن صيدت نهاراً لم يجدوها (وقال أبو علي النجاد) وحكاه ابن عقيل عن أبي بكر النجاد، وحكاه في «التبصرة» رواية (لا يباح من البحر ما يحرم نظيره في البر كخنزير الماء وإنسانه) لأن ذلك غير مباح في البر، ويدخل فيه كلب الماء، والمذهب أنه مباح، لما روى البخاري أن الحسن بن علي ركب على سرج عليه جلد من جلود كلاب الماء، وهو قول أكثر العلماء (وتحرم الجلالة التي أكثر علفها) أي: غذائها (النجاسة) كذا في «المحرر» و«الوجيز» وقدمه في «الفروع» لما روى ابن عمر قال: نهى النبي عن أكل الجلالة وألبانها، رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي، وقال: حسن غريب. وفي رواية لأبي داود: نهى عن ركوب الجلالة، وفي أخرى: له نهى عن ركوب جلالة الإبل. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده أن النبي نهى عن

(9/451)

لحوم الحمر الأهلية، وعن ركوب الجلالة وأكل لحمها، رواه أحمد، وأبو داود والنسائي. قال القاضي: هي التي تأكل العذرة، فإذا كان أكثر علفها النجاسة حرم لحمها ولبنها، وإن كان وُكثِرَ علفها الطاهر، لم يحرم، قال المؤلف: وتحديددها بكون أكثر علفها النجاسة لم أسمع عن أحمد، ولا هو ظاهر كلامه، لكن يمكن تحديده بما يكون كثيراً في مأكولها، ويعفى عن اليسير (ولبنها) لما روى ابن عباس قال: نهى النبي عن شرب لبن الجلالة، رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي، وصححه، وإسناده ثقات (وبيضها) ولحمها ولبنها، ولأنه متولد من النجاسة (حتى تحبس) وتطعم الطاهر، إذ المنع يزول بحبسها (وعنه: تكره ولا تحرم) قال في «الشرح»: والعمل عليها، لأنهم مختلفون في حرمة، ولأنه حيوان أصله الإباحة لا ينجس بأكل النجاسات، لأن شارب الخمر لا يحكم ينتجس أعضائه، والكافر الذي يأكل الخنزير والمحرمات لا يحكم بنجاسة ظاهرة. إذ لو نجس لما طهر بالإسلام والاعتسال، وعلى الأول (وتحبس ثلاثاً) أي: تحبس ثلاثة أيام، نص عليه، وهو المذهب، لأن ابن عمر كان إذا أراد أكلها حبسها ثلاثاً، وأطعمت الطاهرات (وعنه: يحبس الطائر ثلاثاً، والشاة سبعمائة، وما عدا ذلك) من الإبل والبقر (أربعين يوماً) قدمها في «الكافي» لما روى عبد الله ابن عمرو بن العاص قال: «نهى رسول الله عن الإبل الجلالة أن يؤكل لحمها، ولا يشرب لبنها، ولا يجمل عليها إلا الأدم، ولا يركبها الناس حتى تغلف أربعين ليلة/ رواه الخلال. ولأنها أعظم جسماً، وعنه: يحبس غير طائر أربعين ليلة، رواه الخلال. ولأنها أعظم جسماً، وعنه: يحبس غير طائر أربعين ليلة، رواه الخلال. ولأنها أعظم جسماً، وعنه: يحبس غير طائر أربعين. وعنه: والبقر ثلاثين، ذكره في «الواضح» وهو وهم، قاله ظاهر رواية الشالنجي. قال في «المحرر»: لا يجوز أن تغلف الإبل والبقر التي لا يراد ذبحها بالقرب الأظعمة النجسة أحياناً، انتهى. ويحرم علفها نجاسة، تؤكل قريباً، أو

(9/452)

تحلب قريباً، وإن تأخر ذبحه، أو حلبه، وقيل: بقدر حبسها المعتبر جاز في الأصح كغير المأكول على الأصح فيه، وعنه: يكره إطعام الميتة كلباً معلماً، أو طائراً معلماً، والنص جوازه، ونقل الجماعة: تحريم علفها مأكولاً، وقيل: يجوز مطلقاً. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 193

فرع: كره أحمد ركوبها، لأنها ربما عرقت فأصابه. وعنه: يحرم، وسأله ابن هانئ: بقرة شربت خمراً أيجوز أكلها؟ قال: لا، حتى تنتظر أربعين يوماً، ذكره ابن بطة، وأطلق في «الروضة» تحريم الجلالة، وأن مثله خروف ارتضع من كلبة، ثم شرب لبناً طاهراً، وهو معنى كلام غيره (وما سقي) أو سمد (بالماء النجس من الزروع والثمار محرم) نجس، نص عليه، جزم به في «الكافي» و «الوجيز» وقدمه السامري وابن حمدان، لما روى ابن عباس قال: كنا نكري أراضٍ رسول الله، ونشترط عليهم أن لا يدملوها بعذرة الناس. ولولا أن ما يزرع فيها يحرم، لم يكن في الاشتراط فائدة، ولأنه يتغذى بالنجاسة وتترى فيها أجزاؤه، والاستحالة لا تطهر، ذكر أبو بكر في «التنبيه»: أنه لا يؤكل من ثمر بشجرة في المقبرة، ولم يفرق. قال السامري: هو محمول عندي على المقبرة العتيقة (وإن سقي بالطاهر) أي: بالطهور بحيث يستهلك عين النجاسة (طهر وحل) لأن الماء الطهور معد لتطهير النجاسة، وكالجلالة إذا

حبست وأطعمت الطاهرات(وقال ابن عقيل) وهو قول أكثر الفقهاء، وجزم به في «التبصرة» (ليس بنجس، ولا يحرم) بل هو طاهر مباح(بل يطهر بالاستحالة) لأن النجاسة تستحيل في باطنها، فتطهر بالاستحالة(كالمعني يستحيل) في أعضاء الحيوان وبصير(لبناً) فطهر بالاستحالة، وهذا المعني موجود في الزرع والثمر، ونقل جعفر: أنه كره العذرة، ورخص في السرجين.

(9/453)

مسائل: كره أحمد أكل طين لضرورة، وسأل رجل يزيد بن هارون عن أكل المدر؟ فقال: حرام، قال الله تعالى: {كلوا مما في الأرض حلالاً} (البقرة: 168) ولم يقل: كلوا الأرض، وذكر بعضهم أن أكله عيب إن كان يتداوى به كالأرميني، أو كان لا مضرة فيه ولا نفع كاليسير جاز، قاله في «الشرح» وكذا يكره أكل غدة، وأذن، وقلب، وبصل، وثوم ونحوهما ما لم ينضجه بطبخ، نص عليه، وجب دبس بحمر، ومداومة أكل لحم، ولا بأس بلحم فيء ولحم منتن، نص عليه، وذكر جماعة فيهما: يكره، وجعله في «الانتصار» في الثانية اتفاقاً، ويكره إن يتعمد القوم حين يوضع الطعام فيفجأهم، والخبز الكبار، وقال: ليس فيه بركة، ووضعه تحت القصعة لاستعماله له وحرمة الأمدي وأطلق في «المستوعب» وغيرها الممكراهة إلا من طعام من عاداته السماحة.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 193
فصل

(9/454)

(ومن اضطر إلى محرم مما ذكرنا) سوى سم ونحوه بأن يخاف تلفاً، وقبل: أو ضرراً، وفي «المنتخب»: أو مرضاً، أو انقطاعاً عن الرفقة، ومراده: ينقطع فيهلك، كما ذكره في «الرعاية» أكل وجوباً، نص عليه، وذكره الشيخ تقي الدين وفاقاً، وقيل: ندباً، وهو المراد بقوله (حل له ما يسد رمقه) اختاره الأكثر، لقوله تعالى: {فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه} (البقرة: 173) ويحرم ما زاد على الشيع إجمالاً(وهل له الشيع؟ على روايتين) أظهرهما: أنه لا يباح، وهو ظاهر «الوجيز» و«الفروع» لأن الآية دلت على تحريم الميتة، واستثنى ما اضطر إليه، فإذا اندفعت الضرورة، لم يحل الأكل كحالة الابتداء. والثانية: يباح، اختارها أبو بكر، لما روى جابر ابن سمرة أن رجلاً نزل الجرة، فنفتت عنده ناقة، فقالت امرأته: اسلخها حتى نقدد شحمها ولحمها ونأكله، فقال: حتى أسأل رسول الله، فسأله، فقال: «هل عندك غنى يغنيك؟ قال: لا، قال: فكلوها» رواه أبو داود. ولأن ما جاز سد الرمق منه، جاز الشيع منه كالمباح، وقيل: هذا مقيد بدوام الخوف، وبنبني عليهما تزوده، قاله في «الترغيب» وجوزه جماعة، ونقل ابن منصور والفضل: يتزود إن خاف الحاجة، واختاره أبو بكر، قال: كما يتيمم ويترك الماء إذا خاف، كذا هنا، وهذا إن لم يكن في سفر محرم، فإن كان فيه ولم يتب فلا، ويجب تقديم السؤال قبل أكله، نص عليه، وقال السائل: قم قائماً ليكون لك عذر عند الله، قال القاضي: يأتي إذا لم يسأل، ونقل الأثر: إن اضطر إلى المسألة فهي مباحة، قيل: فإن

توقف، قال: ما أظن أحداً يموت من الجوع، الله يأتيه برزقه (وإن وجد طعاماً، لا يعرف مالكة) أي: جهلة (وميتة وصيداً، وهو محرم، فقال أصحابنا: يأكل الميتة) وقاله سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم، لأن حق الله مبني على المسامحة والمساهلة بخلاف حق الآدمي، فإنه مبني على الشح والضيق، وحقه يلزمه غرامته بخلاف حق الآدمي، فإنه مبني على الشح والضيق، وحقه يلزمه غرامته

(9/455)

بخلاف حق الله، فإنه لا عوض فيه، وفي «الفنون»: قال حنبلي: الذي يقتضيه مذهبنا خلاف هذا (ويحتمل أن يحل له الطعام والصيد إذا لم تقبل نفسه الميتة) هذا وجه، لأنه قادر على الطعام الحلال، أشبهه مالو بذله مالكة، وفي «الكافي»: هي أولى إن طابت نفسه، وإلا أكل الطعام، لأنه مضطر، وفي «مختصر ابن رزين»: ولو بقتاله ثم صيداً ثم ميتة، فلو علمه وبذله بثمن مثله لزمه، وقال ابن عقيل: لا يلزم معسراً على احتمال، فإن وجد صيداً وطعاماً أكل من طعام، وإن وجد لحم صيد ذبحه محرم وميتة أكل من الصيد، قاله القاضي. وقال أبو الخطاب: يأكل من الميتة، فإن اشتبهت ميتة بمذكاة تحرى على الأشهر، ولم وجد ميتتين: إحداهما مختلف فيها، أكل منها (وإن لم يجد إلا طعاماً، لم يبذله مالكة، فإن كان صاحب الطعام مضطراً إليه، فهو أحق به) ولا يجوز لغيره أخذه، لأنه ساواه في الضرورة، وانفرد بالملك، أشبهه غير حالة الاضطرار، وهذا في غير النبي، فإنه كان له أخذ الماء من العطشان، ويلزم كل أحد أن يقيه بنفسه وماله، وعلى الأول: إن أخذه منه أحد فمات لزمه ضمانه، لأنه قتله بغير حق، فإن كان صاحب الطعام مضطراً إليه في ثاني الحال، فهل يملكه، أو يدفعه إلى المضطر إليه في الحال؟ فيه وجهان: أظهرهما: له إمساكه، قاله في «الرعاية» واختاره المؤلف. وظاهره: أنه لا يجوز له إثارة، وفي «الهدى»: له ذلك، وإنه غاية الجود، لقوله تعالى:
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 205

(9/456)

{ولو كان بهم خصاصة} (الحشر: 9) ولفعل جماعة من الصحابة، وعد ذلك في مناقبهم (وإلا) أي: وإن لم يكن صاحب الطعام مضطراً إليه (لزمه بذله) لأنه يتعلق به إحياء نفس آدمي معصوم، فلزمه بذله كما يلزمه بذل منافعه في تخليصه من العرق (بقيمته) نص عليه، وظاهره: ولو في ذمة معسر، وفيه احتمال، وفي زيادة لاتجحف وجهان، وفي «الانتصار» و «عيون المسائل»: فرضاً بعوضه، وقيل: مجاناً، اختاره الشيخ تقي الدين كالمصلحة في الأشهر (فإن أبى فللمضطر أخذه) بالأسهل، فإن امتنع أخذه (قهرًا) لأنه يستحقه دون مالكة (ويعطيه قيمته) أي: يعطي المالك قيمته لئلا يجتمع عليه فوات العين وفوات المالية (فإن منعه، فله قتله) جزم به في «لكافي» و «الوجيز» وصححه في «الرعاية» وفي «الترغيب» وجه، وهو الذي ذكره ابن أبي موسى: أنه لا يجوز قتاله، كما ذكر في دفع الصائل (على ما يسد رمقه) وهو

الأولى، قاله في «الشرح» (أو قدر شعبه) لأنه منعه من الواجب عليه، أشبه مانعي الزكاة (على اختلاف الروتاتين) للتنبيه على أن المبيع للقتال منع ما يباح له، لأنه الواجب، لكن لو لم يبعه إلا بأكثر من ثمن المثل، أخذه وأعطاه قيمته، وقال القاضي: يقابله (فإن قتل صاحب الطعام، لم يجب ضمانه) لأنه ظالم بقتال، أشبه الصائل (وإن قتل المضطر، فعليه ضمانه) لأنه قتل ظلماً (فإن لم يجد، إلا آدمياً مباح الدم كالحربي والزاني المحصن، حل قتله وأكله) (وإن وجد معصوماً ميتاً، ففي جواز أكله وجهان) أحدهما: لا يجوز، صححه في «الرعاية» وهو قول أكثر الأصحاب، لأن الحي والميت يشتركان في الحرمة بدليل قوله عليه السلام: «كسر عظم الميت ككسر عظم الحي» والثاني: بلى، اختاره أبو الخطاب وابن عقيل، وجزم به في «الوجيز» لأن الأكل من اللحم لا من العظم، والمراد بالخبر التشبيه في أصل الحرمة لامتدادها بدليل اختلافهما في الضمان والقود، قال المؤول: وهو أولى. وظاهره: أنه إذا كان حياً أنه لا يحل قتله ولا إتلاف عضو منه،

(9/457)

مسلماً كان أو كافراً، وهذا لاختلاف فيه، لأن المعصوم الحي مثل المضطر، فلا يجوز له أن يبقى نفسه بإتلافه.
تنبيه: إذا لم يجد المضطر شيئاً، لم يباح له أكل بعض أعضائه، لأنه يتلفه لتحصيل ما هو موهوم، فلو وجد المضطر من يطعمه ويسقيه، لم يحل له الامتناع منه ولا العدول إلى الميتة إلا أن يخاف أن يمرضه، ومن اضطر إلى نفع مال الغير مع بقاء عينه كدفع برد واستقاء ماء وكونه واجب بدله مجاناً مع عدم حاجته إليه، وقبل: يجب العوض.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 205
مسألة: سئل أحمد عن الجبن؟ فقال: يؤكل من كل أحد، ف قيل له: عن الجبن الذي تصنعه المجوس، فقال: ما أدري، وذكر أن أصح حديث فيه حديث عمر أنه سئل عن الجبن، وقيل له: تعمل فيه الأنفحة الميتة؟ قال: سمو اسم الله وكلوا. ولا يجوز أن يشتري جوزاً أو بيضاً، قומר به.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 205
فصل»

(9/458)

(ومن مر بثمر في شجر لائح عليه) نص عليه، ولم يذكره في «الموجز» (ولا ناظر) ولم يذكره في «الوسيلة» (فله الأكل منه) هذا هو المشهور في المذهب، ونصره في «الشرح» ولا ضمان عليه، وفي «المستوعب»: إنه اختيار أكثر شيوخنا، لما روى أبو سعيد أن النبي قال: «إذا أتيت حائط بستان فناد صاحب البستان، فإن أجابك وإلا فكل من غير أن تفسد، رواه أحمد، وابن ماجه، ورجاله ثقات. وروى سعيد بإسناد عن الحسن، عن سمرة مرفوعاً نحوه. وفعله أنس، وعبد الرحمن بن سمرة، وأبو برزة، وهو قول عمر، وابن عباس، وقيده ابن الزاغوني بأنه يأكل بقدر شهوته، ولا يشبع، ومقتضى كلامه:

أنه يجوز الأكل من الساقط، وصرح به في «المحرر» و «الوجيز» وهو ظاهر، وحكاه في «الفروع» رواية، في «الترغيب»: يجوز لمستأذن ثلاثاً للخبر، وظاهره: أنه إذا كان محوطاً بحائط أو ناطور، فلا يأكل منه، لأن إحرازه بذلك يدل على شح صاحبه، وكذا إذا كان مجموعاً إلا لمضطر، ولا يرمي شجراً، نص عليه، ولا يصعدها (ولا يحمل) شيئاً بحال، سواء كان محتاجاً أو لا، لأن الأدلة دلت على جواز الأكل فقط، فإن في حديث أبي سعيد: «فكل من غير أن تفسد» وفي حديث عمر: «ولا تتخذ خبنة» (وعنه: لا يحل ذلك إلا لحاجة) وقال: قد فعله غير واحد من أصحاب النبي إذ قوله: «فإن دماءكم وأموالكم حرام عليكم» الخبر يدل على حرمة الأكل من مال الغير مطلقاً، ترك العمل به مع الحاجة، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده مرفوعاً أنه سئل عن الثمر المعلق؟ فقال: «وما أصاب منه من ذي الحاجة غير متخذ خبنة، فلا شيء عليه، ومن أخرج منه شيئاً، فعليه غرامة مثله والعقوبة» رواه الترمذي، وحسنه. وعنه: الرخصة للمسافر فقط، وهو وجه في «الرعاية» وفي «المستوعب»: لا يختلف قوله فيما سقط للمحتاج وغيره، واحتج في «الكافي» و«الشرح» لها بقوله عليه السلام لرافع: «لاترم، وكل ما وقع» صححه الترمذي. وعنه: ويضمنه، اختارها في «المبهبج» للعمومات (وفي

(9/459)

الزرع) القائم (وشرب لبن الماشية روايتان) كذا في «المحرر» و «الفروع». وفيه مسألتان: الأولى: أنه لا يأكل من الزرع القائم شيئاً، لأن الرخصة إنما وردت في الثمار، لأن الله - تعالى - خلقها رطبة، فالنفس تتوق إليها بخلاف الزرع والثانية - وهي أشهر - أنه يأكل من الفريك، لأن العادة جارية بأكله رطباً، أشبه الثمر، وألحق به المؤلف وغيره الباقلاء الحمص الأخضر، وهو ظاهر الثانية في شرب لبن الماشية يجوز في رواية، لما روى الحسن عن سمرة مرفوعاً قال: «إذا أتى أحدكم على ماشية، فإن كان فيها صاحبها، فليستأذنه وإن لم يجبه أحد، فليحتلب وليشرب، ولا يحمل» رواه الترمذي وصححه، وقال: العمل عليه عند بعض أهل العلم. والثانية: لا يجوز، لما روى ابن عمر أن النبي قال: «لا يحتلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه» متفق عليه، وحملها في «الرعاية» على ما إذا لم يكن لها حائط، أو حافظ، وهذا إذا لم يكن مضطراً، فإن كان كذلك جاز مطلقاً، ويقدمه على الميتة، لأنه مختلف فيه، فهو أسهل. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 209

(9/460)

(ويجب على المسلم ضيافة المسلم المجتاز به) قال أحمد: الضيافة على المسلمين كل من نزل به ضيف كان عليه أن يضيفه، لما روى المقداد بن كريمة أن النبي قال: «ليلة الضيف واجبة على كل مسلم، فإن أصبح بفنائهم محروماً، كان ديناً عليه إن شاء اقتضاه، وإن شاء ترك» رواه سعيد أبو داود، وإسناده ثقات، وصححه في «الشرح». وروى أحمد وأبو داود: «فإن لم يقروه، فله أن يعقبهم بمثل قراه. وفي حديث عقبة: «فإن لم يفعلوا، فلهم حق الضيف

الذي ينبغي لهم» متفق عليه. وظاهره: أن ضيافة الكافر لا يجب، وهو كذلك، بل في رواية: وتجب لذمي، نقله الجماعة، واختاره في «المغني» و«الشرح» لأن الضيافة كصدقة التطوع، وأنها لا تجب إلا للمسافر، لكن ظاهر نصوصه أنها تجب لحاضر، وفيه وجهان للأصحاب في قرية، وفي مصر روايتان منصوصتان، جزم في «المحرر» و«الوجيز» أن المسلم تجب عليه ضيافة المسلم المجتاز به في القرى لا الأمصار (ويوماً ليلة) وهو الأشهر فيه، نقله الجماعة، لما روى أبو شريح الخزاعي مرفوعاً، قال: «الضيافة ثلاثة أيام، وجائزته يوم وليلة» متفق عليه. وذكر ابن أبي موسى: أنها تجب ثلاثة أيام، لهذا الخبر. وهي قدر كفايته مع آدم، وفي «الواضح»: ولفرسه تبن لا شعير، قال في «الفروع»: ويتوجه وجه: كأدمه، وأوجب شيخنا المعروف عادة، قال: كزوجة، وقريب، ورفيق، ومن قدم لضيافته طعاماً لم يجز له قسمته، لأنه أباحه، ذكره في «الانتصار» وغيره (فإن أبي فللضيف طلبه عند الحاكم) أي: يحاكمه، ويطلب حق ضيافته، فإن تعذر جاز له الأخذ من ماله، نص عليه، ونقل الشالنجي: إذا بعثوا في السبيل، يضيفهم من مروا به ثلاثة أيام، فإن أبوا أخذوا منهم مثل ذلك (وتستحب ضيافته ثلاثاً) لخبر أبي شريح (فما زاد) أي: على الثلاثة (فهو صدقة) لأنه تبرع، فكان كصدقة النفل (ولا يجب عليه إنزاله في بيته) لما فيه من الحرج والمشقة، والخبر إنما ورد في الضيافة فقط، وأوجه في «المفردات» مطلقاً كالنفقة (إلا ألا

(9/461)

يجد مسجداً، أو رباطاً بيت فيه) فيلزمه إنزاله في بيته للضرورة. وعن عائشة مرفوعاً: «من نزل بقوم، فلا يصومن إلا بأذنهم» رواه الترمذي وابن ماجه، وإسناده ضعيف قال في «كشف المشكل» في النهي عن صوم الأضحى: الناس فيه تبع لوفد الله تعالى عند بيته، وهم كالضيف، فلا يحسن صومه عند مضيفه.

فائدة: من امتنع من الطيبات بلا سبب شرعي، فمذموم مبتدع، والمنقول عن أحمد: أنه امتنع من أكل البطيخ لعدم علمه بكيفية أكل النبي له كذب، ذكره الشيخ تقي الدين.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 209

باب الزكاة

يقال: ذكى الشاة ونحوها تذكية، أي: ذبحها، والاسم الذكاة، والمذبوح ذكي، فعيل بمعنى مفعول.

(9/462)

(لا يباح شيء من الحيوان) المباح (المقدور عليه بغير ذكاة) وقاله في «الوجيز» وغيره لقوله تعالى: {إلا ما ذكيتم} (المائدة: 3) وقال ابن عقيل في البحري: أو عقر، لأنه ممتنع كحيوان البر (إلا الجراد وشبهه) فإنه يباح بغير ذكاة لقوله: «أحل لنا ميتتان: الحوت والجراد» رواه أحمد وابن ماجه من حديث عبد

الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه، عن ابن عمر، وعبد الرحمن مختلف فيه،
ولأنه لادم له، وبياح بما فيه (والسمك وسائر ما لا يعيش إلا في الماء، فلا ذكاة
له) لانعلم فيه خلافاً للأخبار، ولا فرق بين ما مات بسبب أو بغيره، وأجمعوا
على إباحة ما مات بسبب مثل: أن صاده إنسان، أو نبذه البحر أو جزر عنه،
واختلف في الطافي، ونصومه: لأبأس به ما لم يتقدره، وفيه: لا يباح لحديث
جابر: «وما مات فيه وطفاء، فلا تأكلوه» رواه أبو داود، والدارقطني. وذكر أن
الصواب أنه موقوف، وفي «عيون المسائل» بعد أن ذكر عن الصديق وغيره
حله، قال: وما يروى خلاف ذلك محمول على التنزيه، ولعل المراد عند قائله
لقوله تعالى: {أحل لكم صيد البحر وطعامه} (المائدة: 96) وهو ما رمى به،
قال ابن عباس: ما مات فيه، وقال النبي في البحر: «هو الطهور ماؤه، الحل
ميتته» وعن أبي شريح مرفوعاً قال: «إن الله ذبح ما في البحر لبني آدم» رواه
الدارقطني، وذكره البخاري عنه موقوفاً. وقال ابن عقيل: ما لا نفس له سائله،
يجري مجرى ديدان الخل والباقلاء، فيحل بموته، ويحتمل أنه كذلك، وفيه
روايتان، فإن حرم لم ينجس، وعنه: بلى، وعنه: مع دم.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 213

(9/463)

فرع: كره أحمد شيء سمك حي لا جراد، وقال ابن عقيل فيهما: يكره على
الأصح، ويحرم بلعه حياً، ذكره ابن حزم إجماعاً، وفي «المغني» و«الشرح»:
يكره (وعنه في السرطان وسائر البحري: أنه يحل بلا ذكاة) لأن السرطان لادم
فيه، قال أحمد: السرطان لأبأس به، قيل له: يذبح؟ قال: لا، وذلك لأن مقصود
الذبح إنما هو إخراج الدم وتطيب اللحم بإزالته عنه، فأما ما لادم له فلا حاجة
إلى ذبحه، ومقتضاه: أن ما كان مأواه البحر، وهو يعيش في البر كطير الماء،
والسلحفاة، وكلب الماء، فلا يحل إلا بذبحه، وهذا هو الصحيح في المذهب،
وعنه: بلى، وذهب إليه قوم للأخبار. والأصح في السرطان: أنه لا يحل إلا
بالذكاة (وعنه في الجراد: لا يؤكل إلا أن يموت بسبب ككيسه وتغريقه) لأن ذلك
بمينة الذبح له، فوجب اعتباره فيه كالذبح في غيره، والأول المذهب للخبر،
ولأن ما أبيض ميتته لم يعتبر له سبب بدليل السمك (ويشترط للذكاة) وفي
«الروضة» و«العمدة»: للنحر (بشروط أربعة) قاله معظم الأصحاب (أحدها:
أهلية الذابح) وهو المذكي (وهو أن يكون عاقلاً) ليصح قصد التذكية ولو مكرهاً،
ذكره في «الانتصار» وغيره. قال في «الفروع»: ويتوجه فيه كذبح مغصوب،
وظاهر كلامهم: لا يعتبر قصد الأكل، وفي «التعليق»: لو تلاعب بسكين على
حلق شاة، فصار ذبائحاً ولم يقصد حل أكلها لم ينجس، وعلل ابن عقيل تحريم ما
قتله محرم لصوله بأنه لم يقصد أكله، أو وطنه آدمي إذا قتل، وفي «الترغيب»:
هل يكفي قصد الذبح أم لابد من قصد الإحلال؟ فيه وجهان (مسلماً أو كتابياً)
لقوله تعالى: {وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم} (المائدة: 5) قال البخاري:
قال ابن عباس: «طعامهم ذبائحهم» وري سعيد بأسناد جيد عن ابن مسعود
قال: و تأكلوا من الذبائح إلا ما ذبح المسلمون وأهل الكتاب. والعدل والفاسق
سواء ولو مميّزاً، وفي «الموجز» و«التبصرة»: لادون عشر (فتباح ذبيحته،
ذكرها كان أو أثنى) ولو قنأ، وهو كالحر إجماعاً، ذكره ابن حزم، واختلف في

(9/464)

ذبح الصبي، وقيده أحمد بإطاقة الذبح والجنب والآبق، نقل حنبل في الأقف: لاصلاة له ولا حج، هي من تمام الإسلام، ونقل الجماعة: لأبأس. وفي «المستوعب»: يكره جنب، ومثله حائض، وظاهره: إباحة ذكاة أعمى، وذكره في «المحرر» و «الوجيز» وغيرهما (وعنه: لاتباح ذبيحة نصارى بني تغلب) في الأظهر، قاله ابن هبيرة، لما روى سعيد، ثنا هشيم عن يونس، عن ابن سيرين، عن عبيدة السلماني، عن علي قال: لا تأكلوا من ذبائح نصارى بني تغلب.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 213

(9/465)

وظاهر «المتن» و «الفروع» وصححه في «الكافي» و «الشرح»: الإباحة لعموم الآية، وفي «الترغيب»: في الصابئة روايتان، مأخذهما هل هم من النصارى أم لا؟ ونقل حنبل: من ذهب مذهب عمر فإنه قال: يسبتون، جعلهم بمنزلة اليهود، وكل من يصير إلى كتاب فلا بأس بذبيحته (ولا من أحد أبويه غير كتابي) قاله في «الكافي» و «المستوعب» تغليباً للتحريم، والأشهر الحل مطلقاً للعموم، قال ابن حمدان: من أقر بجزية حلت ذكاته، وإلا فلا (ولا تباح ذكاة مجنون) وفي معناه: المغمى عليه في حال إغمائه (ولا سكران ولا طفل غير مميز) لأنه لا يصح منهم القصد، أشبه مالهو ضرب إنساناً بالسيف، فقطع عنق شاة (ولا وثني ولا مجوسي) أما المجوس فلا تحل ذبائحهم لمفهوم الآية، ولخبر رواه أحمد، وكسائر الكفار غير أهل الكتاب، وشذ أبو ثور فأباح صيده وذبيحته، لقوله عليه السلام: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» رواه الشافعي، وفيه انقطاع، ولأنهم يقرون بالجزية كأهل الكتاب، قال إبراهيم الحربي: خرق أبو ثور الإجماع، وفيه نظر، فإن ما صاده المجوس من سمك وجراد ففيه روايتان: أصحهما عند ابن عقيل: التحريم، وأما الوثني فحكمه كالمجوس، بل هم شر منهم، لأن المجوس لهم شبه كتاب (ولا مرتد) لأنه لا يقر كالثني، ونقل عبد الله: تحل ذكاة مرتد إلى أحد الكتابين. وقال ابن حمدان: إن انتقل إلى دين يقر أهله بكتاب وجزية، وأقر عليه، حلت ذكاته، وإلا فلا.

(9/466)

الثاني الالة وهو أن ينزع لمجدد سواء كان من حديد أو حجر أو قصب أو غيره كخشب: إلا السن والظفر نص على ذلك لقول النبي ما أنهر الدم فكل ليس السن والظفر» متفق عليه من حديث رافع ولأن جارية كعب بن مالك أبصرت شاة من غنمه موتا فكسرت حجرا فذبحتها به فأمر النبي بأكلها رواه البخاري وفيه فوائد وفي عظم غير سمن روايتان كذا في المحرر والفروع أشهرهما أنه يباح لدخوله في عموم اللفظ قال في الشرح وهي الأصح والثانية لا لأن النبي

علل تحريم الذبح بالسن لكونه عظما فإن ذبح بآلة مغصوبة هل في أصح الوجهين لأن الذكاة وجدت ممن له أهلية الذبح مما لو كان المذبوح مغصوبا والثاني لا لأنه منهي عنه أشبه مالوا يستجمر بالروث وعنه: إن كان المذكي مغصوبا فهو ميتة واختارها أبو بكر ومثلها سكين ذهب ونحوها ذكره في الانتصار والموجز والتبصرة وفي الترغيب جرم بعظم ولو بهم نصلته عظم.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 213
فصل

(9/467)

(الثالث: أن يقطع) من الحيوان المقذور عليه (الحلقوم والمرى) وهي الوهدة التي تربط بين أصل العنق والصدر، ولا يجوز في غير ذلك إجماعاً، قال عمر: النحر في اللبة والحلق لمن قدر. احتج به أحمد، وروى سعيد والأثرم عن أبي هريرة قال: بعث النبي بديل بن ورقاء، يصيح في فجاج بيتنا: إلا أن الذكاة في الحلق واللبة/ رواه الدارقطني بأسناد جيد، وأما حديث أبي العشاء عن أبيه قال: قلت: يا رسول الله أما تكون الذكاة في الحلق واللبة؟ قال: «لو طعنت في فخذها لأجزأك» رواه أحمد، وقال: أبو العشاء ليس بمعروف، وحديثه غلط، وأبو داود والترمذي وقال: غريب، وقال البخاري: في حديثه واسمه وسماعه من أبيه نظر. وقال المجد في «أحكامه»: «هذا فيما لم يقدر عليه، فعلى هذا يشترط قطع الحلقوم والمرى، وهما مجرى الطعام والنفس، اختاره الخرقى، وقدمه في «الرعاية» و «الكافي» وذكر أنه أولى، ورجحه في «إشراح» لأنه قطع في محل الذبح مالا يتقى الحياة معه، أشبه مالو قطع الأربعة، اختص الذبح بالمحل المذكور، لأنه مجمع العروق بالذبح فيه الدماء السائلة، ويسرع زهوق الروح، فيكون أطيب اللحم وأخف على الحيوان (وعنه: يشترط مع ذلك قطع الودجين) اختاره أبو محمد الجوزي، وجزم به في «الروضة» لنهي النبي عن شريطة الشيطان، وهي التي تذبج، فتقطع الجلد، ولا تفري الأوداج، رواه أبو داود. وقال سعيد: ثنا إسماعيل بن زكريا عن سليمان التيمي، عن أبي مجلز، عن ابن عباس قال: «إذا هريق الدم، وقطع الودج فكل» أسناده حسن، وهما عرقان محيطان بالحلقوم، وعنه: أو أحدهما. وفي «الإيضاح»: الحلقوم والودجين. وفي «الإرشاد»: المرى والودجين، وفي «الكافي» و «الرعاية»: يكفي قطع الأوداج وحدها، لكن لو قطع أحدهما مع الحلقوم أو المرى أولى بالحل، قاله الشيخ تقي الدين، وذكر وجهاً: يكفي قطع ثلاث من الأربعة، وظاهره: لا يضر رفع يده أن أتم الذكاة على الفور، واعتبر في «الترغيب» قطعاً تاماً، فلو بقي من

(9/468)

الحلقوم جلدة، ولم ينفذ القطع، وانتهى الحيوان إلى حركة المذبوح، ثم قطع الجلدة لم يحل.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 217
فرع: إذا أبان رأسه بالذبح، لم يحرم به المذبوح، قدمه في «المحرر» وأكله

مباح، قاله في «المستوعب» وفي «الرعاية»: يكره ويحل، وعنه: لا يحل، والأول المذهب. قال أحمد: لو أن رجلاً ضرب رأس بطة، أو شاة بالسيف يريد بذلك الذبيحة، كان له أن يأكل، روي عن علي وعمران، لأنه اجتمع قطع ما لا تبقى الحياة معه مع الذبيح (وإن نحره أجزاءه) أي: إذا نحر ما يذبح أجزاءه في قول الأكثر كعكسه، لقوله عليه السلام: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكل» وقالت أسماء: نحرنا فرساً، وفي رواية: «ذبحنا» وقالت عائشة: نحر رسول الله في حجة الوداع بقرة. ولأنه ذكاه في محله، فجاز أكله كالحيوان الآخر. ونقل ابن أبي موسى: أنه توتقف في ذبح البقر، قال: والأول عنه أظهر. وعنه: يكره ذبح إبل. وعنه: ولا تؤكل (وهو أن يطعنه بمحدد في لبته) فبيان لمعنى النحر، وكان النبي وأصحابه هكذا يفعلون. ونقل الميموني: أن ابن عباس وابن عمر قالوا: النحر في اللب، والذبح في الحلق، والذبح والنحر في البقر واحد (والمستحب أن ينحر البعير، ويذبح ما سواه) بغير خلاف، قاله في «الشرح» لقوله تعالى {فصل لربك وانحر} (الكوثر: 2) ولقوله تعالى: {إن الله تعالى يأمركم أن تذبحوا بقرة} (البقرة: 67) وأمر النبي بالنحر، لأن أغلب ماشية قومه الإبل. وأمر بنو إسرائيل بالذبح، لأن غالب ماشيتهم البقر، ولأنه - عليه السلام - نحر البدن، وذبح كبشيين أملحين بيده، متفق عليه. وفي «الترغيب» رواية: ينحر البقر، وعند ابن عقيل: إن ما صعب وضعه بالأرض نحر (فإن عجز عن ذلك مثل أن يند البعير) أي: إذا ذهب على وجهه شاردًا (أو يتردى) أي: يسقط (في بئر، فلا يقدر على ذبحه، صار كالصيد إذا جرحه في أي موضع أمكنه، فقتله، حل أكله) روي عن علي، وابن مسعود، وابن عمر، وابن عباس،

(9/469)

وعائشة، وقاله أكثر العلماء، لما روى رافع بن خديج قال: كنا مع النبي فند بعير، وفي القوم خيل يسيرة، فطلبوه فأعياهم، فأهوى إليه رجل بسهم، فقال النبي: «إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش، فما غلبكم منها، فاصنعوا به هكذا» متفق عليه. ولأن الاعتبار في الذكاة بحال الحيوان وقت ذبحه لا بأصله بدليل الوحشي إذا قدر عليه وجبت ذكاته في الحلق واللبة، فكذلك الأهلي إذا توحش. وذكر أبو الفرج: يقتل مثله غالباً. وقال مالك: لا يجوز أكله إلا أن يذكر، قال أحمد: لعله لم يبلغه حديث رافع (إلا أن يموت بغيره مثل أن يكون رأسه في الماء، فلا يباح) نص عليه، وهو قول الأصحاب، لأنه لا يعلم أن الذبح قتله، ولأن الماء أعان على قتله، فحرم كما لو جرح الصيد مسلم ومجوسي، وقبل: يحل إن جرحه بجرح موح (وإن ذبحها من قفاها، وهو مخطيء، فأتت السكين) ولو عبر بالآلة لعم (على موضع ذبحها، وهي في الحياة) أي: فيه حياة مستقرة، ويعلم ذلك بوجود الحركة، وعنه: أو لا، وفي «المغني»: غلب بقاؤها (أكلت) قدمه في «المستوعب» و «الفروع»، وجزم به في «المحرر» و «الوجيز» لأنها حلت بالذبح. وفي «الترغيب»: رواية: يحرم مع حياة مستقرة، وهو ظاهر ما رواه جماعة (وإن فعله عمداً فعلى وجهين) وفي «المحرر» و «الفروع»: هما روايتان إحداهما: لاتباح، روي عن علي، وهو ظاهر الخرق، لأنه في غير محل الذبح كما لو بقر بطنها. والثانية: تحل إذا بقيت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمري، وقاله القاضي، وهي أصح، لأنه الذبح إذا

أتى على ما فيه حياة مستقرة، حل كالمتردية. وعنه: ما يدل على إباحته مطلقاً. وفي «الشرح»: إن ذبحها من قفاها ولم يعلم: هل كانت فيه حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمري أولاً، نظرت: فإن كان الغالب بقاء ذلك لحدة الآلة وسرعة القطع، فالأولى إباحته، وإن كانت كآلة، وأبداً قطعه وطال تعذيبه، لم يبيح.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 217

(9/470)

قرع: ملئوا عنقه كمعجوز عنه، قاله القاضي، وقيل: حكمه كذلك. (وكل ما وجد فيه سبب الموت كالمنخنة، والمتردية، والنطيحة، وأكيلة السبع إذا أدرك ذكاتها، وفيها حياة مستقرة أكثر من حركة المذبوح، حلت) لقوله تعالى: {إلا ما ذكيتم} (المائدة: 3) ولحديث جارية كعب، ولما روى سعيد ثنا سفيان حدثني الزبير بن الربيع عن أبي طلحة الأسدي قال: أتيت ابن عباس فسمعتة يقول في شاة وقع قصبتها، أي: الأمعاء بالأرض، فأدركها فذبحها بحجر، يلقي ما أصاب الأرض ويأكل سائرها، وسواء انتهت إلي حال يعلم أنها لاتعيش معه، أو تعيش، قاله في «الشرح» وقدم السامري: أنها إذا بلغت مبلغاً لاتعيش لمثله لم تحل، قال ابن هبيرة: هو أظهر الروايتين، وذكره ابن أبي موسى: إن رجي حياتها حلت، وفي «المحرر» و «الوجيز»: أنها تحل بشرط أن تتحرك عند الذبح، ولو بيد أو رجل أو طرف ذنب، وحكاه في «الفروع» قولاً. وقيل: أو لا، ونقل الأثرم وغيره ما ييقن أنه يموت بالسبب، وعنه: لدون أكثر يوم، لم يحل. والصحيح: أنها إذا كانت تعيش زماناً يكون بالموت بالذبح أسرع منه حلت بالذبح، وعنه: يحل مذكى قبل موته مطلقاً، وفي كتاب الأدمي البغدادي: وتشترط حياة يذهبها الذبح، اختاره أبو محمد الجوزي، وعنه: إن تحرك، ذكره في «المبهبج» ونقله عبد الله، والمرودي، وأبو طالب. وفي «الترغيب»: لو ذبح وشك في الحياة المستقرة، ووجد ما يقارب الحركة المعهودة في التذكية المعتادة، حل في المنصوص، ومرادهم بالحياة المستقرة ما جاز بقاؤها أكثر اليوم (وإن صارت حركتها كحركة المذبوح، لم تحل) لأنه صار في حكم الميتة كما لو ذبحها بعد ذبح الوثنى. وكذا في «الكافي» وغيره. فرع: ومريضة، وما صيد بشبكة، أو شرك، أو أحبولة، أو فخ، أو أنقذه من مهلكة، فهو كمنخنة.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 217

فصل

(9/471)

(الرابع: أن يذكر اسم الله عند الذبح) وذكر جماعة: أو قبله قريباً، فصل بكلام أو لا كالطهارة، فعلى هذا: إن سمي على شاة ثم أخذ السكين، أو كانت بيد مفترکہا وأخذ أخرى، أو تحدث ثم ذبح، حلت، لأنه سمي عليها، لقوله تعالى: {ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق} (الأنعام: 121) والفسق حرام لقوله تعالى: {قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه}

الآية (الأنعام:145) ولأنه أمر به وأطلق، وكان النبي إذا ذبح سمي فحمل المطلق على المقيد (وهو أن يقول: بسم الله) لأن إطلاق التسمية تنصرف إليها ولو بغير العربية، لأن المقصود ذكر اسم الله، وقد حصل بخلاف التكبير والسلام، فإن المقصود لفظه. وفي «المحرر»: إنه إن سمي بغير العربية من لا يحسنها فعلى وجهين، صحح في «الرعاية» عدم الإجزاء (لا يقوم غيرها مقامها) كالنسيح والتهليل والتكبير وسؤال المغفرة، وقدمه في «المستوعب» و«الرعاية» وهو احتمال في «الشرح» وقيل: يكفي تكبير ونحوه، ويضمن أجبر تركها إن حرمت، واختار في «النوادر» لغير شافعي. قال في «الفروع»: ويتوجه يضمنه النقص إن حلت (إلا الأخرس، فإنه يومئ إلى السماء) لأن إشارته تقوم مقام النطق، وكذا إذا علم أنه أشار إشارة تدل على التسمية.

(9/472)

فرع: يسن التكبير معها، نص عليه. وقيل: لا، كالصلاة على النبي في المنصوص. وفي «المنتخب»: لا يجوز ذكره معها شيئاً، واختار ابن شاقلاً أنه يصلي على النبي عندها (فإن ترك التسمية عمداً) أو جهلاً (لم تبح، وإن تركها ساهياً، أبيحت) ذكر في «الكافي» أنها المذهب، وجزم بها في «الوجيز» وذكر السامري: أنها أكثر الروايات عنه. لحديث الأحوص بن حكيم بن حزام عن راشد بن سعد أن النبي قال: «ذبيحة المسلم حلال، وإن لم يسم مالم يتعمد» رواه سعيد، لكن الأحوص ضعيف. وعن ابن عباس فيمن نسي التسمية، قال: المسلم فيه اسم الله تعالى، وإن لم يذكر التسمية، رواه سعيد بإسناد جيد. وعن القاسم بن محمد قال عمر: لا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه، رواه سعيد. والآية محمولة على تركها عمداً لقوله تعالى: {وإنه لفسق} والأكل مما نسيت عليه التسمية ليس بفسق لقوله عليه السلام: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان» وقال أحمد في قوله تعالى: {ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه} يعني: الميتة؛ نقلها الميموني (وعنه: تباح في الحالين) لما روي أنه رخص أصحاب النبي في أكل مالم يذكر اسم الله عليه. وعن أبي هريرة قال: جاء رجل إلي النبي «فقال: يارسول الله أرأيت الرجل يذبح وينسى أن يسمي، قال: اسم الله على كل مسلم» رواه ابن عدي، والدارقطني، ولأن التسمية لو اشترطت لما حلت الذبيحة مع الشك في وجودها، لأن الشك في الشرط شك في المشروط، والذبيحة مع الشك في وجود التسمية حلال بدليل حل ذبيحة أهل الكتاب مع أن الأصل عدم إتيانهم بها، بل الظاهر أنهم لا يسمون، وذلك أبلغ في المنع من الشك (وعنه: لاتباح فيهما) قدمها في «المحرر» و«الفروع» لقوله تعالى {ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه} ولأن الشيء متى كان شرطاً لا يعذر في تركه سهواً كالوضوء مع الصلاة. وعنه: يختص المسلم بأشراطها. ونقل حنبل عكسها، لأن المسلم فيه اسم الله، وسيأتي الكلام على الصيد.

(9/473)

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 222

فرع: إذا شك في تسمية الذابح حل، فلو وجد شاة مذبوحة في موضع يباح ذبح أكثر أهله، حلت، وإلا فلا.

(وتحصل ذكاة الجنين) المأكول (بذكاة أمه إذا خرج ميتاً، أو متحركاً كحركة المذبوح) روي عن علي وابن عمر، لما روى جابر أن النبي قال: «ذكاة الجنين ذكاة أمه» رواه أبو داود بإسناد جيد. ولأحمد والترمذي وحسنه وابن ماجه مثله من حديث أبي سعيد من رواية مجالد، وهو ضعيف. قال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي وغيرهم، ورواه الدارقطني من حديث ابن عمر وأبي هريرة، ولأن الجنين متصل بها اتصال خلقه يتغذى بغذائها، فتكون ذكاته بذكاتها كأعضائها، ولأن الذكاة في الحيوان تختلف على حسب الإمكان والقدرة، ولا يمكن ذبح الحيوان قبل انفصاله إلا بأن تجعل ذكاة أمه ذكاته، لكن استحباب أحمد ذبحه ليخرج دمه، وعنه: لا بأس (وإن كانت فيه حياة مستقرة، لم يباح إلا بذبحه) نقله الجماعة، لأنه نفس أخرى، وهو مستقل بحياته، وقدم في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» أنه كالمنخقة، ونقل الميموني: إن خرج حياً، فلا بد من ذبحه. وعنه: يحل بموته قريباً (وسواء أشعر، أو لم يشعر) لأطلاق الخبر. وقال ابن عمر: ذكاته ذكاة أمه إذا أشعر، وقاله جماعة، لما روى سعيد ثنا سفيان، ثنا الزهري عن أبي بن كعب قال: كان أصحاب النبي يقولون: «إذا أشعر الجنين، فذكاته ذكاة أمه. وقال ابن المنذر: كان الناس على إباحته إلى أن جاء النعمان، فقال: لا يجل، لأن ذكاة نفس لا يكون ذكاة نفسين. وجوابه: ماسبق، وحكم بإباحته تيسيراً على عباده، ولا يؤثر في ذكاة أمه تحريمه كتحریم أبيه، ولو رجا بطن أمه، فأصاب مذبحة يذكي، والأم ميتة، ذكره الأصحاب.

(9/474)

فائدة: قوله عليه السلام: «ذكاة الجنين ذكاة أمه» فلا يحتاج الجنين إلى تذكيتة، هذا مذهبنا، والجمهور. ومن نصب قدره كذكاة الجنين، فلما حذف الجار نصب، فعليه يفتقر الجنين إلى ذبح مستأنف، لكن قدره ابن مالك في رواية النصب تقديره: ذكاة الجنين في ذكاة أمه، وهو الموافق لرواية الرفع المشهورة.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 222

فصل

(ويكره توجيه الذبيحة إلى غير القبلة) قاله ابن عمر وابن سيرين، لما روي أن النبي لما ضحى وجه أضحته إلى القبلة، وقال: «وجهت وجهي» الآيتين (الأنعام: 79-80) ولأنه قد يكون قرية كالأضحية، فكره توجيه الذبيحة إلى غير القبلة كالأذان، فليسن توجيهها إلى القبلة على شقها الأيسر، ورفقه بها، وحمله على الآلة بقوة، وإسراعه بالشحط (والذبح بألة كالة) لقوله عليه السلام: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا قتله، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته».

(9/475)

قال الشيخ تقي الدين في هذا الحديث: إن الإحسان واجب على كل حال حتى في حال إرهاب النفوس ناطقها وبهيمها، ولأن الذبح بآلة كالة فيه تعذيب للحيوان (وأن يحد السكين، والحيوان يبصره) لأن عمر رأى رجلاً وضع رجله على شاة، وهو يحد السكين فضربه حتى أفلت الشاة. ويكره ذبح شاة، والآخر ينظر إليه كذلك (وإن يكسر عنق الحيوان، أو يسلمه حتى يبرد) أي: حتى تزهد نفسه لقوله عليه السلام: «لا تعجلوا الأنفس أن تزهد» رواه الدارقطني بإسناد ضعيف، وعن عمر معناه، ولأن في ذلك تعذيباً للحيوان، وجرهما القاضي وغيره. نقل حنبل: لا يفعل. وفي «الترغيب»: يكره قطع رأسه قبل سلخه. ونقل حنبل: لا يفعل، وكذا يكره قطع عضو منه قبل الزهوق، وقاله الأكثر (فإن فعل أساء، وأكلت) لأن ذلك حصل بعد حلها وذبحها. سئل أحمد عن رجل ذبح دجاجة فأبان رأسها؟ فقال: يأكلها، قيل له: والذي بان منها؟ قال: نعم. قال البخاري: قال ابن عمر وابن عباس: إذا قطع الرأس فلا بأس به، فلو قطع منه شيئاً، وفيه حياة مستقرة، فهو ميتة، رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي، وقال: حسن غريب، والعمل عليه عند أهل العلم. لأن إباحته إنما تحصل بالذبح، وليس هذا بذبح، نقل ابن منصور: أكره نفخ اللحم، قال في «المغني»: الذي للبيع، لأنه غش (وإذا ذبح الحيوان ثم غرق في ماء، أو وطئ عليه شيء يقتل مثله، فهل يحل؟ على روايتين) أنصهما: لا يحل، وذكره الخرقى، وجزم به في «الوجيز»: لأن ذلك يعين على زهوق النفس، فيحصل من سبب مبيح ومحرم. والثانية: بلى، قدمها في «الرعاية» وذكر في «الكافي» و«الشرح» أنها قول أكثر أصحابنا، وهي قول أكثر الفقهاء لحصول ذبحه، وطرائق الأسباب المذكورة حصل بعد الموت بالذبح، فلم يؤثر ما أصابه لحصوله بعد الحكم بحله (وإذا ذبح الكتابي ما يحرم عليه كذي الظفر) من الإبل ونحوها (لم يحرم علينا) في ظاهر كلام أحمد، قال ابن حمدان: وهو أظهر، لأنه من أهل الذكاة، وذبح ما يحل لنا، أشبه المسلم، وقدم

(9/476)

في «المحرر» و«الرعاية» وجزم به في «الوجيز»: أنه يحرم، وقيل: لا، كظنه تحريمه عليه، فلم يكن. ذكر أبو الحسين: أن الخلاف في ذي الظفر كالخلاف في تحريم الشحوم المحرمة عليهم، وعلم منه أنها تحل ذبيحتنا لهم مع اعتقادهم تحريمها، لأن الحكم لاعتقادنا. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 226

مسألة: ذو الظفر ما ليس بمنفرج الأصابع كإبل، ونعام، ووط، ووز، قاله ابن عباس وجمع، وقيل: هي الإبل خاصة، وعند ابن قتيبة: هي كل ذي حافر من الدواب، ومخلب من الطير (وإن ذبح) أي: الكتابي (حيواناً غيره) أي: ما يحل له (لم تحرم علينا الشحوم المحرمة عليهم، وهو شحم الثرب) وهو بوزن فلس يغشي الكرش والأمعاء رقيق (والكليتين) واحدها كلية، وكلوة بضم الكاف فيها، والجمع كليات وكلى (في ظاهر كلام أحمد، واختاره ابن حامد) وأبو الخطاب، وجزم به في «الوجيز» (وحكاه عن الخرقى في كلام مفرد) لما روى عبد الله بن مغفل «قال: أصبت من شحم يوم خبير، فالتزمته، فقلت: لا أعطي اليوم أحداً شيئاً، فالتفت، فإذا رسول الله متبسماً» رواه مسلم ولأنها ذكاة أباحت اللحم، فأباحت الشحم كذكاة المسلم، وكذبح حنفي حيواناً فتبين حاملاً ونحوه،

وعلم منه أنه يحرم على اليهود شحم الترب والكلية من بقر وغنم، نص عليه، لقوله تعالى: {ومن البقر والغنم حرمتنا عليهم شحومهما} (الأنعام: 146) أي: حرمتنا على اليهود كل ذي ظفر، وجميع شحوم البقر والغنم، وهي: الثرب والكلية (إلا ما حملت ظهورهما) معلق بالظهر والجنب من داخل / (أو الحوايا) وهي: المصارين) (أو ما اختلط بعظم) هو شحم الإلية لما فيها من العظم (واختار أبو الحسن التميمي والقاضي) وأبو بكر وأبو حفص البرمكي، واختاره الأكثر، قاله في «الواضح» وصححه في «عيون المسائل» (تحريمه) لقوله تعالى: {وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم} (المائدة: 5) وهذا ليس من طعامهم، ولأنه جزء من البهيمة لم تبح لذابحها، فلم تبح لغيره كالدوم، وعلله

(9/477)

القاضي بأن الذكاة تفتقر إلى القصد، والكتابي لم يقصد ذكاة هذا الشحم. وجوابه: أن الآية حجة لنا، فإن معنى طعامهم: ذبائحهم، فعلى هذا: يجوز تملكها منهم. فرع: يحرم علينا إطعامهم شحماً من ذبحنا، نص عليه، لبقاء تحريمه، وقال ابن عقيل: نسخ في حقهم أيضاً. (وإن ذبح لعبيده، أو ليتقرب به إلى شيء يعظمونه، لم يحرم، نص عليه) لأنه من جملة طعامهم، فدخل في عموم الآية، ولأنه قصد الذكاة، وهو ممن تحل ذبيحته، وعنه: لا تحل، اختارة الشيخ تقي الدين، لأنه أهل به لغير الله تعالى، والأول هو المعول عليه، لما روي عن العرياض بن سارية قال: «كلوا وأطعموني» رواه سعيد من رواية إسماعيل بن عياش عن بشر بن كريت الأملولي. وعن أبي أمامة وأبي الدرداء كذلك، رواهما سعيد من رواية إسماعيل بن عياش عن أبي بكر بن أبي مریم الشامي، وهو ضعيف. وفي «الرعاية»: إنه مكروه، نص عليه، ويحرم على الأصح أن يذكر عليه اسم غير الله، ونقل عبد الله: لا يعجني ما ذبح للزهرة والكواكب والكنيسة وكل شيء ذبح لغير الله، وذكر الآية. وعلم منه أن ما ذبحه مسلم لكتابي، أو مجوسي من ذلك فإنه يحل، نص عليه.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 226 (ومن ذبح حيواناً، فوجد في بطنه جراداً) أو سمكة في بطن أخرى (أو طائراً، فوجد في حوصلته حياً، أو وجد الحب في بعر الجمل، لم يحرم) صححه المؤلف والجد، ونصره في «الشرح» لقوله عليه السلام. «أحل لنا ميتتان ودمان» الخبر. ولأنه حيوان طاهر في محل طاهر لا تعتبر له ذكاة، فأبيح كالطافي (وعنه: يحرم) لأنه رجيح، فيكون مستحباً. وفي «عيون المسائل»: يحرم جراد في بطن سمك، لأنه من صيد البر، وميتته حرام، لا العكس كحل ميتة صيد البحر.

(9/478)

تنبيه: يحرم بول طاهر كروثه، وأباحه القاضي، وذكر رواية في بول الإبل وفاقاً لمحمد بن الحسن، ونقل الجماعة فيه: لا، وكلامه في «الخلاف» يدل على حل

بوله وروثه، لأنه معتاد يحلله كاللبن، وبأنه تبع للحم، واحتج في «الفصول»
بإباحة شربه كاللبن، ودلت على الوصف قصة العرنينين.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 226

(9/479)

كتاب الصيد
وهو - في الأصل - مصدر صاد يصيد صيداً، فهو صائد، ثم أطلق على المصيد
تسمية للمفعول بالمصدر.
وأجمعوا على إباحته، وسنده قوله تعالى: {أحل لكم صيد البحر} (المائدة: 96)
وقوله تعالى: {يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من
الجوارح مكليين} الآية (المائدة: 4) والسنة شهيرة بذلك منها حديث عدي وأبي
ثعلبة، متفق عليهما.
وهو ما كان وحشياً حلالاً غير مقدور عليه، وهو مباح لنا صيده، قدمه في
«الرعاية» و «الفروع» واستحبه ابن أبي موسى، ويكره لهواً، وهو أطيب
مأكول. وقال الأزجي: الزراعة أفضل مكسب، وقيل: عمل اليد، وقيل:
التجارة، وأفضلها في بز، وعطر، وزرع، وغرس، وماشية، وأبغضها في رقيق
وصوف، وأفضل الصنائع خياطة مع أنه نص على أن كل ما نصح فيه فهو حسن،
وأدناها حياكة وحجامة ونحوهما، وأشدّها كراهة صغ، وصياغة، وحدادة ونحوها.

(10/1)

(ومن صاد صيداً، فأدركه حياً حياة مستقرة، لم يحل إلا بالذكاة) يعني: إذا
أدركه متحركاً فوق حركة مذبوح، واتسع الوقت لتذكيته لم يبح إلا بها، ذكره
معظم الأصحاب، وقدمه في «المحرر» و «الفروع» لأنه مقدور عليه، أشبه
سائر ما قدر على ذكاته، ولأن ما كان كذلك، فهو في حكم الحي بدليل قصة
عمر رضي الله عنه. وعنه: يحل بموته قريباً، وعنه: دون معظم يوم، وفي
«التبصرة»: دون نصفه (فإن خشى موته ولم يجد ما يذكيه به، أرسل الصائد له
عليه ليقته في إحدى الروايتين، واختاره الخرقى) قدمه في «الفروع» وجزم
به في «الوجيز» وصححه جماعة، منهم السامري، لأنه صيد قتله الجرح له من
غير إمكان ذكاته، فأبيح كما لو أدركه ميتاً، وعبارة الخرقى: أشلى الصائد. وفي
«المغني»: معنى «أشلى» في العربية دعاه، إلا أن العامة تستعمله بمعنى:
أغراه، ويحتمل أن الخرقى أراد دعاه ثم أرسله، وهو ظاهر، ومقتضاه: أنه إذا
لم يخش موته، أو وجد معه ما يذكيه بها، لم يحل إلا بها، لأنه مقدور على ذكاته،
وكما لو يمكنه الذهاب به إلى منزله، فيذكيه (فإن لم يفعل وتركه حتى مات، لم
يحل) جزم به في «الوجيز» وقدمه في «المحرر» لأن الإرسال ذكاة، ولو قدر
على ذكاته، فلم يذكه حتى مات لم يحل، فكذا هنا (وقال القاضي) وعمامة
أصحابنا: (يحل) بالإرسال، قاله في «التبصرة» لأن إدراك الصيد بلا آلة تذكية
كلا إدراك، ولو لم يدركه حياً لحل، فكذا إذا أدركه بلا آلة (والرواية الأخرى: لا يحل
إلا أن يذكيه) وهي قول أكثرهم، لأنه حيوان لا يباح بغير التذكية إذا كانت معه،
فلم يبح بغيرها إذا لم يكن معه آلة كسائر المقدور على تذكيته، ومسألة

الخرقي على ما يخاف موته إن لم يقتله الحيوان، أو يذكي، فإن كان فيه حياة يمكن بقاءه إلى أن يأتي إلى منزله، فليس فيه اختلاف، لأنه لا يباح إلا بالذكاة.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 231

(10/2)

فرع: إذا امتنع عليه من الذبح، فجعل يعدو منه يومه حتى مات تعباً ونصباً حل، ذكره القاضي، واختار ابن عقيل خلافة، لأن الإتعاب يعينه على الموت، فصار كالماء (وإن رمى صيداً فأنبته) أي: منعه من الامتناع، وحبس عنه ملكه (ثمر رماه آخر فقتله، لم يحل) لأنه صار مقدوراً عليه، فلم يباح إلا بذبحه (ولمن أثبتته قيمته مجروحاً على قاتله) لأنه أتلغه عليه (إلا أن يصيب الأول مقتله دون الثاني، أو يصيب الثاني مذبحة، فيحل) لأنه ذكاة، فإن ادعى كل واحد منهما أنه الأول حلف كل منهما، وبريء من الضمان، لأن الأصل براءة ذمته، وإن اتفقا على السابق، وأنكر الثاني كون الأول أثبتته، قبل قوله، لأن الأصل بقاء امتناعه، ويحرم على الأول لاعترافه بتحريمه، ويحل للثاني، فإن رمياه ووجداه ميتاً، ولم يعلم من أثبتته منهما، فهو بينهما، وإن وجداه ميتاً، حل، لأن الأصل بقاء امتناعه ((وعلى الثاني ما خرق من جلده) لأنه لم يتلف سوء ذلك، قال في «الرعاية»: إذا رمى صيداً فأنبته، ملكه، ثم إن رمى للأول غرم ما خرق من جلده. وقيل: بل ما بين كونه حياً مجروحاً، وكونه مذكياً، وفي غير ذلك يحرم. وعلى الثاني قيمته مجروحاً بالجرح الأول إن لم يدرك الأول ذبحه بل ميتاً، أو كمذبوح، وإن أدركه حياً حياة مستقرة، فلم يذبحه فمات، ضمنه الثاني كذلك، قال في «المحرر»: وقال القاضي: يضمن نصف قيمته مجروحاً بالجرحين مع أرش نقصه، وعندني: إنما يضمن نصف قيمته مجروحاً بالجرح الأول لا غير.

(10/3)

(وإن أدرك الصيد متحركاً كحركة المذبوح، فهو كالميت) أي: لا يحتاج إلى ذكاة، لأن عقره كذكاته (ومتى أدركه ميتاً، حل) لأن الإصطيد أقيم مقام الذكاة، والجرح له آلة السكين، وعقره بمنزلة قطع الأوداج (بشروط أربعة: أحدهما: أن يكون الصائد من أهل الذكاة) لقوله عليه السلام: «فإن أخذ الكلب ذكاة» متفق عليه. والصائد بمنزلة المذكي، فتشترط فيه الأهلية، وفي المجوسي رواية في ما صاده من سمك وجراد: أن لا يحل، لما روى سعيد: ثنا إسماعيل بن عياش، حدثني عبد الله بن عبيد الكلاعي، عن سليمان بن موسى عن الحسن قال: أدركت سبعين رجلاً من أصحاب النبي يأكلون من صيد المجوس. إسماعيل عن الشاميين حجة.
وفي الأعمى قول لابن حمدان: إنه لا يحل لتعذر قصده صيداً معيناً، وظاهر ما ذكره أن ما لا يفتقر إلى ذكاة كاللحوت إذا صاده من لا تباح ذكاته أنه يباح، واختاره الخرقي، وصححه في «الكافي» أنه لا ذكاة له، أشبهه ما لو وجد ميتاً (فإن رمى مسلم ومجوسي صيداً، أو أرسله عليه جارحاً) أو جارحاً غير معلم، أو غير مسمى عليه (أو شارك كلب المجوسي كلب المسلم في قتله) أو وجد مع كلبه كلباً لا يعرف مرسله، أو لا يعرف حاله، أو مع سهمه سهماً كذلك/

(لم يحل) لقول النبي : «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله عليه، فكل، وإن وجدت معه غيره، فلا تأكل، إنما سميت على كلبك، ولم تسم على غيره» متفق عليه، ولأنه اجتمع في قتله مبيح ومحرم، فغلينا التحريم كالمتولد بين ما يؤكل وما لا يؤكل، ولأن الأصل الحظر، فإذا شككنا في المبيح رد إلى أصله، وكذا لو أرسل كلبه المعلم، فاسترسل معه آخر بنفسه/ رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 231

(10/4)

فرع: إذا أرسل جماعة كلاباً بشرطه، وسموا، فوجدوا الصيد قتلاً، لا يدرون من قتله، حل، وإن اختلفوا، أو كانت الكلاب متعلقة به، فهو بينهم، وإلا كان لمن كلبه متعلق به، وعلى من حكمنا له به اليمين. وإن كان قتيلاً، والكلاب ناحية، وقف الأمر حتى يصطلحوا، وقيل: يقرع بينهم، وعلى الأول إن خيف فساده باعوه ثم اصطلحوا على ثمنه.

(وإن أصاب سهم أحدهما المقتل دون الآخر، فالحكم له) قدمه في «المحرر» و «الرعاية» و «الفروع» لأنه هو القاتل، فوجب أن يترتب عليه الحكم. وفي «الشرح»: فإن أصاب أحدهما مقتله دون الآخر مثل أن يكون الأول قد عقره موحياً، ثم أصابه الثاني، وهو غير موحٍ، فالحكم للأول، وإن كان الجرح الثاني موحياً، فهو مباح إن كان الأول مسلماً، لأن الإباحة حصلت به (ويحتمل إلا يحل) هذا رواية، وجزم بها في «الروضة» كما لو أسلم بعد إرساله له، لكن لو أثنه كلب المسلم، ثم قتله الآخر، وفيه حياة مستقرة، حرم، ويضمنه له.

فرع: إذا رمي سهماً، ثم ارتد، أو مات بين رميه وإصابته، حل.

(وإن رد كلب المجوسي الصيد على كلب المسلم فقتله، حل) لأن جارحة المسلم انفردت بقتله، فأبيح، كما لو رمى المجوسي سهمه، فرد الصيد، فأصابه سهم المسلم فقتله، أو أمسك المجوسي شاة، فذبحها مسلم (وإن صاد المسلم بكلب المجوسي حل) ولو كان في ملكه، ذكر في «الكافي» أنه المذهب وفاقاً، وهو غير مكروه، ذكره أبو الخطاب، وأبو الوفا، وابن الزاغوني، لأنه آلة أشبهه ما لو صاده بقوته وسهمه (وعنه: لا يحل) وإن كان لمسلم لقوله تعالى: {وما علمتم من الجوارح مكلبين} (المائدة: 4) وكلب المجوسي غير معلم من مسلم.

(10/5)

وجوابه: أن الآية دلت على إباحة الصيد بما علمناه، وما علمه غيرنا، فهو في معناه، وكرهه جماعة، منهم: جابر، والحسن، ومجاهد، والنخعي، والثوري (وإن صاد المجوسي بكلب المسلم، لم يحل) في قول الجميع كما لو صاد بقوسه، ولأنه ليس من أهل الذكاة (وإن أرسل المسلم كلباً، فزجره المجوسي) فزاد عدوه، أو ذبح ما أمسكه له مجوسي بكلبه، وقد جرحه غير موحٍ (حل) لأن الصائد هو المسلم، وهو من أهل الذكاة (وإن أرسله المجوسي، فزجره المسلم) وقيل: ولم يزد عدو كلبه يزجر المسلم (لم يحل) لأن الصائد ليس من أهل الذكاة، إذ العبرة بالإرسال.

(10/6)

(الثاني: الآلة، وهي نوعان: محدد، فيشترط له ما يشترط لآلة الذكاة) لأنها مما لا بد منها، فيجب أن يشترط للمحدد ما يشترط لآلة الذكاة (ولا بد من جرحه به) نص عليه لقوله لعدي: «ما رميت بالمعراض فخرق فكله، وإن أصابه بعرضه، فلا تأكله» متفق عليه (فإن قتله بثقله، لم يبح) لأنه وقيد، فيدخل في عموم الآية، وسواء أكان بشبكة، أو فخ، أو بندقة، ولو شدخته، نقله الميموني (وإن صاد بالمعراض) قال في «المشارك»: هو خشبة محددة الطرف. وقيل: فيه حديدة (أكل ما قتل بحده) قال أحمد: المعراض يشبه السهم يحذف به الصيد، فربما أصاب الصيد بحده فخرق، فهو مباح (دون عرضه) للخبر. وفي «الترغيب» و «المستوعب»: ولم يجرحه، وهو ظاهر نصوصه، لأنه وقيد، وهو قول الأكثر، وحكم الصوان الذي له حد كالمعراض (وإن نصب مناجل، أو سكاكين، وسمى عند نصبها، فقتلت صيداً، أبيع) إذا جرحه، روي عن ابن عمر، وقاله الحسن وقتادة، لأن النصب جرى مجرى المباشرة في الضمان، فكذا في الإباحة، وقال الشافعي: لا يباح بحال كما لو نصب سكيناً، فذبحت شاة، ولأنه لو رمى سهماً، وهو لا يرى صيداً، فقتل صيداً لم يحل، وهذا أولى. وجوابه: قوله عليه السلام: «كل ما ردت عليك يدك». ولأنه قتل الصيد بما له حد، جرت العادة بالصيد به، أشبهه ما لو رماه، وفارق ما إذا نصب سكيناً، فإن العادة لم تجر بالصيد بها، وإذا رمى سهماً، وهو لا يرى صيداً، فليس ذلك بمعتمد. والظاهر أنه لا يصيب صيداً، فلم يصح قصده بخلاف هذا، وقيل: يحل مطلقاً، فإن بان منه عضو فحكمه حكم البائن بضربة الصائد، وحيث حل فظاهره يحل ولو ارتد، أو مات (وإن قتل بسهم مسموم، لم يبح إذا غلب على ظنه أن السم أغان على قتله) كذا عبر به في «الهداية» و «المذهب» و «المحرر» و «الوجيز» لأنه اجتمع مبيح ومحرم، فغلب المحرم، وكسهمي مسلم ومجوسى، ولأنه يخاف من ضرر السم، فعلى هذا: إن لم يغلب على ظنه أن السم أغان على قتله، فهو مباح. وفي «الكافي» وغيره: إذا

(10/7)

اجتمع في الصيد مبيح ومحرم مثل أن يقتله بمثقل ومحدد، أو بسهم مسموم وغيره إلى آخره، لم يبح لقوله عليه السلام: «وإن وجدت معه غيره، فلا تأكل» وبأن الأصل الحظر، فإذا شككنا في المبيح، رد إلى أصله. ونقل ابن منصور: إذا علم أنه أغان لم يأكل. قال في «الفروع»: وليس هذا في كلام أحمد بمراد. وفي «الفصول»: إذا رمى بسهم مسموم لم يبح، لعل السم أغان عليه، فهو كما لو شارك السهم تغريق بالماء (ولو رماه فوق في ماء، أو تردى من جبل، أو وطىء عليه شيء فقتله، لم يحل) لأنه يغلب على الظن موته بالمشارك (إلا أن يكون الجرح موحياً كالذكاة، فهل يحل؟ على روايتين) كذا في «المحرر» أشهرهما - واختارها الخرقى - أنه يحرم، لأنه يحرم، لأنه اجتمع مبيح ومحرم،

أشبه المتولد بين المأكول وغيره. والثانية: يحل - وجزم به أكثر الأصحاب - لأنه قد صار في حكم الميت بالذبح. وجوابه: قوله عليه السلام: «فإن وجدته غريباً في الماء فلا» متفق عليه. وهذا الظاهر قول ابن مسعود، رواه سعد، وإسناده ثقات، ولا خلاف في تحريمه إذا كانت الجرح غير موحية. ويستثنى من ذلك ما لو وقع في الماء على وجه لا يقتله مثل أن يكون رأسه خارجاً من الماء، أو يكون من طير الماء الذي لا يقتله مثل أن يكون رأسه خارجاً من الماء، أو يكون من طير الماء الذي لا يقتله الماء، أو كان التردى لا يقتل مثل ذلك الحيوان، فلا خلاف في إباحته، لأن التردى والوقوع إنما حرم خشية أن يكون قاتلاً، أو معيناً على القتل، وهذا منتف هنا (وإن رماه في الهواء) أو على شجرة، أو جبل ولو عبر بالعلو لعم (فوق على الأرض، فمات حل) لأن الظاهر زهوق روحه بالرمي لا بالوقوع. وعنه: يحل بجرح موح، جزم به في «الروضة» لقوله تعالى رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 236

(10/8)

{والمتردية} (المائدة:3) وجوابه: أن سقوطه لا يمكن الاحتراز عنه فوجب إن يحل كما لو أصابه فوق على جنبه، والماء يمكن الاحتراز عنه بخلاف الأرض (وإن رمى صيداً، فغاب عنه، ثم وجدته ميتاً لأثر به غير سهمه، حل) في الأشهر عن أحمد، وهو الأصح لحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن رجلاً أتى النبي فقال: «يارسول الله أفنتي في سهمي، قال: «مارد عليك سهمك، فكل» قال: فإن تغيب عني؟ قال: «وإن تغيب عنك ما لم يجد فيه غير سهمك 7» روه أبو داود. ولأن جرحه بسهمه سبب إباحته، وقد وجد يقيناً، والمعارض له مشكوك فيه، وكما لو وجده بغم كلبه، أو وهو يعيث به، أو سهمه فيه. ولا فرق فيه بين أن تكون الجراحة موحية أو لا، وجدته ميتاً في يومه أو في غيره، لكن لو غاب قبل تحقق الإصابة، ثم وجدته عقيراً وحده، والسهم والكلب ناحية، لم يباح (وعنه: إن كانت الجراح موحية، حل) لأنه إذا كان كذلك ظهر إسناد الزهوق إليه (وإلا فلا) أي: إذا لم يكن موحياً لم يظهر إسناد الزهوق إليه وعنه: إن وجدته في يومه، حل، وإلا فلا) لما روى ابن عباس قال: إذا رميت فوجدت فيه سهمك من يومك أو ليلتك، فكل، وإن غاب عنك، فلا تأكل، لأنك لا تدري ما حدث بعدك. لا يقال: الأول مطلق، وهذا مقيد، فيحمل عليه، لأنك لا تدري ما حدث بعدك. لا يقال: الأول مطلق، وهذا مقيد، فيحمل عليه، لأنه متبين له، وقد جاء مصرحاً به في حديث عدي مرفوعاً قال: «إذا رميت الصيد، فوجدته بعد يومين، ليس فيه إلا أثر سهمك فكل» وعنه: إن غاب مدة قريبه حل، وإلا فلا ونقل ابن منصور: إن غاب نهراً حل، لا ليلاً. قال ابن عقيل وغيره: لأن الغالب من حال الليل تخطف الهوام. وعنه: يكره أكل ما غاب (وإن وجد به غير أثر سهمه مما يحتمل أن يكون أعان على قتله، لم يباح) نص عليه للأخبار، وكما لو وجد مع كلبه كلباً سواه، ولم يعتبروا هنا بالظن كالسهم المسموم، قال في «الفروع»: وتتوجه التسوية لعدم الفرق، وإن المراد بالظن الاحتمال، فأما

(10/9)

إن كان الأثر مما لا يقتل مثله، فهو مباح، لأن هذا يعلم أنه لم يقتله.
فرع: إذا غاب قبل عقره، ثم وجد سهمه، أو كلبه عليه، ففي «المنتخب» و
«المغني»: إنه حلال. وعنه: يحرم كما لو وجد سهمه، أو كلبه ناحيته، وظاهر
رواية الأثرم وحنبل: حله، وجزم به في «الروضة» (وإن ضربه فأبان منه عضواً،
وبقيت فيه حياة مستقرة، لم يبح ما أبان منه) هذا المذهب لقوله عليه
السلام «ما أبين من حي، فهو ميت» وعنه: إن ذكي حل البائن، وإن كثر كبقيته،
وإن قطعه قطعتين، أو قطع رأسه، حل الجميع، فإن لم يتبق فيه حياة معتبرة
فروايتان: أشهرهما: إباحتهما، روي عن علي. والثانية: لا يباح ما أبان منه
لعموم الخبر. والأول المذهب، لأن ما كان ذكاة لبعضه، كان ذكاة لجميعه كما
لو قده نصفن، والخبر يقتضي أن يكون الباقي حياً حتى يكون المنفصل منه
ميتاً.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 236

(وإن بقي معلقاً بجلدة، حل) رواية واحدة، لأنه لم يبين (وإن أبانه ومات في
الحال، حل الجميع) على المشهور كما لو قطعه قطعتين (وعنه: لا يباح ما أبان
منه) للخبر، ولأن ما أبين منه لا يمنع بقاء الحياة في العادة، فلم يبح كما لو
أدركه الصياد، وفيه حياة مستقرة. وجوابه: سبق دليل المذبوح، فإنه ربما بقي
ساعة، وربما مشي حتى يموت، مع هذا هو حلال (وإن أخذ قطعة من حوت
ونحوه وأفلت حياً أبيع ما أخذ منا) لأن أقصى ما فيه أنه ميتة، ومميتته حلال
للخبر.

(10/10)

تذنيب: قال أحمد: لا بأس بصيد الليل، قال يزيد بن هارون: ما علمت أحداً
كرهه، ولم يكره أحمد صيد الفراخ الصغار من أوكارها. وفي «المستوعب»:
لا بأس بصيد الصيد الوحشي بالليل من غير أوكارها، ويكره في غيرها. وقال
الحسن: لا بأس بالطريدة، كان المسلمون يفعلون ذلك في مغازيهم،
واستحسنه أبو عبد الله، ومعناها: أن يقع الصيد بين القوم، فيقطع كل منهم
قطعة بسيفه حتى يؤتى على آخره، وهو حي، قال: وليس هو عندي إلا أن يصيد
الصيد، يقع بينهم لا يقدر على ذكاته، ويأذخونه قطعاً، ذكره في «المغني» و
«الشرح» (وإما ما ليس بمحدد كالبنديق والحجر) الذي لا حد له (والعصا،
والشبكة، والفخ، فلا يباح ما قتل به) بغير خلاف نعلمه إلا عن الحسن. وروي
شعبة عن سفيان بن عينية، عن عمرو بن دينار، عن سعيد بن المسيب قال
عمار: إذا رميت بالحجر، أو المعراض، أو البندق، فذكرت اسم الله فكل، وإن
قل. وجوابه: قوله تعالى: {حرمت عليكم} الآية (المائدة: 3) (لأنه وقيد) لأنه
قتله بغير محدد، فوجب ألا يباح كما لو ضرب شاة بعصا فماتت، قال ابن قتيبة:
الموقوذة التي تضرب حتى توقد، أي: تشرف على الموت، قال قتادة: كانوا
يضربونها بالعصا، فإذا ماتت أكلوها. دليل الأكثر ما روى سعيد: ثنا أبو معاوية،
ثنا الأعمش عن إبراهيم، عن عدي مرفوعاً: «إذا رميت فسميت فخرقت،
فكل، وإن لم تخرق، فلا تأكل، ولا تأكل من المعراض إلا ما ذكيت، ولا تأكل من
البندق إلا ما ذكيت/ ورواه أحمد أيضاً. وإبراهيم لم يلق عدياً. قال في
«المغني»: ولو شدخه، أو خرقه، نص عليه.
فائدة: يكره الصيد بمثقل لا يجرح، وعند عبد الله بن مغفل قال: نهى النبي عن

الخدف، وقال: «إنها لاتصيد صيداً، ولا تنكأ عدواً، ولكنها تكسر السن، وتفقأ العين/ أخرجاه في «الصحيحين».
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 236

(10/11)

(النوع الثاني: الجارحة، فيباح ما قتلته إذا كانت معلمة) لقوله تعالى: {وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم} (المائدة:4) قال ابن حزم: اتفقوا فيما إذا قتله الكلب الذي هو غير معلم، وكل سبع من طير، أو ذي أربع غير معلم، ولم يدرك فيه حياة أصلاً أنه لاي يحل، ولو ذكي، وحينئذ ما قتلته الجارحة جرحاً. وعنه: وصدماً وخنقاً، اختاره ابن حامد وأبو محمد الجوزي، فيباح (إلا الكلب الأسود البهيم) وهو مالا يياض فيه، نص عليه، وذكر السامري والمؤلف: هو الذي لا يخالط لونه لون سواء. وقال ثعلب وإبراهيم الحربي: كل لون لم يخالطه لون آخر، فهم بهيم. قيل لهما: من كل لون؟ قالوا: نعم. قال أحمد: ما أعلم أحداً يرخص فيه يعني من السلف (فلا يباح صيده) نص عليه، لأنه - عليه السلام - أمر بقتله، وقال: «إنه شيطان» رواه مسلم، وهو العلة، والسواد علامة، كما يقال: إذا رأيت صاحب السلاح فاقتله، فإنه مرتد. فالعلة الردة، ونقل إسماعيل بن سعيد الكراهة وإباحة الأكثر لعموم الآية والخبر. وكغيره من الكلاب، والأول المذهب. وعنه: بلى، ومثله في أحكامه ما بين عينيه بياض، جزم به في «المغني» و «الشرح» ويحرم اقتناؤه كخنزير، قال جماعة: يقتل، فدل على وجوبه، ونقل موسى بن سعيد: لا بأس به (والجوارح نوعان: ما يصيد بنابه كالكلب والفهد) وفي «المذهب» و «الترغيب»: والنمر (فتعليمه بثلاثة أشياء: بأن يسترسل إذا أرسل، وينزجر إذا زجر) لافي وقت رؤيته للصيد، قاله في «المغني» وغيره (وإذا أمسك لم يأكل) لقوله عليه السلام: «فلا تأكل فإني أخاف أن يكون أنما أمسك على نفسه» متفق عليه. ولأن العادة في المعلم ترك الأكل، فكان شرطاً كالانزجار إذا زجر، وهذا لم يذكره الآدمي البغدادي. قال في «المغني»: لا أحسب هذه الخصال تعتبر غي غير الكلب، فإنه الذي يجيب صاحبه إذا دعاه، وينزجر إذا زجر، والفهد لا يكاد يجيب داعياً، وإن عد متعلماً، فيكون

(10/12)

التعليم في حقه بترك الأكل خاصة، أما بما يعده أهل العرف متعلماً (ولا يعتبر تكرر ذلك منه) اختاره الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب، وقدمه في «المحرر» و «الرعاية» لأنه تعلم صنعة، أشبه سائر الصنائع. وقال القاضي: يعتبر تكرر ذلك منه حتى يصير في العرف معلماً، وأقل ذلك ثلاث، نصره في «المغني» لأن ترك الأكل يحتمل أن يكون لشيع أو عارض، فيعتبر تكراره، وحينئذ يعتبر ثلاثاً كالاستجمار والأقراء والشهور في المعدة والصنائع لا يمكن من فعلها إلا من تعلمها، وترك الأكل ممكن الوجود من المتعلم وغيره، فعلى هذا: يحل في الرابعة. وقيل: مرتين، فيحل في الثالثة (فإن أكل بعد تعلمه لم يحرم ما تقدم من وصيده) رواية واحدة، قاله في «المستوعب» واقتصر عليه في «الكافي»

و «الشرح» وصححه في «المحرر» وهو قول أكثرهم لعموم الآية والأخبار، ولأنه قد وجد مع اجتماع شروط التعليم فيه، فلا يحرم بالاحتمال، وقيل: يحرم، لأنه لو كان معلماً ما أكل (ولم يبح ما أكل منه في إحدى الروايتين) وهي الصحيحة لقوله عليه السلام: «فإن أكل فلا تأكل» ورواه سعيد، ثنا سفيان، عن عمرو بن دينار، عن عطاء، عن ابن عباس. ورواه أيضاً عن أبي هريرة، وقيل: حين الصيد، جزم به ابن عقيل، وقيل: قبل مضيه، ولا يخرج بأكله عن كونه معلماً، فيباح صيده بعد ذلك، وفيه احتمال (والأخرى: يحل) روي عن سعد، وسلمان، وأبي هريرة، وابن عمر، حكاه عنهم أحمد، ولقوله تعالى: {فكلوا مما أمسكن عليكم} (المائدة: 4) ولا حجة فيها، مع أن حديثنا هو المعمول به وأصح، فلو شرب من دمه، ولم يأكل منه، لم يحرم، نص عليه، وفي «الانتصار»: من دمه الذي جرى، وكرها الشعبي والثوري.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 236

(10/13)

(والثاني: ذو المخلب كالباري، والصقر، والعقاب، والشاهين، فتعليمه بأن يسترسل إذا أرسل، ويجب إذا دعي، ولا يعتبر ترك الأكل) لقول ابن عباس: إذا أكل الكلب فلا تأكل، وإن أكل الصقر فكل، رواه الخلال، ولأن تعليمه بالأكل، ويتعذر تعليمه بدونه، فلم يقدح في تعليمه بخلاف الكلب (ولا بد أن يجرح الصيد، فإن قتله بصدمته أو خنقه، لم يبح) قدمه في «الكافي» و «المستوعب» و «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» وقاله الأكثر، لأنه قتل بغير جرح، أشبه ما لو قتله بالحجر والبندق (وقال ابن حامد: يباح) لعموم الآية والخبر. والأول أولى، لأن العموم فيهما مخصوص بما ذكر من الدليل الدال على عدم إباحته (وما أصابه فم الكلب هل يجب غسله؟ على وجهين) - كذا في «المحرر» وهما روايتان في «الفروع» - أحدهما: يجب، قدمه في «الكافي» و «الرعاية» وصححه في «المستوعب» كغيره من المحال. والثاني: لا، وجزم به في «الوجيز» لأن الله تعالى ورسوله أمرا بأكله، ولم يأمر بغسله.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 236
فصل

(10/14)

(الثالث: إرسال الآلة قاصداً للصيد) فعلى هذا: لو سقط سيف من يده عليه فعقره، أو احتكت شاة بشفرة في يده، لم تحل (فإن استرسل الكلب، أو غيره بنفسه، لم يبح صيده) في قول أكثرهم، وقال عطاء والأوزاعي: يؤكل إذا جرحه الصائد، وقال إسحاق: إذا سمى عند انفلاته أبيع. وروى بإسناده عن ابن عمر أنه سئل عن الكلاب تنفلت من مرابطها، فتصيد الصيد قال: إذا سمى فكل. قال الخلال: هذا على معنى قول أبي عبد الله. وجوابه: قوله عليه السلام: «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله عليه، فكل» متفق عليه، ولأن إرسال الجارحة جعل بمنزلة الذبح، ولهذا اعتبرت التسمية معه (وإن زجره) أي: لم يحل، لأن الزجر لم يزد شيئاً عن إرسال الصائد بنفسه (إلا أن

يزيد عدوه بزجره، فيحل) لأن زجره له أثر في عدوه، فصار كمالو أرسله لأن فعل الآدمي إذا انضاف إلى فعل البهيمة، كان الاعتبار بفعل الآدمي بدليل ما لو عدا على إنسان، فأغراه آدمي فأصابه، ضمن، فلو أرسله بغير تسمية، ثم سمى وزجره، فزاد عدوه، فظاهر كلام أحمد: إباحته، لأنه انزجر بتسميته وزجره، أشبه التي قبلها، وقال القاضي: لا، لأن الحكم تعلق بالإرسال الأول بخلاف ما إذا استرسل بنفسه، ونقل حرب: إن صاد من غير أن يرسله لا يعجيني، وأحتج بأنه لم يذكر اسم الله عليه، وفي «الروضة»: إن استرسل الطائر بنفسه فصاد وقتل، حل، وأكله منه بخلاف الكلب (وإن أرسل كلبه، أو سهمه إلى هدف) وهو كل مرتفع من بناء، أو كتيب رمل، أو جبل (فقتل صيداً، أو أرسله يريد الصيد، ولا يرى صيداً، لم يحل صيده إذا قتله) لأن قصد الصيد شرط، ولم يوجد، وقبل: لا يحرم في السهم (وإن رمى حجراً يظنه صيداً، فأصاب صيداً، لم يحل) قدمه السامري، وجزم به في «الوجيز» لأنه لم يقصد صيداً على الحقيقة، وكما لو أرسله على غير شيء، أو ظنه أو علمه غير صيد فأصاب صيداً (ويحتمل أن يحل) اختاره في «المغني» لأن صحة القصد تنبني على الظن، وقد وجد وصح قصده، وكما

(10/15)

لو رمى صيداً، فأصاب غيره، أو هو وغيره، نص عليه، فإن شك: هل هو صيد أم لا؟ لم يبح، لأن صحة القصد تنبني على العلم، ولم يوجد.
تتمة: إذا قصد إنساناً، أو حجراً، أو رمى عبثاً غير قاصد صيداً فقتله، لم يحل، لأنه لم يقصد صيداً لكون القصد لا يتحقق إلا بعلمه، وإن ظنه صيداً، فإذا هو صيد حل، وإن ظنه كلباً أو خنزيراً، لم يبح قال في «الرعاية»: وإن رمى ما ظنه حجراً أو آدمياً، فبان صيداً، أو رمى حجراً ظنه صيداً، فأصاب صيداً، أو سمع حساً ليلاً، أو رأى سواداً، فأرسل عليه جارحة، أو سهمه، فأصاب صيداً فوجهان.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 245

(10/16)

وقيل: إن ظنه آدمياً معصوماً، أو بهيمة، أو حجراً فقتله، فإذا هو صيد، لم يبح (وإن رمى صيداً فأصاب غيره، حل) والجراح كالسهم في هذا، نص عليه لعموم الآية والخبر، ولأنه أرسله على صيد، فحل ما صار له كما لو أرسلها على كبار، فتفرقت عن صغار، أو كما لو أخذ صيداً في طريقة (وإن رمى صيداً فقتل جماعة، حل) لأن شرط الحل قصد الصيد في الجملة لا قصد الصيد بعينه، وهو موجود فيهما (وإن أرسل سهمه على صيد، فأعانتته الريح، فقتله، ولولاها ما وصل، حل) لأن شرط الحل قصد الصيد في الجملة لا قصد الصيد بعينه، وهو موجود فيهما (وإن أرسل سهمه على صيد، فأعانتته الريح، فقتله، ولولاها ما وصل، حل) لأنه قتله بسهمه ورميه، أشبهه ماله وقع سهمه على حجر، فرده على الصيد فقتله، ولأن الإرسال له حكم الحل، والريح لا يمكن الاحتراز عنها فسقط اعتبارها (وإن رمى صيداً، فأثبتته، ملكه) لأنه أزال امتناعه، أشبهه ماله

قتله (فإن تحامل فأخذه غيره، لزمه رده) لأنه ملكه، فلزمه كما يلزمه رد ملك غيره كالشاة ونحوها (وإن لم يثبت فدخل خيمة إنسان) أو غيرها (فأخذه فهو لأخذه) لأن الأول لم يملكه لكونه ممتنعاً، فملكه الثاني بأخذه، وقال ابن حمدان: إن خرج منها وإلا فلا، وقبل: هو لصاحب الخيمة، ولو نصب خيمة للأخذ، ملكه، وإن مات فيها فهو له.

(10/17)

فرع: إذا رمى طيراً على شجرة في دار قوم، فطرحه في دارهم، فأخذه فهو للرامي، لأنه ملكه بإزالة امتناعه، ذكره في «الشرح» وفي «عيون المسائل»: إن حمل نفسه فسقط خارج الدار فهو له، وإن سقط فيها فهو لهم، وفي «الرعاية»: لغيره أخذه على الأصح، والمنصوص أنه للموحي (ولو وقع في شبكته) أو فحه، أو شركة (صيد) فهو له، لأنه أثبتته بآلته (فإن خرقتها، وذهب بها، فصاده آخر، فهو للثاني) لأنه لم يملكه الأول، وما معه لقطعة، فإن كان يمشي بالشبكة على وجه لا يقدر على الامتناع، فهو لصاحبها، لكن إن أمسكه الصائد، وثبتت يده عليه، ثم انفلت منه، لم يزل ملكه عنه، كما لو شردت فرسه، أو ند بعيره، وبسنتني من ذلك مالو صاده، فوجد عليه علامة كقلادة في عنقه، أو قرط في أذنه، فلو وجد طائراً مقصوص الجناح فلقطة، ويملك الصيد بإلجائه إلى مضيق يعجز عن الانفلات منه، وكذا إذا وقع في دبق يمنعه من الطيران (وإن كان في سفينة، فوثبت سمكة، فوقعت في حجره، فهي له دون صاحب السفينة) قدمه في «المحرر» و «الرعاية» وجزم به في «المستوعب» و «الشرح» لأن السمك من الصيد المباح، فملكك بالسبق إليها كما لو فتح حجره للأخذ، زاد في «الوجيز»: ما لم تكن السفينة معدة للصيد في هذا الحال، وقيل: هو قيل أن يأخذه على الإباحة، فيكون لمن أخذه، ومقتضاه: أنها إذا وقعت في السفينة فهي لصاحبها، لأن السفينة ملكه، ويده عليها، لكن أن كانت السمكة وثبت بفعل إنسان لقصد الصيد، فهي له دون من وقعت في حجره، لأن الصائد أثبتها بذلك.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 245

(10/18)

فرع: إذا دخلت ظبية داره، فأغلق بابه وجهلها، أو لم يقصد تملكها، ومثله إحياء أرض بها كنز ملكه كنصب خيمة، وفي «الترغيب»: إن دخل للصيد داره فأغلق بابه، أو برجه فسد المنافذ، أو حصلت السمكة في بركته، فسد مجرى الماء، فقيل: يملكه، وقيل: إن سهل تناوله منه، وإلا كمتحجر للأحياء، ويحتمل اعتبار قصد التملك بغلق وسد، فعلى الأول: ما بينه الناس من الأبرجة، فتعشش بها الطيور، يملكون الفراخ إلا أن تكون الطيور مملوكة، فهي لأربابها، نص عليه، ولو تحول طير من برج زيد إلى برج عمرو، لزم عمرو رده، وإن اختلط ولم يتميز، منع عمرو من التصرف على وجه ينقل الملك حتى يصطلحا، ولو باع أحدهما الآخر حقه أو وهبه، صح في الأقيس (وإن صنع بركة ليصيد بها السمك، فما حصل فيها ملكه) لأنها آلة للصيد، قصد بها السمك، فملكه، وكما لو وقع في

شبكة، أو فخ، أو منجل (وإن لم يقصد بها ذلك، لم يملكه) كما لو توحد الصيد في أرضه، وفي «الترغيب» ظاهر كلامه: يملكه بالتوحد (وكذلك إن حصل في أرضه سمك، أو عشش فيها طائر، لم يملكه) لأن الأرض ليست معدة لذلك، أشبه البركة التي لم يقدر بها اوصطياد، نقل صالح وجنبل فيمن صاد من نخلة بدار قوم: هو له، فإن رماه بندق فوقه فيها، فهو لأهلها (ولغيره أخذه) علي الأصح، قاله في «الرعاية» كما يجوز له أخذ الماء والكلاء، ولأنه باق على الإباحة الأصلية، لكن ياتم بدخولها بدون إذن ربها، وقيل: مستأجرها أولى من ربها، والمنصوص أنه للمؤجر (ويكره صيد السمك بالنجاسة) قدمه في «المستوعب» و «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لما فيه من أكل السمك للنجاسة، فيصير كالجلالة، وعنه: يحرم، قدمه في «الفروع» ونقله الأكثر، وقال: استعن عليهم بالسلطان، وفي «المبهبج» فيه: وبمحرم روايتان، وكره أحمد الصيد ببنات وردان، وقال: ماؤها الحشوش، وكذا بالضفادع (وصيد الطير بالشباش) وهو طائر، تخيط عينيه ويربط، لأن فيه تعذيباً للحيوان، وكذا يكره من وكره،

(10/19)

أطلقه في «الترغيب» وغيره لابليل، وظاهر رواية ابن القاسم: لا، كالفرخ منه، ولا بما يسكر، نص على ذلك، وفي «مختصر ابن رزين»: يكره لبليل. فائدة: لا بأس بشبكة، وفخ، ودبق، قال أحمد: وكل حيلة، وذكر جماعة: يكره بمثقل كبنديق، وكره الشيخ تقي الدين الرمي به مطلقاً لنهي عثمان، ونقل ابن منصور: لا بأس ببيع البندق يرمى به الصيد لا للعبث، وقال ابن هبيرة: هو معصية، فلو منعه الماء حتى صاده، حل أكله، وحرمه في «الرعاية» ونقل حنبل: لا يصاد الحمام إلا أن يكون وحشياً (وإذا أرسل الصيد وقال: أعتقتك، لم يزل ملكه عنه) في ظاهر المذهب، وذكره ابن حزم إجماعاً كبهيمة الأنعام وكانفلاته، أو ند أياماً، ثم صاده آخر، نص عليه، ولأن الإرسال والإعتق لا يوجب زوال ذلك، قال ابن عقيل: لا يجوز: أعتقتك في حيوان مأكول، لأنه فعل الجاهلية (ويحتمل أن يزول، ويملكه من أخذه) لأن الأصل الإباحة، والإرسال يرد إلى أصله بخلاف بهيمة الأنعام، ولأن الإرسال هنا بعيد، وهو رد الصيد إلى الخلاص من أيدي الآدميين، ولهذا روي عن أبي الدرداء أنه اشترى عصفوراً من صبي، فأطلقه، ولأنه يجب إرساله على المحرم إذا أحرم بخلاف بهيمة الأنعام، قال بعض أصحابنا: العتق إحداث قوة تصادف الرق، وهو ضعف شرعي يقوم بالمحل، فيمنعه عن دفع يد الاستيلاء عنه، والرق غير المالية. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 245 فصل

(10/20)

(الرابع: التسمية) في الجملة، لقوله تعالى: {ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه} (الأنعام: 121) وللأخبار (عند إرسال السهم، أو الجارحة) لأن ذلك هو الفعل الموجود من المرسل، فاعتبرت التسمية عنده كما يعتبر عند الذبح،

وذكر جماعة: أو قبلة قريباً، فصل بكلام أو لا (فإن تركها لم يبح، سواء تركها عمداً، أو سهواً في ظاهر المذهب) نصره في «الشرح» وجزم به في «الوجيز» وقدمه في «الفروع» وذكر القاضي في «الخلافة»: أنه المذهب الصحيح، وأنه رواه الجماعة للآية والأخبار، والقرق بين الصيد خصوصاً خاصة، ولأن الذبيحة تكثر ويكثر النسيان فيها (وعنه: إن نسيها على السهم أبيع) لقوله عليه السلام: «عفي لأمتي عن الخطؤ والنسيان» (وإن نسيها على الجارحة لم يتح) ولا فرق بينهما أن السهم آلة حقيقة، وليس له اختياراً بخلاف الحيوان، فإنه يفعل باختياره، وعنه: تسقط مع السهو مطلقاً، ذكره ابن حزم إجماعاً، قال خلال: سها حنبل في نقله، وعنه: سنة، نقل الميموني: الآية في الميتة، قد رخص أصحاب النبي في أكل ما لم يسم عليه، وعنه: يختص المسلم باشتراطها، ونقل حنبل عكسها، لأن المسلم فيه اسم الله، وليس بجاهل، كنابس الصوم، ذكره في «المنتخب» وسبق ما يتعلق بذلك. مسألة: إذا سمى على سهم، ثم ألقاه وأخذ غيره، لم يبح ما صاد به، جزم به في «الشرح» و«الرعاية» لأنه لما لم يمكن اعتبار التسمية على صيد بعينه، اعتبرت على الآلة التي يصيد بها بخلاف الذبيحة، وقيل: يباح كما لو سمى على سكين، وأخذ غيرها. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 250

(10/21)

كتاب الأيمان

وهي جمع يمين، واليمين: القسم، والجمع: أيمن وأيمان، سمي بذلك لأنه كان أحدهم يضرب يمينه على يمين صاحبه، فاليمين تتوكيد الحكم بذكر عظم على وجه مخصوص، فهي جملة خبرية، تؤكد بها أخرى، وهما كشرط وجزاء، والأصل فيها الإجماع، وسنده قوله تعالى: {لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكم يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان} (المائدة: 89) وقوله تعالى: {ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها} (النحل: 91) والسنة شهيرة بذلك، منها لعبد الرحمن ابن سمرة: «إذا حلفت على يمين، فرأيت غيرها خيراً منها، فأت الذي هو خير وكفر يمينك» متفق عليه. ووضعها في الأصل لتأكيد المحلوف عليه لقوله تعالى: {ويستنبئونك أحق هو قل إي وربي إنه لحق} (يونس: 53) و{قل: بلى وربي لتبعثن} (التغابن: 7) ويصح من كل مكلف مختار قاصد لليمين، ولا يصح من غير مكلف للخبر، ولأنه قول يتعلق به حق، فلم يصح من غير مكلف كالإقرار، وفي المميز وجه، قاله في «المذهب» وفي السكران وجهان، بناء على التكليف وعدمه، قاله في «المغني» و«الشرح» وبناءه في «الكافي» على طلاقة، وتصح من الكافر، وتلزمه الكفارة بالخنث، نص عليه في مواضع، وقاله جمع وقال: لاتنقض يمينه، لقوله تعالى: {فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا أيمان لهم} (التوبة: 12) ولأنه ليس بمكلف، وجوابه: أن عمر نذر في الجاهلية أن يعتكف، فأمره النبي بالوفاء بنذره/ ولأنه من أهل القسم لقوله تعالى: {فيقسمان بالله} (المائدة: 106) قال القاضي في «الخلافة»: ولا خلاف أنه يستخلف عند الحاكم، وكل من صحت يمينه عند الحاكم صحت يمينه عند الانفراد كالمسلم، وعن الآية أنهم لا يفون بها، لقوله تعالى: {ألا تقاتلون قوماً نكثوا أيمانهم} ولا

نسلم أنه غير مكلف (واليمين) تنقسم خمسة أقسام:
واجب: كالتي ينجي بها إنساناً معصوماً من هلكة، وكذا إنجاء نفسه مثل أن
توجه إيمان القسامة في دعوى القتل عليه، وهو بريء.

(10/22)

ومندوب: كحلف يتعلق به مصلحة من إصلاح بين متخاصمين، وإن حلف على
فعل طاعة، أو ترك معصية، فقبل: هو مندوب، لأن ذلك يدعو إلى فعل
الطاعة وترك المعصية، وقيل: لا، لأن النبي وأصحابه لم يكونوا يفعلونه في
الأغلب، ولو كان لم يخلوا به، ولأن ذلك يجري مجرى النذر.
ومباح: كالحلف على فعل مباح، أو تركه، والحلف على الخير بشيء هو صادق
فيه، أو يظن أنه صادق.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 253

ومكروه: كالحلف على ترك مكروه، ولا يلزم حديث الأعرابي: «والذي بعثك
بالحق لا أزيد على هذا ولا أنقص، لأن اليمن على تركها لا يزيد على تركها، ولو
تركها لم ينكر عليه، ومنه الحلف على البيع الشراء.
وحرام: وهو الحلف الكاذب، ومنه الحلف على معصية، أو ترك واجب، ومتى
كانت اليمين على فعل واجب، أو ترك محرم، فحلها حرام، وإن كانت على
مندوب، أو ترك مكروه، فحلها مكروه، وإن كانت على مباح، فحلها مباح.
قال في «الرعاية»: وحفظ اليمين أولى، وإن كانت على فعل مكروه وترك
مندوب، فحلها مندوب، وإن كانت على فعل محرم، أو ترك واجب، فحلها
واجب.

(التي تجب بها الكفارة) بشرط الحنث (هي اليمين بالله تعالى، أو صفة من
صفاته) لأن اليمين إذا أطلقت تنصرف إليه، ولأن صفات الله تعالى قديمة،
فكان الحلف بها موجبا للكفارة كالحلف بالله تعالى، وكوجه الله تعالى، نص
عليه، وعظمته، وإرادته، وقدرته، وعلمه (وأسماء الله تعالى، وقسمان: أحدهما:
مالا يسمى به غيره نحو: والله، والقديم الأزلي، والأول الذي ليس قبله شيء،
والآخر الذي ليس بعده شيء، وخالق الخلق، ورازق العالمين) وكذا رب
العالمين، ومالك يوم الدين، ورب السموات والأرض (فهذا القسم به يمين بكل
حال) نوى به اليمين أولا، لأن اليمين بذلك صريح في مقصوده، فلم يفتقر إلى
نية كصريح الطلاق ونحوه.

(10/23)

(والثاني: ما يسمى به غيره، وإطلاقه ينصرف إلى الله تعالى كالرحمن
والرحيم والعظيم، والقادر، والرب، والمولى، والرازق ونحوه، فهذا إن نوى
بالقسم به اسم الله تعالى أو أطلق، فهو يمين) لأنه بإطلاقه ينصرف إليه (وإن
نوى غيره، فليس بيمين) لأنه يستعمل في غيره، قال الله تعالى: (ارجع إلى
ربك) (يوسف: 5) و(اذكرني عند ربك فأنساه الشيطان ذكر ربه) (يوسف: 42)
{ فارزقوهم منه } (النساء: 8) { بالمؤمنين رؤوف رحيم } (التوبة: 128) ومثل
رحمان اليمامة، ورجل رحيم، والمولى المعتقد، والقادر باكتسابه، والعالم في

البلد، ورازق الجند، لأنه لما أراد به غيره لم يبق يميناً لعدم تناوله لما يوجب القسم، وفي «المغني» و «الكافي»: إن الرحمن من القسم الأول، قال في «الشرح»: وهو أولى، لأن ذلك إنما يسمى به غير الله مضافاً لقولهم في مسيلمة: رحمان اليمامة، والذي ذكره المؤلف هنا أورده السامري وابن حمدان مذهباً، وذكر القاضي في «الخلاف» و «التعليق» أنه إذا قال: والرب، والخالق، الرازق لا فعلت كذا، وأطلق ولم ينو اليمين أنه يخرج على روايتي: أقسم، وقبل: يمين مطلقاً، وقاله طلحة العاقولي (وأما ما لا يعد من أسمائه) ولا ينصرف إطلاقه إليه ويحتمله (كالشيء والموجود) والحي، والعالم، والمؤمن، والكريم (فإن لم ينو به الله تعالى، لم يكن يميناً) لأن الحلف الذي تجب به الكفارة، لم يقصد، ولا اللفظ ظاهر في إرادته، فوجب ألا يترتب عليه ما يترتب على الحلف بالله تعالى (وإن نواه كان يميناً) على المذهب، لأنه يصح أن يقسم بشيء يصح أن يراد به الله تعالى قاصداً به الحلف، فكان يميناً مكفرة كالمك والقدار (وقال القاضي: لا يكون يميناً أيضاً) لأن اليمين إنما تنعقد بحرمة الاسم، فمع الاشتراك لا تكون له حرمة، والنية المجردة لا تنعقد بها اليمين، وجوابه: أنه أقسم باسم الله تعالى قاصداً الحلف به، فكان يميناً، وما انعقدت بالنية المجردة، وإنما انعقدت بالإسم المحتمل المراد به اسم الله

(10/24)

تعالى، فإن النية تصرف اللفظ إلى بعض احتمالاته، فيصير كالمصرح به كالكنيات (وإن قال: وحق الله، وعهد الله، ايم الله، وأمانة الله، وميثاقه، وقدرته، وعظمته، وكبريائه، وجلاله وعزته ونحو ذلك، فهو يمين). وفيه مسائل: رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 253

الأولى: إذا قال في حلفه: وحق الله، فهي يمين مكفرة، وقاله الأكثر، لأن لله حقوقاً يستحقها لنفسه من البقاء، والعظمة، والجلال، والعزة، وقد اقترن عرف الاستعمال بالحلف بها، فينصرف إلى صفة الله تعالى، كقوله: وقدره الله.

الثانية: إذا قال: وعهد الله وكفاله، فهي يمين مكفرة، لأن عهد الله يحتمل كلامه الذي أمرنا به ونهاه، لقوله تعالى: {ألم أعهد إليكم يا بني آدم} (يس: 60) وكلامه قديم صفة له، ويحتمل أنه استحقاق لما تعبدنا به، وقد ثبت عرف الاستعمال، فيجب أن يكون يميناً بإطلاقه، كقوله: وكلام الله. وإذا ثبت هذا فإنه إذا قال: علي عهد الله وميثاقه لأفعلن كذا، فهو يمين، وفيه رواية ذكرها ابن عقيل، لأن العهد من صفات الفعل، فلا يكون الحلف به يميناً، كما لو قال: وخلق الله.

الثالثة: إذا قال: وايم الله، فهي يمين مكفرة في الأصح، لأنه - عليه السلام - كان يقسم به، وانضم إليه عرف الاستعمال، فوجب إن يصرف إليه كالحلف بعمره الله. وعنه: إن نوى اليمين، وإلا فلا، اختارها أبو بكر. فائدة: ايم كايمن، وهمزته همزة وصل تفتح وتكسر، وميمه مضمومة، وقالوا: ايمن الله بضم الميم والنون مع كسر الهمزة وفتحها، وقال الكوفيون: ألفها ألف قطع، وهي جمع يمين، فكانوا يحلفون باليمين، فيقولون: ويمين الله، قاله أبو عبيد، وهو مشتق من اليمن والبركة.

الرابعة: إذا قال في حلفه: وأمانة الله، فهي يمين مكفرة، نص عليه، ولا يختلف المذهب فيه إذا نوى صفة الله تعالى لما ذكر في عهد الله.

(10/25)

الخامسة: إذا قال في حلفه: وميثاق الله وقدرته كعلم الله تعالى، فإن نوى القسم بالمعلوم والمقدور، فقدم في «الرعاية» أنه ليس يميناً، والمنصوص أنه يمين.

مسألة: يكره الحلف بالأمانة لما روى بريدة مرفوعاً قال: «ليس منا من حلف بالأمانة» رواه أبو داود، ورجاله ثقات.

السادسة: إذا قال في قسمه: وعظمة الله وكبرائه وجلاله، فهو يمين مكفرة في قولهم جميعاً كعزة الله وعلمه، لأن هذه من صفات ذاته، لم يزل موصوفاً بها، وقد وردت الأخبار بالحلف بعزة الله تعالى.

(وإن قال: والعهد والميثاق وسائر ذلك) أي: باقيه (ولم يصفه إلى الله تعالى، لم يكن يميناً) لأنه يحتمل غير الله، فلم يكن يميناً كالشيء والموجود (إلا أن ينوي) بإطلاقه (صفة الله تعالى) فيكون يميناً على المذهب، لأن النية تجعل للعهد ونحوه كأمانة الله تعالى، ولأنه حلف بصفة من صفات الله تعالى (وعنه) بإطلاقه (يكون يميناً) لأن اللام إذا كانت للتعريف صرفته إلى عهد الله تعالى، وإن كانت للاستغراق، دخل فيه ذلك، والأول أشهر، وجزم به في «المستوعب» و «الوجيز» لأنه يحتمل غير ما تجب به الكفارة مع أن أحمد غلظ أمر العهد، وقال: هو شديد في عشرة مواضع من كتاب الله تعالى.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 253

وحلفت عائشة لاتكلم ابن الزبير، فلما كلمته أعتقت أربعين رقبة، وكانت تبكي حتى تبل خمارها، وتقول: واعهداه. قال: وبكفر إذا حلف بالعهد وحنث بأكثر من كفارة يمين.

(وإن قال: لعمره الله، كان يميناً) نصره القاضي في «الخلافة» وذكر أنه المذهب، وقدمه في «المحرر» و «الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأنه أقسم بصفة من صفات الله تعالى، فهو كالحلف ببقاء الله تعالى، كقوله تعالى: {لعمرك إنهم لفي سكرتهم يعمهون} (الحجر: 72). وقال الشاعر: إذا رضيت كرام بني بشير [ع] لعمره الله أعجبتني رضاها

(10/26)

إذ العمر - بفتح العين وضمها - الحياة، واستعمل في القسم المفتوح خاصة، واللام للابتداء، وهو مرفوع بالابتداء، والخبر محذوف وجوباً تقديره: قسمي (وقال أبو بكر: لا يكون يميناً إلا أن ينوي) هذا رواية، لأنه إنما يكون يميناً بتقدير خبر محذوف، فكأنه قال: لعمره الله ما أقسم به، فيكون مجازاً، والمجاز لا ينصرف إليه الإطلاق، والأول أصح، لأن احتياج الكلام إلى تقدير لا يضر، لأن اللفظ إذا اشتهر في العرف، صار من الأسماء العرفية، فيحمل عليه عند الإطلاق دون موضوعه الأصلي.

فرع: إذا قال: لعمرك الله، فقيل: هو مثل نشدتك الله. وإن قال: لعمرك، أو

لعمرى، أو عمرك، فليس يمين في قول أكثرهم، لأنه أقسم بحياة مخلوق، ونقل الجوزجاني: إذا قال: لعمرى كان يمينا، وقاله الحسن، فتجب به الكفارة.

(10/27)

(وإن حلف بكلام الله تعالى، أو بالمصحف، أو بالقرآن) أو آية منه (فهى يمين) في قول عامتهم، لأن القرآن كلام الله تعالى وصفة من صفات ذاته، فتنعقد اليمين به، ولم يكره أحمد الحلف بالمصحف، لأن الحالف إنما قصد المكتوب فيه، وهو القرآن، فإنه عبارة عما بين دفتي المصحف بالإجماع (فيها كفارة واحدة) قدمه الأئمة، منهم الجدي، وهو قياس المذهب، وقاله الأكثر، لأن الحلف بصفات الله تعالى، وتكرار اليمين بها لا يوجب أكثر من كفارة، فهذا أولى وكسائر الأيمان (وعنه: بكل آية كفارة) إن قدر، قال في «الكافي»: هي المنصوصة عنه، واختارها الخرقى، وهى قول الحسين لما روى مجاهد مرفوعاً: «من حلف بسورة من القرآن، فعليه بكل آية كفارة ويمين صبر» ورواه الأثرم، ورواه بمعناه أبو نصر السجزي، وابن أبي داود في «فضائل القرآن» من حديث أبي هريرة، وروى عن أبي مسعود أيضاً، قال أحمد: ما أعلم شيئاً يدفعه وعنه: يجب مطلقاً، وفي «الفصول»: وجه بكل حرف، وفي «الروضة»: من حلف بالمصحف فحنث، فكفارة واحدة، رواية واحدة. (وإن قال: أحلف) أو حلفت بالله، أو أشهد بالله، أو أقسم بالله، أو أعزم بالله، كان يمينا) في قول الأكثر، سواء نوى اليمين، أو أطلق، ويشهد لذلك قوله تعالى: { فيقسمان بالله } (المائدة: 106) و{ أقسموا بالله } (الأنعام: 109) { فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين } (النور: 6).
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 253
وقال عبد الله بن رواحة.
أقسمت بالله لتنزلنه طائعة أو لتكرهنه
وأنشد أعرابي:
أقسم بالله لنفعلنه.

(10/28)

ولأنه لو قال: بالله، ولم يذكر الفعل كان يمينا، فإذا ضم إليه ما يؤكد كانه أولى، وحكاه ابن هبيرة عن الأكثر في: أقسم وأشهد بالله (وإن لم يذكر اسم الله، لم يكن يمينا) لأنه يحتمل القسم بالله، ويحتمل القسم بغيره، فلم يكن يمينا كغيره مما يحتملها (إلا أن ينوي) لأن النية تصرف اللفظ إلى القسم بالله، فيجب جعله يمينا كما لو صرح به، وقد ثبت له عرف الشرع والاستعمال (وعنه: يكون يمينا) لقول أبي بكر للنبي: أقسمت عليك لتخبرني بما أصبت مما أخطأت، فقال رسول الله: «لا تقسم يا أبا بكر» رواه أبو داود. ولقول العباس للنبي: أقسمت عليك لتبايعن، فبايعه النبي وقال: «أبررت قسم عمي». لكن قال في «المغني» و«الشرح»: عزم وأعزم ليس يمينا ولو نوى، لأنه لا شرع ولا لغة، ولا فيه دلالة عليه ولو نوى.
تنبيه: إذا قال: آلت، وآلى بالله، يمين فيها كفارة، صرح به جماعة، وإن نوى

الخبر عما يفعله ثانياً، أو عما فعله ماضياً، فليس يميناً، قدمه في «الرعاية» وكذا إن قال: علي يمين، وأراد عقد اليمين، لأنه لم يأت باسم الله تعالى ولا صفته، وإن قال: قسماً بالله، فهو يمين، تقديره: أقسمت قسماً.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 253

فصل

(وحروف القسم: الباء) وهي الأصل، لأنها الحرف التي تصل بها الأفعال القاصرة عن التعدي إلى مفعولاتها، وتدخل على المضمر والمظهر (والواو) وهي بدل منها، يليها المظهر، وهي أكثر استعمالاً (والتاء) وهي بدل من الواو وتختص (باسم الله خاصة) فإذا أقسم بأحد هذه الحروف الثلاثة في موضعه كان قسماً صحيحاً، لأنه موضوع له، وقد جاء في كتاب الله العزيز، وكلام العرب، فإن ادعى أنه لم يرد القسم بها، لم يقبل، وقيل: بلى في: تالله لأقومن إذا قال: أردت قيامي بمعونة الله تعالى، ولا يقبل في الحرفين الآخرين، والأول أولى.

(10/29)

مسألة: جوابه في الإيجاب: «إن» خفيفة وثقيلة، وباللام في المبتدأ، والفعل المضارع مقروناً بنوني التوكيد، وقد يتعاقبان، وفي الماضي مع قد، وقد تحذف معها اللام لطول الكلام، وفي النفي بما، وإن بمعناها، وبلا، وتحذف لامه لفظاً، نحو والله أفعل.

(ويجوز القسم بغير حرف القسم، فيقول: الله لأفعلن، بالجر والنصب) والمراد انعقاد اليمين، لأنه لغة صحيحة، وقد ورد به عرف الاستعمال في الشرع. فروى ابن مسعود أنه لما أخبر النبي أنه قتل أبا جهل قال له النبي: «إنك قتلته؟» قال: الله إني قتلته، وقال النبي لأسامه لما طلق امرأته: «الله ما أردت إلا واحدة.

وفي اللغة: قال امرؤ القيس:

فقلت يمين الله أبرح قاعداً [ع] ولو قطعوا رأسي لديك وأوصالي
(وإن قال: الله لأفعلن مرفوعاً كان يميناً) لأنه في العرف العام يمين: ولم يوجد ما يصرفه عنه، فوجب كونه يميناً كالقسم المحصن، وفي «المغني»: لا، كما لو كان القائل من أهل العربية (إلا أن يكون من أهل العربية، ولا ينوي به اليمين) لأنه ليس يمين في عرف أهل اللغة ولا نواها. مقتضاه: أنه إذا نواها كان يميناً، لأنه قصد القسم، أشبهه مالو جر، وفي «الشرح»: فإن قال: الله لأفعلن بالرفع، ونوي اليمين، فهو يمين، إلا إنه قد لحن، وإن لم ينو، فقال الخطاب: يكون يمينا، إلا أنه قد لحن، وإن لم ينو، فقال أبو الخطاب: يكون يمينا في حق العامي، انتهى. قال القاضي: ولو تعمد به لم يضر، لأنه لا يحيل المعنى. وقال الشيخ تقي الدين: الأحكام تتعلق بما إرادته الناس بالألفاظ الملغونة كقوله: حلفت بالله رفعاً ونصباً، والله باصوم، أو باصلي، ونحوه، وكقول الكافر: أشهد أن محمداً رسول الله، برفع الأول ونصب الثاني.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 261

(10/30)

فرع: هاء الله يمين بالنية، قاله أكثر الأصحاب وعدها في «المستوعب» حرف قسم، وإن لم ينو فالظاهر لا يكون يمينا، لأنه لم يقترن بها عرف ولا نية، ولا في جوابه حرف يدل على القسم.

(ويكره الحلف بغير الله تعالى) وصفاته، قدمه في «الرعاية» وجزم به في «المستوعب» قيل لأحمد: يكره الحلف بعق، أو طلاق، أو شيء؟ قال: سبحان الله لم لا يكره؟ يحلف إلا بالله تعالى، لما روى عمر مرفوعاً قال: (إن الله ينهاكم إن تحلفوا بأبائكم، فمن كان حالفاً فليحلف بالله، أو ليصمت) متفق عليه. (ويحتمل أن يكون محرماً) قدمه في «المحرر» و «الفروع» وجزم به في «الوجيز» قال ابن مسعود وغيره: لأن أكلف بالله كاذباً أحب إلي من أن أحلف بغيره صادقاً. قال الشيخ تقي الدين: لأن حسنة التوحيد أعظم من حسنة الصدق، وسيئة الكذب أسهل من سيئة الشرك، يؤيده ما روى ابن عمر أن النبي قال: «من حلف بغير الله فقد أشرك» رواه الترمذي وحسنه، ورجاله ثقات. فعلى هذا: اختار الشيخ تقي الدين أنه يعزر مع تحريمه، واختار فيمن حلف بعق، أو طلاق، وحنث، يخير بين أن يوقعه، أو يكفر كحلفه بالله: ليوقعه، وذكر أن الطلاق يلزمني ونحوه يمين بالاتفاق، وخرجه على نصوص أحمد، وهو خلاف صريحها. وعنه: يجوز لقوله - عليه السلام - للأعرابي الذي سأله عن الصلاة: «أفلح وأبيه إن صدق» ولأن الله - تعالى - أقسم بمخلوقاته، فإنها دالة على قدرته وعظمته، ولله أن يقسم بما شاء، وقيل. في أقسامه إضمار القسم، أي؛ برب هذه الأشياء، فعلى الأول يستغفر الله تعالى؛ قال ابن حزم: اتفقوا أن من حلف بحق زيد أو عمرو، ويحق أبيه أنه آثم، ولا كفارة عليه (ولا تجب الكفارة باليمين به) لأن الكفارة وجبت في الحلف بالله وصفاته صيانة للاسم الأعظم، وغيره لا يساوية (سواء أضافه إلى الله تعالى مثل قوله: ومعلوم الله، وخلقه، ورزقه، وبيته، أو لم يصفه، مثل: والكعبة والنبي) لاشتراكهما في الحلف بغير الله تعالى (وقال

(10/31)

أصحابنا: تجب الكفارة بالحلف برسول الله خاصة) ونص عليه في رواية أبي طالب فقال: فيمن حلف بحق رسول الله وجبت عليه الكفارة، لأنه أحد شرطي الشهادة، أشبه الحلف باسم الله تعالى، والتزم ابن عقيل أن الحلف بغيره من الأنبياء كهو، والأشهر أنها لا تجب به، وهو قول أكثر الفقهاء لدخوله في عموم الأحاديث وكسائر الأنبياء، وقول أحمد محمول على الاستحباب. فرع: لا يلزمه إبرار قسم في الأصح كإجابة سؤال بالله، قال الشيخ تقي الدين: إنا يجب على معين، فلا تجب إجابة سائل يقسم على الناس، وروى أحمد والترمذي - وقال: حسن غريب - عن ابن عباس مرفوعاً قال: «وأخبركم بشئ الناس؟» قلنا: نعم يارسول الله، قال: «الذي يسأل بالله ولا يعطي به» فدل على إجابة من سأل بالله.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 261

فصل

(ويشترط لوجوب الكفارة) وهي على الحالف في قول ابن عمر، وأهل المدينة والعراق، وحكي عنه على المحنث (ثلاثة شروط: أحدها: أن تكون اليمين منعقدة) لأنه غير المنقذة إما غموس أو نحوها، وإما لغو، ولا كفارة في واحد منهما (وهي التي يمكن فيها البر والحنث) لأن اليمين للحنث والمنع (وذلك الحلف على مستقبل ممكن) لقوله تعالى: {لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان} الآية (المائدة: 89)، فأوجب الكفارة بالأيمان المنعقدة، قال ابن جرير: معناها: أوجبتموها على أنفسكم، فظاهره. إرادة المستقبل من الزمان، لأن العقد إنما يكون في المستقبل دون الماضي، قال ابن عبد البر: اليمين التي فيها الكفارة بالإجماع هي اليمين على المستقبل من الأفعال (وأما اليمين على الماضي، فليست منعقدة) لأن شرط اونهقاد إمكان البر والحنث، وذلك في الماضي متعذر، وحاصله - كم اقاله في «الرعاية» - أن الحلف على مستقبل إرادة تحقيق خبر فيه ممكن بقول يقصد به الحنث على فعل الممكن أو تركه، والحلف على الماضي إما بر وهو الصادق، وإما غموس وهو الكاذب، أو لغو، وهو مالا أجر فيه، ولا إثم، ولا كفارة. والأولى: أنها عبارة عن تحقيق الأمر، أو توكيده بذكر اسم الله تعالى، أو صفة من صفاته (وهي نوعان: يمين الغموس) وهي اليمين الكاذبة الفاجرة، يقطع بها حق غيره، وسميت غموساً، لأنها تغمس صاحبها في الإثم، ثم في النار، وغموس للمبالغة (وهي التي يحلف بها) على الماضي (كاذباً عالماً بكذبه) ظاهر المذهب أن يمين الغموس لا كفارة فيها، ونقله عن أحمد الجماعة، وهو قول أكثر العلماء، لأنها يمين غير منعقدة، ولا توجب برأ، ولا يمكن فيها، أشبهت للغو، ولأن الكفارة لا ترفع إثمها، فلا تشرع فيها، قال ابن مسعود: كما نعد من اليمين التي لا كفارة فيها اليمين الغموس. رواه البيهقي بإسناد جيد. وهي من الكبائر - للخبر الصحيح - التي لا تمحوها الكفارة (وعنه: فيها الكفارة) لأنها

تجمع الحلف بالله تعالى، والمخالفة مع القصد، فوجب فيها الكفارة كالمستقبل، وحينئذ يآثم، كما يلزمه عتق، وطلاق، وظهار، وحرام، ونذر، فيكفر كاذب في لعانه (ومثلها الحلف على مستحيل، كقتل الميت وإحيائه، وشرب ماء الكوز، ولا ماء فيه) أما المستحيل عقلاً كصوم أمس، والجمع بين الضدين، فإذا حلف لم تنعقد يمينه، قاله أبو الخطاب، وقدمه في «الكافي» وغيره لعدم تصور البر فيها كاليمين الغموس، وقال القاضي: تنعقد يمينه موجبة للكفارة في الحال، وهو قياس المذهب، لأنها يمين على مستقبل، ولا فرق بين أن يعلم استحالته أو لا، وأما المستحيل عادة كإحياء الميت وقلب الأعيان، فإذا حلف على فعله انعقدت يمينه، قاله القاضي، وأبو الخطاب، وقطع به السامري، لأنه يتصور وجوده، وتلزمه الكفارة في الحال، لأنه ما يوس منه، وقياس المذهب: أنها غير منعقدة كالتي قبلها، قاله في «الكافي» وجزم بهما في «الوجيز»

ووفي «الرعاية» أوجه: ثالثها: تتعقد في المحال عادة فقط.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 264

(10/34)

(والثاني: لغو اليمين، وهو أن يحلف على شيء) ماض (يظنه، فيبين بخلافه، فلا كفارة فيها) وحكاها ابن عبد البر إجماعاً، وفي «الكافي»: هو ظاهر المذهب، لقوله تعالى: {لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم} وهذا منة، ولأنه يكثر، فلو وجبت فيه الكفارة لشق وتضرروا به، وهو منتف شرعاً، وكيمين الغموس، وعنه: فيه الكفارة، وليس من لغو اليمين، وذكره ابن عقيل بمعناه، قالت عائشة: «أيمان اللغو ما كان في المراء، والمزاحة، الهزل، والحديث الذي لا يعقد عليه القلب، وأيمان الكفارة كل يمين حلف عليها على جد من الأمر في غضب، أو غيره، إسناده جيد. واحتج به الأصحاب، وذكر ابن هبيرة عن الأكثر: أن لغو اليمين أن يحلف بالله على أمر يظنه، فيتبين بخلافه، سواء قصده أم لم يقصده، وخصه أحمد بالماضي فقط، وقطع جماعة بحنثه في عنق وطلاق لوجود الصفة، وقيل: أن عقدها يظن صدق نفسه، فبان خلافه، فكمن حلف على فعل شيء، وفعله ناسياً.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 264
فصل

(10/35)

(الثاني: أن يحلف مختاراً، فإن حلف مكرهاً، لم تتعقد يمينه) ذكره الأصحاب لقوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»
وعنه: تتعقد، حكاها أبو الخطاب لخبر حذيفة، رواه مسلم. وككفارة الصيد، وجوابه قوله عليه السلام: «ليس على مقهور يمين» ولأنه قول أكره عليه بغير حق، فلم يصح، ككلمة الكفر، وكفارة الصيد كمسالتنا (وإن سبقت اليمين على لسانه من غير قصد إليها، كقوله: لا والله، وبلى والله في عرض حديثه) عرض الشيء - بالضم - جانبه، وبالفتح خلاف طوله (فلا كفارة عليه) على الأصح، وهو قول أكثرهم، لأنها من لغو اليمين، لما روى عطاء عن عائشة أن رواه أبو داود. قال: ورواه الزهيري وعبد الله بن أبي سليمان، ومالك بن مغول عن عطاء، عن عائشة موقوفاً، وكذا رواه البخاري، ولأن اللغو في الكلام العرب الكلام غير المعقود عليه، وهذا كذلك، وذكر ابن هبيرة: أنه إذا جرى على لسانه يمين على قول مستقبل، فإن يمينه تتعقد في رواية، فإن حنث فيها، وجبت الكفارة، وفي «المحرر» و «الرعاية»: فلا كفارة عليه، إن كان في الماضي، زاد في «الرعاية»: في الأشهر، وإن كان في المستقبل، فروايتان، وذكر السامري وغيره أنه لا كفارة فيها، سواء قلنا: هي من لغو اليمين، أم لا، وذكر ابن عقيل: أن فيها الكفارة، إن قلنا: ليس هو من لغو اليمين.

(10/36)

(الثالث: الحنث في يمينه) لأن من لم يحنث لا كفارة عليه، لأنه لم يهتك حرمة القسم (بأن يفعل ما حلف على تركه، أو يترك ما حلف على فعله) لأن الحنث الإثم، ولا وجود له إلا بما ذكر (مختاراً ذاكراً) لأن غيرهما المكروه والناسي، ونبه عليهما بقوله: (وإن فعله ناسياً، أو مكرباً، فلا كفارة عليه) ذكره في «الوجيز» ونصر في «الشرح» إنه لا يحنث في يمين مكفرة، ويحنث في عتق وطلاق. قال السامري: اختاره أكثر شيوخنا، ولأن فعل المكروه لا ينسب إليه، فلم تكن عليه كفارة، كما لو لم يفعله، وقال أبو الخطاب: الإكراه كالنسيان لشمول الحديث لهما، وذكر في «الشرح»: المكروه على الفعل ينقسم إلى قسمين: أحدهما: أن يلجأ إليه، فلا يحنث في قول أكثرهم. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 267

(10/37)

الثاني: إن يكره بالضرب ونحوه، ففيه روايتان: إحداهما: يحنث، ككفارة الصيد، ونصر في «الشرح» عدمه، ولا نسلم الكفارة في الصيد، بل إنما تجب على المكروه (وعنه: على الناسي كفارة) لأن الفعل ينسب إليه في الجملة، أشبه الذاكِر، والفرق واضح (وإن حلف فقال: إن شاء الله، لم يحنث) ويسمى هذا استثناءً، لقوله عليه السلام: «من حلف فقال: إن شاء الله، لم يحنث» رواه أحمد والترمذي وقال: سألت محمداً عنه، فقال: هذا خطأ أخطأ فيه عبد الرزاق. ورواه النسائي، ولفظه: قد استثنى. وابن ماجه ولفظه: وله ثياه. وعن ابن عمر مرفوعاً، قال: «من حلف على يمين فقال: إن شاء الله، فلا حنث عليه» رواه أحمد، والنسائي، والترمذي وحسنه، وقال: رواه غير واحد عن ابن عمر موقوفاً، ولا نعلم أحداً رفعه عن أيوب السخيتاني، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي وغيرهم. لأنه متى قال: لأفعلن إن شاء الله، فقد علمنا أنه متى شاء الله فعل، ومتى لم يفعل، لم يشأ الله (فعل أو ترك إذا كان متصلًا باليمين) سن غير مفصل بكلام أجني، ولا سكوت يمكن الكلام فيه، لأن الاستثناء من تمام الكلام، فاعتبر اتصاله كالشرط وجوابه، وخبر المبتدأ، والاستثناء بإلا، فعلى هذا: لو سكت لانقطاع نفسه، أو عطس ونحوه، لم يمنع صحة الاستثناء، وعنه: مع فصل يسير، ولم يتكلم، جزم به في «عيون المسائل» قال في رواية أبي داود: حديث ابن عباس: والله لأغزون قريشاً، ثم سكت، ثم قال: إن شاء الله، ثم لم يغزهم، إنما هو استثناء بالقرب، ولم يخلط كلامه بغيره. ونقل عنه إسماعيل بن سعيد مثله، ويحتمله كلام الخرقى، فإنه قال: إذا لم يكن بين اليمين والاستثناء كلام، وعنه: وفي المجلس وحكاه في «الإرشاد» عن بعض أصحابنا، قدم الاستثناء على الجزاء أو آخره، وعن ابن عباس: إذا استثنى بعد سنة، فله ثياه، وهو قول مجاهد، وهذا لا يصح. قال أحمد: حديث النبي لعبد الرحمن بن سمرة: «إذا حلفت على يمين» الخبر. ولم يقل: فاستثنى،

(10/38)

ولو جاز لأمر به، وحمله في موضع آخر على قوله تعالى: {ولا تقولن لشيء} الآية (الكهف:23): فهذا استثناء من الكذب، لأن الكذب ليس فيه كفارة، وهو أشد من اليمين، لأن اليمين تكفر، والكذب لا يكفر. قال ابن الجوزي: فائدته: الخروج من الكذب، وفي «المبهج»: يصح ولو تكلم، ويشترط نطقه، إلا من مظلوم خائف. نص عليه. ولم يقل في «المستوعب»: خائف، لأن يمينه غير منعقدة، أو لأنه بمنزلة المتأول، وفي اعتبار قصد الاستثناء وجهان، فائدهما: فيمن سبق على لسانه عادة، أو أتى به تبركاً، ولم يعتبره الشيخ تقي الدين. وإن شك في الاستثناء، فالأصل عدمه، قال الشيخ تقي الدين: إلا ممن عادته الاستثناء، واحتج بالمستحاضة تعمل بالعادة والتمييز، ولم تجلس أقل الحيض، والأصل: وجوب العبادة (وإذا حلف ليفعلن شيئاً، ونوى وقتاً بعينه، تقيده به) لأن النية تصرف الظاهر اللفظ إلى غير ظاهره، فلأن تصرفه إلى وقت آخر بطريق الأولى (وإن لم ينو، لم يحنث حتى ييأس من فعله، إما بتلف المحلوف عليه، أو موت الحالف ونحو ذلك) ليقول عمر: يا رسول الله ألم تخبرنا أنا سنأتي البيت ونطوف به؟ قال: «بلى، فأخبرت أنك تأتيه العام قال: لا، قال: فإنك أتته ومطوف به. ولأن المحلوف على فعله لم يتوقف بوقت معين، وفعله ممكن، فلم تحصل مخالفة ما حلف عليه، وذلك يوجب عدم الحنث، لأن شرطه المخالفة (وإذا حلف على يمين، فرأى غيرها خيراً منها، استحب له الحنث والتكفير) كذا في «المحرر» و «الوجيز» وقدمه في «الفروع» لأخبار منها خبر عبد الرحمن بن سمرة، وأبي موسى، متفق عليهما. وعن عائشة: «أن أبا بكر رضي الله عنه لم يحنث في يمين حتى أنزل الله كفارة اليمين، فقال: «لا أحلف على يمين، فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير، وكفرت عن يميني» رواه البخاري. وقدم في «الترغيب»: أن بره وإقامته على يمينه أولى، وسبق تقسيمه إلى الخمسة (ولا يستحب تكرار الحلف) كذا في «المستوعب» و «الفروع» وظاهره:

(10/39)

الكراهة، وصرح بها في «الرعاية» لقوله تعالى: رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 267 {ولا تطع كل حلاف مهين} (القلم:10) هذا ذم له، يقتضي كراهة فعله، فإن لم يخرج إلى حد الإكثار، فليس بمكروه، إلا أن يقترن به ما يقتضي كراهته. ونقل حنبل: لا يكثر الحلف، لأنه مكروه لقوله تعالى: {ولا تجعلوا الله عرضة لإيمانكم} (البقرة:224) وبعضهم كرهه مطلقاً، وجوابه بأنه - عليه السلام - حلف في غير حديث، ولو كان مكروهاً كان أبعد الناس منه، وأما الآية فمعناها: لا تجعلوا إيمانكم بالله مانعة لكم من البر والتقوى والإصلاح بين الناس. قال أحمد: وذكر حديث ابن عباس بإسناده في قوله تعالى: {ولا تجعلوا الله عرضة لإيمانكم} الرجل يحلف ألا يصل قرابته، وقد جعل الله له مخرجاً في التكفير، فليكفر عن يمينه ويبر، وإن كان النهي عاد إلى اليمين، فالنهي عنه: الحلف على قول البر والتقوى، والإصلاح بين الناس، لا على كل يمين (وإن دعي إلى الحلف عند الحاكم، وهو محق، استحب) وفي «الفروع» وغيره: فالأولى (افتداء يمينه) لما روي أن عثمان والمقداد تحاكما إلى عمر في مال استقرضه المقداد، فجعل عمر اليمين على المقداد، فردها على عثمان، فقال

عمر: لقد أنصفك، فأخذ عثمان ما أعطاه المقداد، ولم يحلف، ف قيل له في ذلك، فقال: خفت أن يوافق قدر بلاء، فيقال: يمين عثمان (فإن حلف فلا بأس) كذا في «المحرر» و «الوجيز» قال بعض أصحابنا: تركه أولى، فيكون مكروهاً، والأشهر أنه ليس بمكروه، وإنما هو مباح كتركه، لأن الله تعالى أمر نبيه - عليه السلام - أن يحلف على تصديق ما أخبره في ثلاثة مواضع في القرآن: في سبأ، ويس، والتغابن. وقال عمر على المنبر وفي يده عصا: أيها الناس لا تمنعكم اليمين من حقوقكم. ولأنه حلف صدق على حق، أشبه الحلف عند غير الحاكم، قال في «الفروع»: ويتوجه فيه: يستحب لمصلحة كزيادة طمأنينة، وتوكيد الأمر وغيره، ومن قوله - عليه السلام -

(10/40)

لعمر عن صلاة العصر: «والله ما صليتها» تطميناً منه لقلبه. فرع: ذكر في «المستوعب» و «الرعاية» أنه إن أراد اليمين عند غير الحاكم فالمشروع أن يقول: والذي نفسي بيده، والذي فلق الحبة، وبرأ النسمة، لا ومقلب القلوب، وما أشبه ذلك. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 267 فصل

(وإن حرم أمته، أو شيئاً من الحلال) كطعام ولباس ونحوهما سوى الزوجة (لم يحرم) على المذهب، لأنه - تعالى - سماه يميناً بقوله تعالى: {يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضات أزواجك} إلى قوله: {قد فرض الله تحلة إيمانكم} واليمين على الشيء لا تحريمه، فكذا إذا حرمه، ولأنه لو كان محرماً لتقدمت الكفارة عليه كالظهار، ولم يأمر النبي بفعله، وسماه خيراً «قد فرض الله لكم تحلة إيمانكم» (التحريم: 2) يعنى التكفير، وسبب نزولها: أنه عليه السلام قال: «لن أعود إلى شرب العسل» متفق عليه. وزاد البخاري تعليقا: يميناً. ومقتضاه: أنه إذا ترك ما حرمه على نفسه أنه لاشيء عليه (ويحتمل أن يحرم عليه تحريماً تزيله الكفارة) هذا وجه، لقوله تعالى: {لم تحرم ما أحل الله لك؟} وكترهيم الزوجة. وجوابه: أنه إذا أراد التكفير، فله فعل المحلوف عليه، وحل فعله مع كونه محرماً تناقض، وكذا تعليقه بشرط: نحو إن أكلته فهو على حرام، نقله أبو طالب. قال في «الانتصار»: وطعامي على كالميتة، والدم. واليمين تنقسم إلى أحكام التكليف الخمسة، وهل تستحب على فعل طاعة، أو ترك معصية؟ فيه وجهان (وإن قال: هو يهودي، أو كافر، أو يري من الله، أو من الإسلام، أو القرآن، أو النبي إن فعل ذلك، فقد فعل محرماً) لما روي ثابت بن الضحاك أن النبي قال: «من حلف على يمين بملة غير الإسلام كاذباً، فهو كما قال» متفق عليه. وعن بريدة مرفوعاً قال: «من قال: إنه بريء من الإسلام، وإن كان كاذباً، فهو كما قال، وإن كان صادقاً لم يعد إلى الإسلام» رواه أحمد، والنسائي، وابن ماجه بإسناد جيد. وسواء

(10/41)

كان منجزاً، أو معلقاً بشرط (وعليه كفارة) يمين (إن فعل في إحدى الروايتين) قدمه في «المستوعب» و «الرعاية» و «المحرر» و جزم به في «الوجيز» لحديث زيد بن ثابت: أن النبي سئل عن الرجل يقول: «هو يهودي، أو نصراني، أو مجوسي، أو يربي من الإسلام في اليمين يحلف به، فيحنت في هذه الأشياء؟ فقال: «عليه كفارة يمين»» رواه أبو بكر. ولأن قول هذه الأشياء يوجب هتك الحرمة، فكان يميناً كالحلف بالله تعالى، بخلاف هو فاسق إن فعله لإباحته في حال. والثانية: لا كفارة عليه، وصححها المؤلف، لأنه لم يرد، ولا هو في معنى المنصوص عليه. وعنه: الوفاق، نقلها حرب (وإن قال: أنا أستحل الزنى ونحوه، فعلى وجهين) إذا قال: هو يستحل ما حرم الله، أو عكس، وأطلق، أو علقه وحنث، فوجهان، لأن استحلال ذلك أو تحريمه يوجب الكفر، فيخرج على الروايتين قبلها، وجزم في «الوجيز» - وهو ظاهر ما قدمه في «المحرر» - أنه إن فعل ذلك، فقد فعل محرماً، وعليه كفارة يمين.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 272

(10/42)

(وإن قال: عصيت الله، أو أنا أعصي الله في كل ما أمرني، أو محوت المصحف إن فعلت، فلا كفارة عليه) نص عليه، وقدمه في «المحرر» و «الرعاية» وجزم به في «الكافي» و «الشرح» لأن هذه الأشياء لا نقص فيها يقتضيا لوجوب، ولا هي في معنى ما سبق، فيبقى الحالف على البراءة الأصلية، واختار في «المحرر»: أنه إذا قال: عصيت الله في كل ما أمرني، أنه يمين لدخول التوحيد فيه، وقال ابن عقيل في محوت المصحف: هو يمين، لأن الحالف لم يقصد بقوله: محوته إلا إسقاط حرمة، فصار كقوله: هو يهودي، ولأنه إذا أسقط حرمة، كان يميناً، كذا إذا أتى بما في معناه وإذا قال: عبد فلان حر لأفعلن، فليس بشيء) أي: فلغو، وكذا إن علقه، لأن تعليق الشيء بالشرط أثره أن يصير عند الشرط كالمطلق، وإذا كان المطلق لا يوجب شيئاً، فكذا المعلق، ولا يعتق العبد إذا حنث بغير خلاف، لأنه لا يعتق بتنجيزه، فالمعلق أولى، ولا تلزمه كفارة، لأنه حلف بإخراج مال غيره، كما لو قال: مال فلان صدقة (وعنه: عليه كفارة إن حنث) لأنه حلف بالعتق فيما لا يقع إلا بالحنث، كما لو قال: لله علي أن أعتق فلاناً، والأول أصح، الفرق بينهما: أن قوله: لله علي إلى آخره أنه نذر، فأوجب الكفارة لكون النذر كاليمين، وتعليق العتق بخلافه/ فرع: إذا قال: إن فعلت كذا، فمال فلان صدقة، أو فعلى فلان الحج، أو هو بريء من الإسلام، وأشبه ذلك، فليس بيمين، ولا تجب به كفارة بغير خلاف نعلمه، قاله المؤلف، وذكر السامري فيه الخلاف.

(10/43)

(وإن قال: أيمان البيعة تلزمني) البيعة: المبايعة، أن يحلف بها عند المبايعة والأمر المهم، وكانت البيعة على عهد النبي والخلفاء الراشدين بالمصافحة (فهي يمين رتبها الحجاج) بن يوسف بن الحكم بن عقيل الثقفي، ولاه عبد الملك بن مروان، قتال ابن الزبير، فحاصره بمكة، ثم قتله

وأخرجه، فصلبه، فولاه عبد الملك الحجاز ثلاث سنين، ثم ولاه العراق وهو ابن ثلاث وثلاثين، فولياها عشرين سنة، فزلزل أهلها، وروى ابن قتيبة عن عمر أنه قال: يا أهل الشام تجهزوا لأهل العراق، فإن الشيطان قد باض فيهم وفرخ، اللهم عجل لهم الغلام الثقي الذي يحكم فيهم بحكم الجاهلية، لا يقبل من محسنهم، ولا يتجاوز عن مسيئتهم (فتشتمل على اليمين بالله تعالى، والطلاق، والعناق، وصدقة المال) ذكره الأصحاب، زاد بعضهم: والحج (إن كان الحالف يعرفها، ونواها، انعقدت يمينه بما فيها) من الطلاق والعناق، لأن اليمين بهما تنعقد بالكناية، فكذا ما عداهما في قول القاضي، وقدمه في «الرعاية» واستثنى في «الوجيز» اليمين بالله تعالى، وهو قول القاضي، وجزم به في «لكافي» لأن الكفارة إنما وجبت فيها لما ذكر فيها من اسم الله المعظم، ولا يوجد ذلك في الكناية (وإلا فلا شيء عليه) أي: إذا لم يعرفها، ولم ينوها، فلغو، لأن ذلك إنما ينعقد بالكناية، ولا مدخل لها في ذلك، ولأنه لا يصح مع النية فيما لا يعرفه. وسئل أبو القاسم الخرقى عنها، فقال: لست أفتني فيها بشيء، ثم قال: إلا أن يلتزم الحالف بجميع ما فيها من الأيمان، فقال: يعرفها، أو لا يعرفها؟ قال: نعم، فيؤخذ منه أنها تنعقد إذا نواها، وإن لم يعرفها (ويحتمل ألا تنعقد بحال) لما ذكرنا (إلا في الطلاق والعناق) لا نعقدهما بالكناية، وقيل: والصدقة، وفي «الترغيب»: إن علمها، لزمه عتق وطلاق.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 272

(10/44)

فرع: لم يذكر المؤلف حكم إيمان المسلمين، ويلزمه فيها: عتق، وطلاق، وظهار، ونذر، ويمين بالله بنية ذلك، وفي اليمين بالله الوجهان، وألزم القاضي الحالف بالكل، ولو لم ينو، ومن حلف بأحدها، فقال آخر: يميني من يمينك، أو عليها، أو مثلها، ينوي التزام مثلها، لزمه، نص عليه في طلاق، وفي المكفرة وجهان، وذكر السامري: أنه إذا كانت يمين الأول مما ينعقد بالكناية كطلاق وعتق، انعقدت يمين الثاني، وإلا فلا، وفي «لكافي» و«الشرح»: إن اليمين بالله لا تنعقد، وإن لم ينو شيئاً، لم تنعقد يمينه، لأن الكناية لا تنعقد بغير نية، وهذا ليس بصريح. (وإن قال: علي نذر، أو يمين إن فعلت كذا، وفعله، فقال أصحابنا: عليه كفارة يمين) وجزم به في «الوجيز» لما روى الترمذي وصححه عن عقبة مرفوعاً، قال: «كفارة النذر إذا لم يسم كفارة يمين»، وإن قال: مالي للمساكين، وأراد به اليمين، فكفارة يمين، ذكره في «المستوعب» و«الرعاية».

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 272
فصل كفارة اليمين

(10/45)

(وهي تجمع تخبيراً وترتيباً) فالتخبير بين الإطعام، والكسوة، والعتق، والترتيب فيها بين ذلك وبين الصيام، والأصل في ذلك قوله تعالى: {لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة

مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم، أو كسوتهم، أو تحرير رقبة، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة إيمانكم إذا حلفتُمْ { (المائدة: 89). وفي السنة أحاديث، وأجمعوا على مشروعية الكفارة في اليمين بالله تعالى (فيخير فيها بين ثلاثة أشياء: إطعام عشرة مساكين، أو كسوتهم، أو تحرير رقبة) وقد سبق ذكر العتق والإطعام في الظهار، ويجزئ أن يطعم بعضاً، ويكسو بعضاً، نص عليه، وفيه قول كبقية الكفارات من جنسين، وكعتق مع غيره (والكسوة للرجل ثوب يجزئه إن يصلي فيه) الفرض، نقله حرب، وقاله في «التبصرة» كوبر وصوف، وما يسمى كسوة ولو عتيقاً لم تذهب قوته، فإذا ذهبت منفعتة باللبس، فلا يجوز كالحب المعيب (وللمرأة درع وخمار) لأن ما دون ذلك لا يجزئ لبسه في الصلاة، ويسمى عربياً شرعاً، فوجيان لا يجزئ، وقال أكثر العلماء: يتقدر ذلك بأقل ما يقع عليه الاسم، وجوابه: أن الكسوة أحد أنواع الكفارة، فلم يجز فيها ما يقع عليه الاسم، كالإطعام والإعتاق، ولأن التكفير عبادة تعتبر فيها الكسوة أشبهت الصلاة، ونص علي الدرع والخمار كالخرقي وغيره، لأن الستر غالباً لا يحصل إلا بذلك، وإلا فلو أعطاه ثوباً واسعاً يستر بدنها ورأسها، أجزأ ذلك إناطة بستر عورتها في الصلاة (فمن لم يجد) أي: إذا عجز عن العتق، والإطعام، والكسوة (فصيام ثلاثة أيام) للآية (متتابعات) أي: بلا عذر في ظاهر المذهب، وقدمه في «المحرر» و «الفروع» وجزم به في «الوجيز» لقراءة أبي وابن مسعود: «فصيام ثلاثة أيام متتابعات» حكاه أحمد، ورواه الأثرم، فالظاهر أنهما سمعا من النبي فيكون خبراً، وكصوم الظهار، وعنه: له تفريقها، وقال ابن عقيل: هل الدين كذكاة، فيصوم أم لا كفطره؟

(10/46)

فيه روايتان، ولا ينتقل إلى الصوم إلا إذا عجز، كعجزه عن زكاة الفطر، نص عليه، فإن كان ماله غائباً، استدان إن قدر، وإلا صام. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 277
 فرع: تجب كفارة ونذر على الفور نص عليه (إن شاء قبل الحنث، وإن شاء بعده) سواء كان صوماً أو غيره، وهو قول أكثرهم، وممن روي عنه تقديم الكفارة قبل الحنث عمر وابنه، وابن عباس، وسلمان، وعن عبد الرحمن بن سمرة أن النبي قال: «يا عبد الرحمن إذا حلفت علي يمين فرأيت غيرها خيراً منها، فكفر عن يمينك، ثم أئت الذي هو خير» رواه أبو داود، والنسائي، ورجاله ثقات. ولأنه كفر بعد سببه، فجاز، ككفارة الظهار والقتل وبعد الجرح، وكنعجيل الزكاة بعد وجود النصاب، والحنث شرط، وليس بسبب، وظاهره: أنهما سواء في الفضيلة، نص عليه، وعنه: بعده أفضل للخروج من الخلاف، وهذا محله مالم يكن الحنث حراماً، فإنه إذا كان كذلك كفر بعده مطلقاً، وفي «الواضح» على رواية حنثه بعزمه على مخالفة يمينه بنيته: لا يجوز بل لا يصح، وفيه رواية: لا يجوز بصوم، لأنه تقديم عبادة، كصلاة. واختار في «التحقيق»: أنه لا يجوز قبل الحنث، كما لو كفر قبل اليمين، وكحنث محرم في وجه (ولا يجوز تقديمها على اليمين) عند أحد من العلماء، لأنه تقديم للحكم قبل سببه كتقديم الزكاة قبل ملك النصاب، مع أن ابن حزم ذكر أنهم اختلفوا في تقديمها (ومن كرر إيماناً قبل التكفير، فعليه كفارة واحدة) اختاره الأكثر، وذكر أبو بكر: أن أحمد رجع عن غيره، لأن الكفارة حد بدليل قوله عليه السلام: «الحدود كفارات

لأهلها» فوجب أن تتداخل كالحدود (وعنه: لك يمين كفارة) وقاله أبو عبيد
فيمن قال: علي عهد الله وميثاقه وكفالتة، ثم حنث، فعليه ثلاث كفارات، ولأن
كل واحدة منهن مثل الأولى، وكما لو اختلف موجبها كيمين وظهار، وعنه: إن
حلف أيماناً على شيءٍ احد، لكل يمين كفارة، إلا أن ينوي التأكيد أو
التفهم (والظاهر أنها إن كانت على

(10/47)

فعل والحد) كوالله لاقمت، والله لا قعدت (كفارة واحدة، وإن كانت على
أفعال) نحو: والله لاقمت، والله لا قعدت (فلكل يمين كفارة) هذا رواية،
ونصرها في «الشرح» لأنها إذا كانت على فعل واحد، كان سببها واحداً،
فالظاهر: أنه أراد التأكيد، وإن كانت على أفعال، فلأنها إيمان، لا يحنث في
إحداهن بالحنث في الأخرى، فوجب في كل يمين كفارتها كالمختلفة، والأول
أصح لأنها كفارات من جنس، فقد أحلت كالحدود، وأجاب في «الشرح» بأن
الحدود وجبت للزجر، وتندرى في الشبهة، والموالة بينها ربما أفضى إلى
التلف، لأنها عقوبة بدنية، بخلاف مسألتنا.
فرع: إذا حلف يميناً واحدة على أجناس مختلفة، وحنث في الجميع، فكفارة
واحدة بغير خلاف نعلمه، لأن اليمين واحدة، والحنث واحد، فإنه يحنث بفعل
واحد من المحلوف عليه، وتنحل يمينه، فإن أخرجها، ثم حنث في أخرى،
فكفارة أخرى، لا نعلم فيه خلافاً، كما لو وطىء في رمضان، فكفر، ثم وطىء
ثانية.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 277

(10/48)

تنبيه: مثله الحلف بنذور مكررة، أو بطلاق مكفر، قاله شيخنا. نقل ابن منصور
فيمن حلف نذوراً كثيرة مسماة إلى بيت الله أن لا يكلم أباه، أو أخاه، فعليه
كفارة يمين، وقال شيخنا فيمن قال: الطلاق يلزمه لأفعلن كذا، وكرره، لم يقع
أكثر من واحدة إذا لم ينو، فيتوجه مثله: إن قمت فأنت طالق، وكرره ثلاثاً،
وذكر المؤلف: أنه يقع بها ثلاث إجماعاً، وكان الفرق أنه يلزمه من الشرط
الجزاء، فتقع الثلاث معاً للتلازم، ولا ربط في اليمين، ولأنها للزجر والتطهير،
فهي كالحدود بخلاف الطلاق، والأصل حمل اللفظ على فائدة أخرى مالم
يعارضه معارض، ذكره في «الفروع» (وإن كانت الأيمان مختلفة الكفارة
كالظهار، واليمين لله تعالى، فلكل يمين كفارتها) لأنها أجناس، فلم تتداخل
كالحدود من أجناس (وكفارة العبد الصوم) لأنه كفارة الحر المعسر، وهو
أحسن حالاً من العبد، ويجزئه الصوم بغير خلاف، ويصح. بإعتاق وإطعام بإذن
سيده، إن قلنا: يملك بالتملك، وإلا فلا، وهل له إعتاق نفسه؟ على
وجهين (وليس ليده منعه منه) ولا من نذره، كصوم رمضان وقضائه، وفي
«الرعاية»: إن حلف، أو حنث بأذنه روعي الحلف فقط (ومن نصفه حر) وعبرة
«المحرر» و«الوجيز» و«الفروع»: ومن بعضه، وهو أولى (فحكمه في
الكفارة حكم الأحرار) لأنه يملك ملكاً تاماً، أشبه الحر الكامل، وقيل: لا يكفر

بعثق، لأنه لا يثبت له الولاء، وجوابه: بالمنع.
فرع: يكفر كافر ولو مرتداً بغير صوم.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 277

(10/49)

باب جامع الأيمان

(ويرجع في الأيمان إلى النية) أي: إلى نية حالف ليس ظالماً، نص عليه، ولفظه يحتملها، فمتى نوى بيمينه ما يحتمله، تعلقت يمينه بما نواه دون ما لفظ به سواء نوى ظاهر اللفظ أو مجازه، مثل أن ينوي موضوع اللفظ، أو الخاص بالعام أو بالعكس، أو غير ذلك لقوله عليه السلام: «وإنما لا مريء ما نوى» فتدخل فيه الأيمان، ولأن كلام الشارع يصرف إلى ما دل الدليل على ما أراده دون ظاهر اللفظ، فكلام المتكلم مع إطلاعه على تعيين إرادته أولى، ويقبل حكماً مع قرب الاحتمال من الظاهر، ومع توسطه روايتان: أشهرهما: القبول.

(10/50)

مسألة: يجوز التعريض في المخاطبة لغير ظالم بلا حاجة، اختاره الأكثر، وقبل: لا، ذكره الشيخ تقي الدين واختاره، لأنه تدليس كتدليس المبيع، وذكر أحمد التدليس، وقال: لا يعجبني، ونصه: لا يجوز التعريض مع اليمين (فإن لم تكن له نية، رجع إلى سبب اليمين وما هيجها) قدمه في الخرقى و «الإرشاد» و «المبهج» وجزم به في «الوجيز» وحكى رواية، وقدمه القاضي بموافقته وضع، وعنه: يقدم عليه، وذكرها القاضي، وعليها عموم لفظه احتياطاً، وقيل: يقدم عليه وضع لفظه شرعاً، أو عرفاً، أو لغة، وفي «المذهب»: في اسم والعرف وجهان، وذكر أنه النية، ثم السبب، ثم مقتضى لفظه عرفاً أو لغة (فإذا حلف ليقضينه حقه غداً، فقضاه قبله، لم يحنث إذا قصد ألا يتجاوز، أو كان السبب يقتضيه) لأن مقتضى اليمين تعجيل القضاء، ولأن السبب يدل على النية، فإن لم ينو ذلك، ولا كان السبب يقتضيه، فظاهر كلام الخرقى - وقدمه في «الرعاية» وغيرها - أنه لا يبرأ إلا بقضائه في الغد، وقال القاضي: يبرأ في كل حال، لأن عرف هذه اليمين في القضاء التعجيل، فتتصرف اليمين المطلقة إليه، والأول أصح، فلو حلف ليقضينه غداً، وقصد مطلقه، فقضاه قبله، حنث، ذكره في «لمحرر» و «لرعاية» فإن كان كآكل شيء أو ببيع فإن عين وقتاً، ولم ينو ما يقتضى تعجيله، ولا كان سبب يمينه يقتضيه، لم يبرأ إلا أن يفعله في وقته، نصره المؤلف وغيره، وذكر القاضي: أنه يبرأ بتعجيله عن وقته (وإن حلف لا يبيع ثوبه إلا بمائة، فباعه بأكثر، لم يحنث) لأنه لم يخلف ما حلف عليه (وإن باعه بأقل، حنث) لأنه قرينة الحال تدل على ذلك، كما لو حلف: ما له علي، وله علي شيء كثير (وإن حلف لا يدخل داراً، ونوى اليوم، لم يحنث بالدخول في غيره) لأن العبرة في الأيمان بالنية، ولأن اللفظ العام يصير بالإرادة خاصاً، ولو كانت يمينه خاصة كقوله: لا دخلت داراً اليوم، لم يحنث بالدخول في غيره، فكذا إذا نواه، وفي «الفروع»: إن حلف لا يدخل داراً، ونوى

يكن الدار سبب هيج يمينه، فأوى معها في غيرها، حنث) أو لا عدت رأيتك تدخلينها، ينوي منعها، حنث، ولو لم يرها لمخالفته ما حلف على تركه، ومعنى الإيواء: الدخول، يقال: أويت أنا، وأويت غيري، لقوله تعالى: {إذ أوى الفتية إلى الكهف} (الكهف:10) (وأويناهما إلى ربوة)) (المؤمنون:50) فإن اجتمع معها فيما ليس بدار ولا بيت، لم يحنث، سواء كانت الدار سبب يمينه، أو لم تكن، لأنه قصد جفائها بهذا النوع، ونقل ابن هانيء: أقل الإيواء ساعة، وجزم به في «الترغيب».

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 281

مسألة: إذا حلف لا يدخل عليها بيتاً، فدخل عليها فيما ليس ببيت، فإن قصد جفائها، ولم يكن الدار سبب هيج يمينه، حنث، وإلا فلا، قاله في «المعني» و«الشرح» فإن دخل على جماعة هي فيهم، يقصد الدخول عليها، حنث، وكذا إن لم يقصد شيئاً، وإن استثناها بقلبه فوجهان، فإن دخل بيتاً لا يعلم أنها فيه، فوجدتها فيه، فهو كالدخول عليها ناسياً، وفيه روايتان، فإن قلنا: لا يحنث، فأقام، فهل يحنث؟ على وجهين.

(10/54)

(وإن حلف لعامل لا يخرج إلا بإذنه، فعزل، أو على زوجته، فطلقها، أو على عبده، فأعتقه ونحوه، يريد ما دام كذلك، انحلت يمينه) لأن الخروج بعدما ذكر بغير الإذن خروج لم يتناوله لتخصيص اللفظ بإرادة زمن العمالة، والزوجية، والعبودية (فإن لم تكن له نية، انحلت يمينه) لأن الخروج بعدما ذكر بغير الإذن خروج لم يتناوله لتخصيص اللفظ بإرادة زمن العمالة، والزوجية، والعبودية (فإن لم تكن له نية، انحلت يمينه أيضاً، ذكره القاضي، لأن الحال تصرف اليمين إليه) لأن السبب يدل على النية في الخصوص، لدلالاتها عليه في العموم، ولو نوى الخصوص لاختصت يمينه به، فكذا إذا وجد ما يدل عليها، وقدم في «الرعاية» أنها لا تنحل، لأن لفظ الشارع إذا كان عاماً لسبب خاص، وجب الأخذ بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كذلك يمين الحالف، لأن اليمين إذا تعلقت بعين موصوفه، تعلقت بالعين، وإن تغيرت الصفة، وذكر القاضي فيمن حلف لعامل لا يخرج إلا بإذنه، فعزل أنها لا تنحل في قياس المذهب، وهو وجه، والأول أولى (وذكر في موضع آخر أن السبب إذا كان يقتضي التعميم، عممناه به، وإن اقتضى الخصوص مثل من نذر لا يدخل بلداً لظلم رآه فيه، فزال الظلم، فقال أحمد: النذر يوفى به) نظراً إلى عموم اللفظ، فيجب أن يعتبر (والأول أولى، لأن السبب يدل على النية، فصار كالمنوي سواء) لأن أصوله تقتضي تقديم النية، والسبب على عموم اللفظ، وذلك يقتضي تخصيص اللفظ العام، وقصره على الحاجة، فكذا تجب في هذه المسائل لكونها داخلة في القواعد الكلية.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 281

(10/55)

تنبيه: إذا اختلف السبب والنية، مثل أن امتنت عليه امرأته بغزلها، فحلف لا يلبس ثوباً من غزلها، ينوي اجتناب اللبس خاصة دون الانتفاع بثمنه وغيره، قدمت النية على السبب وجهاً واحداً، لأن النية وافقت مقتضى اللفظ، وإن نوى بيمينه ثوباً واحداً، فكذلك في ظاهر قول الخرقى، وقال القاضي: يقدم السبب، لأن اللفظ ظاهر في العموم، والسبب - وهو الامتنان يؤكد ذلك الظاهر، والأول أصح، لأن السبب إنما اعتبر لدلالته على القصد، فإذا خالف حقيقة القصد لم يعتبر، فكان وجوده كعدمه، فلم يبق إلا اللفظ بعمومه، والنية تخصه على ما بيناه (وإن حلف لا رأيت منكراً إلا رفعتَه إلى فلان القاضي، فعزل، انحاز يمينه إن نوى ما دام قاضياً) لأن الرفع بمنزلة الخروج فيما إذا حلف لعامل لا يخرج إلا بإذنه، ونوى ما دام عاملاً (وإن لم ينو، احتمل وجهين) أحدهما لا تمحل. قال القاضي: هو قياس المذهب: والثاني: بلى، وهو ظاهر «الوجيز» لأنه لا يقال: رفعه إليه إلا في حال ولايته، فعلى الأول إذا رفعه إليه بعد العزل، برو وإلا فلا، وإذا رأى منكراً في ولايته، وأمکن رفعه، ولم يرفعه حتى عزل، لم يبر، وهل يحنث بعزله؟ فيه وجهان: أحدهما: يحنث كما لو مات، والثاني: لا، لأنه لم يتحقق فواته لاحتمال أن يلي، فيرفعه إليه، وإن مات قبل إمكان رفعه إليه، حنث في الأصح، وإن لم يعين الوالي، أذن، ففي تعيينه وجهان في «الترغيب» للتردد بعد تعيين العهد والجنس، وفيه: لو علم به بعد علمه، فقل: فات البر، كما لو رآه معه، وقبل: لا، لأمكان صورة الرفع، فعلى الأولى هي كإبرائه من دين بعد حلفه ليقضيه، وفيه وجهان. وكذا قوله جواباً لقولها: تزوجت علي؟ فقال: كل امرأة لي طالق، فإنها تطلق معهم، نص عليه، أخذاً بالأعم من لفظ وسبب/

(10/56)

مسائل: الأولى: إذا حلف: لا رأيتك تدخلين دار زيد، يريد منعها، فدخلت، حنث، وإن لم يرها، وإن حلف لا يبييت عند فلانه، فمكث عندها حتى مضى أكثر الليل، حنث، لأن البيوتته تقع عليه، وإن مكث أقل، فعلى الخلاف في فعل بعض المحلوف عليه.

الثانية: إذا حلف لا يكفل بمال، فكفل ببدن، فقال أصحابنا: يحنث، وقال المؤلف: والقياس عدمه، وذكر السامري وابن حمدان: يحنث إلا إذا شرط البراءة من المال، وصحنا هذا الشرط.

الثالثة: إذا حلف لا يأوي مع زوجته هذا العيد، فقال أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد: إذا عيد الناس دخل إليها. قلت: فإن قال أيام العيد؟، فقال: على ما يعرفه الناس ويعهدون بينهم، وقد روي عن ابن عباس قال: حق على المسلمين إذا رأوا هلال شوال أن يكبروا حتى يفرغوا من عيدهم، يعني: من صلاتهم. وقال ابن أبي موسى: ويتوجه أن لا يأوي عندها في عيد الفطر حتى تغيب شمس يومه، ولا يأوي في عيد الأضحى حتى تغيب شمس آخر يوم من أيام التشريق.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 281
فصل

(10/57)

(فإن عدم ذلك) أي: النية والسبب (رجع إلى التعيين) كذا في «الكافي» و «الوجيز» وصححه في «المحرر» و «الرعاية» لأن التعيين أبلغ من دلالة الاسم على المسمى، لأنه ينفي الإبهام بالكلية بخلاف الاسم، ولهذا لو شهد عدلان على عين شخص، وجب على الحاكم الحكم عليه، بخلاف ما لو شهد عدلان على عين شخص، وجب على الحاكم الحكم عليه، بخلاف ما لو شهد على مسمى باسم لم يجب حتى يثبت أنه المسمى بذلك، وكذا يقدم التعيين على الصفة والإضافة، وقيل: تقدم الصفة عليه (فإذا حلف لا يدخل دار فلان هذه، فدخلها، وقد صارت فضاء، أو حماماً، أو مسجداً، أو باعها فلان) لأن التعيين يقتضي الحنث، وزوال الاسم ينفيه، والتعيين راجح على الاسم (أو لا ليست هذا القميص، فجعله سراويل، أو رداء، أو عمامة ولبسبه) لما ذكرنا (أو لا كلمت هذا الصبي، فصار شيخاً، أو امرأة فلان، أو صديقه فلاناً، أو غلامه سعداً، فطلقت الزوجة، وزالت الصداقة، وعتق العبد وكلمهم) لأن الإضافة فيها تقتضي وصف المحلوف على عدم كلامه بالزوجية والصداقة، أو كونه غلاماً، والصفة كالاسم، بل أضعف، فإذا غلب التعيين على الاسم، فلأن يغلب على الصفة أولي (أو لا أكلت لحم هذا الحمل، فصار كبشاً، أو لا أكلت هذا الرطب، فصار تمرأ أو دبساً أو خلا) لأنه كسكنى الدار والقميص من غير فرق (أو لا أكلت هذا اللبن، فتغير، أو عمل منه شيء، فأكله)، لأن تغيره وخلط شيء آخر معه بمنزلة زوال الاسم، وذلك لا يضر (حنث في ذلك كله) وقاله ابن عقيل، لأنه لو حلف على ذلك كله ناوياً للصفة التي حلف عليها، لم يحنث إذا زالت، وقرينة الحال تدل على إرادة ذلك، فصار كالمنوي، واختاره القاضي والمؤلف في نحو بيضة صارت فرخاً، وإن حلف لياكلن هذه البيضة، أو التفاحة، فعمل منها شراباً، أو ناطقاً، فالوجهان، وكذلك سائر المسائل، ذكره في «المحرر» و «الفروع».

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 381
فصل

(10/58)

(فإن عدم ذلك) أي: التعيين مع عدم النية والسبب (رجعنا إلى ما تناولوه الاسم) لأنه دليل على إرادة المسمى، ولا معارض له هنا، فوجب أن يرجع إليه، عملاً به لسلامته عن المعارضة (والأسماء تنقسم إلى ثلاثة أقسام: شرعية، وحقيقية، وعرفية) ماله مسمى واحد كالرجل والمرأة، تنصرف اليمين إلى مسماه بغير خلاف، وماله موضوع شرعي، وموضوع لغوي، كالضوء، فتصرف اليمين إلى الموضوع الشرعي عند الإطلاق، لانعلم فيه خلافاً، وماله موضوع حقيقي، ومجاز لم يشتهر كالأسد، فتصرف اليمين إلى الحقيقة، ككلام الشارع وما اشتهر مجازة حتى صارت الحقيقة مغمورة فيه، فهو أقسام: منها ما يغلب على الحقيقة، بحيث لا يعلمها أكثر الناس، كالرواية في العرف اسم للمزادة، وفي الحقيقة لما يستقى عليه من الحيوانات. والطعينة في العرف للمرأة، وفي الحقيقة الناقية التي يظعن عليها، فتصرف اليمين إلى المجاز، لأنه الذي يريد به بيمينه ويفهم من كلامه أشبه الحقيقة في غيره، وسيأتي بقية

أنواعها) فأما الشرعية فهي أسماء لها موضوع في الشرع، وموضوع في اللغة كالصلاة، والصوم، والزكاة، والحج ونحوه، فاليمين المطلقة تنصرف إلى الموضوع الشرعي) لأن ذلك هو المتبادر إلى الفهم عند الإطلاق، لأن الشارع إذا قال: صل، تعين عليه فعل الصلاة المشتملة على الأفعال، إلا أن يقترن بكلامه ما يدل على إرادة الموضوع اللغوي، فكذا يمين الحلف (وتتناول الصحيح منه) لأن الفاسد ممنوع منه بأصل الشرع، فلا حاجة إلى المنع من فعله باليمين (فإذا حلف لبيع، فباع بيعاً فاسداً، أو لا ينكح فنكح نكاحاً فاسداً، لم يحنث) نصره في «الشرح» وقدمه الجماعة، وجزم به في «الوجيز» لأن اليمين على ذلك تتناول الصحيح منه، ولأنه المشروع، وعنه: يحنث لوجوده صورة، وعنه: في البيع دون النكاح الفاسد، قاله ابن أبي موسى، وقال أبو الخطاب: إن نكحها نكاحاً مختلفاً فيه، فوجهان، وقال ابن حمدان: إن اعتقد صحته، حنث، وإلا فلا.

(10/59)

ومقتضاه: أنه إذا كان بيعاً بشرط الخيار أنه يحنث/ ونص عليه، لأنه بيع شرعي، فيحنث به كاللزام، وإن حلف: لا ملكت هذا فاشتراه شراء فاسداً، لم يحنث، وفيه احتمال (إلا أن يضيف اليمين إلى شيء لا تتصور فيه الصحة، مثل أن يحلف لا يبيع الخمر أو الحر، فيحنث بصورة البيع) أي: إذا قيد يمينه بممتنع الصحة كما ذكره، فيحنث في الأصح بصورة البيع، لأنه يتعذر حمل يمينه على عقد صحيح، فتعين محلاً لها (وذكر القاضي فيمن قال لامرأته: إن سرقت مني شيئاً وبعته، فأنت طالق، ففعلت، لم تطلق) قال «الرعاية»: هو أقيس، وخرجه السامري على الخلاف الذي ذكره ابن أبي موسى، والشراء كالبيع، وخالف في «عيون المسائل» في: إن سرقت مني شيئاً وبعته، كما لو حلف لبيع، فباع بيعاً فاسداً، وإن حلف لتبيعه، فباعه بعرض بر، وكذا نسيئة، وقيل: ينقض يمينه. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 288

(10/60)

فرع: إذا حلف لا يبيع أو لا يزوج، فأوجب، ولم يقبل المشتري والزوج لم يحنث، لا نعلم فيه خلافاً، لأنه لا يتم إلا بالقبول، فلم يقع على الإيجاب بدونه، وإن قبله، حنث، نص عليه، وإن حلف ليتزوجن، بر بعقد صحيح، سواء كان له امرأة، أو لا، وسواء كانت نظيرتها، أو أعلى منها، إلا أن يحتال على حل يمينه بتزويج لا يحصل المقصود، والمذهب يبر بدخوله بنظيرتها، والمراد - والله أعلم - بمن تغمها وتتأذى بها لظاهر رواية أبي طالب، وفي «المفردات» وغيرها: أو مقاربها، وقال الشيخ تقي الدين: المنصوص أن يتزوج، ويدخل ولا تشتط مماثلتها، واعتبر في «الروضة» حتى في الجهاز، ولم يذكر دخولا، وإن حلف ليطلقن ضررتها، ففي بره برجعي خلاف، وإن حلف لا تسريت، فوطىء جارية، حنث، قدمه في «الرعاية» و «المحرر» وقال القاضي: لا يحنث حتى يوطأ، فينزل، فحلاً كان أو خصياً، وعنه: إن عزل، فلا حنث، وجه الأول: أن التسري

مأخوذ من السر، وهو الوطاء، قال تعالى: {ولكن لا تواعدوهن سرّاً} (البقرة: 235) ولأن ذلك حكم نعلق بالوطاء، فلم يعتبر فيه الإنزال، ولا التحصين كسائر الأحكام: والأول أولى (وإن حلف لا يصوم، لم يحنث حتى يصوم يوماً) لأن إمساك بعض يوم ليس بصوم شرعي، وهذا لم ينو عدداً، وأقل ذلك يوم، لأنه ليس في الشرع صوم مفرد أقل من يوم، فلزمه، لأنه اليقين، والمذهب أنه يحنث بشروع الصحيح، وقبل: إن حنث بفعل بعض المحلوف، وما ذكره المؤلف حكاه في «المحرر» و «الفروع» قولاً كقوله: صوماً، وكحلفه ليفعلنه، وإن كان صائماً فدام، فوجهان (وإن حلف لا يصلي، لم يحنث حتى يصلي ركعة) بسجدها وقاله أبو الخطاب، لأنه أقل ما ينطلق عليه اسم الصلاة، وقيل: بلى إذا صلى ركعتين، والمذهب - كما قدمه في «المستوعب» و «المحرر» و «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» ونسبه في «الفروع» إلى الأصحاب - أنه يحنث بالشروع الصحيح (وقال القاضي: إن حلف لأصليت صلاة، لم يحنث حتى يفرغ مما يقع عليه اسم الصلاة)

(10/61)

لأنه يطلق عليه أنه مصل، فيجب أن يكون ما هو فيه الصلاة. قال في «الشرح»: ويشبه هذا ما إذا قال لزوجته: إن حضت حيضة، فأنت طالق، فإنها لا تطلق حتى تحيض، ثم تطهر، وإن قال: إن حضت فأنت طالق طلقت بأول الحيض، وشمل كلامه صلاة الجنابة، فيدخل في العموم، وذكره أبو الخطاب، وأما الطواف فقال المجد: ليس صلاة مطلقة ولا مضافة، لكن في كلام أحمد إنه صلاة، وقال أبو الحسين وغيره في الحديث: الطواف بالبيت، مثل الصلاة في الأحكام كلها إلا فيما استثناه، وهو النطق، ولم يذكر المؤلف حكم الحج، وحاصله: أنه إذا حلف لا يحج، حنث بإحرامه به، وقيل: بفراغ أركانه، وحنث بحج فاسد، وإن كان محرماً فدام، فوجهان (وإن حلف لا يصلي، حنث بالتكبير) هذا قول القاضي، لأنه يدخل في الصلاة بذلك، ويطلق عليه أنه مصل، فيجب أن يكون ما هو فيه صلاة، والأول أصح، لأن ما ذكر تانياً موجود فيمن شرع (وإن حلف لا يهب زيدا شيئاً، ولا يوصي له، ولا يتصدق عليه) ولا يعيره ولا يهدي له (ف فعل ولم يقبل زيد، حنث) ذكره الأصحاب، وقاله ابن شريح، لأن ذلك لا عوض له، فيحنث بالإيجاب فقط كالوصية، وفي «الموجز» و «التبصرة» و «المستوعب» مثله في بيع، وقاله القاضي في: إن بعتك فأنت حر، ولأن الاسم يقع عليها بدون القبول لقوله تعالى: {كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية} الآية (البقرة: 180) أراد الإيجاب، لأن الوصية تصح قبل موت الموصي، ولا قبول لها حينئذ.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 288
فرع: إذا نذر أن يهبه شيئاً بر بالإيجاب كيمينه، وقد يقال: يحمل على الكمال، ذكره الشيخ تقي الدين.

(10/62)

(وإن حلف لا يتصدق عليه، فوهبه، لم يحنث) في الأصح، لأن الصدقة نوع من الهبة، ولا يحلف الحالف على نوع بفعل نوع آخر، ولا يثبت للجنس حكم النوع، ولهذا حرمت الصدقة على النبي، ولم تحرم الهبة ولا الهدية لحديث بريرة، وقيل: يحنث لما ذكرناه (وإن حلف لا يهبه، فتصدق عليه، حنث) لأنه من أنواع الهبة كما لو أهدى إليه، أو أعمره، فإن أعطاه من صدقة واجبة، أو نذر، أو كفارة، لم يحنث، لأن ذلك حق لله يجب إخراجه، فليس هو هبة منه، فإن تصدق عليه تطوعاً، حنث، لم يذكر ابن هبيرة عن أحمد غيره (وقال أبو الخطاب: لا يحنث) هذا رواية، لأنهما يختلفان اسماً وحكماً، وجه الأول: أن تبرع بعين في الحياة، فيحنث به كالهبة، ولأن الصدقة تسمى هبة، واختلاف التسمية لكون الصدقة نوعاً من الهبة، فتختص باسم دونها كاختصاص الهدية والعمري باسمين، ولم يخرجهما ذلك عن كونهما هبة (وإن أعاره لم يحنث) لأن العارية إباحة، والهبة تمليك، وهذا هو الصحيح، قاله القاضي، لأن المستعير لا يملك المنفعة، وإنما يستحقها، ولهذا يملك المعير الرجوع فيها، ولا يملك المستعير إجارتها (إلا عند أبي الخطاب) فإنه يحنث، لأن العارية هبة المنفعة، وهي قائمة مقام هبة العين بدليل صحة مقابلة المنفعة بالعوض كالعين (وإن وقف عليه، حنث) لأنه تبرع له بعين في الحياة، فهو في العرف هبة، وقيل: لا يحنث كوصية له، ولأنه لا يملك على رواية، وبناءه في «المغني» على الملك، فإن قلنا: يملكه، حنث بمساواته الهبة، وإن قلنا بعدم ملكه، فلا، قال ابن المنجا: ولقائل أن يقول: لا يحنث، وإن قلنا: يملكه، لأن الإنسان ممنوع من هبة أولاده الذكور والإناث بالسوية، فلم يلزم من المنع من الهبة المنع من الوقف (وإن أوصى له، لم يحنث) لأن الهبة تمليك في الحياة بخلاف الوصية (وإن باعه وحابه، حنث) قاله أبو الخطاب، وجزم به في «الوجيز» لأنه ترك له بعض المبيع بغير عوض، أو وهبه بعض الثمن (ويحتمل إلا يحنث) هذا

(10/63)

وجه، وهو أولى، لأنها معاوضة يملك الشفيع أخذ جميع المبيع، ولو كان هبة، أو بعضه لم يملك أخذ كله، وأطلق في «الفروع» الخلاف، ويحنث بالهدية خلافاً لأبي الخطاب، وإن أضافه لم يحنث، لأنه لم يملكه شيئاً، وإنما أباح له الأكل، ولهذا لا يملك التصرف فيه بغيره، وإن أسقط عنه ديناً لم يحنث إلا أن ينوي، لأن الهبة تمليك عين.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 288

فصل

(القسم الثاني: الأسماء الحقيقية) وهي نسبة إلى الحقيقة، وهو اللفظ

المستعمل في وضع أول.

(وإذا حلف لا يأكل اللحم، فأكل الشحم، أو المخ، أو الكبد، أو الطحال، أو القلب، أو الكرش، أو المصران، أو الإلية، والدماغ، والقانصة، لم يحنث) لأنه لا يسمى لحماً وينفرد، علقه باسمه وصفته، ولو أمر وكيله بشراء لحم، فاشتري شيئاً من هذه، لم يكن ممثلاً، ولا ينفذ الشراء، وقال كثير من العلماء: يحنث بأكل ذلك، لأنه لحم حقيقة. قال في «الشرح»: لانسلم أنه لحم حقيقة، بل هو من الحيوان كالعظم، وعلى الأول يحنث إذا قصد اجتناب الدسم، ولا يحنث بأكل كارع وذنب، فإن أكل من الشحم الذي على الظهر والجانب وفي

تضاعيف اللحم، لم يحنث في ظاهر قول النخري، وقال القاضي وأبو الخطاب: يحنث بأكله، لأنه لا يسمى شحماً، ولا بئعه شحاماً، ويسمى لحمًا سميناً، ولو وكل في شراء اللحم فاشتراه، لزمه. وجه الأول قوله تعالى: {ومن البقر والغنم} الآية (الأنعام: 146)، لأنه يشبه الشحم في صفته وذوبه، ولا نسلم أنه لا يسمى شحماً، ولا أنه بمفرده يسمى لحمًا، ولا يسمى بئعه شحاماً بل لحاماً، لأنه يسمى ما هو الأصل دون التبع، وفي كلا الدليلين نظر، إذ بمجرد شبه الشيء بالشيء لا يقتضي أن يسمى باسمه ويعطى حكمه على أن شبه سمين الظهر بالإلية أقرب من شبهه بالشحم.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 289

(10/64)

فرع: لم يتعرض المؤلف لحكم لحم الرأس، واللسان، والسنام وما لا يؤكل لحمه، أو أكل السمين، وفيه وجهان: أحدهما: لا يحنث، لأن اسم اللحم لا ينصرف عند الإطلاق إليه، وعنه: فيمن حلف لا يشتري لحمًا، فاشترى رأساً، أو كارعاً، لا يحنث إلا أن ينوي، والثاني: بلى، لأنه لحم، ويحنث بأكل لحم ما لا يؤكل لحمه، ذكره في «الشرح» واقتصر عليه (وإن أكل المرق، لم يحنث) في الأصح، لأنه ليس بلحم (وقد قال أحمد: لا يعجبني) وهو قول القاضي، لأنه لا يخلو من قطع اللحم (قال أبو الخطاب: هذا على سبيل الورع) لأنه ليس بلحم حقيقة، ولا يطلق عليه، فلم يحنث به كالكبد، ولا نسلم إن أجزاء اللحم فيه، وإنما فيه ماء اللحم ودهنه (وإن حلف لا يأكل الشحم، فأكل شحم الظهر، حنث أي: إذا أكل بياض اللحم كسمين الظهر، يحنث في قول النخري، ودمه في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» لأن ذلك يسمى شحماً، ويشارك شحم البطن في اللون والذوب، وظاهر الآية والعرف يشهد لذلك، وهو قول طلحة العاقولي، وعلى هذا يحنث بأكل إلية، وقال القاضي وغيره: الشحم هو الذي يكون في الجوف من شحم الكلي وغيره، فعلى هذا: لا يحنث بأكل الإلية، أو اللحم الأبيض. قال الزركشي: وهذا هو الصواب، فإن أكل اللحم الأحمر لم يحنث، لأنه لا يظهر فيه شيء من الشحم، وقال النخري: يحنث، لأن اللحم لا يخلو من الشحم (وإن حلف لا يأكل لبناً فأكل زبداً، أو سمناً، أو كشكاً، أو مصلاً، أو جبناً) أو أقطاً (لم يحنث) نص عليه، اقتصر عليه في «الكافي» وقدمه في «الرعاية» وغيرها، لأنه لا يسمى لبناً، وهذا إن لم يظهر طعمه كما ذكره المؤلف بعد وعنه: يحنث فيها، وقال القاضي: يحتمل أن يقال في الزبد: إن ظهر فيه لبن حنث بأكله، وإلا فلا، وعلى الأول: لو أكل من لبن الأنعام، أو الصيد، أو لبن آدمية، حنث، حليياً كان أو رائباً مائعاً أو جامداً، لأن الجميع لبن (وإن حلف على الزبد والسمن، فأكل لبناً، لم يحنث) ذكره معظم الأصحاب، لأنه

(10/65)

لا يسمى زبداً، ولا سمناً، وفي «المغني»: إن لم يظهر فيه الزبد، لم يحنث، وإن ظهر حنث، لأن ظهوره كوجوده، وكذا إن حلف على الزبد، فأكل سمناً،

وإن أكل جنباً لم يحنت، وكذلك سائر ما يصنع من اللبن، وإن حلف لا يأكل سمناً، فأكل شيئاً مما يصنع من اللبن سوى السمن، لم يحنت، وفي الزبد وجه، فإن أكل السمن منفرداً، أو في طيخ يظهر فيه طعمه، حنت (وإن حلف لا يأكل الفاكهة، فأكل من ثمر الشجر) غير بري (كالجوز واللوز، والتمر، والرمان) والموز، والأترج، والنبق، والأصح: ولو يابساً كصنوبر وعناب (حنت) لأن ذلك يسمى فاكهة عرفاً وشرعاً، ويسمى بئع ثمرة النخل والرمان فاكهانياً، لا يقال: ينبغي أن يكونا ليسا من الفاكهة لقوله تعالى:

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 289

{ فيهما فاكهة ونخل ورمان } (55: 86) لأنهما ثمرة شجرة يتفكة بهما كسائر الأشياء، والعطف لا يقتضي المغايرة، بل لتشريفهما وتخصيصهما لقوله تعالى: { من كان عدواً لله { الآية (البقرة: 97)، وليس منها زيتون، وبلوط، وبطم، وزعرور أحمر، وآس وسائر ثمر بري لا يستطاب، وإن حلف لا يأكل من هذه الشجرة، حنت بالثمرة فقط، ولو لقط من تحتها (وإن أكل البطيخ، حنت) جزم به في «المستوعب» و «الوجيز» لأنه ينضج ويحلو، أشبه ثمرة الشجر (ويحتمل أن لا يحنت) ذكره في «الكافي» و «المحرر» وجهاً، لأنه ثمر بقله كالخيار (ولا يحنت بأكل القثاء والخيار) وسائر الخضراوات كقرع، وباذنجان، وجزر، ولفث، وفجل، وقلقاس، لأنه لا يسمى فاكهة، ولا هو في معناه (وإن حلف لا يأكل رطباً، فأكل مذنباً) وهو الذي بدا فيه الإرتطاب من ذنبه، وباقية بسراً ومنصفاً، وهو الذي بعضه بسر وبعضه رطب، أو لا يأكل بسراً، فأكل ذلك (حنت) قدمه في «المحرر» ونصره في «الشرح» وجزم به في «الوجيز» لأن آكلة قد أكل الرطب، وقال ابن عقيل: لا يحنت، لأنه لا يسمى رطباً.

(10/66)

فرع: حلف واحد ليأكلن رطباً، وآخر ليأكلن بسراً، فأكل الأول ما في النصف في الرطبة، وأكل الآخر باقيها، بر (وإن أكل رطباً، أو ديساً، أو ناطفاً، لم يحنت) ذكره في «المحرر» و «الوجيز» لأنه ليس بثمر، وإن أكل رطباً غير بسر، قال ابن حمدان: أو هما عن مذنب، فلا حنت (وإن حلف لا يأكل أدماً، حنت بأكل البيض والشواء) نص عليه (والجين والملح) في الأشهر فيه (والزيتون واللبن وسائر ما يصنع به) أي: ما يغمس فيه الخبز، ويسمى ذلك الغموس فيه صبغاً، لأن ما جرت العادة بأكل الخبز به هو التادم لقوله تعالى: {وتستخرجون حلية تلبسونها} (فاطر: 12) وقله تعالى: {يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤاً} (الحج: 23) وقال ابن عمر: قال الله تعالى للبحر الشرقي: إني جاعل فيك الحلية والصيد والطيب، وكذهب وجده (وإن لبس عقيقاً، أو سبجاً) وحريراً (لم يحنت) لأنه ليس بحلي كخرز الزجاج، وفي «الوسيلة»: تحنت المرأة بحرير (وإن لبس الدراهم والدنانير) زاد في «الرعاية»: المفردين ومنطقة محلاة لاسيف (في مرسله فعلى وجهين) أحدهما: لاحت، وجزم به في «الوجيز» لأنه ليس بحلي إذا لم يلبسه، فكذا إذا لبسه، والثاني: بلى، كلبس سوار وخاتم، ولأنها من حلي الرجال ولا يقصد بلبسها محلاة إلا التجمل بها. فرع: إذا حلف لا يلبس خاتماً، فلبسه في غير خنصر، حنت، لأنه لا لبس ولا فرق بين الخنصر وغيره إلا من حيث الإصطلاح على تخصيصه بالخنصر، وكما لو

حلف لا يلبس قلنسوة، فجعلها في رجله، وجوابه: بأنه عيب ومشقة بخلافة هنا.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 289

(10/67)

(وإن حلف لا يركب دابة فلان، أو لا يلبس ثوبه، أو لا يدخل داره، فركب دابة عبده، ولبس ثوبه، ودخل داره، أو فعل ذلك فيما استأجره، فلا حث) نقول: إذا حلف لا يدخل دار زيد، فدخل دار عبده، حث بغير خلاف نعلمه، لأن دار العبد ملك للسيد، والثوب الدابة كالدار، لأنهما مملوكان للسيد فيتناولهما يمين الحالف، وأما كونه يحث إذا فعل ذلك فيما استأجره فلان لأن الدار تضاف إلى ساكنها كإضافتها إلى مالكها لقوله تعالى: {لا تخرجوهن من بيوتهن} (الطلاق: 1) {وقرن في بيوتكن} (الأحزاب: 33) ولأن الإضافة للاختصاص ولأن ساكن الدار مختص بها، فكانت إضافتها إليه صحيحة، وهي مستعملة في العرف، وأما الإقرار كما لو قال: هذه دار زيد، وفسر إقراره بسكنائها، احتمل أن يقبل تفسيره ولو سلم بقربة الإقرار بصرفه إلى الملك، ولو حلف لا دخلت مسكن زيد حث بدخوله الدار التي يسكنها، ولو قال: هذا السكن لزيد كان مقراً له بها (وإن ركب دابة استعارها فلان) أو غضبها (لم يحث) لأن فلاناً لا يملك منافع الدابة، وفارق مسألة الدار، فإنه لم يحث في الدار لكونه استعارها أو غضبها، وإنما يحث لسكنائها بها، فأضيفت إليه ولو غضبها أو استعارها من غير أن يسكنها، لم تصح إضافتها إليه. وعنه: يحث في الدار لكونه استعارها أو غضبها، وإنما يحث لسكنائها بها، فأضيفت إليه ولو غضبها أو استعارها من غير أن يسكنها، لم تصح إضافتها إليه. وعنه: يحث بدخول الدار المستعارة، وذكره ابن عقيل في «الفصول» لوجود شرطه، وفي «الرعاية»: وإن قال: لا أسكن مسكنه ففيما لا يسكنه زيد من ملكه، وما يسكنه بغصب وجهان. وفي «الترغيب»: الأقوى إن كان سكنه مرة حث، وإن قال: ملكه، ففيما استأجره خلاف في «الانتصار».

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 289

(10/68)

(وإن حلف لا يركب دابة عبده، فركب دابة جعلت برسمه، حث) لأنه مختص بها حينئذ كحلفه لا يركب رحل هذه الدابة ولا يبيعه (وإن حلف لا يدخل داراً، فدخل سطحها، حث) لأنه من الدار وحكمه حكمها بدليل صحة الاعتكاف فيه، ومنع الجنب من اللبث فيه، فوجب أن يحث إذا دخله كما لو دخل الدار نفسها، وإن حلف ليخرجن من الدار، فصعد سطحها لم يبر فإن كان ثم نية أو سبب أو قرينة عمل بها. فإن صعد على شجرة حتى صار في مقابلة سطحها بين حيطانها حث، وإن لم ينزل بين حيطانها فهل يحث؟ فيه احتمالان، وكذا إن كانت الشجرة في غير الدار، فتعلق بفرع ماد على الدار في مقابلة سطحها، فإن أقام على حائط الدار فوجهان أحدهما: يحث، ذكره القاضي لأنه داخل في حدها، أشبه القائم على سطحها. والثاني: لا لأنه لا يسمى ذاخلاً (وإن دخل طاق

الباب، احتمال وجهين) أحدهما: يحنث لأنه دخل في حدها. والثاني: لا، وصححه في «المغني» لأنه لا يسمى داخلاً، وقال القاضي: إن قام في موضع إذا أغلق الباب كان خارجاً منه، لم يحنث، وجزم به في «الوجيز» (وإن حلف لا يكلم إنساناً، حنث بكلام كل إنسان) لأنها نكرة في سياق النفي فتعم، ولفعله المحلوف عليه حتى لو سلم عليه حنث لأن السلام كلام تبطل به الصلاة، فيحنث به كغيره، وفي «الرعاية»: إن سلم عليه، ولم يعرفه فوجهان وإن صلى المحلوف عليه إماماً، وسلم من الصلاة لم يحنث نص عليه، ولم يعرفه فوجهان وإن صلى المحلوف عليه إماماً، وسلم من الصلاة لم يحنث نص عليه، وكذا أن أرتج عليه فيها، ففتح عليه الحالف (وإن زجره فقال: تح، أو اسكت، حنث) لأن ذلك كلام، فيدخل في ما حلف على عدمه، وقياس المذهب لا، فلو كاتبه أو راسله حنث إلا أن يكون أراد ألا يشافهه، وقاله أكثر الأصحاب، وعنه: لا يحنث إلا أن يكون بنية، أو سبب يمينه يقتضي هجرانه لأنه يصح نفيه. ولو كانت الرسالة تكليماً لتناول موسى وغيره من الرسل، ولم يختص بكونه كليم الله تعالى، واحتج

(10/69)

الأصحاب بقوله تعالى: {وما كان لبشر} الآية (الشورى: 51) لأنه وضع لإفهام الآدميين، أشبه الخطاب، والصحيح أن هذا ليس بتكليم، والاستثناء في الآية من غير الجنس كما في الآية الأخرى: {آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا} (آل عمران: 41) والرمز ليس بتكليم لكن إن نوى ترك مواصلة أو سبب أو كان سبب يمينه يقتضي هجرانه، فإنه يحنث (وإن حلف لا يبتدئه بكلام) أو لا كلمت فلاناً حتى يكلمني أو حتى يبدأني بكلام (فتكلما معاً، حنث) في الأصح لأن كل واحد منهما مبتدئ إذ لم يتقدمه كلام سواه، وفي «الرعاية»: قلت لا لكن إذا قال: لا بدأته بكلام، فتكلما معاً لم يحنث، جزم به في «المحرر» و «الوجيز» لعدم البداية. والثاني: بلي لما تقدم وأطلقهما في «الفروع» (وإن حلف لا يكلمه حيناً) ولم ينو شيئاً (فذلك ستة أشهر، نص عليه) لأن الحين المطلق في كلام الله تعالى أقله ستة، فيحمل مطلق كلام الآدمي عليه، قال في «الفروع»: ويتوجه أقل زمن يقع على القليل كالكثير لقوله تعالى رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 289

(10/70)

{فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون} (الروم: 17) فإن قلت: ترد للسنة لقوله تعالى: {تؤتي أكلها كل حين} (إبراهيم: 25) ويراد به يوم القيامة لقوله تعالى: {ولتعلمن نبأه بعد حين} (ص 88) ويراد به ساعة لقوله تعالى: {فسبحان الله حين تمسون} ويقال: جئته منذ حين، وإن كان أتاه من ساعة. ويراد به مدة طويلة لقوله تعالى: {فذرهم في غمرتهم حتى حين} (المؤمنون: 54) فالجواب إنه يصح الإطلاق في ذلك كله، وإنما الكلام في الإطلاق الخالي عن الإرادة مع أن عكرمة وسعيد بن جبير وأبا عبيدة قالوا في قوله تعالى: {تؤتي أكلها كل حين} (إبراهيم: 20): ستة أشهر، واختلف فيها عن ابن عباس،

وما استشهدوا به من المطلق في كلام الله تعالى، فما ذكرناه أقل، فحمل على اليقين، وقيل: إن عرفه فللأبد؟ كالدهر والعمر، أما إذا قيد لفظه، أو بينه بزمان، فإنها تنقيد به (وإن قال: زماناً أو دهرًا، أو بعيدًا، أو مليًا، رجع إلى أقل ما يتناوله اللفظ) جزم به في «الوجيز» وقدمه في «الفروع» لأن ما زاد عليه مشكوك في إرادته، والأصل عدمه، وعند القاضي: إن زماناً كحين، وقال ابن عقيل في وقت ونحوه: الأشبه بمذهبنا ما يؤثر في مثله من المؤاخذه، والزمان كحين، واختار في «المحرر» وقطع به في «الوجيز» أنه للأبد كالدهر، وذكر ابن أبي موسى: إنه إذا حلف لا يكلمه زمانا، فهو إلى ثلاثة أشهر (وإن قال عمرًا، احتمل ذلك) أي: يرجع فيه إلى أقل ما تناوله اللفظ (واحتمل أن يكون أربعين عامًا) لقوله تعالى: {فقد لبثت فيكم عمرًا من قبله} (يونس: 16) وهو قول حسن، قال أبو الخطاب: ما ورد فيه من ذلك يرجع إليه كالحين، فأما غيره، فإن كانت له نية، وإلا حمل على أقل ما يقع عليه الاسم من العمر والدهر (وقال القاضي: هذه الألفاظ كلها مثل الحين) لما تقدم (إلا بعيدًا، أو مليًا) زاد في «الرعاية»: أو طويلًا (فإنه على أكثر من ست أشهر، وإن قال: الأبد والدهر) والعمر (فذلك على الزمان كله) لأن الألف واللام

(10/71)

للاستغراق، وذلك يوجب دخول الزمان كله (والحقب) بضم الحاء (ثمانون سنة) نصره في «الشرح» وجزم به في «المستوعب» و «الوجيز» روي عن علي وابن عباس في تفسير الآية، وقاله الجوهري في «صاحه» وقال القاضي - وقدمه في «الفروع» -: هو أدنى زمان لأنه المتيقن، وقيل: أربعون عامًا، وقيل: للأبد، (إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرًا) (التوبة: 36) (وعند أبي الخطاب) وقدمه في «الرعاية» و «الفروع» (ثلاثًا) لأنه جمع (كالأشهر) فإنها ثلاثة وجهاً واحداً (والأيام ثلاثة) لأنها أقل الجمع، وإن عين أياماً، تبعثها الليالي (وإن حلف لا يدخل باب هذه الدار فحول ودخله، حنث) لأنه فعل ما حلف على تركه، وكذا إذا جعل لها باباً آخر مع بقاء الأول، أو قلع الباب ونصبه في دار أخرى، لم يحنث بالدخول من الموضع الذي نصب فيه الباب، وإن حلف لا يدخل هذه الدار من بابها، فدخلها من غير الباب، لم يحنث، ويتخرج بلى إذا أراد يمينه اجتناب الدار، لكن إن كان الدار سبب هيج اليمين، كما لو حلف لا يأوي مع زوجته في دار، فأوي معها في غيرها (وإن حلف لا يكلمه إلى حين الحصاد، انتهت يمينه بأوله) لأن «إلى» لانتهاء الغاية، فتنتهي عند أولها لقوله تعالى: رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 289

(10/72)

{ثم أتموا الصيام إلى الليل} (البقرة: 187) (ويحتمل إن يتناول جميع مدته) هذا رواية، لأن «إلى» تستعمل بمعنى «مع» لقوله تعالى: {من أنصاري إلى الله} (الصف: 14) ولأن الظاهر أنه قصد هجرانه، واللفظ صالح لتناول الجميع (وإن حلف لا مال له، وله مال غير زكوي، أو دين على الناس حيث) لأنه مال، فوجب أن يحنث للمخالفة في يمينه، والدين مال ينعقد عليه الحول،

ويصح تصرفه فيه بالإبراء والحوالة، أشبه المودع، ولأن المال ما تناوله الناس عادة لطلب الربح، مأخوذ من الميل من يد إلى يد، وجانب إلى جانب، قاله في «الواضح». والملك يختص الأعيان من الأموال، ولا يعم الدين، وعن أحمد إذا نذر الصدقة بجميع ماله إنما يتناول نذره الصامت من ماله، لأن إطلاق المال ينصرف إليه، فلو كان له مال مغصوب حنث، وكذا إن كان ضائعاً في وجهه، فإن ضاع على وجهه قد أيس من عوده، لم يحنث في الأشهر، ويحتمل ألا يحنث في كل موضع لا يقدر على أخذ ماله، وظاهره: إنه إذا تزوج أو اشترى عقاراً ونحوه، لا يحنث (وإن حلف لا يفعل شيئاً، فوكلمن فعله حنث إلا إن ينوي) اقتصر عليه أكثر الأصحاب، لأن فعله وكيله كفعله، نص عليه، ولأ الفعل يطلق على الموكل فيه والامر به، فحنث كما لو حلف لا يخلق رأسه، فأمر من خلقه، وذكر ابن أبي موسى أنه يحنث إلا أن تكون عادته جارية بمباشرة ذلك الفعل بنفسه، فلا، وجزم به في «الوجيز» فإذا وكل فيه، وأضاف إلى الموكل، فلا حنث، وإن أطلق فوجهان، وإن حلف لا يكلم عبداً اشتراه زيد، فكلم عبداً اشتراه وكيله، أو لا يضرب عبده، فضربه بأمره، حنث. قاعدة: تطلق امرأة من حلف لا يكلم زديقاً بقائل بخلق القرآن، قاله سجادة، قال أحمد: ما أبعد، والسفلة من لم يبالي بما قال وما قيل له، ونقل عبد الله: من يدخل الحمام بغير مئزر، ولا يبالي على أي معصية رئي. قال ابن الجوزي: الرعاع السفلة، والغوغاء نحو ذلك، وأصل الغوغاء: صغار الجراد.

(10/73)

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 289

فصل
(فأما الأسماء العرفية، فهي أسماء اشتهر مجازها حتى غلب على الحقيقة) لأنها إذا لم تشتهر تكون مجازاً لغة، وسميت عرفية لاستعمال أهل العرف لها في غير المعنى اللغوي، وذلك أن اللفظ قد يكون حقيقة لغوية في معنى، ثم يصير مدلوله على معنى آخر عرفي، ولا شبهة في وقوع ذلك (كالراوية) للمزادة في العرف، وفي الحقيقة الجمل الذي يستقى عليه (والطعينة) هي - في العرف - للمرأة، وفي الحقيقة للناقة التي يطعن عليها (والدابة) اسم لذوات الأربع، وفي الحقيقة اسم لما دب (والغائط والعذرة) في العرف: الخارج المستقذر، وفي الحقيقة: الغائط المكان المطمئن من الأرض، والعذرة فناء الدار (ونحوها) أي نحو هذه الأشياء (فتلحق اليمين بالعرف) لأنه يعلم أن الحالف لا يريد غيره، فصار كالمصرح به (دون الحقيقة) لأنها صارت مهجورة، ولا يعرفها أكثر الناس.

(10/74)

(وإن حلف على وطء امرأته، تعلقت يمينه بجماعها) لأنه الذي ينصرف اللفظ في العرف إليه، وإن حلف لا يتسرى، حنث بوطنها أيضاً، وقد سبق (وإن حلف على وطء دار، تعلقت يمينه بدخولها) (راكباً، أو ماشياً، أو حافياً، أو منتعلاً) لأن

اليمين محمولة عليّ الدخول، وكذا إن حلف لا يضع قدمه في الدار، وقال أبو ثور: إن دخلها ركباً لم يحنث لأنه لم يضع قدمه فيها، وهل يحنث بدخول مقبرة؟ قال في «الفروع»: يتوجه لا، إن قدم العرف، وإلا حنث، وقد قال بعض العلماء في قوله عليه السلام: «السلام عليكم دار قوم مؤمنين»: إن اسم الدار يقع على المقابر، قال: وهو الصحيح، فإن الدار في اللغة يقع على الربيع المسكون، وعلى الخراب غير المأهول (وإن حلف لا يشم الريحان، فشم الورد والبنفسج والياسمين) ولو كان يابساً (أو لا يشم الورد والبنفسج، فشم دهنهما، أو ماء الورد، فالقياس أنه لا يحنث) وهذا قول القاضي، وجزم به في «الوجيز» لأنه المسمى عرفاً، ويمينه تختص بالريحان الفارسي (وقال بعض أصحابنا: يحنث) قدمه السامري، والمجد، وابن حمدان، وصححه في «الفروع» وحينئذ يحنث بشم كل نبت ريحه طيب، كمرزجوش لأنه يتناوله اسم الريحان حقيقة، وعلم منه أنه لا يحنث بشم الفاكهة وجهاً واحداً. فرع: إذا حلف لا يشم طيباً، فشم نبتاً طيب الريح كالخزام ونحوه حنث في الأشهر.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 295

(10/75)

(وإن حلف لا يأكل لحماً، فأكل سمكاً، حنث عند الخرقى) قدمه السامري، والمجد، وجزم به ابن هبيرة، وصاحب «الوجيز» وهو المذهب، لقوله تعالى: {وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً} (النحل: 14) ولأنه جسم حيوان يسمى لحماً، فحنث بأكله، كلجم الطير وتقديماً للشرع واللفة (ولم يحنث عند ابن أبي موسى) إلا أن ينويه لأنه لا ينصرف إليه إطلاق اسم اللحم، ولو وكل في شراء لحم، فاشترى له سمكاً، وكما لو حلف: لا قعدت تحت سقف فإنه لا يحنث بقعوده تحت السماء، وقد سماه الله تعالى سقفاً محفوظاً، لأنه مجاز كذا هنا، والأول هو ظاهر المذهب، والفرق بين مسألة اللحم والسقف أن الظاهر أن من حلف لا يقعد تحت سقف يمكنه التحرز منه، والسماء ليست كذلك، فعلم أنه لم يردّها بيمينه، ولأن التسمية ثم مجاز، وهنا حقيقة لكونه من حيوان يصلح للأكل، فكان الأسم فيه حقيقة كلجم الطير لقوله تعالى: {ولحم طير مما يشتهون} (الواقعة: 21) (وإن حلف لا يأكل رأساً، ولا بيضاً، حنث بأكل رؤوس الطير والسمك والجراد) وغير ذلك (عند القاضي) قدمه في «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لعموم الاسم فيه حقيقة وعرفاً، أشبه مالمو حلف لا يشرب ماء، فإنه يحنث بشرب الماء والملح والماء النجس، ومن حلف لا يأكل خبزاً حنث بكل خبز، وفي «الترغيب»: إن كان خبز بلده الأرز حنث به، وفي حنثه بخبز غيره الوجهان (وعند أبي الخطاب: لا يحنث إلا بأكل رأس جرت العادة بأكله منفرداً، أو بيض يزايل بائضة حال الحياة) لأنه لا ينصرف إليه اللفظ عرفاً، فلم يحنث كما لو حلف لا يأكل شواء، فأكل بيضاً، ونقله في «الشرح» عنه، وأنه قول أكثر العلماء، وهو الصحيح، وقيل: بيض السمك والجراد يزايلهما في الحياة، ولا يؤكل في حياتهما، وفي «المحرر» و «الفروع» «كالمقنع»: وفي «الترغيب»: إن كان بمكان العادة أفراده بالبيع، فيه حنث وفي غير مكانه وجهان نظراً إلى أصل العادة أو عادة الحالف. وحاصله: أنه لا يحنث بأكل شيء

(10/76)

يسمى بيضاً غير بيض الحيوان، ولا بشيء يسمى رأساً غير رؤوس الحيوان، لأن ذلك ليس برأس ولا بيض (وإن حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً، أو حماماً، أو بيت شعر أو آدم) حنث نص عليه لأنهما بيتان حقيقة لقوله تعالى: {في بيوت أذن الله أن ترفع} (النور: 36) وقوله تعالى: {إن أول بيت وضع للناس} الآية (آل عمران: 96). وقوله عليه السلام: «بئس البيت الحمام» رواه أبو داود وغيره، وفيه ضعف، وإذا كان في الحقيقة بيتاً وفي عرف الشارع حنث بدخوله كبيت الإنسان، وأما بيت الشعر والآدم، فلأن اسم البيت يقع عليه حقيقة وعرفاً لقوله تعالى:

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 295

(10/77)

{والله جعل لكم من بيوتكم سكناً وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتاً} الآية (النحل: 80) وظاهره: أن الخيمة كذلك، قدمه في «الرعاية» واقتصر عليه السامري، وحكاه في «الفروع» منصوباً عليه، وذكر في «الكافي» و«الشرح» أنه لا يحنث بدخولها لكن إن عين خيمة اقتلعت وضربت في موضع آخر أو نقلها حنث، وعلم مما سبق أنه لا يحنث بدخول دهليز دار أو صفتها، لأنه لا يسمى بيتاً (أو لا يركب، فركب سفينة حنث عند أصحابنا) لأنه ركوب لقوله تعالى: {اركبوا فيها} (هود: 41) {فإذا ركبوا في الفلك} (العنكبوت: 65) (ويحتمل إلا يحنث) وهو قول أكثرهم لأنه لا يسمى بيتاً ولا ركوباً في العرف، وظاهره: أن الاحتمال في الصور كلها، وظاهر «المغني» أنه في المسجد والحمام فقط، قال: لأن أهل العرف لا تسمى ذلك بيتاً (فإن حلف لا يتكلم فقراً أو سبح أو ذكر الله تعالى، لم يحنث) في قول أكثر العلماء، لأن الكلام في العرف لا يطلق إلا على كلام الآدميين. وقال أكثر العلماء، وقال زيد بن أرقم: كنا نتكلم في الصلاة حتى نزلت {وقوموا لله قانتين} (البقرة: 238) فأمرنا بالسكوت، ونهينا عن الكلام، وأمر الله تعالى زكريا بالتسبيح مع قطع الكلام عنه، وقال: إن قرأ في الصلاة لم يحنث وإلا حنث، ومقتضى مذهبه أنه يحنث لأنه كلام كقوله تعالى: {وألزمهم كلمة التقوى} (الفتح: 26) وقوله عليه السلام: «كلمتان حبيبتان إلى الرحمن خفيفتان على اللسان» الخبر. والأول أشهر لأن ما لا يحنث به في الصلاة لا يحنث به خارجاً منها كالإشارة، وما ذكره يبطل بذكر الله تعالى المشروع في الصلاة (وإن دق عليه إنسان) بابه (فقال: ادخلوها بسلام آمنين، يقصد تنبيهه) بالقرآن (لم يحنث) لأن هذا من كلام الله تعالى، وبمينه لأن كلام الآدميين، قال ابن المنجا: فإن قيل: لو قال: ذلك في الصلاة لبطلت ولو لم يكن من كلام الآدميين لما بطلت، قيل: في ذلك منع وإن سلم، فالفرق أن الصلاة لا تصح إلا بالقرآن، وقد وقع التردد فيه أن ذلك

(10/78)

قرآن. ولا يصح مع الشك في شرطها، بخلاف الحلف، فإن شرط الحنث فيه كون المتكلم به كلام الأدميين، وقد وقع التردد فيه، فلا يحنث بالشك في شرطه، وفي المذهب وجه. وظاهره: أنه إذا لم يقصد القرآن أنه يحنث، ذكره الأصحاب لأنه من كلام الأدميين، وحقيقة الذكر ما نطق به، فتحمل يمينه عليه، ذكره في «الانتصار» قال الشيخ تقي الدين: الكلام يتضمن فعلاً كالحركة، ويتضمن ما يقترن بالفعل من الحروف والمعاني، فلهذا يجعل القول قسماً للفعل، وقسماً آخر، وينبني عليه من حلف لا يعمل عملاً فقال: قولاً كالقراءة، هل يحنث؟ فيه وجهان.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 295

فرع: إذا حلف لا يسمع كلام الله، فسمع القرآن، فإنه يحنث إجماعاً، قاله أبو الوفاء.

(وإن حلف لا يضرب امرأته فحنقها، أو نتف شعرها، أو عضها حنث) لأنه قصد ترك تأليمها، وقد ألمها، وقال أبو الخطاب: يحتمل ألا يحنث بذلك إلا أن يقصد إلا يؤلمها، أو ما إليه في رواية مهنا، هو قول في «الرعاية» لكن لو عضها للتلذذ، ولم يقصد تأليمها، لم يحنث.

وإن حلف ليضربها ففعل ذلك، بر لوجود المقصود بالضرب، وإن ضربها بعدموتها، لم يبر، وهل اللطم والوكز ضرب؟ يحتمل وجهين، قاله ابن حمدان.

(10/79)

(وإن حلف ليضربنه مائة سوط، فجمعها، فضربه بها ضربة واحدة، لم يبر في يمينه) نصره في «الشرح» واقتصر عليه السامري وصاحب «الوجيز» وقدمه في «الرعاية» و «الفروع» لأن هذا هو المفهوم في العرف لأن السوط هنا آلة أقيمت مقام المصدر، وانتصب انتصابه، لأن معنى كلامه: لأضربنه مائة ضربة بسوط، وهذا هو المفهوم من يمينه، والذي يقتضيه لغة، فلا يبر بما يخالف ذلك، وعنه: يبر، اختاره ابن حامد لقول أحمد في المريض الذي عليه الحد: يضرب بعثكال النخل، يسقط عنه الحد، وكحلفه ليضربنه بمائة، وأجاب في «الشرح» عن قصة أيوب بأن هذا الحكم لو كان عاماً لما خص بالمئة عليه، وعن المريض المجلود بأنه إذا لم يتعد هذا الحكم في الحد الذي ورد النص فيه، فلأن لا يتعدى إلى اليمين أولى.

فرع: إذا حلف ليضربنه بعشرة أسواط فجمعها فضربه بها بر.

وإن حلف ليضربنه عشر مرات، لم يبر بضربه عشرة أسواط دفعة واحدة بغير خلاف وكذا إن حلف ليضربنه عشر ضربات.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 295

فصل

(10/80)

(وإن حلف لا يأكل شيئاً، فأكله مستهلكاً في غيره مثل أن حلف لا يأكل لبناً، فأكل زبدًا، أو لا يأكل سمنًا فأكل خبيصاً فيه سمن لا يظهر فيه طعمه، أو لا يأكل بيضاً، فأكل ناطفاً، أو لا يأكل شحمًا، فأكل اللحم الأحمر، أو لا يأكل شعيراً

فأكل حنطة فيها حبات شعير لم يحنث) قدمه في «المستوعب» و «الكافي» في اللحم الأحمر، وصححه المؤلف، وجزم به في «الوجيز» لأن المستهلك لا يقع عليه اسم الذي حلف عليه، فلم يحنث بأكل المستهلك فيه، كما لو حلف لا يأكل رطباً فأكل تمرأ، ولأن المستهلك في الشيء يبصير وجوده كعدمه، والظاهر من الحالف على ذلك أنه إنما حلف لمعنى في المحلوف عليه، إذا كان كذلك تعين عدم الحنث لانتفاء المعنى المحلوف من أجله ((وإن ظهر طعم السمن أو طعم شيء من المحلوف عليه، حنث) كما لو أكل ذلك منفرداً، وكحلفه على اللبن، فإنه يحنث بمسماه، ولو من صيد وأدمية (وقال الخرقى: يحنث بأكل اللحم الأحمر وحده) لأنه لا يكاد يخلو من شحم فيحنث به وإن قل لأنه يظهر في الطبخ فيبين على وجه المرق، وفارق من حلف لا يأكل سمناً فأكل خبيصاً فيه سمن لا يظهر طعمه ولا لونه، لأن هذا قد يظهر الدهن فيه (وقال غيره: يحنث بأكل حنطة فيها حبات شعير) لأن الشعير يمكن تمييزه بتركه فيه، وأكله له أكل لما منع نفسه من أكله مع القدرة عليه، أشبه ما لو أكل منفرداً، وفي «لترغيب» إن طحنه لم يحنث، وإلا حنث في الأصح، والمذهب الأول، فلو حلف لا يأكل حنطة، فأكلها خبزاً، أو طحيناً حنث، لأن الحنطة لا تؤكل حياً عادة، فانصرفت يمينه إلى أكلها في جميع أحوالها. مسألة: إذا حلف لا يأكل في هذه القرية، فأكل فيها أو في حد من حدودها حنث، ذكره في «المستوعب». قال أحمد فيمن حلف لا يدخل هذه القرية فأوى إلى ناحية منها مما هو في حدها: حنث، لأن الناحية والحد من جملة القرية، ذكره القاضي.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 306
فصل

(10/81)

(وإن حلف لا يأكل سويقاً، فشربه، أو لا يشربه، فأكله، فقال الخرقى: يحنث) هذا رواية لأن الحالف على ترك شيء يقصد به في العرف اجتناب ذلك الشيء بالكلية، فحملت اليمين عليه، ألا ترى إلى قوله تعالى: {ولا تأكلوا أموالهم} (النساء: 2) فإنه يتناول تحريم شربها، ولو قال طبيب لمريض: لا تأكل العسل كان ناهياً له عن شربه وبالعكس (وقال أحمد فيمن حلف لا يشرب نبيذاً، فثرد فيه وأكله: لا يحنث) هذه رواية ثانية نقلها مهنا، وقدمها في «المحرر» لأن الأفعال أنواع كالأعيان، وإن حلف على نوع من الأنواع لم يحنث بغيره، كذلك الأفعال (فيخرج في كل ما حلف لا يأكله فشربه، أو لا يشربه فأكله وجهان) مبنيان على الخلاف السابق (وقال القاضي: إن عين المحلوف عليه حنث، وإن لم يعينه، لم يحنث) هذا رواية، وجزم بها في «الوجيز» لأن تغير صفة المحلوف عليه لا ينفي الحنث، فكذلك تغير صفة الفعل، وإذا لم يعينه فلا حنث، لأنه لم تحصل المخالفة من جهة الاسم ولا من جهة التعيين، قال في «الشرح»: ليس للتعين أثر في الحنث وعدمه، فإن الحنث في المعين إنما كان لتناوله ما حلف عليه. وإجراء معنى الأكل والشرب على التناول العام فيهما، وهذا لا فرق فيه بين التعيين وعدمه، وعدم الحنث معلل بأنه لم يفعل الفعل الذي حلف على تركه، وإنما فعل غيره، وهذا في المعين كهو في المطلق لعدم الفارق بينهما.

فرع: إذا حلف لا يأكل ولا يشرب، أو لا يفعلهما فمص رماناً، أو قصب سكر، فروايتان أنصهما: لاحتث، ذكره في «الكافي»، وذكر ابن عقيل أن أحمد نص فيمن حلف لا يأكل فمص قصب السكر أو الرمان: حنث، وإن حلف لا يأكل سكرًا أو لا يشربه، فتركه في فيه حتى ذاب وابتلعه فعلى الخلاف.

(10/82)

{وإن حلف لا يطعمه، حنث بأكله شربه} ومصه لقوله تعالى: {ومن لم يطعمه} (البقرة: 249) ولأن ذلك كله طعم (وإن ذاق، ولم يبلعه، لم يحنث) في قولهم جميعاً، لأنه ليس بأكل ولا شرب بدليل أن الصائم لا يفطر به، فلو حلف لا يذوقه حنث بأكله أو شربه أو ذوقه، لأنه ذوق وزيادة، وفي «الرعاية»: حنث بأكل وشربه، ثم قال: قلت: فيمن لا ذوق له نظر.

{وإن حلف لا يأكل مائعاً، فأكله بالنخيز حنث} لقوله عليه السلام: «كلوا الزيت» ولأنه يسمى أكلاً، وبؤكل في العادة كذلك.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 312
فرع: إذا حلف لا يشرب من الكوز، فصب منه في إناء وشرب، لم يحنث وعكسه إن اغترف بإناء من النهر أو البئر، وقال ابن عقيل: يحتمل عدم حنثه بكرعه من النهر لعدم اعتباره كحلفه لا يلبس هذا الثوب فتعمم به.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 312
فصل

(10/83)

{وإن حلف لا يتزوج ولا يتطهر، ولا يتطيب، فاستدام ذلك، لم يحنث} في قولهم جميعاً لأنه لا يطلق اسم الفعل على مستديم هذه الثلاثة، فلا يقال: تزوجت شهراً ولا تطهرت شهراً، ولا تطيبت شهراً، وإنما يقال: منذ شهر، ولم ينزل الشارع استدامة التزويج والتطيب منزلة استدامته في تحريمه في الإحرام (وإن حلف لا يركب ولا يلبس) ولا يقوم ولا يقعد ولا يسافر (فاستدام ذلك، حنث) وهو قول أكثرهم لأن المستديم يطلق عليه ذلك، بدليل أنه يقال: ركب شهراً، ولبس شهراً، وقد اعتب الشارع هذا في الإحرام حيث حرم لبس المخيط، فأوجب الكفارة باستدامته كما أوجبها في ابتدائه، وقال أبو محمد الجوزي: في اللبس استدامه حنث أن قدر على نزع، وويلحق مال و حلف لا يلبس من غزلها، وعليه منه شيء نص عليه، أو لا يطأ فستدام ذلك، ذكره في «الانتصار» أو لا يضاجعها على فراش فضاجعته ودام، نص عليه، لأن المضاجعة تقع على الاستدامة، ولهذا يقال: اضطجع على الفراش ليلة، قال القاضي وابن شهاب: الخروج والنزع لا يسمى سكناً ولا لبساً، والنزع جماع لا شتماله على إلاج وإخراج، فهو شطره، وجزم في «منتهي الغاية» لا يحنث بالنزع في الحال وفاقاً، وكذا إذا حلف لا يمسك، ذكره في «الخلاف» أو لا يشاركه فدام، ذكره في «الروضة» (وإن حلف لا يدخل داراً هو داخلها، فأقام فيها، حنث عند القاضي) لم يذكر ابن هبيرة عن أحمد غيره، وجزم به في «الوجيز» وصححه في «الفروع» لأن استدامة المقام في ملك الغير كابتدائه

في التحريم (ولم يحنث عند أبي الخطاب) لأن الدخول لا يستعمل في الاستدامة، ولهذا يقال: دخلتها منذ شهر، ولا يقال: دخلتها شهراً، فجرى مجرى التزويج، ولأن الانفصال من خارج إلى داخل، ولا يوجد في الإقامة، قال أحمد: أخاف أن يكون قد حنث، قال السامري: فحملة أبو الخطاب على أنه قصد الامتناع من الكون في داخلها، وإلا فلا يحنث حتى يتدعى دخولها، وقبل: لا يحنث إلا أن ينوي فرقة أهلها أو عدم الكون

(10/84)

فيها، أو السبب يقتضيه، وإلا إذا دخل (وإن حلف لا يدخل على فلان بيتاً، فدخل فلان عليه، فأقام معه فعلى الوجهين) لأن الإقامة هنا كالإقامة في المسألة التي قبلها، والأصح الحنث أن لم تكن له نية (وإن حلف لا يسكن داراً) وهو ساكنها، أو لا يركب دابة هو راكبها، أو لا يلبس ثوباً هو لابسها (أو لا يساكن فلاناً، وهو مساكنه، فلم يخرج في الحال، حنث) لأن استدامة السكنى سكنى بدليل أنه يصح أن يقال: سكن الدار شهراً (إلا أن يقيم لنقل متاعه) وأهله، ذكره في «المغني» وغيره لأن الانتقال لا يكون إلا بالأهل والمال، ويكون نقله على ما جرت به العادة، لا ليلاً، وإن تردد إلى الدار لنقل المتاع أو عيادة مريض، لم يحنث، ذكره في «الكافي» ونصره في «الشرح» لأن ليست سكنى، ذكره الشيخ تقي الدين وفاقاً، ولو طالمت مدتها (أو يخشى على نفسه الخروج، فيقيم إلى أن يمكنه) لأنه أقام لدفع الضرر، وإزالته عند ذلك مطلوبة شرعاً، فلم يدخل تحت النهي (وإن خرج دون متاعه) المقصود (وأهله) مع إمكان نقلهم، وظاهر نقل ابن هانئ - وهو ظاهر «الواضح» وغيره - أو ترك له به شيئاً (حنث) وهو قول أكثرهم لأن السكنى تكون بالأهل والمال، ولهذا يقال: فلان ساكن في البلد الفلاني، وهو غائب عنه، وإن نزل يلدأ بأهله وماله، فيقال: سكنه، لكن إن خرج عازماً على السكنى بنفسه منفرداً عن أهله الذين في الدار، لم يحنث، زاد في «الشرح»: فيما بينه وبين الله تعالى، وقيل: إن خرج بأهله فسكن بموضع، وقبل: أو وجده بما يتأثت به فلا.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 314

فرع: إذا أقلم في الدار لأكراه، أو ليل - أو يحول بينه وبين الخروج أبواب مغلقة، أو لعدم ما ينقل عليه متاعه، أو منزل ينتقل إليه - أياماً وليالي في طلب النقلة، لم يحنث، وإن أقام غير تناو لها حنث، ذكره في «الكافي» و «الشرح».

(10/85)

(إلا أن يودع متاعه أو يعيره) أو يزول ملكه عنه (أو تأبى امرأته الخروج معه، ولا يمكنه إكراهها، فيخرج وحده، فلا يحنث) لأن زوال اليد والعجز لا يتصور معهما حنث (وإن حلف لا يساكن فلاناً، فبينا بينهما حائطاً، هما متساكنان، حنث) هذا هو المذهب إذا كانا في دار حالة اليمين، وتشاغلا ببناء الحائط لأنهما متساكنان قبل انفراد أحد الدارين من الأخرى، لا نعلم فيه خلافاً. قاله في «الشرح» وذكر السامري، والمجد قولاً بأنه لا يحنث، فإن خرج أحدهما منها، وقسماه حجرتين، وفتحا لكا واحدة منهما باباً، وبينهما حاجز، وسكن كل واحد حجرة، لم يحنث،

لأنهما غير متساكنين، وقال مرة: لا يعجبني ذلك، ويحتمله قياس المذهب لكونه عين الدار، والأول أصح لأنه لم يساكنه بها (وإن كان في الدار حجرتان كل حجرة تختص بابها ومرافقها، فسكن كل واحد حجرة) ولا نية ولا سبب، قاله في «الرعاية» و «الفروع» (لم يحنث) لأن كل واحد ساكن في حجرته، فلا يكون مساكناً لغيره، وكذا إن سكتنا في دارين متجاورتين، قال في «الفنون» فيمن قال: أنت طالق ثلاثاً إن دخلت علي البيت، ولا كنت لي زوجة إن لم تكتبي لي نصف مالك، فكتبت له بعد ستة عشر يوماً: تقع الثلاث، لأنه يقع باستدامة المقام، فكذا استدامة الزوجية.

(10/86)

(وإن حلف ليخرجن من هذه البلدة، فخرج وحده دون أهله، بر) لأن حقيقة الخروج لم يعارضها معارض، فوجي حصول البر لحصول الحقيقة، وكذا إن حلف ليخرجن من الدار، وع ياوي أو ينزل فيها، نص عليهما، أو لا يسكن البلد، أو ليرحلن منه فكحلفه لا يسكن الدار، قاله في «الفروع» (وإن حلف ليخرجن من الدار فخرج دون أهله، لم يبر) لأن الدار يخرج منها صاحبها كل يوم عادة، وظاهر حاله إرادة خروج غير المعتاد، بخلاف البلد، وإن حلف لا يسكنها وهو خارج عنها فدخلها، أو كان فيها غير ساكن فدام جلوسه، فوجهان، وقيل: إن قصد الامتناع من الكون فيها حنث، وإلا فلا، وقال القاضي: ولو بات ليلتين فلا حنث. وفي «الشرح»: إذا حلف على الرحيل من بلد، لم يبر إلا برحيل أهله (وإن حلف ليخرجن من هذه البلدة، أو ليرحلن عن هذه الدار ففعل، فهل له العود إليها؟ على روايتين) إحداهما: لا شيء عليه في العود، قدمه في «الرعاية» ورجحه في «الكافي» و «الشرح» وصححه في «الفروع» لأن يمينه على الخروج، وقد خرج، فانحلت يمينه، وإذا كان كذلك صار بمنزلة من لم يحلف، ولقوله: أن خرجت فلك درهم، استحق بخروج أول، ذكره القاضي وغيره. والثانية: يحنث بالعود، لأن ظاهر حاله قصد هجران ما حلف على الرحيل منه، والعود ينافي مقصود يمينه، فأما أن كان له نية، أو سبب، أو قرينة، عمل بها.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 314
فصل

(10/87)

(إذا حلف لا يدخل داراً، فحمل فأدخلها) ولم يمكنه الامتناع، لم يحنث، نص عليه، ولا نعلم فيه خلافاً، فإن حمل بغير أمره (ويمكنه الامتناع، فلم يمتنع) حنث في المنصوص، واختاره القاضي كما لو حمل بأمره، وقال أبو الخطاب: فيه وجهان أحدهما: يلي لما تقدم. والثاني: لا يحنث كما لو يمكنه الامتناع. وعلى الأول: كيفما دخل باختياره، حنث مطلقاً، ولو من غير بابها، ويستثنى منه ما لو أكره بضرب ونحوه، فالأصح أنه لا يحنث للخبر والمعنى (أو حلف لا يستخدم رجلاً، فخدمه وهو ساكت، فقال القاضي: يحنث) لأنه قصد اجتناب خدمته، ولم يحصل (ويحتمل أن لا يحنث) وهو وجه لأنه استخدمه، والسكوت لا يدل على

الرضي، ولهذا يملك الذي شق ثوبه مطالبة الذي شقه، وقيل: أن كان عبده حنث لأن عبده يخدمه عادة، فمعنى يمينه: لأمنعك خدمتي، فإذا لم يبنه ولم يمنعه، فإنه يحنث بخلاف عبد غيره. وقال أبو الخطاب: يحنث فيهما، واقتصر عليه ابن هبيرة (وإن حلف ليشربن الماء، أو ليضربن غلامه غداً، فتلف المحلوف عليه قبل الغد، حنث عند الخرقى) نصره في «الشرح» وجزم به في «الوجيز» وصححه ابن المنجا، وقدمه في «الفروع» كما لو حلف ليحجن العام، فلم يقدر على الحج لمرض، أو ذهاب نفقة، لأن الامتناع لمعنى في المحل، أشبه ما لو ترك ضرب العبد لصغر به، أو ترك الحالف الحج لصعوبة الطريق. ويحنث عقيب تلفهما، نص عليه. وقدمه في «لمحرر» و «الرعاية» وجزم به في «الوجيز». وقيل: في آخر الغد (ويحتمل أن لا يحنث) وقاله الأكثر لأنه تعذر فعل المحلوف عليه لا من جهته، أشبه المكره أما لو تلف المحلوف عليه بفعله واختياره، فإنه يحنث وجهاً واحداً، قال في «الشرح»: فإن تلف العبد في غد قبل التمكن من ضربه، فكما لو مات في يومه، وإن مات في غد قبل التمكن من ضربه حنث، وجهاً واحداً، وإن ضربه اليوم لم يبر، نصره في «الشرح» وقدمه في «الرعاية» كما لو حلف ليصومن يوم الجمعة، فصام يوم الخميس، وقال القاضي: يبر، وقال

(10/88)

ابن حمدان: إن أراد أنه لا يتجاوزوه، وإلا حنث، وإن جن العبد فضربه بر، وإلا فلا (وإن مات الحالف) أي: قبل الغد، أو جن فلم يفق إلا بعد خروج الغد (لم يحنث) لأن الحنث إنما يحصل بفوات المحلوف عليه في وقته، وهو الغد، والحالف قد خرج أن يكون من أهل التكليف قبل ذلك، فلا يمكن حنثه بخلاف موت المحلوف عليه. والأصح أنه إذا مات فيه، فإنه يحنث في آخر حياته، فإن مات الحالف في غد بعد التمكن من ضربه، فلم يضره حنث وجهاً واحداً. وكذا إن هرب العبد أو مرض، أو الحالف فلم يقدر على ضربه (وإن حلف ليقتضيه حقه، فأبراه) منه قبل مجيئه (فهل يحنث؟ على وجهين) هما مبنيان على ما إذا حلف على فعل شيء فتلف قبل فعله، أحدهما: الحنث لأن الحلف على القضاء، والإبراء ليس بقضاء، بدليل أنه يصح أن يقال: ما قضائي حقي وإنما أبرأته منه، والثاني - وهو الأصح - عدمه، لأن الغرض من القضاء حصول البراءة منه، فلا يحنث. وفي «الترغيب» أصلهما إذا منع من الأبقاء في غد كرهاً لا يحنث على الأصح. وأطلق في «التبصرة» فيهما الخلاف (وإن مات المستحق، فقضى ورثته، لم يحنث) قاله أبو الخطاب، وقدمه السامري، والمجد، وجزم به في «الوجيز» لأن قضاء ورثته يقوم مقام قضائه في إبراء ذمته، فكذلك في يمينه (وقال القاضي: يحنث) كما لو حلف ليضربن عبده غداً، فمات العبد اليوم، والأول هو المنصور، لأن موت العبد يخالف ذلك لأن ضرب غيره لا يقوم مقام ضربه (وإن باعه بحقه عرضاً، لم يحنث عند ابن حامد) قدمه السامري، والمجد، وجزم به في «الوجيز» وصححه في «الفروع» لأنه قضاه حقه (وحنث عند القاضي) لأنه لم يقض الحق الذي عليه بعسنه، فإن كانت يمينه: لا فارقتك، وفي قِيلِكَ حق، لم يحنث وجهاً واحداً، وإن منع منه فالروايتان، وهما في المذهب إن كرهه (وإن حلف ليقتضيه حقه عند رأس الهلال) أو مع رأسه، أو إلى

رأسه، أو إلى استهلاله، أو عند رأس الشهر (فقضاه عند غروب الشمس في أول الشهر، بر) على المذهب

(10/89)

لأن ذلك هو الوقت المحلوف عليه، لأن غروب الشمس هو آخره، ولو تأخر فراغ كيله لكثرت، ذكره في «المغني» وذكر السامري وقدمه في «الرعاية»: قلت: فيخرج ضده أن عذر، ويحنت إذا تأخر بعد الغروب مع إمكانه، وفي «الترغيب»: لاتعتبر المقارنة، فتكفي حالة الغروب (وإن حلف لا فارقه حتى أيتوفي حقي، فهرب منه حنث) نص عليه. وذكره ابن الجوزي ظاهر المذهب لأن معنى اليمين لا حصل منا فرقة، وقد حصل، وكإذنه، ولقوله: لا افترقنا (وقال الخرقى: لا يحنت) هذا رواية، قدمها في «الكافي» و «الترغيب» ونصرها في «الشرح» وصحها ابن حمدان لأن اليمين على فعل نفسه، ولم توجد المفارقة إلا من غيره، واختار في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» أنه إن أمكنه متابعتة وإمساكه حنث وإلا فلا، فإن أذن له الحالف في الفرقة ففارقه فالمذهب أنه يحنت (وإن فلسه الحاكم، وحكم عليه بفراقه، خرج على الروايتين) في الإكراه إذا فلسه الحاكم وصدده عنه، والمذهب: الحنث، وكذا إن لم يحكم بفراقه ففارقه لعلمه بوجود مفارقتة، نص عليه، وإن لم يصدده الحاكم بعد فلسه حنث، وقيل: إن قضاء حقه من غير جنسه، وهو ناو الوفاء، ففارقه فلا، وقال القاضي: إن كان لفظه: لا فارقتك ولي قبلك حق، لم يحنت، وإن قال: حتى أستوفي حقي منك حنث، وكذا إن أحاله به، فقيل وانصرف، وإن ظن أنه بر فوجهان. وأن فارقه عن كفيل أو رهن، أو أبراه منه حنث، وإن وجدها مستحقها وأخذها، خرج على الروايتين في الناسي.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 320

فرع: إذا حلف المطلوب ألا يعطية شيئاً، فوفاه عنه غيره بلا إذنه، فلا حنث. وإن حلف لا فارقتك حتى آخذ حقي، ففر الغريم حنث الحالف. وإن أكره على إطلاقه فوجهان. وإن فر الحالف فلا على الأشهر.

(10/90)

(وإن حلف لا افترقنا فهرب منه، حنث) لأن يمينه تقتضي ألا تحصل بينهما فرقة بوجه من جهة اللفظ والمعنى، وقد حصلت، وإن حلف لا أخذت حقي مني، فأكره على دفعة حنث، وإن وضعه الحالف بين يديه أو في حجره، فلم يأخذه، لم يحنت لأنه لا يضمن بمثل هذا مال ولا صيد، ويحنت لو كانت يمينه لا أعطيك لأنه يعد عطاء إذ هو تمكين وتسليم بحق، فهو كتسليم ثمن ومثمن وأجرة وزكاة. وإن أخذه حاكم فدفعه إلى الغريم وأخذه حنث، نص عليه، كقوله: لاتأخذ، حقي علي، وعند القاضي: لا، كقوله: ولا أعطيك (وقدر الفراق ما عده الناس فراقاً كفرقه البيع) لأن الشرع رتب على ذلك أحكاماً، ولم يبين مقداره، فوجب الرجوع فيه إلى العادة كالقبض والحز.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 320

باب النذر

يقال: نذرت أنذر - بكسر الذال وضمها - نذراً، فأنا ناذر، أي: أوجب على نفسه شيئاً تبرعاً، والأصل فيه بعد الإجماع قوله تعالى: {يوفون بالنذر} (الإنسان: 7) {وليوفوا نذورهم} (الحج: 29) وقوله عليه السلام «من نذر أن يطيع الله، فليطعه، ومن نذر أن يعصي الله، فلا يعصه» رواه البخاري من حديث عائشة، ويتعين الوفاء به. ولا يستحب لنهيه - عليه السلام - عنه، وقال: «إنه لا يأتي بخير، وإنما يستخرج به من الخيل» متفق عليه. وهذا نهى كراهة لأنه لو كان حراماً لما مدح الموفيين به، لأن ذمهم من ارتكاب المحرم أشد من طاعتهم في وفائه. ولو كان مستحباً لفعله النبي وأصحابه، وقال ابن حامد: لا يرد قضاء، ولا يملك به شيئاً محدثاً، وتوقف الشيخ تقي الدين في تحريمه. وحرمة طائفة من أهل الحديث، وقال ابن حامد: المذهب مباح (وهو أن يلزم نفسه الله تعالى شيئاً) يحترز به عن الواجب بالشرع، فيقول: لله علي كذا، وقال ابن عقيل: إلا مع دلالة حال، وفي «المذهب»: بشرط إضافته فيقول: لله علي (ولا يصح إلا من مكلف) فلا ينعقد من غير مكلف كالإقرار وكالطفل (مسلماً كان أو كافراً) ذكر في «المستوعب» وغيره أنهما سواء، وبشرطه أن يكون مختاراً، أما الأول فظاهر. وأما الثاني فيصح منه، ولو بعبادة نص عليه، لحديث عمر: إني كنت نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة فقال النبي «أوف بنذرك» وهو قول المغيرة والمخزومي والبخاري وابن جرير. وقال الأكثر: لا يصح نذره وحملوا خبر عمر على الندب، وقيل: يصح منه غير عبادة لأن نذره لها كالعبادة لا اليمين (ولا يصح إلا بالقول) لأنه التزام، فلم ينعقد بغيره كالنكاح والطلاق (وإن نواه من غير قول، لم يصح) كاليمين (ولا يصح في محال ولا واجب، فلو قال: لله علي صوم أمس، أو صوم رمضان، لم ينعقد) وفيه مسألتان: الأولى: أنه لا ينعقد نذر المستحيل كصوم أمس، قدمه في «الكافي» وجزم به في «الوجيز» وغيره لأنه لا يتصور انعقاده والوفاء به، أشبه اليمين على

المستحيل، وقيل: تجب الكفارة، قال المؤلف: والصحيح في المذهب أن النذر كاليمين، وموجبه موجبها إلا في لزوم الوفاء به إذا كان قرينة وأمكنه فعله، بدليل قوله عليه السلام لأخت عقبة لما نذرت المشي، ولم تطلقه فقال: «لتكفر عن يمينها ولتركب». وفي رواية: «ولتصم ثلاثة أيام» قال أحمد: أذهب إليه، وعن عقبة بن عامر مرفوعاً: «كفارة اليمين» رواه مسلم. ولأنه قد ثبت أن حكمه حكم اليمين في أحد أقسامه، وهو نذر اللجاج، فكذلك في سائره سوى ما استثناه الشرع.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 324

الثانية: أنه لا ينعقد نذر الواجب كصوم رمضان، قاله أكثر أصحابنا لأن النذر

التزام، ولا يبصح التزام ما هو لازم، والمذهب أنه ينعقد موجباً لكفارة يمين أن تركه، كما لو حلف لا يفعله ففعله، فإن النذر كاليمين. فرع: من نذر فعل واجب أو حرام أو مكروه أو مباح، انعقد نذره موجباً للكفارة إن لم يفعل مع بقاء الوجوب والتحريم والكره والإباحة بحالهن، كما لو حلف على فعل ذلك، وعنه: إنه لاغ، ولا كفارة فيه. (والنذر المنعقد على خمسة أقسام: أحدها: النذر المطلق، وهو أن يقول: لله (علي نذر) ولا نية له، وفعله (فتجب به كفارة يمين) وفاقاً للأكثر لما روى عقبه بن عامر مرفوعاً: «كفارة النذر إذا لم يسم كفارة يمين» رواه ابن ماجه، والترمذي وقال: حسن صحيح غريب. وروى أبو داود وابن ماجه معناه من حديث ابن عباس، وقاله ابن مسعود وجابر وعائشة، ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم.

(10/93)

(الثاني: نذر اللجاج والغضب، وهو ما) علقه بشرط (يقصد به المنع من شيء، أو الحمل عليه كقوله: إن كلمتك فله علي الحج، أو صوم سنة، أو عتق عبدي، أو الصدقة بمالي، فهذا) إن وجد شرطه فهو (يمين يتخير بين فعله والتكفير) في ظاهر المذهب لما روى عمران بن حصين قال: سمعت النبي يقول: «لا نذر في غضب، وكفارته كفارة يمين» رواه سعيد، ولأها يمين، فيتخير فيها بين الأمرين كاليمين بالله تعالى لأن هذا جمع للصفتين، فيخرج عن العهدة بكل واحد منهما. وعنه: يتعين كفارة يمين للخبر. وفي «الواضح» يلزمه الوفاء بما قال، نقل صالح إذا فعل المحلوف عليه فلا كفارة بلا خلاف، ولا يضر قوله على مذهب من يلزم بذلك، أو لا أقلد من يرى الكفارة، ذكره الشيخ تقي الدين لأن الشرع لا يتغير بتوكيل، قال في «الفروع»: ويتوجه كأنك طالق بته، قال شيخنا: وإن قصد لزوم الجزاء عند الشرط، لزمه مطلقاً عند أحمد، نقل الجماعة فيمن حلف بحجة إن أراد يميناً، كفر يمينه، وإن أراد نذراً فعلى حديث عقبه.

فرع: إذا قال: إن فعلت كذا فعبدني حر ففعله عتق، لأن العتق يصح تعليقه بشرط أشبه الطلاق. وإن قال: إن بعثك ثوبي فهو صدقة، فقال: فإن اشتريته فهو صدقة، فاشتراه منه، لزم كل واحد كفارة يمين، ذكره السامري وابن حمدان.

(10/94)

(الثالث: نذر المباح كقوله: لله علي أن ألبس ثوبي، أو أركب دابتي، فهذا) كاليمين يتخير بين فعله وبين كفارة اليمين) لما سبق، وعنه: لا كفارة فيه، واختاره الأكثر لقوله عليه السلام: «لا نذر إلا فيما ابتغي به وجه الله» ولما روى ابن عباس قال: بينا النبي يخطب إذا هو برجل قائم، فسأل عنه فقالوا: أبو إسرائيل نذر أن يقوم في الشمس ولا يستظل ولا يتكلم، وأن يصوم، فقال النبي «مروه فليتكلم، وليستظل، وليقعد، وليتم صومه» رواه البخاري. فلم يأمره بكفارة. فإن وفى به أجزاءه، لأن امرأة أتت النبي (فقالت: أني نذرت أن

أضرب على رأسك بالدف، فقال: «فأوف بنذرك» رواه أبو داود، ورواه بمعناه أحمد والترمذي، وصححه من حديث بريدة، ولأنه لو حلف على فعل مباح بر فعله، فكذا إذا نذره لأن النذر كاليمين.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 324
(وإن نذر مكروهاً كالطلاق، استحَب أن يكفر) ليخرج عن عهده نذره (ولا يفعله) لأن ترك المكروه أولى، فإن فعله فلا كفارة عليه. قال في «الشرح»:
والخلاف فيه كالذي قبله.

(10/95)

(والرابع: نذر المعصية كشرَب الخمر، وصوم يوم الحيض) وفيه وجه كصوم يوم عيد، جزم به في «الترغيب» (ويوم النحر، فلا يجوز الوفاء به) لقوله عليه السلام: «من نذر أن يعصي الله، فلا يعصه» (ويكفر) في الثلاثة، وقال ابن مسعود وابن عباس وعمران وسمرة لقوله عليه السلام «لا نذر في معصية، وكفارته كفارة يمين» رواه الخمسة من حديث عائشة، ورواته ثقات، احتج به أحمد وإسحاق، وضعفه جماعة ولأن النذر حكمه حكم اليمين، وعنه: لا كفارة فيه، وهي قول أكثرهم لقوله عليه السلام: «لا نذر فيما لا يملك العبد» رواه مسلم من حديث عمران. فهذا مما لا يملك، وإن كفر فهو أعجب إلى أبي عبد الله. ونقل الشالنجي: إذا نذر نذراً يجمع في يمينه البر والمعصية، ينفذ في البر، ويكفر في المعصية، وإذا نذر نذوراً كثيرة لا يطيقها، أو ما لا يملك، فلا نذر في معصية، وكفارته كفارة يمين، ومثله نذر سراج بئر وشجرة مجاورة عنده، قال: من يعظم شجرة أو جبلاً أو مغارة أو مقبرة إذا نذر له أو لسكانه أو للمضافين إلى ذلك المكان، لم يجر، ولا يجوز الوفاء به إجماعاً، قاله الشيخ تقي الدين (إلا أن يندر نحر ولده، ففيه روايتان إحداهما أنه كذلك) ذكر في «الشرح» أنه قياس المذهب، وقدمه في «المحرر» و «الرعاية» وهو قول ابن عباس لما سبق من قوله: لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين. ولأنه نذر معصية، أشبه نذر ذبح أخيه، وقال ابن عقيل: ولأن ما يوجب كفارة يمين في حق الأجنبي، أوجب كفارة يمين إذا علقه على ولده كالقسم، وأبوه وكل معصوم كالولد، ذكره القاضي وغيره، واختاره في «الانتصار» ما لم نفس، وفي «عيون المسائل»: وعلى قياسه العم والأخ في ظاهر المذهب، لأن بينهم ولاية (والثانية: يلزمه ذبح كبش) جزم به في «الوجيز» وقدمه في «الفروع» وقال ابن هبيرة: هي أظهر، ورواه سعيد عن ابن عباس لأن الله تعالى جعل الكبش عوضاً عن ذبح إسماعيل بعد أن أمر إبراهيم بذبحه، وقد أمر النبي باتباع إبراهيم بقوله

(10/96)

تعالى: {وأوحينا إليك أن أبتع ملة إبراهيم حنيفاً} (النحل: 23) ونذر الآدمي كذلك لأنه يقتضي الإلزام، كالأمر قبل إمكانه، ويفرقه على المساكين، وقيل: كهدي، ونقل حنبل: يلزمه. وعنه: إن قال: إن فعلته فعلي كذا، أو نجزه وقصد اليمين فيمين، وإلا فنذر معصية، قال الشيخ تقي الدين: وهو مبني على الفرق

بين النذر واليمن، ولو نذر طاعة حالفاً بها أجزاءه كفارة يمين بلا خلاف عن أحمد، فكيف لا يجزئه إذا نذر معصية حالفاً بها، فعلى رواية حنبل: يلزمان الناذر، والحالف تجزئه كفارة.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 324
فرع: إذا كان بنوه ثلاثة، ولم يعين أحدهم، ولزمه ثلاثة كباش أو ثلاث كفارات، ذكره في «الرعاية»: قال في «الشرح»: لأن لفظ الواحد إذا أضيف اقتضى العموم (ويحتمل ألا ينعقد نذر المباح ولا المعصية) لحديث أبي إسرائيل وعن عقبه بن عامر قال: نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله، فاستفتيت لها رسول الله فقال: «لتمش ولتركب» متفق عليه، ولُفظه للبخاري. وذكر الآدمي: نذر شرب الخمر لغو لا كفارة فيه، وقدم ابن رزين: نذر المعصية لغو، قال: ونذره لشيخ معين جي للاستعانة وقضاء الحاجة كحلفة بغيره (ولا تجب به الكفارة) لما تقدم، والأول أولى لأن قوله عليه السلام «لا نذر إلا فيما ابتغي به وجه الله»، أي: لا نذر يجب الوفاء به، ولا خلاف فيه، وإنما هو في انعقاده موجبا للكفارة، ثم أكد الاحتمال بقوله: (ولهذا قال أصحابنا: لو نذر الصلاة أو الاعتكاف في مكان معين) غير المساجد الثلاثة (فله فعله في غيره، ولا كفارة عليه) فجعلوا ذلك منه، وفيه نظر.

(10/97)

فائدة: قال في «الفنون»: يكره إشعال القبور وتبخيرها، وقال الشيخ تقي الدين فيمن نذر قنديل نقد للنبي: يصرف لجيرانه عليه السلام قيمته وأنه أفضل من الختمة، قال في «الفروع»: ويتوجه كمن وقفه على مسجد لا يصح فكفارة يمين على المذهب، وقيل: يصح فيكسر، وهو لمصلحته (ولو نذر الصدقة بكل ماله، فله الصدقة بثلثة، ولا كفارة عليه) اقتصر عليه في «الكافي» و «الشرح» وجزم به في «الوجيز» لقول كعب لرسول الله: إن من توبتي أن أتخلك من مالي صدقة لله ولرسوله، فقال النبي لله: «أمسك عليك بعض مالك فهو خير لك/» متفق عليه، وفي قصة توبة أبي لبابة: وأن أتخلك من مالي صدقة لله ورسوله، فقال النبي: «يجزىء عنك الثلث» رواه أحمد، ولأن الصدقة بالجميع مكروه، قال في «الروضة»: ليس لنا في نذر الطاعة ما يجزىء بعضه إلا تلزمه الصدقة بجميعة، ذكرها ابن أبي موسى، لقوله عليه السلام: «من نذر أن يطيع الله فليطعه» وإذا لم تكن له نية، هل يتناول جميع ما يملكه أو الصامت خاصة؟ فيه روايتان.

(10/98)

فرع: إذا نذر الصدقة بماله أو ببعضه، وعليه دين أكثر مما يملكه، أجزاءه الثلث، فإن هذا المال وأنشأ غيره فقضى دينه، فيجب إخراج ثلثه يوم حنثه، وفي «الهدى»: يوم نذره، وهو صحيح، وفيه: أنه يخرج قدر الثلث يوم نذره، ولا يسقط منه قدر دينه (وإن نذر الصدقة بألف، لزمه جميعها) قدمه السامري وصححه في «الشرح» لأنه منذور، وهو قرية، أشبه سائر المنذورات (وعنه):

يجزئه ثلثه) قدمه في «الرعاية» لأنه مال نذر للصدقة، فأجزأه ثلثه لجميع المال. قال في «الشرح»: وإنما خولف هذا في جميع المال للأثر فيه، ولما في الصدقة بالمال كله من الضرر اللاحق به، اللهم إلا أن يكون المنذور ها هنا يستغرق جميع المال، فيكون كندر ذلك، وعنه: إن زاد على ثلث الكل أجزاء قدر الثلث صححه في «المحرر» وفيما عدا ذلك يلزم المسمى رواية واحدة، ونقل ابن منصور: إن قال: إن ملكت عشرة دراهم، فهي صدقة، إن كان على جهة اليمين أجزاء كفارة يمين، وإن أراد النذر أجزاء الثلث.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 324

فرع: إذا حلف، أو نذر: لا رددت سائلاً فقياس قولنا إنه كمن حلف، أو نذر الصدقة بماله، فإن لم يتحصل له إلا ما يحتاجه، فكفارة يمين، وإلا تصدق بثلثه الزائد، وحية بر ليست سؤال السائل، والمقاصد معتبرة، ويحتمل خروجه من نذره بحية بر لتعليق حكم الربا عليها، ذكره في «الفنون».

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 324

فصل

(10/99)

(الخامس نذر التبرر) وهو التقرب، يقال: تبرر تبرراً، أي: تقرب تقريباً (كنذر الصيام والصلاة والصدقة والاعتكاف والحج والعمرة، ونحوها من التقرب على وجه القرية) كعيادة مريض ونحوه (سواء نذره مطلقاً، أو علقه بشرط يرجوه) لشموله لهما (فقال: إن شفى الله مريضى، أو سلم مالي، فله علي كذا، فمتى وجد شرطه انعقد نذره، ولزمه فعله) أقول: نذر التبرر، وهو نذر المستحب يتنوع أنواعاً: منها ما إذا كان في مقابلة نعمة استجلبها، أو نعمة استدفعها، وتكون الطاعة الملتزمة مما له أصل في الشرع، فلهذا يلزم الوفاء به إجماعاً، وكذا إن لم يكن كذلك كطلوع الشمس وقدم الحاج، قاله في «المستوعب»، أو فعلت كذا لدلالة الحال، ذكره ابن عقيل، ونص أحمد في: إن قدم فلان تصدقت بكذا وكذا، قال الشيخ تقي الدين فيمن قال: أن قدم فلان أصوم كذا: هذا نذر يجب الوفاء به مع القدرة، ولا أعلم فيه نزاعاً، وقول القائل: لأن ابتلاني الله لأصبرن، وإن لقيت عدو الله لأجاهدن نذر معلق بشرط، كقول الآخر: {لإن آتانا من فضله} الآية (التوبة: 75) ومنها: التزام طاعة من غير شرط، كقوله ابتداء: لله علي صوم كذا، فيلزم الوفاء به في قول أكثرهم، وقال بعض العلماء: لا يلزم الوفاء به، لقول أبي عمرو غلام ثعلب: النذر عند العرب وعد بشرط، لأن ما التزمه الآدمي بعوض يلزمه كالبيع، وما التزمه بغير عوض، فلا يلزمه بمجرد العقد كالهبة. ومنها: نذر طاعة لا أصل لها في الوجوب كالاعتكاف، وعيادة المريض، فيلزم الوفاء به في قول العامة، لقوله: من نذر أن يطيع الله فليطعه ولأنه تعالى ذم الذين يندرون ولا يوفون، ولأنه التزام على وجه القرية، فلزمه لموضع الإجماع، وكالعمرة، فإنهم سلموها، وهي غير واجبة عندهم، وما حكوه عن أبي عمرو لا يصح، فإن العرب تسمى الملتزم نذراً، وإن لم يكن بشرط، والجعالة وعد بشرط، وليست بنذر.

رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 322

(10/100)

مسائل: إذا نذر الحج العام، وعليه حجة الإسلام، فعنه: يجزئه الحج عنهما، وعنه: تلزمه حجة أخرى، أصلهما: إذا نذر صوم يوم فوافق يوماً من رمضان، وإذا نذر صياماً، ولم ينو عدداً أجزاءه صوم يوم، بلا خلاف، وبنوبة ليلاً، اقتصر عليه في «المحرر» وصححه في «الرعاية». وإذا نذر صلاة مطلقة لزمه ركعتان على المذهب، لأن الركعة لا تجزئ في فرض: وعنه: تجزئه ركعة بناءً وعلى التفل بها، فدل أن في لزومها قائماً الخلاف. وإن نذرهما قائماً لم تجز جالساً، ولو عكس جاز، فإن صلى جالساً لعجز كفى، ذكره ابن عقيل، هي بموضع غصب مع الصحة، وله الصلاة قائماً من نذر جالساً، ويتوجه وجه كشرط تفريق صوم، وفي «النواير»: لو نذر أربعاً بتسليمتين، أو أطلق، لم يجب، ويتوجه عكسه إن عين، لأنه أفضل، والمنصوص لو حلف يقصد التقرب. بأن قال: والله إن سلم مالي لأنصدقن بكذا، فوجد شرطه لزمه فعله، ويجوز فعله قبله، ذكره في «التبصرة» و«الفنون» لوجود أحد سببيه، ومنعه أبو الخطاب، لأن تعليقه منع كونه سبباً (وإن نذر صوم سنة) معينة (لم يدخل في نذره صوم رمضان ويوم العيدين) لأنه لا يقبل الصوم عن النذر، فلم يدخل في نذره كالليل (وفي أيام التشريق روايتان) وهما مبنيان على أن صومها عن الفرض هل هو جائز أو لا؟ (وعنه: ما يدل على أنه يقضي يومي العيدين وأيام التشريق) فيتناولها نذره، وهذا على القول بتحريم صومها عن الفرض، ويكفر في الأصح لقوله عليه السلام: «لا نذر في معصية، وكفارته كفارة يمين» وعنه: يتناول أيام النهي دون أيام رمضان، فإن وجب ففي الكفارة وجهان، وما أفطره بلا عذر قضاء مع كفارة يمين، وقيل: يستأنف، قال ابن حمدان: وفي الكفارة وجهان، فإن قال: سنة وإطلاق، فيصوم اثني عشر شهراً، بسوى رمضان وأيام النهي ويقضيهما، قال ابن حمدان: وكفر كفارة يمين في الأقيس، وإن شرط التتابع في رواية، وعين أولهما ففي القضاء وجهان، ومع جواز التفرق تكمل أيامها، وقيل: بلى

(10/101)

عدة شهور، قال في «الترغيب»: يصوم مع التفريق ثلاثمائة وستين يوماً، وقال ابن عقيل: إن صامها متتابعة، فهي على ما هي عليه من نقصان أو تمام، وإن قال: سنة من الآن فكمعينة. وقيل: كمطلقة في لزوم اثني عشر شهراً للنذر (وإذا نذر صوم يوم الخميس، فوافق يوم عيد، أو حيض أفطر) لأن الشرع حرم صومه (وقضى) لأنه فاته ما نذر صومه (وكفر) وجزم به في «الوجيز» لعدم الوفاء بنذره، وكما لو فاته لمرض، وفي «الرعاية»: إن من ابتداء بصوم كل إثنين وخميس لزمه، فإن صادف مرضاً أو حيضاً غير معتاد قضى. وقيل: وكفر كما لو صادف عيداً، وعنه: تكفي الكفارة عنهما، وقيل: إلا قضاء ولا كفارة مع حيض وعيد (وعنه: يكفر من غير قضاء) كما لو نذرت المرأة صوم يوم حيضها (ونقل عنه ما يدل على أنه إن صام يوم العيد صح صومه) لأنه وفي بنذره (وإن وافق أيام التشريق، فهل يصح صومه؟ علي روايتين) وكل مبني على جواز صومها عن الفرض لأن النذر إذا صادف زمناً قابلاً للصرم وجب الوفاء به، وإلا كان حكمه حكم يوم العيد، وفي «المغني» رواية رابعة أنه

يقضي ولا كفارة عليه (وإن نذر صوم يوم يقدم فلان) صح نذره، وقال بعض العلماء: لا، لأنه لا يمكن صومه بعد وجود شرطه، كما لو قال: لله علي أن أصوم اليوم الذي قبل اليوم الذي يقدم فيه، وجوابه: أنه زمن يصح فيه صوم التطوع، فانعقد نذره لصومه كما لو أصبح صائماً تطوعاً، وقال: لله علي أن أصوم يومي، ولا نسلم ما قاسوا عليه، فإن علم قدومه من الليل، فنوى صومه وكان صوماً يجوز فيه صوم النذر، أجزاءه (فقدم ليلاً، فلا شيء عليه) عند الجميع لأنه لم يتحقق شرطه، فلم يجب نذره، ولا يلزمه أن يصوم صبيحته، وفي لا يلزمه، وقاله الأكثر كقدومه ليلاً، وجزم به في «الوجيز» (فعنه: ما يدل على أنه لا ينعقد نذره) لأنه لا يمكنه صومه بعد وجود شرطه (ولا يلزمه إلا إتمام صيام ذلك اليوم إن لم يمكن أفطر) كما لو قال: لله علي أن أصوم بقية يومي، ليس ذلك

(10/102)

مرتباً على عدم انعقاد لأنه لا وجه له (وعنه: إنه يقضي ويكفر، سواء قدم وهو مفطر) لأنه أفطر ما نذر صومه، أشبهه ما لو نذر صوم يوم الخميس، فلم يصمه (أو صائم) لأنه لم ينو الصوم من الليل، وإن قدم ولم يفطر، فنوى أجزاءه بناء على أن موجب النذر الصوم من قدومه، وعلى القضاء يكفر، اختاره الأكثر، وعنه: لا كالأخرى، وإن من نذر صوم يوم أكل فيه، قضى في وجه، وفي «الانتصار» ويكفر (وإن وافق قدومه يوماً من رمضان، فقال الخرقى: يجزئه صيامه لرمضان ونذره) لأنه نذر صومه، وقد وفى به، وكونه يجزئه صيام ذلك اليوم إشعار بأن النذر صحيح منعقد، صرح به في «المعني» وصححه في «الفروع»، وقال القاضي: ظاهر كلام الخرقى إن النذر غير منعقد، لأن نذره وافق زمناً يستحق صيامه كما لو نذر صيام رمضان، والأول أصح، لأنه نذر طاعة يمكن الوفاء به غالباً (وقال غيره: عليه القضاء) لأنه لم يصمه عن نذره (وفي الكفارة روايتان) كذا في «المحرر» و «الفروع» إحداهما: تجب الكفارة، وهي أشهر، لتأخر النذر عن زمنه. والثانية: لا، لأنه أخره لعذر أشبهه ما لو أخر صوم رمضان لعذر، وعنه: لا شيء عليه، جزم به في «الوجيز» لما يأتي، فعلى الأول يكفر إن لم يصمه، وعنه: يكفيه لرمضان ونذره، وفي نية نذره وجهان، وفي «الفصول»: لا يلزمه صوم آخر، لأن صومه أغنى عنهما، بل لتعذره فيه، نص عليه، وذكر أيضاً: إذا نوى صومه عنهما، فقيل: لغو، وقيل: يجزئه عن رمضان (وإن وافق يوم نذره، وهو مجنون، فلا قضاء عليه، ولا كفارة) لأنه خرج عن أهلية التكليف قبل وقت النذر، أشبهه ما لو فاتته. وبقي هنا مسائل: رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 322

(10/103)

الأولى: إذا قدم يوم عيد، فعنه: لا يصومه، ويقضي، ويكفر، وقاله أكثر الأصحاب. وعنه: يقضي فقط كالمكره. وعنه: إن صامه، صح، كما لو نذر معصية وفعلها، وقيل: يكفر من غير قضاء، كما لو نذرت المرأة صوم يوم حيضها. وعنه: لا يلزمه شيء بناء على نذر المعصية.

الثانية: إذا وافق يوم حيض أو نفاس، فكما لو وافق يوم عيد إلا أنها لا تصوم
بغير خلاف، فعلى هذا نقضي وتكفر على الأشهر.
الثالثة: إذا قدم وهو صائم عن نذر معين، فعنه: يكفيه لهما، والأصح يتمه ولا
يستحب قضاؤه، بل يقضي نذر القدوم كصومه في قضاء رمضان، أو كفارة أو
نذر مطلق.
الرابعة: إذا قدم وهو صائم تطوعاً، فعنه: يتمه ويعتقده عن نذره، ولا قضاء ولا
كفارة لأن سبب الوجوب وجد في بعضه، كما لو نذر في صوم التطوع إتمام
صوم ذلك اليوم، وعنه: يلزمه القضاء والكفارة، وقيل: عليه القضاء فقط، كما
لو قدم، وهو مفطر.
خاتمة: نذر اعتكافه كصومه. وفي «عيون المسائل» و «الفصول» و
«الترغيب»: يقضي بقية اليوم لصحته في بعض اليوم إلا إذا اشترط الصوم
فكنذر صومه. وإن نذر صوم بعض يوم، لزمه يوم، وفيه وجه.

(10/104)

(وإن نذر صوم شهر معين، فلم يصمه لغير عذر، فعليه القضاء) لأنه صوم
واجب معين كقضاء رمضان (وكفارة يمين) لتأخر النذر عن وقته لأنه يمين (وإن
لم يصمه لعذر، فعليه القضاء) لما ذكرنا (وفي الكفارة روايتان) إحداهما:
يكفر، قدمها في «المحرر» وجزم بها في «الوجيز» لتأخير النذر عن وقته،
والثانية: لا كتأخير رمضان لعذر، والأول أولى، قاله في «المغني» لأن النذر
كاليمين (وإن صام قبله، لم يجزئه) وكذا الحج لأن العبادة إذا كان لها وقت
معلوم، لم يجز تقديمها على وقتها كالصلاة، لكن إذا نذر أن يتصدق بشيء في
وقت بعينه، فتصدق قبله أجزاءه وفاقاً، واختار الشيخ تقي الدين: له الانتقال إلى
زمن أفضل، وإن من نذر أن يصوم الدهر، أو صوم الأثنين والخميس، فله صوم
يوم وإفطار يوم كالمكان، قال: واستحب أحمد لمن نذر الحج مفرداً أو قارناً
أن يتمتع لأنه أفضل (وإن أفطر في بعضه لغير عذر، لزمه استئنافه) لأن صوم
يجب متتابعاً بالنذر، كما لو اشترط التتابع، ويلزمه استئنافه متتابعاً متصلاً
بإتمامه، وقدمه في «المحرر» و «الرعاية» وصححه ابن المنجا لأن باقي
الشهر مندور، فلا يجوز ترك الصوم، والفرق بين رمضان والنذر أن تتابع
رمضان بالشرع، وتتابع النذر أوجه على نفسه على صفة ثم فوتها (ويكفر)
قدمه في «الكافي» و «المحرر» و «الشرح» لفوات زمن النذر، وقيل:
لا يكفر. وعنه: لا يلزمه استئناف، إلا أن يكون قد شرط التتابع، لأن وجوب التتابع
من جهة الوقت لا النذر، فلم يبطله الفطر كشهر رمضان، فعلى هذا: يكفر عن
فطره، ويقضي أيام فطره بعد إتمام صومه، وهذا أقيس وأصح، قاله في
«الشرح» (وبحتمل) هذا الاحتمال رواية في «المحرر» و «الرعاية» (أن يتم
باقية) لأن التتابع فيما نذره وجب من حيث الوقت، لا من حيث الشرط، فلم
يبطله الفطر كصوم رمضان (ويقضي) كما لو أفطر يوماً من رمضان (ويكفر)
لفوات زمن النذر.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 322

(10/105)

فرع: لم يتعرض المؤلف لمن أفطر لعذر، والمذهب أنهت بيني ويقضي ويكفر،
وعنه: لا كفارة، وقاله أكثر العلماء، كما لو أفطر رمضان لعذر، والفرق ظاهر،
وفي وصل القضاء وتتابعه روايتان، وقيل: يستأنف متتابعاً أو بيني ويكفر.
تنبيه: إذا جن جميع الشهر المعين، لم يلزمه قضاؤه على الأصح، ولم يكفر.
وإن حاضت المرأة جميع الزمن المعين، فعليها القضاء، كما لو حاضت في
رمضان، وفي الكفارة وجهان (وإذا نذر صوم شهر) خير بين أن يصوم شهراً
بالهلال وبين أن يصوم بالعدد ثلاثين يوماً و(لزمه التتابع) قدمه في «المحرر»
وصححه في «الرعاية» وهو قول أبي ثور لأن إطلاق الشهر يقتضي التتابع،
وكم نواه، وعنه: لا يلزمه، لأن الشهر يقع على ما بين الهلالين أو ثلاثين يوماً،
ومحلّه ما لم يكن شرط ولا نية، كما لو نذر عشرة أيام، أو ثلاثين يوماً وعلى
الأول إن قطعه بلا عذر استأنف، وبعذر يخير بينه بلا كفارة وبين البناء، ويتم
ثلاثين ويكفر (وإن نذر صيام أيام معدودة) ولو ثلاثين يوماً (لم يلزمه التتابع) نص
عليه، قال ابن البناء: رواية واحدة، وجزم به في «المحرر» و«الوجيز» لأن
الأيام لا دلالة لها على التتابع بدليل قوله تعالى: {فعدة من أيام أخر} (البقرة: 184)
وعنه فيمن قال: لله علي صيام عشرة: أيام يصومها متتابعاً، وهذا يدل
علي وجوب التتابع في الأيام المنذورة، اختاره القاضي، قال في «الكافي»: «
والأول أولى، وهذا محمول على من نوى التتابع (إلا أن يشترطه) فيلزمه للوفاء
بنذره، وذكر ابن البناء: هل يلزمه التتابع فيما دون الثلاثين؟ على روايتين، صح
في «الرعاية» أنه يلزمه وقال بعض أصحابنا: كلام أحمد على ظاهره، ويلزمه
التتابع في العشرة دون الثلاثين، قال في «الشرح»: «والصحيح أنه لا يلزمه
التتابع وإن شرط تفريقها، لزمه في الأقيس.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 322

(10/106)

تنبيه: إذا نذر صوم الدهر، لزمه، ولم يدخل في نذره رمضان والأيام المنهي
عنها، فإن أفطر لعذر لم يقضه ويكفر، وإن لزمه قضاء من رمضان أو كفارة،
قدمه على النذر، وإذا لزمته الكفارة، وكانت كفارته الصيام، اجتمعت أن لا تجب
واحتتمل أن تجب، ولا تجب بفعلها كفارة (وإن نذر صياماً متتابعاً) غير
معين (فأفطر لمرض أو حيض، قضى لا غير) كما لو أفطر في رمضان، والمرض
والحيض لا يقطع التتابع، فلم يجب الاستئناف لبقاء التتابع حكماً، وذكر الخرقى
يتخير بين الاستئناف متتابعاً بلا كفارة وبين البناء وقضاء ما ترك مع كفارة
يمين، وقدمه في «المحرر» و«الرعاية» و«الفروع» وإذا قلنا بالبناء، فهل
يتم ثلاثين أو الأيام الفائتة؟ فيه وجهان، وفي التكفير وجه، كشهر الكفارة
ذكره جماعة (وإن أفطر لغير عذر، لزمه الاستئناف) وفاقاً ضرورة الوفاء
بالتتابع من غير كفارة (وإن أفطر لسفر، أو ما يبيح الفطر، فعلى وجهين) أي:
إذا أفطر لعذر يبيح الفطر كالسفر، فقيل: لا ينقطع التتابع مع القدرة على
الصوم كالمرض الذي يجب معه الفطر، وقيل: بلى لأنه أفطر باختياره كالفطر
لا غير عذر، وعلى قول المؤلف: يفرق بين المرض المبيح والسفر المبيح، فإن
المرض ليس باختياره بخلاف السفر، فناسب أن يقطع السفر التتابع، لأنه من

فعله بخلاف المرض (وإن نذر صياماً، فعجز عنه لكبر أو مرض لا يرجى برؤه، أطعم عنه لكل يوم مسكيناً) مع كفارة يمين نص عليه، وصححه القاضي، وقدمه في «الفروع» لأن سبب الكفارة عدم الوفاء بالنذر، وسبب الإطعام العجز عن واجب الصوم، فقد اختلف السببان، واجتمعا، فلم يسقط واحد منهما لعدم ما يسقطه، وعنه: لا يجب إلا الإطعام فقط، وهو ما ذكره في «المتن» كما لو عجز عن الصوم المشروع (ويحتمل أن يكفر، ولا شيء عليه) هذا رواية، ذكرها ابن عقيل وجزم بها في «الوجيز» وقدمها في «الكافي» وذكر أنها أقيس، لقول النبي « من نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين » رواه ابن ماجة والدارقطني

(10/107)

وإسناده ثقات، ورواه أبو داود، وذكر أنه روي موقوفاً على ابن عباس، وكسائر النذور، وقياس النذور على المندور أولى، لأن رمضان يطعم عنه عند العجز بالموت، فكذلك في الحياة، وهذا بخلافه، ويتخرج إلا تلزمه كفارة في العجز عنه، كما لو عجز عن الواجب بأصل الشرع، وفي «النوادر» احتمال يصام عنه، وسبق فعل الولي عنه، ذكره القاضي، وكذا إن نذره عاجزاً عنه، نقل أبو طالب: ما كان نذر معصوب أو صحيح ألف حجة، لزمه، ويحج عنه، والمراد لا يطيقه ولا شيئاً منه، وإلا أتى بما يطيقه منه، وكفر للباقي، وقيل: لا ينعقد نذره، وظاهره: أنه إذا كان لعارض يرجى زواله، فإنه ينتظر، فإن كان عن صوم معين، وفات وقته قضاه، وهل يلزمه لفوات الوقت كفارة؟ على روايتين (وإن نذر المشي إلى بيت الله) الحرام (أو موضع من الحرم) لزمه الوفاء به بغير خلاف نعلمه، وسنده قوله عليه السلام: «من نذر أن يطيع الله فليطعه» (لم يجزئه إلا أن يمشي في حج أو عمرة) أي: لزمه أن يمشي في أحدهما لأنه مشي إلى عبادة، والمشي إلى العبادة أفضل، مالم ينو إتيانه لا حقيقة مشي من مكانه، نص عليه، وذكره القاضي إجماعاً، محتجاً به وبما لو نذره من محل لم يجز من ميقاته على قضاي الحج الفاسد من الأبعد من إحرامه، أو من ميقاته (فإن ترك المشي لعجز أو غيره، فعليه كفارة يمين) قدمه الأصحاب، ونصره في «الشرح» لقول عقبة: «يا رسول الله إن أختي نذرت أن تحج ماشية، فقال: «إن الله لا يصنع بشقاء أختك شيئاً، لتخرج راكبة، ولتكفر يمينها» رواه أحمد، وأبو داود، والبيهقي، وقال: تفرد به شريك. ولأن المشي غير مقصود، ولم يعتبره الشرع بموضع، كندر التحفي، قال في «الفروع»: فيتوجه منه أنه لا يلزم قادراً، ولهذا ذكر ابن رزين رواية: لا كفارة عليه (وعنه: عليه دم) وأفتى به عطاء، لما روى أحمد بسنده عن عمران قال: «ما قام فينا رسول الله خطيباً إلا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة» وفيه: «وإن من المثلة إن يندر

(10/108)

الرجل أن يحج ماشياً، فإذا نذر أحدكم أن يحج ماشياً، فليهد هذياً وليركب» ولأنه أخل بواجب في الإحرام، أشبه ما لو ترك الإحرام من الميقات. وفي

«المغني»: قياس المذهب يستأنفه ماشياً لتركه صفة المنذور كتفريفة صوماً متتابعاً، وقال الشافعي: لا يلزمه مع العجز كفارة إلا أن يكون النذر إلى بيت الله، فهل عليه هدي؟ فيه قولان، وقد روى أبو داود أن أخت عقبة نذرت أن تمشي إلى البيت، وأنها لا تطيق ذلك فأمرها النبي أن تركب وتهدي هدياً.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 322
فرع: إذا عجز عن المشي بعد الحج، كفر وأجزأه، وإن مشى بعض الطريق، فيحتمل أن يكون كقول ابن عمر: يحج من قابل ويركب ما مشى، ويمشي ما ركب، ويحتمل ألا يجزئه إلا حج يمشي في جميعه.
أصل: يلزمه الإتيان بالمشي والركوب من دويرة أهله، إلا أن ينوي موضعاً بعينه. وقال الأوزاعي: يمشي من ميقاته إلا أن ينوي، قال: والخبر فيه عطاء عن ابن عباس، ورواه البيهقي، ويلزمه المنذور منهما في الحج والعمرة إلى أن يتحلل، لأن ذلك انقضاء، قال أحمد: إذا رمى الجمرة فقد فرغ، وفي «الترغيب»: لا يركب حتى يأتي بالتحليلين على الأصح (وإن نذر الركوب فمشى، ففيه الروايتان) كذا في «المحرر» و«الفروع» لأنه مخالف لما نذر، فهو بمعنى الركوب إذا نذر المشي، ولأن الركوب في نفسه غير طاعة، إحداهما: تلزمه الكفارة دون الدم لما ذكرنا، واقتصر عليه في «المغني». والثانية: يلزمه دم لأنه ترفه بترك الإنفاق، وفي «الشرح» وجزم به في «الوجيز»: إلا أنه إذا مشى ولم يركب مع إمكانه، لم يلزمه أكثر من كفارة يمين.

(10/109)

فائدة: لم يتعرض المؤلف لمن نذر المشي إلى مسجد المدينة أو الأقصى، فإنه يلزمه إتيانها والصلاة فيهما، قال في «الفروع»: مرادهم لغير المرأة لأفضلية بيتها، وإن عين مسجداً غير حرم، لزمه عند وصوله ركعتين، ذكره في «الواضح» ومذهب مالك علي ما في «المدونة» من قال: علي المشي إلى المدينة أو بيت المقدس، لم يأتها أصلاً إلا أن يريد الصلاة في مسجديهما فليأتها.
فرع: إذا أفسد الحج المنذور ماشياً، وجب القضاء مشياً، ويمضي في الحج الفاسد ماشياً حتى يحل منه، وإذا عين لنحر الهدي موضعاً من الحرم تعين، وكان لفقرانه ما لم يتضمن معصية، للخبر. وإن نذر ستر البيت وتطيبه لزمه.
رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 322

(10/110)

مسألة: إذا نذر الحج العام فلم يحج، ثم نذر أخرى في العام الثاني، قال في «الفروع»: فيتوجه يصح، وأن يبدأ بالثانية لفوتها، وكفر لتأخير الأولى، وفي المعذور الخلاف (وإن نذر رقبة، فهي التي تجزى عن الواجب) ذكره معظم الأصحاب لأن المطلق يحمل على معهود الشرع، وهو الواجب في الكفارة (إلا أن ينوي رقبة بعينها) فإنها تجزى عنه لأن المطلق يتقيد بالنية كالقرينة اللفظية، لكن ما مات المنذور، أو أتلفه قبل عتقه، لزمه كفارة يمين، ولا يلزمه عتق نص عليه، وقيل: بل تصرف قيمته في الرقاب على قياس قوله في الولاء

إذ الأصل فيه ذلك. وفي «الرعاية»: من عين ينذره أو نيته شيئاً من عدد صوم أو صلاة أو هدي رقاب كفاه ما عينه، وعنه: يجرىء باللفظ به، لا ما نواه فقط، وإن عين الهدى بغير حيوان جاز ويتصدق به أو بتمنه على فقراء الحرم. قال في «المستوعب»: فإن عين الهدى بما ينقل، لزمه إنفاذه إلى الحرم ليفرق هناك، وإلا بيع وأنقذ ثمنه ليفرق هناك (وإن نذر الطواف) فأقله أسبوع، وإن نذره (على أربع طواف طوافين نص عليه) جزم به في «المحرر» و «المستوعب» و «الوجيز» وقدمه في «الفروع» وهو قول اصبغ بن عباس، رواه سعيد. ولخبر رواه معاوية بن خديج الكندي أنه قدم على رسول الله ومعه أمه كبشة بنت معدي كرب عمة الأشعث بن قيس، فقالت: يارسول الله أليت أن أطوف بالبيت حياً، فقال لها رسول الله: «طوفي على رجلك سبعين: سبعمائة عن يديك، وسبعمائة عن رجلك» أخرجه الدارقطني. قال الشيخ تقي الدين: لأنه بدل واجب، ولأن فيه على أربع مثله. وعنه: يطوف على رجله واحداً، قال في «المغني» و «الشرح»: وهو القياس لأن غيره ليس بمشروع، وفي الكفارة وجهان، وقياس المذهب لزومها، ومثله نذر السعي على أربع، ذكره في «المبتهج» و «المستوعب» و «الفروع». وفي «الرعاية»: يلزمه سبعان، وكذا لو نذر طاعة على وجه منهي عنه كنذرة صلاة عريانا، أو الحج حافياً حاسراً، وفي بالطاعة على الوجه الشرعي، وفي

(10/111)

الكفارة لتركه المنهي وجهان. مسألتان: الأولى: النذر المطلق على الفور نص عليه، وقيل: لا، قال في «المستوعب»: فإن نذر أن يهدي هدايا، لزمه أن يهدي إلى الحرم لينحر هناك. ويفرق، فإن نذر أن ينحر هدياً بغير مكة من المدينة وبيت المقدس، أو يضحي أضحية في موضع عينه، لزمه نحر ذلك، ويفرق لحمه في الموضع الذي عينه. الثانية: لا يلزمه الوفاء بالوعد نص عليه، وقال أكثر العلماء، لأنه يحرم بلا استثناء لقوله تعالى {ولا تقولن لشيء} الآية (الكهف: 23) ولأنه في معنى الهبة قبل القبض. وذكر الشيخ تقي الدين وجهاً يلزم واختاره، ويتوجه أنه رواية من تأجيل العارية والصلح عن عوض المتلف بمؤجل. وقيل لأحمد: بم يعرف الكذابون؟ قال: بخلف المواعيد، وهو قول ابن شبرمة، وعمر بن عبد العزيز، لقوله تعالى: {كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون} الآية (الصف: 20) ولخبر: «آية المنافق ثلاث». وبإسناد حسن: «العدة عطية» وبإسناد ضعيف: «العدة دين». ومذهب مالك يلزم بسبب كمن قال: تزوج وأعطيك كذا، واحلف لا تشتمني ولك كذا، وإلا لم يلزم. والله أعلم. رقم الجزء: 9 رقم الصفحة: 322

(10/112)

كتابُ القَصَاء

قال الأزهرى: القضاء في الأصل إحكام الشيء والفراغ منه، لقوله

تعالى {فقضاهن سبع سموات في يومين} (فصلت: 12) ويكون بمعنى إمضاء الحكم، ومنه قوله تعالى {وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب لتفسدين في الأرض مَرَّتَيْنِ} (الإسراء: 4) (أي: أمضينا و أنهينا). وسمي الحاكم قاضياً لأنه يمضي الأحكام ويحكمها. ويكون بمعنى أوجب، فيجوز أن يكون سمي به لإيجابه الحكم على من يجب عليه. واصطلاحاً: النظر بين المترافعين له للإلزام وفصل الخصومات. والأصل فيه قوله: {يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى} (ص: 26). وقوله تعالى: {فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت} (النساء: 65). وقوله: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإن أخطأ فله أجر». متفق عليه من حديث عمرو بن العاصي. وأجمع المسلمون على نصب القضاة للفصل بين الناس (وهو فرض كفاية) كالإمامة، قال الشيخ تقي الدين: قد أوجب النبي تأمير الواحد في الإجتماع القليل العارض في السفر، وهو تنبيه على أنواع الإجتماع، والواجب اتخاذها ديناً وقرية، فإنها من أفضل القربات، وإنما فسد حال بعضهم لطلب الرئاسة والمال بها، ومن فعل ما يمكنه لم تلزمه ما يعجز عنه. وعنه: سنة نصره القاضي وأصحابه وعنه: لايسن دخوله فيه، نقل عبد الله: لايعجبني هو أسلم، وعلى الأول (قالأحمد: لايد للناس من حاكم، أتذهب حقوق الناس لأن أمر الناس لايستقيم بدونه كالجهاد، وفيه فضل عظيم لمن قوي عليه، وفيه خطر عظيم إن لم يؤد الحق فيه). لما روى معقل بن يسار مرفوعاً: «ما من أمير يلي أمر المسلمين، ثم لايجهد لهم وينصح، إلا لم يدخل معهم الجنة». قال مسروق: لأن أحكم يوماً بحق أحب إلي من أن أغزو سنة في سبيل الله. فعلى هذا: إذا أجمع أهل بلد على ترك القضاء أثموا، قال ابن حمدان: إن لم يحتكموا في غيرة (فيجب على الإمام أن ينصب في كل

(10/113)

إقليم) هو بكسر الهمزة، وهو أحد الأقاليم السبعة (قاضياً) لأن الإمام هو القائم بأمر الرعية، المتكلم بمصلحتهم المسؤول عنهم، فيبعث القضاة إلى الأمصار كفعل النبي وأصحابه وللحاجة إلى ذلك، لأنه عليه السلام بعث علياً قاضياً إلى اليمن، وولى عمر شريحاً قضاء الكوفة، وكعب بن سور قضاء البصرة وغير ذلك (ويختار لذلك أفضل من يجد وأورعهم) لأن ذلك أكمل وهو أقرب إلى حصول المقصود من القضاء (ويأمره بتقوى الله تعالى وإيثار طاعته في سره وعلانيته وتحري العدل، والاجتهاد في إقامة الحق) لأن ذلك تذكرة له فيما يجب عليه فعله، وإعانة له في إقامة الحق وتقوية لقلبه وتنبهها على اهتمام الإمام بأمر الشرع وأهله فإن كان غائباً عنه كتب له ذلك في عهده (وأن يستخلف في كل صُقع) أي: ناحية (أصلح من يقدر عليه لهم) لأن في ذلك خُروجاً من الخلاف في جواز الاستنابة وتنبهها على مصلحة رعية بلد القاضي، وحثاً على اختيار الأصلح وذكر الأمدي: أن على الإمام نصب من يكتفى به (ويجب على من يصلح له إذا طلب) ولم يشغله عن أهم منه (ولم يوجد غيره ممن يوثق به الدخول فيه) قدمة في «الكافي» و«المحرر» و«المستوعب» و«الوجيز» وصححه جمع، لأن فرض الكفاية إذا لم يوجد من يقوم به، تعين عليه كغسل الميت ونحوه. وقيل: ويلزمه طلبه. وقالالماوردي: إن كان فيه غير أهل، فإن

كان أكثر قصده إزالته أثيب، وإن كان أكثر قصده ليختص بالنظر أبيع، فإن ظن عدم تمكنه فاحتمالان. وقيل: يحرم بخوفه مَيْلاً. (وعنه أنه سئل هل يَأْتُم القاضي بالامتناع إذا لم يوجد غيره ممن يوثق به قال: لا يَأْتُم. وهذا يدل على أنه ليس بواجب). نقلها إسماعيل بن سعيد لما فيه من الخطر والمشقة الشديدة، لكنها محمولة على من لم يمكنه القيام بالواجب لظلم السلطان وغيره. وحكا بن هبيرة عن الثلاثة: أن القضاء من فروض الكفاية ويتعين على المجتهد الدخول فيه، ثم قال: وقال أحمد في أظهر روايته: ليس هو من

(10/114)

فرض الكفاية، ولا يتعين على المجتهد الدخول فيه، وإن لم يوجد غيره (وإن وجد غيره، كره له طلبه بغير خلاف في المذهب) جزم به في «المحرر» و«الوجيز» وقدمه في «الفروع» لقول النبي لعبد الرحمن بن سمره: «لا تسأل الإمارة، فإنك إن أعطيتها عن مسألة، وكلت إليها، وإن أعطيتها عن غير مسألة أعنت عليها» متفق عليه. وَعَنْهُ: لا يكره لقصد إقامة الحق وخوفاً أن يتعرض له غير مستحق، ذكرها القاضي قال في «الفروع»: ويتوجه وجه بل يستحب إذن، وقالها ماوردي ويتوجه وجه يحرم بدونه، وذكرها ماوردي أنه لقصد المنزلة والمباهاة يجوز اتفاقاً، وإن طائفة كرهته إذن وطائفة لا واحتج الإمام أحمد فيما رواه عنه ابنه عبدالله بما روى أبو هبيرة مرفوعاً. «من طلب قضاء المسلمين حتى ناله فَعَلَبَ عدله جوره، فله الجنة، وإن غلب جَوْرُهُ عدله، فله النار» ورواه أبو داود. والمراد إذا لم يكن فيه أهل وإلا حرم وقدح فيه (وإن طلب فالأفضل أن لا يجيب إليه في ظاهر كلام أحمد) اختارها القاضي وقدمه في «الكافي» و«الرعاية» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» وفي «الشرح» أنه الأولى لما فيه من الخطر والتشديد، ولما في تركه من السلامة، وذلك طريقة السلف، وقد أراد عثمان تولية ابن عمر القضاء فأبى (وقال ابن حامد: الأفضل الإجابة إليه إذا أمن نفسه) لأن الله تعالى جعل للمجتهد فيه أجراً مع الخطأ، وأسقط عنه حكم الخطأ، ولأن فيه أمراً بالمعروف ونصر المظلوم وأداء الحق إلى مستحقه، ورد الظالم عن ظلمه، بدليل تولية النبي لجماعة من أصحابه، وهم كذلك ولا يختار إلا الأفضل، وقيل: مع خموله، وحمل في «المغني» كلام ابن حامد عليه. وقيل: أو فقره. فرع: يحرم بذل مال فيه وأخذه وطلبه، وفيه مباشر أهل، وظاهر تخصيصهم الكراهة بالطلب أنه لا يكره تولية الحريص لا ينفي أن غيره أولى، قال في «الفروع»: ويتوجه وجه يكره مسألة إذا جهل القضاء أو عجز عنه أو خاف الميل، حرم دخوله فيه، وقيل مع وجود غيره وهو

(10/115)

يصلح له، قال في «الشرح»: من الناس من لا يجوز الدخول فيه، وهو من لا يحسنه، ولم تجتمع فيه شروطه (ولا تثبت ولاية القضاء، إلا بتولية الإمام) لأنه صاحب الأمر والنهي وهو واجب الطاعة، مسموع الكلمة، مالك لجميع الولايات شرعاً وحساً أو تأثبه لأنه منزل منزلته، ولأن الولاية من المصالح العامة، أشبه

عقد الذمة (ومن شرط صحتها معرفة المولى كونه المولى على صفة تصلح للقضاء) لأن مقصود القضاء لا يحصل إلا بذلك. وحاصله: إن كان يعرف صلاحيته وولاه وإلا سأل أهل المعرفة عنه، ولأن الأصل العلم، فلا يجوز توليته مع عدم العلم، العلم بذلك، كما لا يجوز توليته مع العلم بعدم صلاحيته (وتعيين ما يوليه الحكم فيه من الأعمال) كالكوفة ونواحيها (والبلدان) كبغداد ونحوها، ليعلم محل ولايته، فيحكم فيه ولا يحكم في غيره ولأنه عقد، ولأنه يشترط فيه الإيجاب والقبول، فلا بد من معرفة المعقود عليه كالوكالة (ومشافهته بالولاية) أي: يشافهه الإمام بها إن كان حاضراً (أو مكاتبته بها) إن كان غائباً لأن التولية تحصل بذلك التوكيل، وحينئذ يكتب له عهداً بما ولاه ولأن النبي كتب لعمر بن حزم حين بعثه إلى اليمن، وكتب عمر إلى أهل الكوفة: أما بعد فإني قد بعثت إليكم عماراً أميراً، وعبدالله قاضياً (وإشهاد شاهدين على توليته) أي: إذا كان البلد الذي ولاه فيه بعيداً لا يستفيض إليه الخبر بما يكون في بلد الإمام، فلا بد من شهادة عدلين عليها (وقال القاضي: تثبت بالإستفاضة إذا كان بلده قريباً تستفيض فيه أخبار بلد الإمام) لأن العلم بالولاية يحصل بذلك. والأصح أنها تثبت بالإستفاضة مع قرب ما بينهما خمسية أيام. والحاصل: أنها لا تثبت إلا بشاهدين أو بالإستفاضة إذا كان بلده قريباً تستفيض فيه أخبار المولى له. وأطلق الآمدي: أو استفاضة وظاهره مع البعد قال في «الفروع» وهو متجه (وهل تشترط عدالة المولى) بكسر اللام (على روايتين): إحداهما تشترط كما

(10/116)

تشترط في المتولي. والمذهب: أنها لا تشترط، لأن ولاية الإمام الكبرى تصح من كل بر وفاجر، فصحت ولايته كالعدل، ولأنها لو اعتبرت في المولى أفضى إلى تعذرهما بالكلية فيما إذا كان غير عدل. وعنه: سوى الإمام، وجزم به في «الوجيز» أي: إذا ولاه إمام فاسق صح، وإن ولاه نائبه الفاسق فلا. فرع: لا ينزل إمام أعظم بفسق يطرأ عليه. وعنه: بلى كالحاكم، ولا تنعقد الإمامة العظمى لفاسق وعنه: تنعقد. ولو غلبهم بسيفه مع بقية الشروط وهي أشهر (والفاظ التولية الصريحة سبعة: وليتك الحكم، وقلدتك، واستنتبتك، واستخلفتك، ورددت إليك الحكم، وفوضت إليك، وجعلت إليك الحكم). ولأن هذه تدل على ولاية القضاء دلالة لا تفتقر معها إلى شيء آخر وذلك هو الصريح زاد في «الرعاية» على هذه: استكفيتك، وقيل: رددته، وفوضته، وجعلته إليك كناية/ (فإذا وجد لفظ منها) أي: واحد منها (والقبول من المولى الحاضر في المجلس والغائب) (بعده انعقدت الولاية) لأنها لا تشمل إلا ذلك، فمتى أتى بواحد منها، ووجد القبول، صحت، كالبيع والنكاح. ويصح القبول بالشروع في العمل في الأصح. قال ابن حمدان: إن قلنا: هو نائب عن الشرع كفى، وإن قلنا: هو نائب من ولاه فلا مسألة تصح تولية مَقْضُولٍ مع موجود فاضل، قال ابن حمدان إن أمنت الفتنة وكان أصلح للدين والناس. وإن فوّض الإمام إلى إنسان تولية القاضي جاز، ولا يجوز له اختيار نفسه ولا والده ولا ولده كما لو وكله في الصدقة، قال: ويحتمل أن يجوز له اختيارهما إذا كانا صالحين للولاية (والكناية نحو: اعتمدت عليك، وعولت عليك، ووكلت إليك، واسندت إليك الحكم، فلا ينعقد بها) لأن هذه الألفاظ تحمل التولية وغيرها من كونه يأخذ برأيه أو غير

ذلك، فلا ينصرف إلى التولية حتى يقترن بها قرينة نحو: فاحكم أو فتول ما عولت عليك فيه، وما أشبه ذلك لأن هذه القرينة تنفي الاحتمال.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 3

(10/117)

فصل
قال في «الرعاية»: لاتصح الإمامة العظمى إلا لمسلم حرّ ذكرٍ مكلفٍ عدلٍ مجتهدٍ شجاعٍ مطاعٍ، ذي رأيٍ سميعٍ بصيرٍ ناطقٍ قرشيٍّ. ولا بد من بيعة أهلّ الحل والعقد من العلماء ووجوه الناس، والاستيلاء قهراً مع بقية شروط الإمامة. وعنه: لا يضر فسقه المقارن وجهه. فإن شرطنا حين البيعة عدم فسقه وجهه، لم ينغزل بفسقه الطارئ على الأصح، ولا طاعة له في معصية، ومن ثبتت ولايته قهراً، زالت به قال في المستوعب: وشروط القضاء تنقص عن شروط الإمامة بالشجاعة لسقوط الحرب عن القاضي وحاجة الإمام إليه. وبالنسب، لأن الإمامة أعلى المراتب الدينيّة، فاعتبر فيها النسب لحصول التمييز عن الرعيّة. قال في «الشرح» لو خرج رجل على الإمام فقهره وغلب الناس بسيفه حتى أقروا له وأذعنوا بطاعته وبايعوه صار إماماً يحرم قتاله والخروج عليه. فإن عبد الملك بن مروان خرج على عبد الله بن الزبير فقتله واستولى على البلاد وأهلها حتى بايعوه طوعاً وكرهاً. وذلك لما في الخروج عليه من شق عصا المسلمين وإراقة دمائهم وذهاب أموالهم.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 3

فصل
(وإذا ثبتت الولاية، وكانت عامة) أي: لم تقيد بنوع (استيفاد بها النظر في عشرة أشياء) كذا في «المحرر» و«الوجيز» وزاد عليها واحداً، وهو جباية الخراج، وفي «الفروع» و«الزكاة». وقال في «التبصرة» والاحتساب على الباعة والمشتريين، وإلزامهم بالشرع.
وقال الشيخ تقي الدين: ما يستفاده بالولاية لاحدّ له شرعاً، بل يتلقى من اللفظ والأحوال والعرف.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 10

فصل
(الخصومات، واستيفاء الحق ممن هو عليه، ودفعه إلى ربه) لأن المقصود من القضاء ذلك.

(10/118)

ولهذا قال أحمد: أتذهب حقوق الناس؟ (والنظر في أموال اليتامي والمجانين) لأن بعضهم مختص بنظر الحاكم، وهو السفية، وبعضهم هو بين أن لا يكون له ولي، فترك نظره في ماله يؤدي إلى ضياعه، وبين أن يكون له ولي فترك نظره في حال الولي يؤدي إلى طمعه في مال موليه، وفي ذلك ضرر عليه (والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فليس لأن الحجر يفتقر إلى نظر واجتهاد، فلذلك كان مختصاً به) والنظر في الوقوف في عمله بإجرائها،

على شرط الواقف) لأن الضرورة تدعو إلى إجرائها على شروطها، سواء أكان لها ناظر خاص، أو لم يكن (وتنفيذ الوصايا) لأن الميت محتاج إلى ذلك، وليس ذلك لغيره (وتزويج النساء اللاتي لا وليّ لهن) لقوله عليه السلام: «فإن اشتجروا فالسُلطان وليّ من لا وليّ له» والقاضي نأثبه (وإقامة الحدود) لأنه عليه السلام كان يقيمها والخلفاء من بعده (وإقامة الجمعة) والعيد ذكره في «المستوعب» و«الرعاية» و«الفروع» ما لم يخصّ بإمام من جهة السلطان أو الواقف، ذكرها بن حمدان، ولأن الخلفاء كانوا يقيمونها (والنظر في مصالح عمله بكف الأذى عن طرق المسلمين وأفئدتهم) لأنه مُرَصَّد للمصالح (وتصفح حال شهوده وأمنائه والإستبدال بمن ثبت جرحه منهم لأن العادة في القضاء توليها فعند إطلاق الولاية تنصرف إلى ما جرت به العادة/ (فأما جباية الخراج وأخذ الصدقة) إذا لم يخصّ بعاملٍ، قاله في «الوجيز» تبعاً لأبي الخطاب (فعلى وجهين). أحدهما: يدخلان قياساً على سائر الخصال. الثاني: لا، لأن العادة لم تثبت بتولي القضاء لهما، والأصل عدم ذلك. وقيل في الخراج. ونقل أبو طالب: أمير البلد إنما هو مسلط على الأدب. وليس إليه المواريث والوصايا والفروج والحدود والرحم، إنما ذلك للقاضي، فظهر الفرق بينهما.

(10/119)

وعلم مما تقدّم أنه لا يسمع بينة في غير عمله، وهو محل حكمه، وتجب إعادة الشهادة لتعديّلها (وله طلب الرزق لنفسه وأمنائه وخلفائه مع الحاجة) ورخص فيه أكثر العلماء، لأن عمر رزق شريحاً في كل شهر مائة درهم وورزق ابن مسعود نصف شاة كل يوم، وإذا جاز له الطلب لنفسه، جاز لمن هو في معناه. وقال أحمد: لا يعجبني أن يأخذ على القضاء أجراً، وإن كان فيقدر عمله مثل مال اليتيم. وكان ابن مسعود يكره الأجرة على القضاء، ولا يأخذ عليه أجراً (فأما مع عدمها، فعلى وجهين): أما: الجواز، لأن أبا بكر لما ولي الخلافة فرضوا له كل يوم درهماً. وفرض عمر لزيد وغيره، وأمر بفرض الرزق لمن تولى من القضاء، ولأنه لو لم يجز فرض الرزق لتعطلت وصّاعت الحقوق. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 11 والثاني: لا يجوز، لأنه يختص أن يكون فاعله من أهل القرية، فلم يجز أخذ الأجرة عليه كالصلاة فأما الإستئجار عليه، فلا يجوز فإن عمر قال: لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً.

(10/120)

قال في «المغني» لانعلم فيه خلافاً لأنه يختص أن يكون فاعله من أهل القرية ولا يعمل الإنسان عن غيره، وإنما يقع عن نفسه كالصلاة فإن لم يكن له رزق، وليس له ما يكفيه وقال للخصمين: لا أقضي بينكما حتى تجعلوا لي جعلاً جاز، وقيل: لا. تنبيه: لا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه، لانعلم فيه خلافاً، لأنه مأمور بالحكم بالحق، والحق لا يتعين في مذهب بعينه،

وفي فساد التولية وجهان كالتَّشْرِطِ الفاسد في البيع. وإن أمره أن يحكم به وحده صح، وله أن يحكم بمذهب إمام غيره ومذهب غير من ولاه إن قوي عنده دليله، وقيل: لا. وللإمام تولية القضاء في بلده وفي غيره. وإن أذن له أن يستنيب صح وإن نهاه فلا. وإن أطلق فظاهر كلام أحمد، وجزم به في «المستوعب»، وقدم في «الشرح» الجواز. وقيل: له ذلك فيما لا يباشره مثله عرفاً أو يشق فإن استخلف في مَوْضِعٍ ليس الاستخلاف، فحكمه حُكْمٌ من لم يول. وتشتري أهلية النائب لما تَوَلَّاهُ.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 11
فصل

(10/121)

ويجوز أن يوليه عموم النظر في عموم العمل) بأن يوليه القضاء في سائر الأحكام وسائر البلدان (وأن يوليه خاصاً في أحدهما) بأن يوليه الحكم في سائر الأحكام في بلد أو محلة من المحال، وكذا عكسه (أو فيهما بأن يوليه الحكم في المدينتان أو عقود الأنكحة في بعض البلاد أو المحال فيوليه عموم النظر في بلد أو محلة خاصة فينفذ قضاؤه في أهله) وهو ظاهر (من طراً إليه) لأن الطارىء يعطى حكم أهله في كثير من الأحكام، بدليل أن الدماء الواجبة لأهل مكة يجوز تفريقها في الطارىء إليها كاهلها (أو يجعل إليه الحكم في المدينتان خاصة أو في قدر من المال لا يتجاوزه، أو يفوض إليه عقود الأنكحة دون غيرها) لأن الخيرة في التولية إلى الإمام فكذا في صفتها، وله الإستتابة في الكل، وكذا في البعض وقد صح أن النبي كان يستنيب أصحابه كلاً في شيء، فولى عمر القضاء، وبعث علياً قاضياً باليمن، وكان يرسل بعضهم لجمع الزكاة وغيرها. وكذلك الخلفاء من بعده (ويجوز أن يولي) من غير مذهبه قاله القاضي في «الأحكام السلطانية» و«الرعايتين» و«الحاوي» و«النظم» لأن على القاضي أن يجتهد رأيه في قضائه، وقد سبق في الوكالة (قاضي أو أكثر في بلد واحد، يجعل إلى كل واحد عملاً فيجعل إلى أحدهما الحكم بين الناس، وإلى الآخر عقود الأنكحة) لأن الإمام كامل الولاية فوجب أن يملك ذلك، إذ لا ضرر عليه كتولية القاضي الواحد (فإن جعل إليهما عملاً واحداً جاز) صحه في «المغني» وقدّمه في «المحرر» و«الفروع» وجرّم به في «الوجيز» لأنها نيابة، فجاز جعلها إلى اثنين كالوكالة. ولأنه يجوز للقاضي أن يستخلف خليفين في موضع واحد، فالإمام أولى عند أبي الخطاب: (لا يجوز) لأنهما قد يختلفان في الإجتهد، فتقف الحكومة.

(10/122)

وجوابه: أن كل حاكم يحكم باجتهاده، وليس للآخر الاعتراض عليه. ويقدم قولاً لطلب ولو عند نائب فإن كانا مدعين مختلفين في ثمن مبيع باق، اعتبر أقرب الحاكمين، منهما مجلساً، فإن استويا أقرع. وقيل: يعتبر اتفاقهما على حاكم. قال الحرمل: قال الشافعي: لولا شعبة ما عرف الحديث بالعراق، كان يجيء إلى

الرجل فيقول له: لتحدث وإلا استعديت عليك السلطان. وفي «الرعاية»: يقدم منهما من طلب حكم المستنيب، وفي «الترغيب»: إن تنازعا أقرع. وقال ابن عقيل: إن كانا في الحاجز كدجلة والفرات، ليس الحاكم في ولاية أحدهما، فالى الوالي الأعظم (وإن مات المولى) بكسر اللام (أو عزل المولى) (بفتحها) مع صلاحيته لم تبطل ولايته في أحد الوجهين) هذا هو الأشهر وقدمه في «الرعاية» و«الفروع» لأنه عقد لمصلحة المسلمين كما لو عقد الولي النكاح على مولاته، ثم مات أو فسخه (وتبطل في الآخر) وجزم به في «الوجيز» في الثانية: لا، الأولى كالوكيل قال عمر: لأعزلن أبا مريم، وأولي رجلاً إذا رآه الفاجر فرقه، فعزله. وولى كعب بن سور، وولى علي أبا الأسود، ثم عزله فقال: لم عزلتني وما جنبت؟ قال: رأيتك يعلو كلامك على الخصمين. وجزم في «الترغيب» بأنه ينعزل نائبه في أمر معين وسماع شهادة معيّنة وإحضار مستعدي عليه. فعلى هذا: لو عزله في حياته لم ينعزل. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 14

(10/123)

وقال ابن حمدان: إن قلنا: الحاكم نائب الشرع لم ينعزل. وإن قلنا: نائب من ولاة، انعزل. وفي «الشرح»: لا ينعزل بالموت، وهل ينعزل بالعزل؟ فيه وجهان لأن فيه ضرراً، وهنا لا ضرر فيه لأنه لا ينعزل قاض حتى يولى آخر مكانه. ولهذا لا ينعزل الوالي بموت الإمام وينعزل بعزله. قال الشيخ تقي الدين: كعقد وصي وناظر عقداً جائزاً كوكالةٍ وشركة ومضاربة. ومثله كل عقد لمصلحة المسلمين كوالٍ ومن نصبه لجباية قال وصرفه وأمر الجهاد ووكيل بيت المال والمحتسب، وهو ظاهر كلام غيره (وهل ينعزل قبل العلم بالعزل على وجهين بناءً على الوكيل) لأنه في معناه وجزم في «الوجيز» بأنه ينعزل كالوكيل، والأشهر عدمه لأنه يتعلق به قضايا الناس وأحكامهم، فيشق بخلاف الوكيل، فإنه متصرف في أمر خاص. تنبيه: إذا تغير حال القاضي بزوال عقل أو مرضٍ يمنع القضاء أو اختل فيه بعض الشروط فإن يتعين على الإمام عزله وجهاً واحداً.

وفي «المغني» أنه ينعزل، فإن استخلف القاضي خليفة فإنه ينعزل بموته أو عزله كالوكيل، وله عزل نفسه في الأرض.

وفي «الرعاية»: إن لم يلزمه قبوله، وفيها له عزل نائبه بأفضل منه. وقيل: بمثله وقيل بدونه لمصلحة في الدين.

وقال القاضي: عزل نفسه يتخرج على الروايتين في أنه وكيل للمسلمين أم لا؟ فيه روايتان منصوصتان في خطأ الإمام، وفي «الرعاية» في نائبه في الحكم وقيم الأيتام وناظر الوقف ونحوه أوجه.

ثالثها: إن استخلفهم بإذن من ولاة فلا.

ورابعها: إن قال استخلف عنك انعزلوا. وإن قال: عني فلا ولا يبطل ما فرضه فأرض في المستقبل في الأشهر. ومن عزل أو انعزل حرم عليه الحكم، ولزمه إعلام ولي الأمر. فلو تآب الفاسق، وحسن حاله، أو أفاق من جنون أو إغماء، وقيل: فهل يعود قاضياً بلا تولية جديدة؟ فيه وجهان.

(10/124)

ومن أخبر بموت قاض بلد، وولي غيره فبان الأول حياً، لم ينعزل في الأقوى وإذا قال المولي: من نظر في الحكم في البلد الفلاني من فلان وفلان، فهو خليفتي/ (أو قد وليته لم تنعقد الولاية لمن ينظر) ذكره القاضي وغيره وجزم به في «الرعاية» و«الوجيز» لأنه لم يعين بالولاية أحداً منهم. وكما لو قال: بعثك أحد الثوبين.

ويحتمل أن تنعقد لمن نظر، لأن النبي علق ولاية الإمارة بعد زيد على شرط، فكذا ولاية الحكم (وإن قال: وليت فلاناً وفلاناً، فمن نظر منهما، فهو خليفتي انعقدت الولاية) لمن نظر لأنه ولاهما جميعاً، ثم عين السابق منهما. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 14

فصل

(ويشترط في القاضي عشر صفات: أن يكون بالغاً عاقلاً) لأن غيرهما لا ينعقد قولهما في أنفسهما، فلأن لا ينفذ في غيرهما بطريق الأولى، وهما يستحقان الحجر عليهما. والقاضي يستحقه على غيره، وبين الحالين منافاة، ولم يذكر أبو الفرج في كتبه: بالغاً.

وفي «الانتصار» في صحة أشده لا يعرف فيه رواية. (ذكرأ)، وقاله الجمهور، وقال ابن جرير: لا تشترط الذكورية. وجوابه قوله عليه السلام: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة» لأن المرأة ناقصة العقل، وقليلة الرأي، ليست أهلاً لحضور الرجال (حراً) لأن العبد منقوص برقه، مشغول بحقوق سيده، كالإمامة العظمى، لكن تصح ولاية عبد إمارة سرية، وقسم صدقة، وفيه. وإمامة صلاة وفيه وجه: يجوز مطلقاً، قاله ابن عقيل وأبو الخطاب، وقال فيه: يذن سيدي (مسلماً) لأن الكفر يقتضي إذلال صاحبه، والقضاء يقتضي احترامه، وبينهما منافاة، وهو شرط في الشهادة، فكذا هنا عدلاً لأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً فهذا أولى، ولا يجوز تولية من فيه نقص يمنع الشهادة.

(10/125)

وظاهرة: ولو تائباً من قذف، نص عليه، وقيل: أو فسق بشبهة فوجهان (سمياً) لأن الأصم لا يسمع كلام الخصمين (بصيراً) لأن الأعمى لا يعرف المدعي من المدعى عليه، ولا المقر من المقر له (متكلماً) لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم، ولا يفهم جميع الناس إشارته (مجتهداً) إجماعاً ذكره ابن حزم، وأنهم أجمعوا على أنه لا يحل لحاكم ولا لمفت تقليد رجل لا يحكم ولا يفتي إلا بقوله، لأنه فاقد الاجتهاد إنما يحكم بالتقليد! والقاضي مأمور بالحكم بما أنزل الله، ولقوله عليه السلام: «القضاة ثلاثة» رواه أبو داود، ورجاله ثقات. ولأن المفتي لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً، فالحاكم أولى.

ولكن في «الإفصاح»: أن الإجماع انعقد على تقليد كل من المذاهب الأربعة وأن الحق لا يخرج عنهم، ثم ذكر أن الصحيح في هذه المسألة أن قول من قال: أنه لا يجوز إلا تولية مجتهد، فإنه إنما عنى به ما كانت الحال عليه قبل استقرار ما استقر من هذه المذاهب.

واختار في «الترغيب»: ومجتهداً في مذهبه إمامه للضرورة. واختار في «الإفصاح» و«الرعاية»: أو مقلداً. وقيل: يفتى به ضرورة. قال ابن بشار:

ما أعيب على من يحفظ خمس مسائل لأحمد يفتي بها. وظاهر نقله عبد الله: يفتي غير مجتهد، ذكرها القاضي، وحملها الشيخ تقي الدين على الحاجة. فعلى هذا يراعى الفاظ إمامه ومتأخرها وتقليد كبار مذهبه في ذلك، وظاهره: أنه يحكم ولو اعتقد خلافه، ولأنه مقلد، وأنه لا يخرج عن الظاهر. قال في «الفروع»: قَبِيحَةٌ مَعَ الاستواءِ الخلافِ في مجتهدٍ. (وهل يشترط كونه كاتباً؟ على وجهين)
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 19
أحدهما: لا يشترط، نصره المؤلف وقدمه في «الكافي» وهو ظاهر «الوجيز» و«الفروع» لأنه - عليه السلام - كان أمياً، وليس من ضرورة الحكم معرفة الكتابة.
والثاني: يشترط قدمه في «الرعاية» ليعلم ما يكتبه كاتبه فيأمن تحريفه.

(10/126)

وظاهره: أنه لا يشترط غير ذلك. وشروط الخرق والحلوانية وابن رزبن و الشيخ تقي الدين: أن يكون ورعاً. وقيل: وزاهداً وأطلق فيهما في «الترغيب» وجهين.
وقال ابن عقيل: لا مغفلاً، وهو مراد.
وقال القاضي في موضع: لا يكون بليداً، ولا نافياً للقياس.
وقال الشيخ تقي الدين: الولاية لها ركنان: القوة والأمانة، فالقوة في الحكم ترجع إلى العلم بالعدل وتنفيذ الحكم. والأمانة ترجع إلى خشية الله تعالى. وحاصله: أنه يجب توليه الأمثل فالأمثل. فالشباب بالصفات كغيره لكن الأسن أولى مع التساوي يرجح بحسن الخلق أيضاً (والمجتهد) مأخوذ من الاجتهاد وهو استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي (من يعرف من كتاب الله وسنة رسوله عليه السلام الحقيقة) وهي اللفظ المستعمل في وضع أول والمجاز وهو اللفظ المستعمل في غير وضع أول. زاد بعضهم على وجه يصح (والأمر) وهو القول المقتضي طاعة المأمور بفعل المأمور به (والنهي) وهو اقتضاء كف عن فعل لا بقول كف (والمجمل) وهو ما لا يفهم منه عند الإطلاق شيء (والمبين) وهو إخراج الشيء من حيز الإشكال إلى حيز التجلي والوضوح.

(10/127)

وقال الشافعي: اسم جامع لمعان مجتمعة الأصول متشعبة الفروع (والمحكم) المتضح المعنى (والمتشابه) مقابلة إما لاشتراك أظهار تشبيهه (والخاص) قصر العام على بعض مسمياته (والعام) ما دل على مسميات باعتبار أمر اشتركت فيه مطلق أجزائه (والمطلق) ما دل على شائع في جنسيه (والمقيد) وهو ما دل على شيء معين (والناسخ) فهو الرفع (لحكم شرعي (والمنسوخ) وهو ما ارتفع شرعاً بعد ثبوته شرعاً) والمستثنى (وهو المخرج بإلا، وما في معناها من لفظ شامل له) والمستثنى منه) وهو العام المخصوص بإخراج بعض ما دل عليه بإلا أو ما في معناها) ويعرف من السنة صحيحها) وهو

ما نقله العدل الضابط عن مثله من غير شذوذ ولا علة (من سقيمها) وهو مالم توجد فيه شروط الصحة كالمنقطع والمنكر، والشاذ وغيرها/ (وتواترها) هو الخبر الذي نقله جمع لا يتصور تواطؤهم على الكذب، مستتباً في ذلك طرفاً ووسطه.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 19

(10/128)

الحق أنه لا ينحصر في عَدَدٍ، بل يستدل بحُصول العلم على حُصول العَدَدِ، والعلم الحاصل عنه ضروري في الأصح من أحادها، وهو ماعدا التواتر، وليس المراد به أن يكون رواية واحداً، بل كل مالم يبلغ التواتر فهو آحاد (ومرسلها) وهو قول غير الصحابي: قال رسول الله «وأما مرسل الصحابي فهو حجة عند الجمهور». (ومُتصلها) وهو ما إتصل إسناده وكان كل واحد من روايته سمعه ممن فوقه، سواء كان مرفوعاً أو موقوفاً (ومسندها) وهو ما إتصل إسناده من رواية إلى منتهاه، وأكثر استعماله فيما جاء عن النبي (ومنقطعها) هو مالم يتصل سنده على أي وجه كان الانقطاع مما له تعلق بالأحكام خاصة وظاهره: أنه لا يجب عليه حفظ القرآن وإنما المتعين عليه حفظ خمسمئة آية كما نقله المعظم، لأن المجتهد هو من يعرف الصواب بدليله كالمجتهد في القبلة، ولكل واحد مما ذكرنا دلالة لا يمكن معرفتها إلا بمعرفته، فوجب معرفة ذلك ليعرف دلالته، ووقف الاجتهاد على معرفة ذلك (ويعرف ما أجمع عليه) وهو اتفاق المجتهدين من هذه الأمة في كل عصر على أمر (مما اختلف فيه) والقياس وهو رد فرع إلى أصل بعلة (وحدوده) على ما ذكر في أصول الفقه (وشروطه) بعضها يرجع إلى الأصل وبعضها إلى الفرع، وبعضها إلى العلة (وكيفية استنباطه) على الكيفية المذكورة في محالها (والعربية) هي الإعراب أو الألفاظ العربية. والأشهر أنها اللغة العربية من حيث اختصاصها بأحوال هي: الإعراب، لا توجد في غيرها من اللغات (المتداولة بالحجاز والشام والعراق) واليمن قاله في «المستوعب» و«المحرر». (وما يواليهم) ليعرف به استنباط الأحكام من أصناف علوم الكتاب والسنة. وقد نص أحمد على اشتراط ذلك للفتيا، فالحكم مثله بل أشد (وكل ذلك مذكور في أصول الفقه وفروعه، فمن وقف عليه) أو على أكثره، جزم به في «المحرر» و«الوجيز» (ورزق فهمه، صلح للفتيا والقضاء وبالله التوفيق) لأن العالم بذلك يتمكن من التصرف في العلوم

(10/129)

الشرعية ووضعها في مواضعها. قال أبو محمد الجوزي: من حَصَلَ أصول الفقه وفروعه فمجتهد، ولا يقلد أحداً. وعنه: يجوز. وقيل مع ضيق الوقت. وفي «الرعاية»: كخوفه على خصوم مسافرين فوت رفقتهم في الأصح، ويتحرى الاجتهاد في الأصح. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 19 مسائل: الأولى: تقدم أن العدالة شرط، فلا يصح توليه فاسقٍ بفعل محرم

إجماعاً فإن فسق بشبهة فوجهان. وما منع توليه القضاء منع دوامها وقيل
الفسق الطارىء يمنع توليه القضاء ودوامها، وفي الإمامة العظمى روايات؛
ثالثها: يمنع انعقادها لادوامها، قال في «المحرر» وما فقد منها في الدوام أزال
الولاية، إلا فقد السمع والبصر فيما ثبت عنده، ولم يحكم به فإن ولاية حكمه
باقية فيه. قال في «الرعاية» فإن نسي الفقه أو خرس؟ قال ابن حمدان: ولم
تفهم إشارته، أو فسق أو زال عقله بجنون أو سُكِرَ مُحَرَّمٍ أو إغماءٍ أو عمي
انعزل، ويلزم المدعي أن يصبر حتى يفرغ له الحاكم من شغله، وله ملازمة
غريمه حتى يفرغ إن كانت بينته حاضرة أو قريبة، وإن كانت غائبة بعيدة
فوجهان. الثانية: تصح فتياً مستور الحال في الأصح، وإن كان عبداً أو امرأة
أو قرابة أو أخرس تفهم إشارته أو كتابته أو مع جلب نفع أو دفع ضرر وقيل:
وعداوة وللحاكم أن يفتي. وقيل: لا فيما يتعلق بالقضاء دون الطهارة والصلاة
ونحوهما. الثالثة: يحرم التساهل في الفتيا واستفتاء من عرف بذلك، فإن
عرف ما سئل عنه. وجوابه، أجاب سريعاً. ويحرم أن يتبع الحيل المحرمة
والمكروهة والترخص لمن أراد نفعه، والتغليظ لمن أراد ضرره وإن حسن قصده
في حيلة لاشبه فيها، ولا مفسدة ليخلص بها حالاً من يمينه. كقصة أيوب عليه
السلام، جاز. ويحرم التحيل لتحليل حرام أو تحريم حلال بلا ضرورة. الرابعة:
يمنع من الفتيا في حال ليس للحاكم أن يحكم فيها فإن افتي وأصاب كره
وصح، وقيل لا يصح وله أخذ رزق من بيت المال، وإن تعين أنه يفتي وله كفاية
فوجهان.

(10/130)

وإن كان اشتغاله بها وبما يتعلق بها يقطع عن نفقته ونفقة عياله، فله أخذه،
فإن أخذه لم يأخذ علي فتياه أجره ومَعَ عدمه له أخذ أجره خطبه لا فتياه. وإن
جعل له أهل البلد من أموالهم رزقاً ليتفرغ لفتاويهم جاز وله قبول هدية، وقيل:
يحرم إن كانت ليفتيه بما يريد دون غيره أولنفعه بجاهه أو ماله.
ويقدم الأعم على الأورع في الأصح، ويجوز تقليد المفضل مع وجود الأفضل
وإمكان توليه في الأقيس، ولا يكفيه قول من لم تسكن نفسه إليه منهما،
الخامسة: يلزم كل مقلد أن يلتزم بمذهب معين في الأشهر، فلا يقلد غير أهله
وقيل: بلي، وقيل: ضرورة، فإن التزم فيما أفتى به عمل به أو ظنه حقاً أولم
يجد مفتياً لزمه قبوله، وإلا فلا. ولا تجوز الفتوى في غير الكلام بل ينهى السائل
عنه، والعامّة أولى ويؤمر الكل بالإيمان المجمل، وما يليق بالله تعالى، ولا يجوز
التقليد فيما يطلب فيه الجزم ولا إتيانه بدليل ظني والاجتهاد فيه، ويجوز فيما
يطلب فيه الظن، وإثباته بدليل ظني، والاجتهاد فيه، ولا اجتهاد في القطعيات،
ولا الإجماع الظني، وإن نهاه في مسألة عن الحكم فيها؟ فقال ابن حمدان:

يحتمل وجهين

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 19

فصل

(وإن تحاكم رجلان إلى رَجُلٍ يَصِحُّ للقضاء، فحكّماه بينهما، نفذ حكمه) لما
روى أبو شريح أنه قال: يارسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني،
فحكمت بينهم، فرضي عليّ الفريقان، فقال: «ما أحسن هذا» رواه النسائي.

وقال النبي: «من حكم بين اثنين تحاكما إليه وارتضيا به، فلم يقل بينهما الحق، فعليه لعنة الله» رواه أبو بكر. ولولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه هذا الذم لأن عمر وأبياً تحاكما إلى زيد بن ثابت، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير. لا يقال: إن عمر وعثمان كانا إمامين، فيصير حاكما من رد الحكم إليه لأنه، لم ينقل عنهما أكثر من الرضى بحكمه خاصة، وذلك لا يصير الحكم إليه قاضياً، وهو حينئذ كحاكم الإمام، ولا يجوز نقض حكمه إلا فيما ينقض من حكم غيره (في المال والقصاص والحد) كذا أطلقه الأصحاب، وقيده في «الوجيز» بحد القذف خاصة (والنكاح واللعان في ظاهر كلامه ذكره أبو الخطاب)، وجزم به في «الوجيز» وقدمه في «الفروع» لما ذكرنا من عموم الأحاديث. وظاهر كلامه: ينفذ في غير فرج كتصرفه ضرورة في تركة ميت في غير فرج، ذكره ابن عقيل. واختار الشيخ تقي الدين: نفوذ حكمه بعد حكم حاكم الإمام، وأنه إن حكم أحدهما خصمه أو حكما مفتياً في مسألة اجتهادية جاز، وأنه يكفي وصف القصة له. وينبغي أن يشهدا عليه بالرضى به قيل حكمه لئلا يجحد المحكوم عليه منهما. وإن رجع أحدهما قبل أن يشرع منه جاز، وإن رجع بعده قبل تمامه فوجهان. قال ابن حمدان: ليس له الرجوع بعد الرضى بحكمه. فائدة: له أن يشهد على نفسه بحكمه، ويلزم الحكام قبوله، وكتابه ككتاب حاكم الإمام. (وقال القاضي: لا ينفذ إلا في المال) خاصة هذه رواية حكاها في «الفروع» وغيره، لأنه أسهل من غيره، فيجب الاقتصار عليه. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 26

بَابُ أَدَبِ الْقَاضِي

الأدبُ: بفتح الهمزة والdal، وضمها لغة إذا صار أدبياً في خُلق أو علم. فأدبُ القاضي أخلاقه التي ينبغي له أن يتخلق بها، والخلق صورته الباطنة/(ينبغي) أي: يسن (أن يكون قوياً من غير عنف) لئلا يطمع فيه الظالم، والعنف ضد الرفق/(ليناً من غير ضعف) لئلا يهابه صاحب الحق، وظاهر «الفصول» يجب ذلك. (حليماً) لئلا يغضب من كلام الخصم، فيمنعه ذلك من الحكم بينهم/(ذا أناة) الأناة اسم مَصْدَرٍ، لئلا يؤدي إلى عجلته (وفطنة) لئلا يخدع كغيره (بصيراً بأحكام الحكام قبله) لقول علي: لا ينبغي للقاضي أن يكون قاضياً حتى يكون فيه خمس خصال: عفيف، حليم، عالم بما كان قبله يستشير ذوي الألباب، لا يخاف في الله لومة لائم ورعاً ليؤمن منه مع ذلك أخذ ما لا يحل عفيفاً هو الذي يكف عن الحرام، ولأنه لا يطمع في ميله معه بغير حق. فرع: إذا افتأت عليه الخصم ففي «المغني» له تأديبه والعفو. وفي «الفصول» يزره فإن عاد عزره. وفي «الرعاية»: ينتهره ويصيح عليه قبل ذلك: وظاهره يختص بمجلس الحكم وفيه نظر كالإقرار وفي غيره، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك لكثرة المتظلمين على الحكام وأعاونهم فجاز فيه وفي غيره. ولهذا شق رفعه إلى غيره، فأدبه

بنفسه مع أنه حق له (وإذا ولي في غير بلده سأل عمن فيه من الفقهاء والفضلاء والعدول) ليعرف حالهم حتى يشاور من هو أهل للمشاورة ويقبل شهادة من هو من أهل العدالة (وينفذ عند مسيره من يعلمهم يوم دخوله ليلتقوه) لأن في تلقيه تعظيماً له، وذلك طريق لقبول قوله ونفوذ أمره، وقال جماعة يأمرهم بتلقيه (ويدخل البلد يوم الاثنين أو الخميس، أو السبت) كذا في «المحرر» و«الوجيز» و«الفروع». لقوله عليه السلام: «بُورِكَ لأمتي في سبتها وخميسها». وروى أن النبي كان إذا قدم من سفر، قدم يوم الخميس، ولأن الإثنين يوم مبارك. وفي «الكافي» يستحب أن يدخل يوم الخميس. وذكر آخرون يستحب يوم الإثنين، فإن لم يقدر فيوم الخميس. وفي «المستوعب» وغيره:

(10/133)

أو السبت (لابساً أجمل ثيابه) أي: أحسنها «لأن الله جميل يحب الجمال» ويستحب أن تكون سوداً، وإلا فالعمامة فقد قال في «التبصرة» وكذا أصحابه وظاهر كلامهم غير السواد أولى للأخبار. وأنه يدخل ضحوة لاستقبال الشهر، ولا يتطير بشيء وإن تفاعل فحسن (فيأتي الجامع) لأنه الموضع الذي يجتمع فيه أهل البلد للطاعة، وهو أوسع
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 29
الأمكنة (فيصل في ركعتين) لأن النبي كان إذا قدم من سفر، بدأ بالمسجد فصلى فيه ركعتين (ويجلس مستقبل القبلة) لأن خير المجالس ما استقبل به القبلة (فإذا اجتمع الناس، أمر بعهدة فقرئ عليهم) أي على الحاضرين ليعلموا توليته، ويعلموا احتياط الإمام على اتباع أحكام الشرع والنهي عن مخالفته، وقد روى المولى عنده ويعلموا حدود ولايته ومافوض إليه الحكم فيها (وأمر من ينادي من له حاجة فليحضر يوم كذا) ليعلم من له حاجة، فيقصد الحضور لفصل حاجته. وفي «التبصرة» وليقل من كلامه إلا لحاجة للخبر (ثم يمضي إلى منزله) ليستريح من نصب سفره، وبعد أمره، ويرتب نوابه، ليكون خروجه على أعدل أحواله (وينفذ فيتسلم ديوان الحكم) بكسر الدال، وحكي فتحها، وهو فارسي مُعَرَّب (من الذي كان قبله) وهو الدفتر المنصوب ليثبت حجج الناس ووثائقهم وسجلاتهم وودائعهم، ولأنه الأساس الذي يبنى عليه وهو في يد الحاكم بحكم الولاية، وقد صارت إليه، فوجب أن ينتقل ذلك إليه. قال في «التبصرة» وليأمر كاتباً ثقةً يثبت ما تسلمه بمحضر عدلين (ثم يخرج اليوم الذي وعد بالجلوس فيه على أعدل أحواله غير غضبان ولا جائع ولا شبهان ولا حاقد ولا مهموم بأمر يشغله عن الفهم) ليكون أجمع لقلبه وأبلغ في تيقظه للصواب. ولأنه عليه السلام قال: «لا يقضي القاضي، وهو غضبان» متفق عليه من حديث أبي بكر. صرح بالغضب، والباقي بالقياس عليه (فيسلم على من يمر به) من المسلمين، ولو كان صيباً، لأن السنة سلام المار على الممرور

(10/134)

به (ثم يسلم على من في مجلسه) لأن السنة سلام الداخل على أهل المجلس / (ويصلي تحية المسجد إذا كان في المسجد) لقوله عليه السلام: «إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين» والأخير قاله معظم الأصحاب. والأفضل الصلاة (ويجلس على بساط) ونحوه في الأشهر لأنه أبلغ في هيئته وأوقع في النفوس وأعظم لحرمة الشرع. وظاهره: أنه لا يجلس على التراب، ولا على حصير المسجد. لكن قال في «الشرح»: وما ذكر من جلوسه على البساط دون تراب وحصير لم ينقل عن النبي ولا عن أحد من خلفائه، والإقتداء بهم أولى، فيكون وجوده وعدمه سواء، وفي «المستوعب»: أنفذ بساطاً أولبداً أو حصيراً أو غير ذلك ليفرش له في مجلس حكمه. وفي «الرعاية» بسكينة ووقار. وفي «الكافي»: ويسط تحته شيئاً يجلس عليه ليكون أوقر له (ويستعين بالله ويتوكل عليه ويدعوه سرّاً أن يعصمه من الزلزل، ويوفقه للصواب، ولما يرضيه من القول والعمل) لأن رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 29

(10/135)

ذلك مطلوب مطلقاً، ففي وقت الحاجة أولى، والقاضي أشدّ الناس إليه حاجة) ويجعل مجلسه في مكان فسيح كالجامع) ويصونه عما يكرهه/(والفضاء والدار الواسعة في وسط البلد إن أمكن) ليكون ذلك أوسع على الخصوم وأقرب إلى العدل. وعلم منه أنه لا يكره القضاء في الجامع والمساجد. لحديث كعب بن مالك متفق عليه. وروي عن عمر وعثمان وعلي أنهم كانوا يقضون في المسجد. وقال مالك: هو السنة، والقضاء فيه من أمر الناس القديم، فإن اتفق لأحد من الخصوم مانع من دخوله كحيض وكفر، وكيلاً، أو ينتظر حتى يخرج، فيحاكم إليه/(ولا يتخذ حاجباً ولا بواباً). لقول النبي: «ما من إمام أو والٍ يغلق بابه دون ذوي الحاجة والخلة والمسكنة إلا أغلق الله أبواب السماء دون خلته وحاجته ومسكنته» إسناده ثقات، رواه أحمد والترمذي، وقال: غريب. ولأن الحاجب ربما قدم المتأخر وآخر المتقدم لغرض له (إلا في غير مجلس الحكم إن شاء) وفي «الفروع» وغيره: إلا من عُذر لأنه قد تدعو حاجته إلى ذلك، ولا مضرة على الخصوم فيه، لأنه ليس بوقت للحكومة. وفي «المحرر» و«الوجيز» المنع مطلقاً. وفي «المذهب» يتركه ندباً. وفي «الأحكام السلطانية» ليس له تأخير الخصوم إذا تنازعا إليه بلا عذر ولا له أن يحتجب إلا في أوقات الاستراحة. وفي «المستوعب»: ينبغي أن يكون على رأسه من يرتب الناس (ويعرض القصص) ليقضي حوائج أصحابها (فيبدأ بالأول فالأول) كمالو سبق إلى موضع مباح (ولا يُقدم السابق في أكثر من حكومة واحدة) لئلا يستوعب المجلس بدعاويه فيضر بغيره، ولأنه مسبوق بالنسبة إلى الثانية، لأن الذي يليه سبقه بالنسبة إلى الدعوى الثانية. وقيل: يقدم من له بينة لئلا تضجر البينة، وفي «الرعاية»: يكره تقديم متأخر (فإذا حضروا دفعة واحدة، وتشاحوا، قدم أحدهم بالقرعة) لأنها مشروعة للترجيح في غير هذا الموضع، فكذا هنا. وفي «المحرر» و«الوجيز»: يقدم المسافر المرتحل، زاد في «الرعاية» والمرأة في حكومات يسيرة.

(10/136)

فعلى هذا إن كان المسافرون مثل المقيمين أو أقل، وفي تقديمهم ضرر اعتبر رضى المقيمين، وقيل: إن كانوا مثلهم أو أكثر سوى بينهم، فإن ادعى كل منهم أنه حضر قبل الآخر ليدعى عليه، فهل يقدم الحاكم من بناء منهما أو يصرفهما حتى يتفقا، أو يقرع بينهما، أو يحلف كل منهما للآخر؟ فيه أوجه. والإعتبار بسبق المدعى، لكن قدم المتأخر أو عكس، صح قضاؤه مع الكراهة. (ويعدل بين الخصمين) لزوماً في الأصح (في لحظة ولفظه ومجلسه والدخول عليه). لما روى عمرو بن أبي شبة في كتاب «قضاة البصرة» عن أم سلمة أن النبي قال: «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين، فليعدل بينهم في لفظه وإشارته ومقعده ولا يرفعن صوته على أحد الخصمين ما لا يرفعه على الآخر». وكتب عمر إلى أبي موسى: واس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يئأس الضعيف من عدلك، ولا يطمع الشريف في حيفك رواه الدارقطني من رواية عبد الله بن أبي حميد الهذلي وهو واهٍ، ولأنه ربما لم يفهم حجته، فيؤدي إلى ظلمه وانكسار قلبه، وقدم في «الرعاية» أن ذلك يسئ (إلا أن يكون أحدهما كافراً، فيقدم المسلم عليه في الدخول، ويرفعه في الجلوس) هذا هو الأشهر. لما روى حكيم بن حزام عن الأعمش، عن إبراهيم التيمي قال: وجد عليّ درعه مع يهودي فقال درعي سقطت وقت كذا فقال اليهودي: درعي في يدي وبينني وبينك قاضي المسلمين. فارتفعا إلى شريح فلما راه شريح، قام من مجلسه وأجلسه في موضعه، وجلس مع اليهودي بين يديه، فقال علي: لو كان خصمي مسلماً لجلست معه بين يديك، ولكن سمعت النبي قال: «لا تساوهم في المجلس» وإسناده فيه ضعيف. وإظهار لشرف الإسلام (وقيل: يسوي بينهما) لأن العدل يقتضي ذلك كالمسلمين. قال ابن المنجا: والأول أولى لحديث علي، وهو واجب التقديم لأنه خاص، والخاص يجب تقديمه. وفي «المحرر» يفضل عليه دخولاً، وأما جلوساً فعلى وجهين (ولا يسار أحدهما) لما فيه من كسر قلب صاحبه، وربما أدى إلى ضعفه عن إقامة حجته (ولا يلقنه

(10/137)

حجته) لأنه عليه أن يعدل بينهما، ولما فيه من الضرر على صاحبه ولا يضيفه. لما روى عن علي أنه نزل رجل فقال: ألك خصم قال: نعم قال: تحول عنا، فإني سمعت رسول الله يقول: «لا تضيفوا أحد الخصمين إلا ومعه خصمه» وفي «الكافي»: لا ينبغي ذلك (ولا يعلمه كيف يدعى في أحد الوجهين) وهو المذهب لما فيه من الإعانة على خصمه وكسر قلبه. وفي الآخر: (يجوز له تحرير الدعوى له إذا لم يحسن تحريرها) لأنه لا ضرر على خصمه في ذلك، ولأن في ترك تعليمه تسبباً إلى تأخير حقه وعدم الفصل بينه وبين غريمه وفي «مختصر ابن رزين» يسوي بين خصمين في مجلسه ولحظة ولفظه، ولو ذمياً في وجهه. فرع: ما لزم ذكره في الدعوى من شرط أو سبب أو غيرهما إذا لم يذكره أن الحاكم يسأل عنه ليذكره ويحرره، ذكره في «المحرر» و«الوجيز» وغيرهما (وله أن يشفع إلى خصمه لينظره أو يضع عنه أو يزن عنه) كذا في «الكافي» و«الشرح» و«الوجيز» لما روى سعيد ثنا ابن المبارك أنا

معمر عن الزهري عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك أن معاذاً أتى النبي فكلمه ليكلم غرماءه، فلو تركوا الأخذ لمعاذ لأجل رسول الله مرسل جيد. ونقل حنبل أن كعب بن مالك تقاضى ابن أبي حدود ديناً عليه وأشار إليه النبي بيده: أن ضع الشطر من دينك. قال: قد فعلت، قال النبي «قم فاعطه». قال أحمد: هذا حكم من النبي . وقال ابن حمدان: يحتمل منع وزنه عنه وفي سؤال الوضع عنه رواية ذكرها في «المحرر» و«الرعاية». فرع: إذا سلم أحدهما رد عليه وفي «الترغيب»: يصير ليرد عليهما معاً إلا أن يتمادي عُزْفاً. وقيل: يكره قيامه لهما نقل عبد الله سنة القاضي أن يجلس الخصمان بين يديه لأمره عليه السلام بذلك (وينبغي) أي يسن (أن يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب إن أمكن) حتى إذا حدثت حادثة، سألهم عنها ليذكروا أدلتهم فيها، وجوابهم عنها فإنه أسرع إلى اجتهاده وأقرب إلى صوابه فإن حكم باجتهاده فليس لأحد الاعتراض عليه لأن فيه افتتاتاً عليه إلا أن يحكم

(10/138)

بما يخالف نصاً أو إجماعاً) ويشاورهم فيما يشكك عليه) لقوله تعالى: رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 29 {وشاورهم في الأمر} (آل عمران: 159) وقد شاور النبي أصحابه في أسارى بدر وشاور أبو بكر في ميراث الجدة وعمر في دية الجنين وشاور في حد الخمر ولا مخالف في استحباب ذلك والمشاورة هنا لاستخراج الأدلة ويعرف الحق بالاجتهاد. قال أحمد: ما أحسنه لو فعله الحكام يشاورون وينتظرون (فإن اتضح له حكم) ولا يحل له تأخيره لما فيه من القضاء بالجهل (ولا يقلد غيره وإن كان أعلم منه) لأن المجتهد لا يجوز له التقليد ولو ضاق الوقت كالمجتهدين في القبلة. نقل ابن الحكم عليه أن يجتهد قال عمر والله ما يدري عمر أصاب الحق أم أخطأ ولو كان حكم بحكم عن رسول الله لم يقل هذا ونقل أبو الحارث لا تقلد أمرك أحداً وعليك بالأثر وقال الفضل بن زياد لا تقلد دينك الرجال فإنهم لن يسلموا أن يغلطوا وقال ابن حمدان وإن كان الخصم مسافراً يخاف فوت رفقته يحتمل وجهين وإن فوضه إلى من اتضح له وهو أهل للقضاء صح. قال أبو الخطاب وحكى أبو إسحاق الشيرازي أن مذهبنا جواز تقليد العالم للعالم وهذا لا يعرف عنهم. واختار أبو الخطاب إن كانت العبادة مما لا يجوز تأخيرها كالصلاة فعلها بحسب حاله وبعيد إذا قدر كمن عدم الطهورين فلا ضرورة إلى التقليد ولأن العامي لا يسقط عنه فرضه وهو التقليد بخوف فوت وقته. وقال أحمد في رواية المروزي إذا سئلت عن مسألة لا أعرف فيها خبراً قلت فيها بقول الشافعي لأنه إمام عالم من قريش. وقد قال النبي «عالم قريش يملأ الأرض علماً». فرع: إذا حكم ولم يجتهد ثم بان أنه حكم بالحق لم يصح ذكره ابن عقيل (ولا يقضي وهو غضبان) غضباً كثيراً لخبر أبي بكر أن النبي قال «لا يقضين حاكم بين اثنين وهو غضبان» متفق عليه لأنه ربما حمله الغضب على الجور في الحكم، وفيه من الوعيد ما رواه ابن أبي أوفى مرفوعاً «إن الله تعالى مع القاضي مالم

(10/139)

يجر فإذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان» رواه الترمذي - ولا حاقن ولا في شدة العطش والجوع والهم والوجع والنعاس والبرد المؤلم والحرّ المزعج) قياساً على المنصوص عليه ومثله شهوة نكاح وكسلٍ وحزنٍ وخوفٍ وفرحٍ غالب لأنها تمنع حضور القلب واستيفاء الفكر الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب، فهو في معنى الغضب (فإن خالف وحكم فوافق الحق نفذ حكمه) في الأصح لأنه عليه السلام حكم للزبير في شراح الحرة وهو غضبان متفق عليه (وقال القاضي: لا ينفذ) لأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه (وقيل إن عرض ذلك بعد فهم الحكم جاز وإلا فلا) لأن ذلك إنما يمنع من الحكم معه لما فيه من إشغال الفهم وذلك مفقود فيما إذا عرض بعد فهم الحكم موجود فيما إذا عرض قبله ولغضبه عليه السلام في قضية الزبير. قال الشيخ مجد الدين «في أحكامه»: باب النهي عن الحكم في حال الغضب إلا أن يكون يسيراً لا يشغل ثم ذكر قصة أبي بكره والزبير. لكن ذكر ابن نصر الله أن النبي كان له أن يقضي حالة غضبه (ولا يحل له أن يرتشي) الرشوة بتثليث الرأى وقد اتفق العلماء على تحريمها. لما روى عبد الله ابن عمرو أن النبي قال: «لعنة الله على الراشي والمرتشي» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه، وإسناده ثقات. ورواه أحمد والترمذي وحسنه من حديث أبي هريرة وزاد «في الحكم» وفيه عمرو بن أبي سلمة ورواه أحمد من حديث ثوبان وزاد والرايش يعني الذي يمشي بينهما بها. فإن رشاه على واجب، أوليدفع ظلمه، فقال عطاء، وجابر بن زيد، والحسن: لا بأس أن يصانع عن نفسه، ولأنه يستفيد ماله كما يستفيد الرجل أسيره. (ولا يقبل الهدية) لما روى أبو حميد الساعدي، قال رسول الله: «هدايا العمال غلول» رواه أحمد من رواية إسماعيل بن عياش، عن يحيى ابن سعيد. وعنه قال: بعث النبي رجلاً من الأزدي قال له: ابن اللثبية على الصدقة، فقال: هذا لكم، وهذا أهدي إلي، فقام النبي فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «ما بال العامل

(10/140)

نبعته، فيجيء فيقول: هذا لكم، وهذا لي، ألا جليس في بيت أبيه، فينظر: أيهدى إليه أم لا؟ والذي نفس محمد بيده، لا نبعث أحداً منكم، فيأخذ شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة، إن كان بغيراً له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر، ثم رفع يديه حتى رأيت عفرة إبطيه فقال: اللهم هل بلغت»، ثلاثاً. متفق عليه. وقال عمر بن عبد العزيز: كانت الهدية فيما مضى هدية، فأما اليوم، فهي رشوة، وقال كعب الأحمري: فرأيت في بعض ما أنزل الله على أنبيائه: الهدية تفقأ عين الحكم. (إلا ممن كان يهدي إليه قبل ولايته بشرط أن لا تكون له حكومة) لأن التهمة منتفية، لأن المنع إنما كان من أجل الاستمالة، أو من أجل الحكومة، وكلاهما منتف. ويستحب له التنزه عنها، وفي «الشرح» و«الرعاية»: إنه إن أحسن أنه يقدمها بين يدي حكومة، أو أنه فعلها حال الحكومة: أنه يحرم أخذها قال في «الكافي»: والأولى الورع عنها في غير حال الحكومة، لأنه لا يأمن أن يكون لحكومة منتظرة. تنبيه: إذا ارتشى الحاكم أو قبل هدية، فقيل: تؤخذ لبيت المال، لخبر ابن اللثبية. وقيل: ترد إلى مالكها، قدمه في «الشرح»

كمقبوض بعقد فاسد. وقيل: يملك بتعجيله المكافأة. فعلى الأول: هدية العامل للصدقات، ذكره القاضي، فدل أن في انتقال الملك في الرشوة والهدية وجهين، قال أحمد فيمن ولي شيئاً من أمر السلطان: لا أحب له أن يقبل شيئاً، يروي: «هدايا العمال غلول». والحاكم خاصة لا أحبه له إلا ممن كان له به خلطة وصلة ومكافأة قبل أن يلي. (ويكره أن يتولى البيع والشراء بنفسه) خصوصاً بمجلس حكمه لأنه يعرف فيحابي، فيكون كالهدية. ولأن ذلك يشغله عن أمور المسلمين. فإن تعذر ذلك أوشق، جاز لقضية أبي بكر رضي الله عنه. (ويستحب أن يوكل في ذلك من لا يعرف أنه وكيله)، لأنه أنفي للثمة، وجعلها الشريف وأبو الخطاب كهدية الوالي. سأله حرب: هل فرع. لو تضيف رجلاً، فظاهر كلامهم يجوز. وفي «الفنون»: له أخذ الصدقة.

(10/141)

)
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 29
ويوصي الوكلاء والأعوان على بابه بالرفق بالخصوم وقلة الطمع) تنبها لهم على الفعل الجميل اللائق بمجالس الحكام والقضاة (ويجتهد أن يكونوا شيوخاً أو كهولاً من أهل الدين والعفة والصيانة) لأن في ضد ذلك ضرراً بالناس فيجب أن يوصيهم بما يزول به الضرر عنهم والكهول والشيوخ أولى من غيرهم لأن الحاكم يأتيه النساء وفي اجتماع الشباب بهن ضرر (ويتخذ كاتباً) أي يباح والأشهر أنه يسن لأنه عليه السلام استكتب زيدا وغيره ولأن الحاكم تكثر أشغاله فلا يتمكن من الجمع بينها وبين الكتابة فإن أمكنه ولاية ذلك بنفسه جاز والأولى الاستنابة. وظاهر كلام السامري: أنه لا يتخذ إلا مع الحاجة ويشترط فيه أن يكون (مسلماً) لقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا لاتتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالاً} (آل عمران: 118) (مكلفاً) لأن غير المكلف لا يوثق بقوله ولا يعول عليه فهو كالفاسق (عَدْلًا) لأن الكتابة موضع أمانة (حافظاً عالمياً) لأن في ذلك إعانة على أمره وأن يكون عارفاً قاله في «الكافي» لأنه إذا لم يكن عارفاً أفسد ما يكتبه بهله. قال في «الفروع» ويتوجه فيه مافي عامل الزكاة.

(10/142)

ويستحب أن يكون ورعاً نزهاً جيّد الخط (يجلسه بحيث يشاهد ما يكتبه) أي: يستحب أن يجلسه بحيث يشاهد ما يكتبه لأنه أبعد للثمة وأمكن لإملائه عليه وإن قعد ناحية جاز، لأن ما يكتبه يعرض على الحاكم. مسألة يشترط في القاسم أن يكون حاسباً لأنه عمله وبه يقسم فهو كالخط للكاتب والعفة للحاكم (ويجعل القمطر) هو بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء أعجمي معرب. وهو الذي تصان فيه الكتب (مختوماً بين يديه) لأنه أحفظ له من أن يُغيّر (ويستحب ألا يحكم إلا بحضور الشهود) ليستوفي بهم الحقوق ويثبت بهم الحجج والمحاضر ويحرم تعيينه قوماً بالقبول لأن من ثبتت عدالته وجب قبول شهادته (ولا يحكم لنفسه) أي لا ينفذ حكمه لنفسه لأنه لا يجوز أن يشهد لها ويتحاكم هو وخصمه الى قاضٍ آخر أو بعض خلفائه لأن عمر حاكم أبا إلى زيد،

وحاكم عثمان طلحة إلى جبير) ولا لمن لاتقبل شهادته له) ذكره بعضهم إجماعاً كشهادته له (ويحكم بينهم بعض خلفائه) لزوال التهمة (قال أبو بكر يجوز ذلك) هذا رواية في «المبهج» وقاله أبو يوسف وأبو ثور واختاره ابن المنذر كالأجانب وسواء كان الخصم منهم أو أجنبياً ذكره في «الرعاية» فإن كان الحكم بين والديه أو ولديه لم يجر في الأشهر. وقيل بلى لأنهما سواء عنده فارتفعت تهمة الميل، وله استخلاف والده وولده كحكمه لغيره بشهادتهما ذكره أبو الخطاب وابن الزاغوني وأبو الوفا.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 29

وزاد: إذا لم يتعلق عليهما من ذلك تهمة ولم يوجب لهما بقبول شهادتهما ريبة لم تثبت بطريق التزكية وقيل لا فإذا صار ولي اليتيم حاكماً حكم له على قول أبي بكر. فرع: لا يحكم وقيل لا يفتي على عدوه وجوز الماوردي الشافعي حكمه على عدوه لأن أسباب الحكم ظاهرة بخلاف الشهادة. واستشكله الرافعي بالتسوية بينهما في عمودي نسبة وأن المشهور لا يحكم على عدوه كالشهادة ولا تقل عن الحنفية ومنعه بعض متأخريهم كالشهادة.

(10/143)

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 29

فصل

(وأول من ينظر فيه أمر المحبسين) لأن الحبس عذاب وربما كان فيهم من لا يستحق البقاء فيه فاستحب البداءة بهم فيبعث ثقة إلى الحبس فيكتب اسم محبوس ومن حبسه وفيه حبسه (في رقعة منفردة) لأن ذلك طريق إلى معرفة الحال على ما هي عليه ولئلا يتكرر بكتابته في رقعة واحدة النظر في حال الأول منها فالأول بل يخرج واحدة منها بالاتفاق كما في القرعة (ثم ينادي في البلد أن القاضي ينظر في أمر المحبوسين غدا فمن له فيهم خصم فليحضر) كذا ذكره في «الكافي» و«المحرر» و«المستوعب» و«الرعاية» لأن في ذلك إعلماً بيوم جلوس القاضي وفي «الشرح» أن القاضي يأمر منادياً ينادي في البلد بذلك ثلاثة أيام وأنه يجعل الرقاع بين يديه فيمد يده إليها فما رفع في يده منها نظر إلى اسم المحبوس وقيل يخصه بقرعة (فإذا كان الغد وحضر القاضي أحضر رقعة فقال هذه رقعة فلان فمن خصمه؟) لأنه لا يمكنه الحكم إلا بذلك (فإن حضر خصمه نظر بينهما) لأنه لذلك ولي ولا يسأل خصمه لم حبسته لأن الظاهر أن الحاكم إنما حبسه لحق ترتب عليه ولكن يسأل المحبوس لم حبست؟ فإن قال: جئت بحق أمره بقضائه طلبه وخصمه فإن أبى وله موجود قضاه منه أو من ثمنه إن لم يكن كالمدعى به وفي «الشرح» قال له القاضي: اقضه وإلا رددتك إلى الحبس فإن ادعى عجزاً وكذبه خصمه أو عرف له مال ولا بيّنة تشهد بتلفه أو نفاذه أو عجزه أو عسرته أعيد حبسه إن طلبه غريمه لم يقضه قضاه الحاكم من موجوده أو ثمنه فإن تعذر أعيد حبسه بطلب غريمه وقيل إن حلف خصمه أنه قادر حبسه وإلحلف المنكر على التلف والإعسار وخلي كمن لم يعرف له مال وإن صدقه غريمه في عجزه وإعساره، أو ثبت بيّنة أطلق بلا يمين قدمه في «المستوعب» و«الرعاية» وقيل يحلف مع البيّنة لأنها تشهد بالظاهر ويحتمل أن يكون له مال لا يعلمه وإن أقام خصمه بيّنة بأن له ملكاً معيناً فقال هو لزيد فكذبه زيد بيع في الدين لأن

إقراره سقط بإكذابه. وكذا إن صدقه زيد ولم يكن له بينة، ذكره القاضي لأن البينة شهدت لصاحب اليد بالملك فتضمنت شهادتها وجوب القضاء منه فإذا لم تقبل شهادتها في حق نفسه قبلت فيما تضمنته لأنها حق غيره ولأنه متهم في إقراره لغيره.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 45

وفيه وجه يثبت الإقرار ويسقط البينة لأنها تشهد بالملك لمن لا يدعيه وينكره فإن صدقه زيد وله بينة فهو له لأن بينته قويت بإقرار صاحب اليد وإن علم رب الدين عسرتة حرم عليه حبسه ووجب إنظاره إلى يسرتة (فإن كان حبس في تهمة أو افتئات على القاضي قبله خلى سبيله) ذكره في «الشرح» و«المستوعب» و«الوجيز» لأن بقاءه فيه ظلم، ولأن المقصود التأديب وقد حصل وفي «المحرر» و«الرعاية» «الفروع» أن الحاكم إن شاء خلاه وإن شاء أبقاه بقدر ما يرى فأطلاقه بإذنه ولو في قضاء دين ونفقة فيرجع ووضع ميزاب بناء وغيره وأمره بإقامة نبيذ ذكره في «الأحكام السلطانية» وقرعته وإطلاق محبوس ذكره في الرعاية حكم يرفع الخلاف إن كان. ومثله تقدير مدة حبسه والمراد إذا لم يأمر ولم يأذن بحبسه. تنبيه إذا قال: حبست لتعديل البينة أعيد حبسه في الأصح إن طلبه خصمه وكان الأول قد حكم به وإلا نادى أنه حكم بإطلاقه وكذا إن قلنا لا يحبس في ذلك وصدقه خصمه فإن قال الخصم الحاكم قد عرف عدالة شهودي وحكم عليه بالحق قبل قوله وإن قال حبست لتكميل البينة فهو كما لو قال حبست لتعديلها وإن قال حبست في ثمن كلب أو خمر أرقته لذمي وصدقه خصمه أطلقه وفيه وجه أن الثاني ينفذ حكم الأول لأنه ليس له نقض حكم غيره باجتهاده. وفيه وجه يتوقف ويجتهد في المصالحة بينهما بشيء. وإن قال خصمه حبست بحق غير هذا صدق للظاهر وإن قال خصمي غائب ووكيله وأنا مظلوم كتب إليه ليحضر هو أو وكيله وإن تأخر بلا عذر ولم يجد من يحاكمه أطلق. ويحتمل أن يطلق مطلقاً كما لو جهل مكانه.

والأولى أن يضمن عليه ويطلق فإن تعذر الكفيل أطلقه إذا أيس من خصم له وكفيل (وإن لم يحضر له خصم، وقال: حبست ظلماً ولاحق علي ولا خصم لي نادى بذلك ثلاثاً فإن حضر له خصم) نظر بينهما (وإلا أحلفه وخلق سبيله): ذكره معظم الأصحاب لأن الظاهر أنه لو كان له خصم لظهر وفي «الرعاية» وقيل ثلاثة أيام تنبيه فعلة حكم كتزويج يتيمة وشراء عين غائبة وعقد نكاح بلا ولي ذكره المؤلف في الأخيرة وذكر الشيخ تقي الدين أنه أصح الوجهين. وذكر الأزجي فيمن أقر لزيد فلم يصدقه وقلنا يأخذه الحاكم ثم ادّعاه المقر لم يصح لأن قبض الحاكم بمنزلة الحكم بزوال ملكه. وفي «التعليق» و«المحرر» فعلة حكم إن حكم به هو أو غيره وفاقاً لفتياه فإذا قال حكمت بصحته نفذ حكمه باتفاق الأئمة. وسبق كلام الشيخ تقي الدين الحاكم ليس هو الفاسخ وإنما يأذن أو يحكم به

فمتى أذن أو حكم لأحد باستحقاق عقد أو فسخ لم يحتج بعد ذلك الى حكم بصحته لكن لو عقد هو أو فسخ فهو فعله وهل فعله حكم؟ فيه الخلاف المشهور مسائل حكمه بشيء حكمه بلزومه ذكره الأصحاب في أحكام مفقود. وثبوت شيء عنده ليس حكماً به على ما ذكره في صفة السجل وتنفيذ الحكم يتضمن الحكم بصحة المنفذ قاله شيخنا ابن نصر الله.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 45

وفي كلام الأصحاب ما يدل على أنه حكم وفي كلام بعضهم أنه عمل بالحكم وأجازة له وإمضاء كتنفيذ الوصية (ثم ينظر في الأيتام والمجانين والوقوف) لأن ذلك لا يمكنه المطالبة لأن الصغير والمجنون لا قول لهما وأرباب الوقوف كالفقراء والمساكين لا يتعينون وينظر أيضاً في الوصايا التي ليس لها ناظر معين. فلو نفذ الأول وصيته لم يعزله لأن الظاهر معرفة أهليته لكن يراعيه فدل أن إثبات صفة كعدالة وجرح وأهلية وصية وغيرها حكم (ثم في حال القاضي قبله) والأصح أنه لا يجب لأن الظاهر صحة قضايا من قبله.

(10/146)

وفي «المستوعب» قدمه في «الرعاية» ورجحه ابن المنجا أنه يجب، قيل: لا يجوز والأصح أن له النظر في حال من قبله (فإن كان ممن يصلح للقضاء ينقض من أحكامه إلا ما خالف نص كتاب وسنة) متواترة كانت أو أحاداً كقتل مسلم بكافر فيلزم نقضه نص غليهما وقيل متواتراً. وكذا ينقض حكم من جعل عين ماله عند من جرح عليه أسوة الغرماء نص عليه بخلاف ما إذا زوجت نفسها في الأصح (أو إجماعاً) لأنه يؤدي إلى نقض الحكم بمثله ويؤدي إلى أنه لا يثبت حكم أصلاً وقيل: ولو ظنياً، وقيل: وقياساً جلياً. ومقتضاه أنه ينقض إذا خالف ما ذكر لأنه حكم لم يصادف شرطه فوجب نقضه لأن شرط الاجتهاد عدم مخالفة ما ذكر ولأنه إذا وجد ذلك فقد فُرض كما لو حكم بشهادة كافرين. ولا فرق بين حقوق الله تعالى وحقوق الأدمي في ظاهر كلامه. وفي «المغني» أن حق الأدمي لا ينقضه إلا بمطالبتة بخلاف حق الله تعالى. وكذا ينقض حكمه بما لم يعتقده وفاقاً وفي «الإرشاد» هل ينقض بمخالفة صحابي يتوجه نقضه إن قيل بحجته كالنص. فرع: إذا حكم بشاهد وبميين لم ينقض ذكره بعضهم إجماعاً.

قال سعيد ثنا هشيم عن داود عن الشعبي أن النبي كان يقضي بالقضاء وينزل القرآن بغير ما قضى فيستقبل حكم القرآن ولا يبرد قضاءه الأول هذا مرسل. وقال محمد بن الحسن: ينقض وإذا تغيرت صفة الواقعة فتغير القضاء لم يكن نقضاً للقضاء الأول بل ردت للتهمة لأنه صار خصماً فيها والمخالفة قضية نقض مع العلم (وإن كان ممن لا يصلح نقض أحكامه وإن وافقت الصواب) في الأشهر في المذهب لأن حكمه غير صحيح وقضاؤه بمنزلة العدم لفقد شرط القضاء فيه (ويحتمل أن لا ينقض الصواب منها) قدمه في «الكافي» و«المستوعب» وصححه ابن المنجا وجزم به في الوجيز لأن الحق وصل إلى مستحقه فلم يجز نقضه لعدم الفائدة فيه.

(10/147)

فرع: إذا تغير اجتهاده قبل الحكم حكم بما يغير اجتهاده اليه وكذا إن بان فسق الشهود قبل الحكم بشهادتهم لم يحكم بها وإن كان بعده لم ينقضه. فائدة: ينظر في أمناء الحاكم قبله فمن فسق عزله ويضم إلى الضعيف أمينا وله إبداله ثم في الضوال واللقطة (وإن استعداده أحد على خصم له) حاضر بما تتبعه الهمة (أحضره) لزوما في الأصح.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 45

قال في «المستوعب» هو اختيار أكثر شيوخنا لأن ضرر فوات الحق أعظم من حضور مجلس الحكم وللمتعدى عليه أن يوكل من يقوم مقامه إن كره الحضور ولو طلبه خصمه أو حاكم ليحضر مجلس الحكم حيث يلزم الحاكم إحضاره بطلب منه لزمه الحضور (وعنه لا يحضره حتى يعلم أن لما ادعى أصلاً). روي عن علي لما فيه من تبذيل أهل المروءات وإهانة ذوى الهيئات وفي «المستوعب» إن كان يعلم أن مثله لا يعامله لا يحضره حتى يحترر دعواه، وهذه رواية اختارها أبو بكر وأبو الخطاب وقدمها في «الرعاية» ومتى لم يحضر لم يرخص له في تخلفه وإلا أعلم الوالي به فإذا حضر فله تأديبه (وإن استعداد على القاضي قبله سأل عما يدعيه) أي يعتبر تحرير الدعوى في حقه (فإن قال لي عليه دين من مُعاملة أو رشوة راسله) لأن ذلك طريق إلى استخلاص الحق لما في إحضاره من الإمتهان وتسليط أعوانه عليه ولا يؤمن مَعَهُ امتناع وصول الصالح للقضاء من الدخول فيه ولم يذكر في «المغني» و «الكافي» مراسلة بل يحضره والأول أظهر فإن اعترف بذلك أمره بذلك أمره بالخروج منه) لأن الحق توجه عليه باعترافه (وإن أنكر وقال إنما يريد تبذيلي فإن عرف أن لما ادعاه أصلاً أحضره) لأن ذلك تعين طريقا إلى استخلاص حق المستعدي (وإلا فهل يحضره) إذا لم يعلم على (روايتين) سبقتا (وإن قال حكم عليّ بشهادة فاسقين) عمدا (فأنكر فالقول قوله) أي: قول الحاكم (بغير يمين) لأنه لو لم يقبل قوله في ذلك لتطرق المدعى عليهم إلى إبطال ما عليهم من

(10/148)

الحقوق بالقول المذكور وفي ذلك ضرر عظيم واليمين تجب للثمة و القاضي ليس من أهلها وقيل تجب يمينه لإنكاره لكن إن قال: حكمتُ بشهادة عدلين صدق بلا يمين. فرع: إذا قال حكم علي بشهادة فاسقين أو عدوين أو جار علي في الحكم وله بينة أحضره أو وكيله وحكم بها وإن لم تكن بينة ففي إحضاره قبل المعرفة وجهان: أحدهما: يحضره لجواز أن يعترف وكما لو ادعى عليه مالا. والثاني: لا لأن فيه امتهانا، وأعداء القاضي كثيرة فإن أحضره فاعترف عليه وإن أنكره قبل قوله بغير يمين وإن ادعى أنه قتل ابنه ظلما فهل يحضره من غير بينة؟ فيه وجهان فإن أحضره فاعترف حكم عليه وإلا قبل قوله بغير يمين (وإن قال الحاكم المعزول كنت حكمت في ولايتي لفلان على فلان بحق قبل قوله) إذا كان ممن يسوغ له الحكم نص عليه. زاد في «الرعاية» ما لم يتهم لأن عزله لا يمنع من قبوله قوله كما لو كتب كتابا إلى قاض آخر ثم عُزِلَ ووصل الكتاب بعد عزله لزم المكتوب إليه قبول كتابه بعد عزل كاتبه ولأنه أخبر بما حكم به وهو غير متهم أشبه حال ولايته. وقال بعض المتأخرين يقبل

قوله مَا لم يشتمل على إبطال حكم حاكم وهو حسن (ويحتمل أن لا يقبل) وهو قول أكثر الفقهاء ثم اختلفوا فقال ابن أبي ليلى و الأوزاعي هُو بمنزلة الشاهد إذا كان معهُ شاهد آخر. وقال أبو حنيفة : لا يقبل إلا شاهدان سواء وهو ظاهر مذهب الشافعي وذكر ابن أبي موسى أنه يتوجه كقول الأوزاعي وكقول الحنفية. فأما إن قال في حال ولايته قبل قوله لأن من ملك الحكم ملك الإقرار به كالزوج إذا أقر بالطلاق ولأنه لو أخبر أنه رأى أنه رأى كذا وكذا فحكم به قُبِلَ. وعلى الأول إذا قال: حكمت بعلمي أو بالنكول أو شاهد وبمين قُبِلَ وإن قال حكمت ولم يصفه إلى بينة ولا غيرها قبل (وإن ادعى على امرأة غير برزة) أي ليست معتادة أن تخرج في حوائجها (لم يحضرها) لما فيه من المشقة والضرر (وأمرها بالتوكيل) لأجل

(10/149)

فصل الخصومة ولأنه يقوم مقامها فلا يتنزل من غير حاجة إلى ذلك (وإن وجبت عليها اليمين أرسل إليها من يحلفها) لأن إحضارها غير مشروع، واليمين لا بد منها. وهذا طريقه فبيعت أميناً معهُ شاهدان فيستحلفها بحضرتها. وذكر القاضي : إن الحاكم يبعث من يقضي بينها وبين غريمها في دارها. لقوله عليه السلام: «واغد يا أنيس» الخبر والأول أولى لأنه أستر وربما منعها الحياء من النطق بحجتها سيما مع جهلها بالحجة وذكر السامري أنه يخير وأطلق في «الانتصار» النص فيها واختاره إن تعذر الحق بدون حضورها وإلا لم يحضرها. وأطلق ابن شهاب وغيره إحضارها لأن حق الأدمي مبني على الشح والضيق والمدة يسيرة كسفرها من محلة وحكم المريض كذلك لأنه يشق عليه السعي والحركة فأما إن كانت برزة أي: يبرز لحوائجها غير مخدرة فإنه يحضرها. ولا يعتبر لخروجها محرم نص عليه كسفر الهجرة (وإن ادعى على غائب عن البلد في موضع لا حاكم فيه، كتب إلى ثقات من أهل ذلك الموضع (ليتوسطوا بينهما) نقول إذا استعدى على غائب في ولاية القاضي لم يكن له أن يعدي عليه وإن كان في ولايته وله هناك خليفة فإن كانت له بينة ثبت له الحق عنده وكتب إلى خليفته ولم يحضره وإن لم تكن له بينة حاضرة نقد إلى خصمه ليحاكمه عند خليفته فإن لم يكن له خليفة كان فيه من يصلح للقضاء أذن له في الحكم بينهما وإن لم يكن فيه من يصلح بعث إلى ثقة يتوسط بينهما لأن ذلك طريق إلى قطع الخصومة مع عدم المشقة الحاصلة بالإحضار (فإن لم يقبلوا) أي إذا تعذر أو أبى الخصمان قبول ذلك (قيل للخصم حرر ما تدعيه) لأنه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وقيمة الكلب فلا يكلف الحضور لما لا يقضى عليه به مع المشقة فيه بخلاف الحاضر (ثم يحضره وإن بعدت المسافة) ذكره الأصحاب وهو المذهب لأنه لا بد من فصل الخصومة وقد تعين بذلك وقيل: لدون مسافة القصر. وعنه: لدون يوم جزم به في «التبصرة»

(10/150)

وزاد بلا مؤنة ومشقة. وفي «الترغيب» لا يحضره مع البعد حتى تتحرر دعواه وفيه يتوقف إحضاره على سماع البيّنة إن كان مما لا يقضى فيه بالنكول. قال وذكر بعض أصحابنا لا يحضره مع البعد حتى يصح عنده ما ادعاه تنبيه: إذا ادعى قبله شهادة لم تسمع ولم يعد عليه ولم يحلف خلافا للشيخ تقي الدين وهو ظاهر نقل صالح وحنبل . ولو قال أنا أعلمها ولا أؤديها فظاهر ولو نكل لزمه ما ادعى به إن قيل كتمانها موجب لضمان ما تلف ولا يبعد كما يضمن من ترك الإطعام الواجب وكونه لا يحصل المقصود لفسقه لا ينفي ضمانه في نفس الأمر والله أعلم.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 45

(10/151)

بَابُ طَرِيقِ الْحُكْمِ وَصِفَتِهِ

طريق كل شيء ما توصل به إليه والحكم الفصل (إذا جلس إليه الخصمان) المستحب أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم أو يجلسهما لذلك. لما روى عبد الله بن الزبير قال: قضى رسول الله أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم رواه أحمد و أبو داود لأن ذلك أمكن للحاكم منع العدل بينهما والإقبال عليهما والنظر في خصومتهم. وفي «الرعاية» إذا جاءه خصمان فجلسا بين يديه أو اجلسهما حاجبه أو أذن لهما الحاكم بذلك أو عن جانبه إن كانا شريفين أو كبيرين (فله أن يقول من المدعي منكما؟) هذا هو الأشهر لأن ذلك طريق إلى معرفة المدعي من المدعى عليه (وله أن يسكت حتى يتبدئا) لأن كلامه يستدعي طالبا له ولم يوجد وقيل: بل يسكت حتى يدعي أحدهما ويقول القائم على رأسه: من المدعي منكما؟ إن سكتا جميعاً ولا يقول الحاكم ولا حاجبه لأحد منهما تكلم لأن في إفراده بذلك تفضيلاً له وتركا للإنصاف (فإن سبق أحدهما بالدعوى قدمه) لأن للسابق حق تقدم فلو قال الخصم: أنا الخصم لم يلتفت إليه (وإن ادعى معا قدم أحدهما بالقرعة) هذا قياس المذهب لأنها مرجحة عند الأزحام بدليل الإمامة والأذان وقيل: من شاء الحاكم قدم منهما واستحسن ابن المنذر أن يسمع منهما جميعاً وقيل: يؤخرهما حتى يتبين من المدعي منهما (فإذا انقضت حكومته سُمع دعوى الآخر) لأن التزاحم قد زال وقال النبي: « يا علي إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء» رواه أحمد و أبو داود و الترمذي قال في «عيون المسائل»: ولا ينبغي للحاكم أن يسمع شكية أحد إلا ومعه خصمه هكذا ورد عن النبي { } (ثم يقول للخصم: ما تقول فيما ادعاه؟) قدمه وصححه أكثر الأصحاب، لأن ظاهر الحال يقتضي ذلك (ويحتمل أن لا يملك سؤاله حتى يقول المدعي: اسأل سؤاله عن ذلك) هذا وجه كالحلم (فإن أقر له) سواء كان قبل السؤال أو بعده لزمه ما ادعى عليه به ولكن (لم يحكم

(10/152)

له حتى يُطالبه المُدَّعي بالحكم) ذكره السامري والمجد وجزم به في «الوجيز» وقدمه في «الكافي» و«الشرح» لأن الحكم عليه حق له فلا يستوفيه إلا بمسألة مستحقة واختار جمع له الحكم قبل مسألة المدعي وهو الظاهر لأن الحال يدل على إرادته فاكتفى بها كما اكتفى في مسألة المدعي عليه الجواب لأن كثيراً من الناس لا يعرف مُطالبة الحاكم بذلك فيترك مطالبته لجهله فيضيع حقه ولأنه لم ينقل عن النبي رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 56

(10/153)

{ } ولا عن أحد من خلفائه فاشتراطه ينافي ظاهر حالهم. وفي «الترغيب» إذا أقر فقد ثبت ولا يفتقر إلى قوله: قضيت في أحد الوجهين بخلاف قيام البينة لأنه يتعلق باجتهاده. فرع: إذا قال الحاكم يستحق عليك كذا فقال نعم لزمه ذكره في «الواضح» (وإن أنكر مثل أن يقول المدعي: أقرضته ألفاً أو بعته فيقول: ما أقرضتني ولا باعني أو ما يستحق على ما ادعاه ولا شيئاً منه أو لا حق له علي صح الجواب) لنفيه عين ما ادعى عليه ولأن قوله: لا حق له علي نكرة في سياق النفي فتعم بمنزلة قوله: ما يستحق على ما ادعاه ولا شيئاً منه وهذا ما لم يعترف بسبب الحق فلو ادعت من يعترف بأنها زوجته المهر فقال: لا تستحق علي شيئاً لم يصح الجواب ويلزمه المهر إن لم يقم بينة بإسقاطه لجوابه في دعوى قرض اعترف به لا يستحق علي شيئاً ولهذا لو أقرت في مرضها: لا مهر لها عليه لم تقبل إلا بينة أنها أخذته نقله مهناً أو أنها اسقطته في الصحة تنبيه: لو ادعى بدينار فقال: لا يستحق علي حبة فليس بجواب عند ابن عقيل. لأنه لا يكتفى في رفع الدعوى إلا بنص لا بظاهر. وقال الشيخ تقي الدين: يعم الحبات وما لم يندرج في لفظ: حبة من باب الفحوى إلا أن يقال: نعم حقيقة عرفية. ولو قال: لي عليك مائة فقال ليس لك علي مائة اعتبر في الأصح قوله ولا شيء منها كاليمين فإن نكل عن ما دون المائة حكم عليه بمائة إلا جزءاً. وإن قلنا برد اليمين خلف المدعي على ما دون المائة إذا لم يسند المائة إلى عقد لكون اليمين لا تقع إلا مع ذكر النسبة كمطابق الدعوى ذكره في «الترغيب» (وللمدعي أن يقول: ألي بينة) لأن الحق طريق له والبينة طريق إلى تخليصه (وإن لم يقل قال له الحاكم: ألك بينة). لقوله عليه السلام للحضرمي: «لك بينة؟ قال لا رواه مسلم وفيه: فلك يمينه» فإن كان المدعي عارفاً بأنه موضع البينة خير الحاكم بين أن يقول ذلك وبين السكوت. وظاهر «المحرر»: ولا

(10/154)

يقوله (فإن قال لي بينة، أمره بإحضارها) لأنه طريق إلى تخلص الحق. وفي «المستوعب» و«الرعاية»: يقول له: أحضرها إن شئت، وفي «المغني» أن المدعي إذا قال: لي بينة لم يقل له الحاكم أحضرها لأن ذلك حق له فله أن يفعل ما يرى. قال ابن المنجا: فيحمل أمره بالإحضار على الإذن فيه لأن حمل الأمر على حقيقته ينافي ما ذكره في «المغني» (فإذا أحضرها) لم يسألها

(10/155)

له فإذا سأل المدعي سؤالها لم يقل: اشهدا ولا يلقنهما وفي «المستوعب» لا ينبغي و في «الموجز» يكره كنعتهما (سمعها الحاكم) لأن الإحضار من أجل السماع. فيقول الحاكم من كانت عنده شهادة فليذكر ما عنده فإذا شهدا واتضح الحق لزمت ولم يجز ترديدها وفي «الرعاية» إن ظن الصلح آخره. و في الفضول أحبنا له أمرهما بالصلح أي إذا كان فيها لبس فإن أبيا آخرهما، لأن الحكم بالجهل حرام فإن عجل قبل البيان لم يصح حكمه. قال أبو عبيد: إنما يسعه الصلح في الأمور المشككة أما إذا استنارت الحجة فليس له ذلك. وروي عن شريح: أنه ما أصلح بين المتحاكمين إلا مرة واحدة. وروي عن عمر أنه قال: ردوا الخصوم حتى يضطلجا فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الصغائر (وحكم بها إذا سأل المدعي) بأن كانت الشهادة صحيحة وفي «المغني» و «الشرح» يقول الحاكم للمدعي عليه: قد شهدا عليك فإن كان لك قاذخ فينبه عندي. قال في «الفروع» يعني يستحب وذكره في «المذهب» و «المستوعب» فيما إذا ارتاب فيهما فدل أن له الحكم مع الريبة وإن لم يظهر ما يقدح فيها حكم عليه إذا سأل المدعي الحكم لأنه حق له فلا يستوفيه إلا بمسألة مستحقة (ولا خلاف في أنه يجوز له الحكم بالإقرار والبيّنة في مجلسه إذا سمعه معه شاهدان) لأن التهمة الموجودة في الحكم بالعلم منتفية هنا. فرع: لا يجوز الاعتراض عليه لتركه تسمية الشهود، وذكره القاضي و ابن عقيل و ذكر الشيخ تقي الدين أن له عليه تسمية الشهود ليتمكن من القدر باتفاق، قال في «الفروع» ويتوجه مثله حكمت بكذا ولم يذكر مستنده (فإن لم يسمعه معه أحد، وسمعه معه شاهد واحد فله الحكم به نص عليه) في رواية حرب، وهو المذهب لأن الحكم إذا لبس بمحض الحكم بالعلم ولا يضر رجوع المقر (وقال القاضي: لا يحكم به) هذا رواية ذكرها ابن هبيرة لأن حكم بعلمه وذلك لا يجوز وعنه لا يحكم بإقرار في مجلسه حتى يسمعه معه عدلان اختاره

(10/156)

القاضي وجزم به في «الروضة» فإن طلب منه الإشهاد على إقراره عنده لزمت (وليس له الحكم بعلمه) في غيره ذلك (فيما رآه أو سمعه نص عليه وهو اختيار الأصحاب). وفي «الكافي» و «الشرح» هو ظاهر المذهب في «المحرر» هو المشهور عنه وصححه ابن المنجا ونصره المؤلف. لقوله عليه السلام: «إنما أنا بشرٌ مثلكم، وإنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع» متفق عليه فدل أنه رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 56

(10/157)

يقضي بما سمع لا بما يعلم. وفي حديث الحضرمي و الكندي : «شاهدك، أو يمينه ليس لك منه إلا ذلك» رواه مسلم. وقال أبو بكر رضي الله عنه: لو رأيت رجلاً على حدٍّ من حدود الله تعالى ما أخذته ولا دعوت له أحداً حتى يكون معي غيري حكاة أحمد (وعنه ما يدل على جوازه سواء كان في حد أو غيره) و قاله أبو يوسف والمزني لحديث هند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» ولأنه حق عليه فجاز الحكم به كالجرح والتعديل وكما لو قامت به البيّنة. وعن أحمد : يجوز ذلك إلا ذلك في الحدود. وقال ابن أبي موسى : لا اختلاف عنه أنه لا يحكم بعلمه في الحدود وهل يحكم به في غيره؟ على روايتين نقل حنبل إذا رآه على حدٍ لم يكن له أن يقيمه إلا بشهادة من شهد معه لأن شهادته شهادة رجل ونقل أيضاً أنهما يذهبان إلى حاكم آخر والأول أظهر. وأجاب في «الشرح» عن حديث هند! أنه فتيا لا حكم، بدليل عدم حضور أبي سفيان، ولو كان حكماً لم يحكم عليه في غيبته ويفارق الحكم بالشهادة، فإنه لا يفضي إلى تهمة بخلاف مسألتنا وأما الجرح والتعديل فإنه يحكم فيه بعلمه بغير خلافٍ لأنه لو لم يحكم بعلمه لتسلسل ولأنه لا يجوز له قبول شهادة من يعلم فسقه ولأن التهمة لا تلحقه في ذلك لأن صفات الشهود معنى ظاهر. وقال القاضي وجماعة: ليس هذا بحكم لأنه يعدل هو ويجرح غيره ويجرح هو ويعدل غيره ولو كان حكماً لم يكن لغيره نقضه. وعلى المنع: هل علمه كشاهد؟ فيه وجهان (وإن قال المدعي: ما لي بيّنة، فالقول قول المنكر مع يمينه) للخبر ولأن الأصل براءة ذمّته (فيعلمه أن له اليمين على خصمه) لأنه موضع حاجة (وإن سأل إحلافه أحلقه) لأن اليمين طريق إلى تخلص حقه يلزم الحاكم إجابة المدعي كسماع البيّنة وتكون على صفة جوابه نص عليه وعنه بصفة الدعوى وعنه: يكفي تحليفه لا حق لك علي فإذا أحلقه (خلى سبيله) لأنه لم يتوجه عليه حق. وعلم منه أنه ليس له استحلافه قبل سؤاله قبل سؤاله لأن

(10/158)

اليمين حق له كنفس الحق ويمين المنكر على الفور وله تحليفه مع علمه قدرته على حقه نص عليه. نقل ابن هانئ إن علم أن عنده ما لا يؤدي إليه حقه أرجو أن لا يأثم. وظاهر رواية أبي طالب: يكره مسألة خلف يميناً واحدة عند حاكم لم يحلف ثانية عنده ولا عند من عرف حلفه وإذا لم يبطل حقه باليمين الأولى فله طلبه بكل طريق شرعي ويحلفه عند من جهل حلفه لبقاء الحق مع انقطاع الخصمة عنده ذكره في «المستوعب» رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 56

(10/159)

و«الرعاية» (وإن أحلفه أو حلف هو من غير سؤال المدعي لم يتعد يمينه) لأنه أتى بها في غير وقتها فإذا سأله المدعي أعادها له لأن الأولى لم تكن يمينه وإن أمسك المدعي عن إحلاف خصمه ثم أراد إحلافه بالدعوى المقدّمة جاز لأن

حقه لا يسقط بالتأخير. وإن أبرأه منها فله تجديد الدعوى وطلبها لأن حقه لم يسقط بالإبراء من اليمين وهذه الدعوى غير التي أبرأه من اليمين فيها. فإن حلف سقطت الدعوى ولم يكن للمدعي أن يحلف يميناً أخرى لا في المجلس ولا في غيره لحديث الحضرمي وعنه: يبرأ بتحليف المدعي. وعنه: ويحلف له، وإن لم يحلفه ذكرها الشيخ تقي الدين من رواية مهنا أن رجلاً أتهم رجلاً بشيء فحلف له ثم قال: لا أحلف إلا أن يحلف لي عند السلطان أله ذلك؟ قال: لا قد ظلمة وتعتته ولا يصله باستثناء. في «المغني» أو بما لا يفهم لأن الاستثناء يزيل حكم اليمين. وفي «الترغيب» هي يمين كاذبة ولا يجوز التأويل والتورية فيها إلا لمظلوم وإن نكل قضى عليه بالنكول نص عليه في رواية الميموني والأثرم وحرب واختاره عامة شيوخنا وفي «المستوعب» هو اختيار أكثر أصحابنا لأن عثمان قضى على ابن عمر بنكوله عن اليمين رَوَاهُ أحمد (فيقول له: إن حلفت وإلا قضيت عليك ثلاثاً ذكره في «المستوعب» و «الكافي» لأن النكول ضعيف فوجب اعتضاده بالتكرار ثلاثاً وصرح في «المحرر» و«الفصول» بأنه يستحب أن يكون ثلاثاً) لأنه لو كان كاذباً لحلف المدعي عليه على نفي دعواه. وقدم في «الرعاية» أن الحاكم يقول ذلك مرة وسواء كان مأذوناً له أو مريضاً أو غيرهما (فإن لم يحلف قضى عليه) بالنكول نص عليه وهو كإقامة بينة لا كإقرار ولا كبذل (إذا سأله المدعي عن ذلك) لأن ذلك حق للمدعي فلم يفعل إلا بسؤاله (وقال أبو الخطاب) واختاره جماعة (ترد اليمين على المدعي) لما روى ابن عمر أن النبي رد اليمين على صاحب الحق رَوَاهُ الدارقطني . وروي أيضا من رواية إبراهيم بن أبي يحيى عن

(10/160)

عليّ قال: المدعي عليه أولى باليمين وإن نكل حلف صاحب الحق وأخذه وهذا مذهب عمر وعثمان (وقال قد صوبه أحمد) في رواية أبي طالب (وقال: ما هو بعيد يحلف ويأخذ) لما ذكرنا وقياس قول أحمد يقتضيه وأنه حكم باليمين مع الشهادة ابتداءً من غير رضی المنكر وكذا في القسامة فإذا رضي المنكر بيمينه كان أولى. فعلى ذلك لا يشترط إذن ناكل في الرد. وشرطه أبو الخطاب وجزم به السامري ويمينه كإقرار مدعى عليه فلا
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 56

(10/161)

تسمع بينته بَعْدَهَا بأداء و لا إبراءٍ وقيل كبيّنة فتسمع وقيل يحبس حتى يجب إما بإقرار أو حلفٍ ذكره في «الترغيب» عن أصحابنا (فيقال للناكل لك رد اليمين على المدعي) لأنه موضع حاجة أشبه قوله لك يمينه (فإن رَدَّها حلف المدعي وحكم له) لاستكمال الشروط المعتمدة (وإن نكل) مَنْ ردت عليه اليمين (صرفهما) وجملته أنه إذا نكل سُئِلَ عن سبب نكوله لأنه لا يجب بنكوله حق لغيره بخلاف المدعى عليه فإن قال امتنعت لأن لي بينة أقيمها أو حساباً أنظر فيه فهو على حق من اليمين ولا يضيق عليه في المدة لأنه لا يتأخر إلا حقه بخلاف المدعى عليه (فإن عاد أحدهما فبذل اليمين لم يسمعها في ذلك

المجلس) لأنه أسقط حقه منها (حتى يحتكما في مجلس آخر) لأن الدعوى فيه تصير محاكمة ثانية فإذا استأنف الدعوى أعيد الحكم بينهما كأول وقال ابن حمدان إن بذلها الناكل قبل عرضها على المدعي وبعده برضاه سمعت وإلا فلا وهذا الذي ذكره المؤلف شرطه عدم الحكم بالنكول وإن تعذر ردّ اليمين وقلنا به لكون المدعي وليا ونحوه قضى بالنكول وقيل يحلف الولي. وقيل إن باشر ما ادعاه وقيل يحلف حاكم وقطع المؤلف: يحلف إذا عَقَلَ ويكتب له محضرا بنكوله تنبيه: الذي يقضى فيه بالنكول ورد اليمين المال وما يقصد به المال وهل يقضى بالنكول في دعوى الوكالة بالمال؟ على وجهين. وقال السامري اختلف أصحابنا في دعوى الكفالة هل يقضى فيها بالنكول؟ فيه وجهان أو وجههما الحكم به قاله ابن أبي موسى (وإن قال المدعي لي بينة بعد قوله ما لي بينة لم تسمع ذكره الخرقى) نص عليه وجرّم به في «الكافي» و «المستوعب» و «الوجيز» لأن سماع البينة قد تحقق كذبه فيعود الأمر على خلاف المقصود، وكذا قوله كذب شهودي وأولى ولا تبطل دعواه بذلك في الأصح (ويحتمل أن تسمع) هذا وجه واختاره ابن عقيل وغيره. قال في «الفروع» وهو متجه حلفه أو لم يحلفه لأنه يجوز أن ينسى أو يكون الشاهدان

(10/162)

سما منه وصاحب الحق لا يعلمه فلا يثبت بذلك لأنه أكذب نفسه، فرع: إذا قال كل بينة أقيمها فهي زور أو لا حقّ لي فيها ثم أقام بينة لم تسمع بحال (وإن قال ما أعلم لي بينة ثم قال قد علمت لي بينة سمعت) لأنه لم يكذب بيئته (وإن قال شاهدان فنحن نشهد لك فقال هذان بيئتي سمعت وهي أولى من التي قبلها لأنه لا تهمة فيها لكن لو شهدت بغير ما ادعاه فهو مكذب لها نص عليه وإن ادعى شيئا فأقر له بغيره لزمه رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 56

(10/163)

إذا صدّقه المقر له، والدعوى بحالها نص عليه (فإن قال ما أريد أن تشهدا لي لم يكلف إقامة البينة) لأنه أسقط حقه منها وله تحليفه في ذلك كله (وإن قال لي بينة) وأريد ملازمة خصمي حتى أقيمها لم يكن له ذلك ذكره في «الكافي». وفي «الشرح» إذا قال: لي بينة غائبة ليس له مطالبتة بكفيل ولا ملازمته حتى تحضر البينة نص عليه لأنه لم يثبت له قبله حق وذكر في موضع آخر أنه إن كانت بينته قريبة فله ملازمته حتى يحضرها لأن ذلك ضرورة أقامتها فإنه لو لم يتمكن من ملازمته لذهب من مجلس الحكم ولا يمكن من إقامتها إلا بحضوره. وتفارق البينة البعيدة ومن لا يمكن حضورها فإن إلزامه الإقامة إلى حين حضورها يحتاج إلى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل إليه (وأريد يمينه فإن كانت غائبة فله إحلافه) ذكره في «الكافي» و «الشرح» وقدمه في «المحرر» لأن ذلك تعين طريقا إلى استخلاص الحق. وقيل: إن كانت غائبة عن البلد فله ذلك وقيل يملك إقامتها فقط (وإن كانت حاضرة) في مجلس الحكم. قال ابن حمدان أو قريبا منه (فهل له ذلك على وجهين). أحدهما يملك

إقامتها أو تحليفه من غير أن يسمع البينة بعده ذكره في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» وقدمه في «الرعاية» و «الفروع» لأن قَصْلُ الخصومة يمكن بإحضار البينة، فلا حاجة إلى اليمين. والثاني: أنه يجاب إليهما لانه اقرب لفصل الخصومة، وقيل: لا يملك الا اقامتها فقط، واستدل في «الشرح» للأول بقوله عليه السلام: «شاهدك أو يمينه» ولأنه أمكن لفصل الخصومة بالبينة أشبه ما لو لم يطلب يمينه ولأن اليمين بدل فلا يجمع بينها وبين مبدلها كسائر الأبدال مع مبدلاتها. فإن قال (: أحلفوه ولا أقيم بينة حلف لأن البينة حقه كما لو أسقط نفس الحق ثم في جواز إقامتها بعد الحلف وجهان فرع إذا أقام شاهدا في المال فله أن يحلف معه بلا رضى خصمه وإن لم يحلف معه بل طلب يمين المنكر حلف له فإن حلف ثم قال المدعي أنا أحلف مع

(10/164)

شاهدي لم يستحلف لأن اليمين فعله وَهُوَ قادر عليه فأمكنه أن يسقطها بخلاف البينة وإن عاد فبذل اليمين قبل أن يحلف المدعي عليه لم يكن له ذلك في هذا المجلس (وإن حلف المنكر ثم أحضر المدعي بينة حكم بها ولم تكن اليمين مزيلة للحق) وفاقا لقول عمر البينة الصادقة أحب إلى من اليمين الفاجرة ولأن كل حالة يجب عليه الحق فيها بإقراره يجب عليه بالبينة كما قبل اليمين ولأن اليمين لو أزلت الحق لاجترأ الفسقة على أخذ أموال الناس وقال ابن أبي ليلى و داوود لا تسمع بينته يُرد بما سبق (وإن سكت المدعي عليه فلم يقر ولم ينكر) أو قال لا أقر ولا أنكر أو قال اعلم قدر حقه قاله في «عيون المسائل» و «المنتخب» (قال له القاضي إن أجبت وإلا جعلتك ناكلاً وقضيت عليك) قدمه في «المحرر» و «الرعاية» وذكر ابن المنجا أنه المذهب وجزم به في الوجيز لأنه ناكل عما توجب عليه فيه فيحكم عليه بالنكول عنه كاليمين والجامع بينهما ان كل واحدٍ من القولين طريق الى ظهور الحق ويسن تكراره من الحاكم ثلاثا ذكره في «الكافي» و «المستوعب» وفي «المحرر» و «الوجيز» كاملين وقدم في «الرعاية» بقوله مرة (وقيل يحبس حتى يجيب) إن لم يكن للمدعي بينة قاله القاضي وقدمه السامري لأن اليمين حق عليه كما لو أقر بمال وامتنع من ادائه فان كان للمدعي بينة قضى بها وجهها واحدا (وإن قال لي مخرج مما ادعاه لم يكن محبياً) لأن الجواب إقرار أو إنكار، وهذا ليس واحداً منهما (وإن قال: لي حساب أريد أن أنظر فيه، لم يلزم الداعي إنظاره) اختاره أبو الخطاب والسامري وقدمه في «الرعاية» لما فيه من تأخير حقه ولأن حق الجواب ثبت له مالا فلم يلزمه إنظاره كما لو ثبت عليه الدين والأوصح أنه يلزمه إنظاره ثلاثة أيام لأنه يحتاج إلى ذلك لمعرفة قدر دينه أو يعلم هل عليه شيء أم لا والثلاث مدة يسيرة ولا يمهل أكثر منها لأنه كثير (وإن قال قد قضيته أو أبرأني ولي بينة بالإبراء

(10/165)

أو القضاء وسأل الإنظار أنظر ثلاثا لأنها قريبة ولا تتكامل في أقل منها وقيل لا يلزم إنظاره لقوله لي بينة بدفع دَعْوَاهُ وعلى الأول (وللمدعي ملازمته) لأن

جنبته أقوى لأن حقه قد توجه عليه ودعوى الإسقاط الأصل عدمها وكلا يهرب أو يغيب ولا يؤخر الحق عن المدة التي أنظر فيها (فإن عجز حلف المدعي على نفي ما ادعاه واستحق) لأنه يصير منكراً، واليمين على المنكر فإن نكل عنها قضى عليه بنكوله وصرف وإن قلنا برد اليمين فله تحليف خصمه فإن أبى حكم عليه هذا كله إن لم يكن أنكر سبب الحق أتى فأما إن أنكره ثم فادعى قضاء أو إبراء سابقاً لإنكاره لم يسمع منه وإن أتى بيينة نص عليه وقيل تسمع البينة ذكره في «المحرر» و «الرعاية» وزاد بأن قال: قتلت دابتي فلي عليك ثمنها ألف فقال لا تلزمني أو لا يستحقه عليّ شيئاً منه فقد أجاب وإن اعترف بالقتل احتج إلى مسقط. ولو قال لي عليك مائة دينار قال بل ألف درهم فما أجاب ويلزمه الألف إن صدقه المدعي ودعوى الذهب باقية نص عليه (وإن ادعى عليه عينا في يده فأقر بها لغيره جعل الخصم فيها) وكان صاحب اليد لأن من في يده العين اعترف أن يده نائبة عن يده وإقرار الإنسان بما في يده إقرار صحيح (وهل يحلف المدعي عليه على وجهين). أحدهما: يحلف أنه لا يعلم أنها للمدعي قدمه في «الشرح» وجزم به في «الكافي» و «الوجيز» لأنه لو أقر له بها لزمه غرمها كما لو قال هذه العين لزيد ثم قال: هي لعمر فإنها تدفع إلى زيد وبغرم قيمتها لعمر ومن لزمه الغرم مع الإقرار لزمه اليمين مع الإنكار. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 56

فعلى هذا إن نكل عنها مع طلبها أخذ منه بدلها ثم إن صدقته المقر فهو له كأحد مدعيين على ثالثٍ أقر له الثالث وسيأتي.

(10/166)

والثاني: لا يحلف لأن الخصومة انقلبت إلى غيره فوجب أن تنتقل اليمين إلى ذلك الغير مسألة: قال ابن حمدان من أقر بعين أو دين لزيد فكذبه صدق به عن ربه مضمونا له إذا علم بعد. وإن بان أنه لزيد لم يسقط حقه بإنكاره جهلاً وبغرمه المقر وفيه احتمال (فإن كان المقر له حاضراً مكلفاً سئل) ليتبين الحال (فإن ادعى لنفسه ولم تكن بينة خلف وأخذها) لأنه كالمدعي عليه وقد أنكر فيحلف ويأخذ العين لأنه ظهر كونها له بإقرار من العين في يده واندفعت خصومة المدعي فوجب الأخذ عملاً بالمقتضي (وإن أقر بها للمدعي سلمت إليه) لأن اليد صارت للمقر له أشبه ما لو ادعى شخص فأقر بها له (وإن قال ليست لي) أو قال ذلك المدعي عليه ابتداء (ولا أعلم لمن هي سلمت إلى المدعي في أحد الوجهين) قدمه في «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» وذكر في «الشرح» أنه أولى فتسلم إليه بلا بينة لأنه لا منازع له فيها أشبه التي بيده ولأن صاحب اليد لو ادعاهها ثم نكل قضى عليه بها للمدعي فمع عدم ادعائه أولى فإن كانا اثنين اقترعا عليها (وفي الآخرة لا تسلم إليه إلا بيينة) تشهد بذلك لأنه لم يثبت أنه مُستحقها (ويجعلها الحاكم عند أمين) كمال ضائع ويتخرج أن يحلف المدعي أنها له وتسلم إليه بناء على القول برد اليمين إذا نكل المدعي عليه. وقيل يقر بيد المدعي عليه وهو المذهب قاله في «المحرر» (وإن أقر بها الغائب أو صبي أو مجنون سقطت عنه الدعوى) لأن الدعوى صارت على غيره ويصير الغائب والولي خصمين إن صدقا وحلف المدعي عليه للمدعي قاله في «الرعاية» (ثم إن كان للمدعي بينة سلمت إليه) لأن جانبه قد ترجح بها (وهل يحلف) معها (على وجهين) هما روايتين:

(10/167)

إحداهما: لا يحلف جزم بها في «الوجيز» وهي أشهر لأن البينة وحدها كافية للخبر والثانية: بلى لأن الغائب والصغير والمجنون لا يقوم منهم واحد بالحجة فاحتيج إلى يمين لتأكيد البينة وقيل إن جعل قضاء على أخذها وحلف وإلا فلا وفي «الرعاية» إنه حَصَرَ الغائب وأقام بينةً أنها له تعرضنا وأقرت بيد المدعي إن قدمنا بينة الخارج وإلا فهي للغائب (وإن لم يكن له بينة) لم يقض له بها (ويوقف الأمر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفاً فتكون الخصومة له (حلف المدعى عليه أنه لا يلزمه تسليمها إليه) لأنه لو أقر لزمه الدفع ومن لزمه مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار (وأقرت في يده) لأن المدعي اندفعت دعواه باليمين وفي «الشرح» إذا قال المدعي أحلفوا المدعى عليه أحلفناه وتقر العين في يده ولو نكل عن اليمين غرم بدلها.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 56

وقال ابن حمدان: بل تكون عند أمين الحاكم حتى يأخذها المقر له. فإن كان المدعي اثنين غرم عوضين لهما وفي «الشرح» متى عاد المقر بها لغيره ادعاه لنفسه لم تسمع لأنه أقر بأنه لا يملكها فلا يسمع منه الرجوع بعد إقراره (إلا أن يقيم بينة أنها لمن سمى فلا يحلف) أي إذا أقام المدعى عليه بينة أنها لمن سماه سمعها الحاكم لزوال التهمة عن الحاضر وسقوط اليمين عنه ولم يقض بها لأن البينة للغائب والغائب لم يدعها هو ولا وكيله ويتخرج أن يقضي بها إذا قلنا بتقديم بينة الداخل وإن للمودع المحاكمة في الوديعة إذا غصبت واقتصر في الرعاية على حكاية هذا التخريج فقط.

(10/168)

فرع: إذا ادعى من هي بيده أنها معة بإجارة أو عارية وأقام بينةً بالملك للغائب لم يقض بها ويتخرج بلى على ما قلناه وذكر في «الرعاية» أنه إن ثبت ذلك وقلنا لهما المحاكمة ثبت الملك (وإن أقر بها لمجهول قيل له إما أن تعرفه وإما أن نجعلك ناكلاً) ونقضي عليك لأنه لا يمكن الدعوى على مجهول فيضيع الحق بإقراره هذا فإن ادعاه لنفسه لم تسمع في الأشهر.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 56

فصل

(10/169)

(ولا تصح الدعوى إلا محررة تحريراً يعلم به المدعي) لأن الحاكم يسأل المدعي عليه عما ادعاه المدعى فإن اعترف به الزمه ولا يمكنه أن يلزمه مجهولاً (إلا في الوصية) وعليها اقتصر السامري (والإقرار) والخلع وعبد مطلق في مهر حيث صحناه (فإنها تجوز بالمجهول) لأنه لو أوصى أو أقر بشيء مجهول لصح فكذا هذا وشرطها أيضاً أن تكون متعلقة بالحال فلا بد في

الدعوى بالدين أن يكون حالا وقيل: تسمع بدين مُؤجِّل لإثباته إذا خاف سفر الشهود وقال في «الترغيب» الصحيح أنها تسمع فيثبت أصل الحق للزومه في المستقبل كدعوى تدبير وأنه يحتمل في قتل أبي أحد هؤلاء الخمسة أنه يسمع للحاجة لوقوعه كثيرا ويحلف كل منهم وكذا دعوى غصب وسرقة لا إقرار وبيع إذا قال: نسيت لأنه مقصر، وإن يصرَّ بها فلا يكفي قوله عن دعوى في ورقة ادعى بما فيها وأن تنفك عما يكذبها، فلو ادعى عليه أنه قتل أباه منفردا ثم ادعى على آخر المشاركة فيه لم تسمع الثانية ولو أقر الثاني إلا أن يقول غلطت أو كذبت في الأول فالأظهرُ تقبل قاله في «الترغيب» لإمكانه والحق لا يعدوهما (فإن كان المدعى عينا حاضرة) في المجلس (عينها) لأنه ينتفي اللبس، وكذا إن كانت حاضرة لكن لم تحضر بمجلس الحكم اعتبر احضارها للتعيين ويجب إحضارها على المدعى إن أقر أن بيده مثلها ولو ثبت أنها بيده بينة أو نكول حبس أبدا حتى يحضرها أو يدعي تلفها فيصدق للضرورة وتكفي القيمة تنبيه: إذا ادعى دينا على أبيه ذكر موته وحرر الدين والتركة ذكره القاضي .

(10/170)

وفي «المغني» أو أنه وصل إليه من تركة أبيه ما يفي بدينه وإن ادعى مالا مطلقا لم يجب ذكر سببه وقدره وجنسه، ذكره في «الرعاية» فإن ادعى عينا أو دينا، لم يعتبر ذكر سببه وجها واحدا لكثرة سببه، ويكفيه أن يقول: استحق هذه العين التي في يدك أو ذمتك (وإن كانت غائبة ذكر صفاتها إن كانت تنضبط بها) لأنها تتميز بذلك وكذا إن كانت في الذمة (والأولى) مع ذلك (ذكر قيمتها) لأنه أضبط (وإن كانت تالفة من ذوات الأمثال ذكر قدرها وجنسها وصفتها) ما يكفي في السلم لأن المثل واجب لا يتحقق المثل بدونها (وإن ذكر قيمتها كان أولى) لأنه أضبط وأحضر (وإن لم تنضبط بالصفات فلا بد من ذكر قيمتها) لأنها لا تعلم إلا بذلك (وإن ادعى نكاحا فلا بد من ذكر المرأة بعينها إن حضرت) لأن اللبس ينتفي بذلك (وإلا) ذكر (اسمها ونسبها) لأنها لا تتميز إلا بذلك (وذكر شروط النكاح) المعتبرة في الحضور والغيبة، صححه في «المستوعب» و «المحرر» و «الرعاية» ونصره في «الشرح» لأن الناس اختلفوا في شروطه فلم يكن بد من ذكرها حتى يعلم الحال على ما هي عليه ليعرف كيف يحكم. وإن تزوجها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها في الصحيح من المذهب وعنه لا يشترط ذلك لأنه نوع ملك كما لو ادعى بيعا أو عقدا غيره والأول أصح والفرق أن الفروج يحتاط لها بخلاف غيرها ولأنه مبني على الإحتياط وتتعلق العقوبة بجنسه فاشترط شروطه كالقتل فإن ادعى استدامة الزوجية ولم يدع عقدا لم يحتج إلى ذكر شروطه في الأصح لأنه ثبت بالاستفاضة التي لا يعلم معها اجتماع الشروط.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 73

وفي آخر بلى كدعوى العقد.

وفي «الترغيب» يعتبر في النكاح وصفه بالصحة وأنه لا يعتبر انتفاء المفسد وأنها ليست معتدة ولا مرتدة (وإن ادعى بيعا أو عقدا سواه فهل يشترط ذكر شروطه يحتمل وجهين).

أصحهما: يعتبر ذكر شروطه كالنكاح.

والثاني: لا يشترط قدمه في «الكافي» وذكر في «الشرح» أنه أولى وأصح. وقد سبق ذكر الفرق بينهما. وقيل: يشترط في ملك الإمام خاصة وعلى الأول لو ادعى بيعا لازما أو هبة مقبوضة كفى في الأشهر. وفي اعتبار وصف البيع بأنه صحيح وجهان.

وقيل: ويذكر القيمة والوصف دون ذكر القيمة فلو ادعى بيعا أو هبة لم تسمع إلا أن يقول: ويلزمك التسليم اليّ لاحتمال كونه قبل التسليم ومآلزم ذكره في الدعوى ولم يذكره سأله الحاكم عنه لتصير الدعوى معلومة فيمكن الحاكم الحكم بها.

فرع: إذا ادعى عقارا غائبا بعيدا كفى شهرته عندهما وعند حاكم عن تحديده لحديث الحضرمي، والكندي وإن كان قريبا عيته إن أمكن (وإن ادعت المرأة نكاحا على رجل وادعت معه نفقة أو مهرا سمعت دعواها) بغير خلاف نعلمه لأن حاصل دعواها؟ دعوى الحق من المهر ونحوه (وإن لم تدع سوى النكاح فهل تسمع دعواها على وجهين) كذا في «المحرر» و «الفروع». أحدهما تسمع وهو قول القاضي لأن النكاح يتضمن حقوقا لها أشبه ما لو ادعت مع النكاح مهرا.

والثاني: لا تسمع جزم به في «الوجيز» وهو أشهر لأنه حق عليها فدعواها له إقرار لا يسمع مع إنكار المقر له ولا يشترط ذكر انتفاء مفسداته فان قلنا بالأول قبل إقرار لا يسمع مع إنكار المقر له ولا يشترط ذكر انتفاء مفسداته فان قلنا بالأول قبل قول الزوج بغير يمين إذا لم تكن بينة لأنه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها. فلأن لا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى ويحتمل أن تستحلف لأن دعواها إنما سُمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية، فشرع فيها اليمين وإن قامت البيّنة بالنكاح ثبت لها ما تضمنته النكاح من حقوقها وأما إباحتها لهُ فتنبني على باطن الأمر، فإن علم أنها زوجته جلت لهُ لأن إنكاره النكاح ليس بطلاق إلا أن ينويه، وإن علم أنها ليست امرأته لم تحل له، هل يمكن منها في الظاهر؟ فيه وجهان.

فرع: إذا ادعى رق جارية رجل فصدقه لم يستحقها بإقراره (وإن ادعى قتل موروثه ذكر القاتل وأنه انفرد به أو شارك غيره وأنه قتله عمدا أو خطأ أو شبه عمد وبصفه) لأن الحال يختلف باختلاف ذلك فلم يكن بد من ذكره لترتب حكم الحاكم عليه.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 73

ولو قال: قدّه نصفين وكان حيا أو ضربه وهو حيُّ صح ولو لم يذكر الحياة فوجهان.

وإن قال ضربه بسيفٍ فأوضح رأسه فهل يشترط أن يقول: فأوضح عظمه. قال ابن حمدان يحتمل وجهين (وإن ادعى الإرث ذكر سببه) لاختلافه. قال في «الرعاية» وقدره ولا يكفي قوله مات فلان وأنا وارثه (وإن ادعى شيئا

مُحَلًّا قَوْمَهُ بغير جنسه) لئلا يُؤدي إلى الرِّبَا، فلو كان محلِّيَّ بذهب وفضة قومه بما شاء منهما للحاجة) إذ الثمنِيَّة منحصرة فيهما فإن ادعى نقدا من نقد البلد كفى ذكر قدره قدمةً في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» وقيل: لا بد من ذكر وصفه.

فرع: إذا ادعى أن زيدا أقر له بألفٍ لم تسمع حتى يقول ادعي عليه حالاً أطلبه بما فيها منه ولا يكفي قوله: لي عليك أو لي في ذمتك كذا حتى يقول وهو حالٌ وأنا أطلبك به وفي الوديعة يقول: وأنا أطلبُ أن تمكّني من أخذها ولا يقول: أطلب تسليمها فإنه لا يلزم تسليمها إليه، بل التمكين منها، ولا يجب ذكر قيمتها، العارية والغصب، ويقول وهما في يده: يلزمه تسليمها إليّ وفي السلم يذکر شروطه وكذا في دعوى الغصب والسرقه والإتلاف في وجوهٍ فإذا ادعى أنها له في الحال فشهدت أنها له أمس أو في يده لم تسمع في الأشهر وإن قال خصمه كانت بيدك أمس لم يلزم خصمه شيء مسألة: تصح دعوى الحسبة من كل مسلم مكلف رشيد في حق الله تعالى وفي حق كل آدمي غير معين كرباطٍ وجسرٍ وإن لم يطلبه مستحقه وتصح الشهادة به قبل الدعوى وبعدها من ربه وغيره.

(10/173)

ادعى شجرة أو دابة لم يستحق النتاج والثمرة قبل ذلك ولا الثمرة الظاهرة عند إقامة البينة ويستحق الموجود إدّن وقيل لا إلا أن يثبت ملكه للأصل قبل ذلك. ومن اشترى شيئاً فأخذ منه بحجة مطلقاً رد بائعه ثمنه الذي قبضه وقيل ان كان ملكاً سابقاً على المشتري. ومن ادعى ملكاً مطلقاً فذكر شهود الملك وسببه صح ولم يضره ذكره ولو ذكر المدعي سببا غيره ردت شهادتهم. شهد له عدلان بحق مالي لا عند حاكم فله أخذه في الأقيس وإن شهدا له بقود لا عند حاكم فلا يأخذه وقيل بلى كما لو شهدت عند حاكم. فرع أعطى دلالاً ثوباً يُساوي عشرة لبيعه بعشرين فجحدّه فقال ادعي ثوبا إن كان باعه فلي عشرون وإن كان باقيا فلي عينه وإن كان تالفا فلي عشرة، «الترغيب» فقد اصطلح القضاة على قبول هذه الدعوى المردودة للحاجة ذكره في «الترغيب».

وإن عَصَب ثوبا فإن كان باقيا فلي رده وإلا قيمته صح. وقيل بل يدعيه فإن حلف المنكر ادعى قيمته.

وإن قامت بينة على مجهول بيد المنكر سُمعت في الأشهر.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 73

ولو قال: قدّه نصفين وكان حيا أو ضربه وهو حيُّ صح ولو لم يذكر الحياة فوجهان.

وإن قال ضربه بسيفٍ فأوضح رأسه فهل يشترط أن يقول: فأوضح عظمه.

قال ابن حمدان يحتمل وجهين (وإن ادعى الإرث ذكر سببه) لاختلافه.

قال في «الرعاية» وقدره ولا يكفي قوله مات فلان وأنا وارثه (وإن ادعى شيئاً مُحَلًّا قَوْمَهُ بغير جنسه) لئلا يُؤدي إلى الرِّبَا، فلو كان محلِّيَّ بذهب وفضة قومه بما شاء منهما للحاجة) إذ الثمنِيَّة منحصرة فيهما فإن ادعى نقدا من نقد البلد

كفى ذكر قدره قدمه في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» وقيل: لا بد من ذكر وصفه.

(10/174)

فرع: إذا ادعى أن زيدا أقر له بألفٍ لم تسمع حتى يقول ادعى عليه حالاً أطلبه بما فيها منه ولا يكفى قوله: لي عليك أو لي في ذمتك كذا حتى يقول وهو حالٌ وأنا أطلبك به وفي الودعة يقول: وأنا أطلبُ أن تمكّني من أخذها ولا يقول: أطلب تسليمها فإنه لا يلزم تسليمها إليه، بل التمكين منها، ولا يجب ذكر قيمتها، العارية والغصب، ويقول وهما في يده: يلزمه تسليمها إليّ وفي السلم يذكر شروطه وكذا في دعوى الغصب والسرقة والإتلاف في وجهٍ فإذا ادعى أنها له في الحال فشهدت أنها له أمس أو في يده لم تسمع في الأشهر وإن قال خصمه كانت بيدك أمس لم يلزم خصمه شيء مسألة: تصح دعوى الحسبة من كل مسلم مكلف رشيد في حق الله تعالى وفي حق كل آدمي غير معين كرباطٍ وجسرٍ وإن لم يطلبه مستحقه وتصح الشهادة به قبل الدعوى وبعدها من ربه وغيره.

ادعى شجرة أو دابة لم يستحق النتاج والثمرة قبل ذلك ولا الثمرة الظاهرة عند إقامة البينة ويستحق الموجود إذنٌ وقيل لا إلا أن يثبت ملكه للأصل قبل ذلك. ومن اشترى شيئاً فأخذ منه بحجة مطلقاً رد بائعه ثمنه الذي قبضه وقيل إن كان ملكاً سابقاً على المشتري. ومن ادعى ملكاً مطلقاً فذكر شهود الملك وسببه صح ولم يضره ذكره ولو ذكر المدعي سبباً غيره ردت شهادتهم. شهد له عدلان بحق مالي لا عند حاكم فله أخذه في الأقيس وإن شهدا له بقود لا عند حاكم فلا يأخذه وقيل بلى كما لو شهدت عند حاكم. فرع أعطى دلالاً ثوباً يساوي عشرة لبيعه بعشرين فجدّه فقال ادعى ثوباً إن كان باعه فلي عشرون وإن كان باقياً فلي عينه وإن كان تالفاً فلي عشرة، «الترغيب» فقد اصطلح القضاة على قبول هذه الدعوى المردودة للحاجة ذكره في «الترغيب». وإن عصب ثوباً فإن كان باقياً فلي رده وإلا قيمته صح. وقيل بل يدعيه فإن حلف المنكر ادعى قيمته. وإن قامت بينة على مجهول بيد المنكر سمعت في الأشهر.

(10/175)

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 73
فصل

(وتعتبر في البينة العدالة ظاهراً أو باطناً في اختيار أبي بكر و القاضي) قدمه في «الرعاية» و «الكافي» وذكر أنه ظاهر المذهب ونصره في «الشرح». وذكر في «المحرر» أنه اختيار الخرفي لقوله تعالى: {إن جاءكم فاسقٌ} (الحجرات: 6) الآية ولقوله عليه السلام: «لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه ولا محدود في الإسلام» وسواء طعن الخصم فيه أو لا لأن

العدالة شرط فيجب العمل بها كالإسلام فعلى هذا يكتب اسمه ونسبه وكنيته وحليته وصنعيته وسوقه ومسكنه ومن شهد له وعليه ومآ شهد به في رفاع ويدفعها الى أصحاب مسائله الذين يعرفونه حال من جهل عدالته من غير شحناء ولا عصبية ويجتهد أن لا يعرفهم المشهود ولا المشهود عليه ولا المسؤولين ويدفع الى كل واحد رقعة ولا يعلم بعضهم ببعض ليسألوا عنه فإن رجعوا بتعديله قبله من اثنين منهم قدمه في «الشرح» ورجحه في «الرعاية» ويشهدان بلفظ الشهادة.

وقيل لا يقبل إلا شهادة المسؤولين لأنهم شهود أصل فان قالوا: نشهد أنه عدل ولم يبيننا سببه فوجهان (وعنه تقبل شهادة كل مسلم لم يظهر منه ريبة) وهي قول الحسن (اختارها الخرقى) و أبو بكر وصاحب «الروضة» لقبول النبي شهادة الأعرابي برؤية الهلال ولقول عُمَر «المسلمون عدول» ولأن العدالة أمر خفي سببها الخوف من الله تعالى ودليل ذلك الإسلام فاذا وجد فيكتف به ما لم يقد دليل على خلافه فعلى هذه إن جهل إسلامه رجع الى أقواله لأنه إن لم يكن مسلما صار مسلما بالإعتراف. ولا يكفي ظاهر الدار ذكره الأصحاب وفي جهل حريته المعتبرة وجهان.

أحدهما لا بد من معرفة ذلك جزم به في «الشرح». وفي «عيون المسائل» إن منعوا عدالة العبد. فيمنع بقوله عليه السلام: «يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله» وهم من حمال العلم والحديث والفتوى قهّم عدول بقول المصطفى (والعمل على الأول).

(10/176)

وقولهم إن ظاهر المسلم العدالة ممنوع بل الظاهر عكس ذلك وقول عمر معارض بما روي عنه أنه أتى بشاهدين فقال لهما: لست أعرفكما ولا يضركما إن لم أعرفكما ولأن الأعرابي قد صار صحابيا وهم عدول كلهم (وإذا علم الحاكم عدالتهما عمل بعلمه) في عدالة اليينة لأنه لو لم يكتف بذلك لتسلسل لأن المزكي يحتاج الى عدالتهما فاذا لم يعمل بعلمه احتاج كل واحد من المزكين ثم كل واحد ممن يزكيهما الى مزكين الى ما لا نهاية له وعكسه بعكسه (وحكم بشهادتهما) لأن شروط الحكم قد وجدت (إلا أن يرتاب بهما) فإنه يلزم سؤالهما والبحث عن صفة تحملهما وغيره (فيعرفهما) استحبابا، صرّح به في «المجرر» و «الكافي» و «الوجيز» وعبارة السامري و ابن حمدان كالتي قبلها ويسأل كل واحد كيف تحملت الشهادة ومتى وفي أي موضع وهل كنت وحدك أو أنت وصاحبك.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 80

لما روي عن علي أن سبعة خرجوا ففقد واحد منهم فأنت زوجته عليا فدعي الستة فسأل واحدا منهم فأنكر فقال الله أكبر فظن الباكون أنه قد اعترف فاستدعاهم فاعترفوا فقال للأول قد شهدوا عليك فاعترف فقتلهم (فإن اختلفا لم يقبلهما) ذكره الأصحاب لأنه ظهر له ما يمنع قبولها.

(10/177)

وقال في «المستوعب» يوقف عن قبولها في «الرعاية» وفي «الشرح» سقطت شهادتها (وإن اتفقا، وعظهما وخوفهما) لأن ذلك سبب لتوقفهما بتقدير كونهما شاهدي زور (فإن ثبتا) على قولهما (حكم بها إذا سأله المدعي) لأن الشرط ثبات الشاهدين على شهادتهما إلى حين الحكم وطلب المدعي الحكم وقد وجد ذلك كله ويستحب أن يقول للمنكر قد قبلتهما فإن جرحتهما وإلا حكمت عليك ذكره السامري (وإن سأل الإنظار أنظر ثلاثا ذكره في «الكافي» و «الوجيز» لأن تكليفه إقامتها في أقل من ذلك يشق ويعسر فإن أقام المدعي عليه بينة أنهما شهدا عند قاض بذلك فردت شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما لأن الشهادة إذا ردت لفسق لم تقبل مرة ثانية. فرع: لا يجوز للحاكم أن يرتب شهودا لا يقبل غيرهم لكن له أن يرتب شهودا يشهدهم الناس فيستفتون بإشهادهم عن تعديلهم ويكتفى عن الكشف عن أحوالهم.

قال أحمد: ينبغي للقاضي أن يسأل عن شهوده كل قليل وهل هو مستحب أو واجب فيه وجهان (وللمدعي ملازمته) لأن حقه قد توجه والمدعي عليه يدعي ما يسقطه والأصل عدمه (فإن لم يقم بينة حكم عليه) لأن الحق قد وضع على وجه لا إشكال فيه ولا (يسمع الجرح إلا مفسرا بما يقدر في العدالة إما أن يراه أو يستفيض عنه) قدمه في «المستوعب» و «المحرر» و «الرعاية» وذكر في «الكافي» أنه المذهب ونصره في «الشرح» وجزم به في «الوجيز» لأن الناس يختلفون في أسباب الجرح كاختلافهم في شارب يسير النبيذ فوجب أن لا يقبل مجرد الجرح لئلا يجرحه بما لا يراه القاضي جرحا وفي الاستفاضة وجه كتركية (وعنه: أنه يكفي أن يشهد أنه فاسق وليس بعدل) كالتعديل في الأصح لأن التصريح بالسبب يجعل الجرح فاسقا فوجب عليه الحد في بعض الحالات وجوابه بأنه يمكنه التعريض. وقيل إن اتحد مذهب الجرح والحاكم أو عرف الجرح أسباب الجرح قبل إجماله وإلا فلا.

(10/178)

وفي «المحرر» المبين أن يذكر ما يقدر في العدالة والمطلق أن يقول: هو فاسق وقال القاضي هو المبين أن يقول الله أعلم به ونحوه ولا يكفي قوله بلغني أنك كذا لقوله تعالى: {إلا من شهد بالحق وهم يعلمون} (الزخرف: 86).

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 80
 فرع: إذا صرح الجرح بقذفه بالزنا فعليه الحد إن لم يأت بتمام أربعة شهداء ولا يقبل فيه ولا في التعديل شهادة النساء وعنه بلى كالرواية وأخبار الديانات. وجوابه بأنها شهادة فيما ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال أشبه الشهادة في القصاص ولا يقبل الجرح من الخصم بغير خلاف مسألة لا تقبل شهادة المتوسمين وذلك إذا حضر شاهدان مسافران فشهدا عند حاكم لا يعرفهما كشاهدي الحضر (وإن شهد عنده فاسق يعرف حاله قال للمدعي زدني شهودا) الآن ذلك يحصل المقصود مع الستر على الشاهد (وإن جهل حاله) لزمه البحث (وطالب المدعي بتزكيته). لقول عمر رضي الله عنه للشاهدين: جيئا بمن يعرفكما ولأن العدالة شرط فالشك في

وَجُودَهَا كعدمها كشروط الصلاة ويكفي في التزكية شاهِدَانِ يشهدان أنه عدل فيه قول أكثر العلماء. لقوله تعالى: {وأشهدوا ذوي عدل منكم} (الطلاق: 2) فإذا شهدا أنه عدلٌ ثبت ذلك بشهادتهما في عموم الآية. وفي «الترغيب» إذا قلنا ليست شهادةً.

(10/179)

ولا يعتبر لفظ الشهادة والعدد في الجميع وهي حق الشرع يطلبها الحاكم وإن سكت عدلاً لزم أن يكون له وعليه وَعَلَى سائر الناس وفي كل شيء فلا يحتاج الى ذكره خلافاً للشافعي لئلا يكون بينهما عداوة أو قرابة ولئلا يكون عدلاً في شيء دون آخر. وفي «الشرح» لا يصح أن يكون ذلك فان ثبتت عدالته لم تزل بقرابة ولا عداوة وإنما ترد للتهمة مع كونه عدلاً ثم إن هذا إذا كان معلوماً انتفاؤه بينهما لم يحتج عن نفسه كما لو شهدَ بالحق من عرف الحاكم عدالته ولأن العدو لا يمنع من شهادته له بالتزكية، وإنما تمنع الشهادة عليه؛ ولا يكفي فيها أن يقول ما أعلم إلا خيراً. تنبيه: يشترط في قبول المزكين معرفة الحاكم خبرتهما الباطنة بصحبة وَمُعَامَلَةٍ ونحوهما. وفي «الترغيب» ومعرفة الجرح والتعديل. لقول عمر لأن عادة الناس إظهار الطاعات وإسرار المعاصي وفي «الرعاية» وغيرها ولا يتهم بمعصية وتعديل الخصم وحده تعديل في حق الشاهد وكذا تصديقه له ولا تصح التزكية في واقعة واحدة في الأشهر فيهن. قال أحمد لا يعجبني أن يعدل لأن الناس يتغيرون. وقال قيل لشریح : قد أحدثت في قضائك قال إنهم أحدثوا فأحدثنا وذكر جماعة لا يلزم المزكي الحضور للتزكية وفيه وجه وإن جهل الحاكم أنه من أهل الخبرة الباطنة منعه.

(10/180)

قال في «الشرح» يحتمل أن يريد الأصحاب بما ذكروه أن الحاكم إذا علم أن المعدل لا خبرة له لم تقبل شهادته بالتعديل كما فعل عمر. ويحتمل أنهم أرادوا لا يجوز للمعدل الشهادة بالعدالة إلا أن تكون خبرة باطنة. فاما الحاكم إذا شهد عنده العدل بالتعديل ولم يعرف حقيقة الحال فله أن يقبل الشهادة من غير كشف. وإن استكشف الحال كما فعل عمر فحسن (وإن عدله اثنان وجرحه اثنان فالجرح أولى) في قول أكثر العلماء لأن الجرح يخبر بأمر باطن خفي على المعدل وشاهد العدالة يخبر عن أمر ظاهر ولأن الجرح مثبت والمعدل نافي وكذا إن زاد عدد المعدل على ذلك فإن عدله اثنان وجرحه واحد وقبلنا جرحه قدم التعديل ذكره في «المحرر» و «المستوعب» و «الرعاية» وعلله في «الكافي» بأن بينة الجرح لم تكمل وإن جرحه اثنان قدما إذا بيّن سبب جرحه فان أخبر أحدهما بتعديله والآخر بجرحه بعث آخرين فإن أخبرا بجرحه ردت شهادته وإن لم يبعث أحدا قدم الجرح.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 80

فرع: إذا عصى في بلده فانتقل عنه فجرحه اثنان في بلده وزكاه اثنان في البلد الذي انتقل إليه قدم التزكية. ويكفي فيها الظن بخلاف الجرح (وإن سأل المدعي حبس المشهود عليه حتى يزكي شهوده فهل يحبس على وجهين):

أشهرهُمَا أنه يحبس حتى يفعل ذلك.
والثاني لا يجيبه الى ذلك لأن الأصل براءة الذمة وقيل: يحبس في المال ونحوه فقط. وكذا الخلاف لو سأل كفيلاً به في غير حد أو جعل عين مُدَّعَاه في يد عدل قبل التزكية (وإن أقام شاهداً، وسأل حبسه حتى يقيم الآخر حبسه إن كان في المال) جزم به أكثر الأصحاب لأن الشاهد حجة فيه مع يمين المدعي، واليمين إنما تتعين عند تعذر شاهد آخر ولم يحصل التعذر وقيل لا يحبس (وإن كان في غيره فعلى وجهين).
أحدهما: لا لأنه لا يكون حجة في إثباته أشبه ما لو لم تقم بيته.

(10/181)

والثاني: بلى كالتالي قبلها والأول أولى لأنه إن حبس ليقوم شاهداً آخر يتم بها البيّنة فهو كالحق الذي لا يثبت إلا بشاهدين وإن حبس ليحلف معه فلا حاجة إليه لأن الحلف ممكن في الحال فإن ثبت حقه وإلا لم يجب شيء.
وفي «الرعاية» أنه يحبس في المال وغيره ثلاثة أيام فإن أقام شاهداً آخر وإلا حلف غريمه وأطلق غريمه وأطلق.
وقيل: إن طلب يمين المنكر فأبى ولم تثبت عدالة الشاهد حبس وإلا فلا. وقيل إن توقف الحكم على شاهدٍ آخر لم يحبس غريمه حتى يقيمه وإلا فاحتمالاً.
فرع: إذا قام العبد شاهدين بأن سيده أعتقه وسأل الحاكم أن يحول بيته وبين سيده فوجهان وإن أقامت المرأة شاهدين بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بيته وبينها لا إن أقامت شاهداً واحداً (وإن حاكم إليه من لا يعرف لسانه ترجم له من يعرف لسانه) لأنه لا يعرف ما يترتب الحكم عليه إلا بذلك ولا (يقبل في الترجمة والجرح والتعديل والتعريف) المراد به تعريف الحاكم لا تعريف الشاهد المشهود عليه. قال أحمد: لا يجوز أن يقول الرجل للرجل: أنا أشهد أن هذه فلانة ويشهد على شهادتي والفرق أن الحاجة تدعو إلى ذلك في الحاكم لأنه يحكم بغلبة الظن (والرسالة والتزكية إلا قول عدلين قدمه في «المحرر» و «المستوعب» وجزم به في «الوجيز» وهو المذهب لأن ذلك إثبات شيء يبنى الحاكم حكمه عليه فافتقر إلى ذلك كسائر الحقوق.
فعلى هذا لا بد من عدلين ذكرين أجنيين يشهدا بذلك شفاهاً وهذا في غير المال والزنى. أمّا المال فيشهد رجلان أو رجل وامرأتان. وفي الزنى الأصح أنه لا بد من أربعة وذلك شهادة فيعتبر فيه ما يعتبر فيها (وعنه يقبل قول واحد في الكل) اختاره أبو بكر لحديث زيد بن ثابت أن النبي أمره فتعلم كتاب اليهود حتى كتبت للنبي كتبه وأقرأته كتبهم رواه البخاري .
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 80

(10/182)

وقال عمر بن الخطاب وعنده عثمان وعلي وعبد الرحمن ما تقول هذه؟ فقال عبد الرحمن: هذه حاطب تخبرك بالذي صنع معها.
وقال أبو حمزة: كنت أترجم بين ابن عباس وبين الناس وكالرواية وأخبار الديانات.

فعلى هذا يكفي إخبار عدل بدون لفظ الشهادة. ولو كان امرأة أو والدا و ولدا أو أعمى لمن خبره بعد عماه لا قبله وعنه بشرط حريته ذكرها ابن هبيرة . وجوابه بأنه يقبل خبر العبد كأخبار الديانات ويكتفى بالرقعة مع الرسول . وعلى الأول تجب المشافهة وتعتبر شروط الشهادة فيمن رتبته حاكم يسأل سراً عن الشهود لتزكية أو جرح ومن نصبه للحكم بجرح وتعديل وسماع بينة قنع الحاكم بقوله وحده إذا قامت البيّنة عنده (ومن ثبتت عدالته مرة، فهل يحتاج الى تجديد البحث عن عدالته مرةً أخرى؟ على وجهين): أحدهما: لا يحتاج قدمه في «المحرر» كالزمن القريب ولأن الأصل بقاء ما كان على ما كان فلا يزول حتى يثبت الجرح.

والثاني: بلى قال في «المحرر» وهو المنصوص عنه وصححه في «الفروع» وجزّم به في «الوجيز» مع طول المدة لأن مع طول الزمان تتغير الأحوال. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 80

فصل

(10/183)

(وإن ادعى على غائب) مسافة قصر (أو مستتر في البلد) أو في دون مسافة قصر (أوميت أو صبي أو مجنون) وعبارة «الفروع» أو غير مكلف وهي احسن (وله بينة سمعه الحاكم وحكم بها) قدمه في «الكافي» و «المحرر» و «المستوعب» و «الفروع» جزّم به في «الوجيز» ونصره في «الشرح» واختاره الخلال وصاحبه لحكمه عليه السلام على أبي سفيان في حديث هند ولم يكن حاضرا ولأن عدم سماعها يفضي الى تأخير الحق مع إمكان استيفائه والسماع من أجل الحكم وليس تقدم الإنكار هنا شرطا ولو فرض إقراره فهو تقوية لثبوتها. قال في «الترغيب» وغيره لا يفتقر البيّنة الى جحود اذ الغيبة كالسكوت والبيّنة تسمع على ساكت. لكن لو قال هو معترف وأنا أقيم البيّنة استظهارا لم تسمع وقاله الآدمي وقد علم أن المستتر والميت كالغائب بل أولى لأن المستتر لا عذر له بخلاف الغائب. وأمّا الصبي والمجنون فإنهما لا يُعبران عن أنفسهما.

وظاهره: أنه إذا لم تكن له بينة لم تسمع دعواه الفائدة ولا يقضى على غائب بحق لله لأن مبناه على المساهلة فإن تعلق به حق آدمي كالسرقة قضى بالغرم دون القطع وفي حد القاذف وجهان (وهل يحلف المدعي أنه لم يبرأ منه؟ ولا من شيء منه؟ على روايتين).

إحداهما: لا يستحلف على بقاء حقه اختاره الأكثر وذكره في «الشرح» ظاهر المذهب لقوله عليه السلام: «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر» وكما لو كانت على حاضر.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 89

(10/184)

والثانية: بلى قدمها في «المحرر» وجزم بها في «الوجيز» وصححها في «الرعاية» وقالها أكثر العلماء لأنه يجب الاحتياط ولأنه يحتمل أن يكون قضاة

أو غير ذلك. وكما لو كان حاضرة فادعى بعض ذلك وطلب اليمين ولا يتعرض في يمينه لصدق البينة لكمالها بخلاف ما إذا قام شاهداً، فإنه يحلف معه ولا يلين مع بينة إلا هنا لأن فيه طعنا على البينة وعنه بلى فعله عليّ. وعنه: مع ريبة وليس بعيد. وعنه لا يحكم على غائب ونحوه اختاره ابن أبي موسى وكان شريح لا يرى القضاء على الغائب وذكر ابن هبيرة عن أحمد أنه لا يحكم على غائب بحال إلا أن يتعلق الحكم للحاضر مثل أن يكون وكيل الغائب أو وصي أو جماعة شركاء في شيء فيدعي على أحدهم وهو حاضر فيحكم عليه وعلى الغائب (ثم إذا قدم الغائب وبلغ الصبي أو أفاق المجنون فهو على حجة) لأن المانع إذا زال صار كالحاضر المكلف فان قدم الغائب قبل الحكم لم تجب إعادة البينة لكن يخبره الحاكم بالحال ويمكنه من الجرح فان جرح البينة بعد أداء الشهادة أو مُطلقاً لم يقبل لجواز كونه بعد الحكم فلا يقدر فيه وإلا قبل (وإن كان الخصم في البلد غائباً عن المجلس) أو غائب عنها دون مسافة القصر غير ممتنع (لم تسمع الدعوى) ولا البينة حتى يحضر لأن حضوره ممكن فلم يجز الحكم عليه مع حضوره كحاضر مجلس الحكم بخلاف الغائب/ (فإن امتنع من الحضور سمعت البينة وحكم بها في إحدى الروايتين) قدمها في «الفروع» وهي أشهر لأنه إذا سمعت على غائب وحكم بها فلأن تسمع على الحاضر الممتنع بطريق الأولى لأن الحاضر الممتنع لا عذر له (والأخرى لا تسمع حتى يحضر) لقوله عليه السلام: «لا يقضي للأول حتى يسمع كلام الثاني». فعلى هذا لو لم يقدر عليه وأصر على الاستتار، حكم عليه نص عليه فإن وجد له مالا وفاه وإلا قال للمدعي إن عرفت له مالا وثبت عندي وفيتك منه ونقل أبو طالب: يسمعان ولكن لا يحكم عليه حتى يحضر قال في

(10/185)

«المحرر» وهو الأصح (فإن أبى بعث الى صاحب الشرطة ليحضره) فعلى هذا ينفذ من يقول في منزلة أيام القاضي يطلبه الى مجلس الحكم فأخبروه ويحرم أن يدخل عليه بيته لكن صرح في «التبصرة» إن صح عند الحاكم أنه في منزله أمر بالهجوم عليه وإخراجه ونصه يحكم بعد ثلاثة أيام جزم به في «الترغيب» وغيره. وظاهر نقل الأثرم يحكم عليه إذا خرج قال: لأنه قد صار في حرمه كمن لجأ إلى الحرم (فإن تكرر منه الاستتار أقعد على بابه من يضيق عليه في دخوله وخروجه حتى يحضر) إذ الحاكم يضيق عليه بما يراه حتى يحضر والحكم للغائب ممتنع.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 89

قال في «الترغيب» لامتناع سماع البينة له والكتابة له الى قاض آخر ليحكم له بكتابه بخلاف الحكم عليه ويصح تبعا ونبه عليه بقوله: (فإن ادعى أن أباه مات عنه وعن أخ له غائب) أو غير رشيد (وله مال في يد فلان أو دين عليه فأقر المدعى عليه أو ثبت بيينة سلم الى المدعى نصيبه وأخذ الحاكم نصيب الغائب فيحفظه له) قدمه في «المحرر» و «الرعاية» و «الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأن حقه ثبت وذلك يوجب تسليم نصيبه إليه وكذا حكمه بوقف يدخل فيه من لم يخلق تبعا وإثبات أحد الوكيلين الوكالة في غيبة الآخر فتثبت له تبعا وسؤال أحد الغرماء الحجر الكل، وقد سبق.

قال الشيخ تقي الدين : والقضية الواحدة المشتملة على عددٍ أو أعيانٍ كولد الأبوين في المشتركة أن الحكم فيها لواحدٍ أو عليه يعمه وغيره، وحكمه لطيفة حكم للثانية إن كان الشرط واحداً، ثم من أبدى ما يجوز أن يمنع الأول من الحكم عليه فللثاني الدفع به (ويحتمل أنه إذا كان المال ديناً أن يترك نصيب الغائب) وغير الرشيد (في ذمة الغريم حتى يقدم) ويرشد الآخر لأنه لا يؤمن عليه التلف إذا قبضه فإن تعذر أخذ الباقي شارك الآخر فيما أخذه فإذا حضر الغائب ورشد الآخر لم تعد الدعوى إلا من جهة غير الإرث وإن أقام الحاضر الرشيد شاهداً وحلف مَعَهُ في الإرث ذكره في «الرعاية».

والأول أولى لأنه تعرض التلف بفلس وموت وعزل الحاكم وتعذر البيّنة وكما لو أجره صغيراً أو مجنوناً ثم إذا دفعنا إلى الحاضر نصف العين أو الدين لم يطالبه بضمين لأن فيه طعناً على الشهود. قَالَ الْأَصْحَابُ: سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أولاً. ويحتمل أن لا تقبل شهادتهما في نفي وارث آخر حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقدمة. فعلى هذا: يسأل الحاكم، ويأمر منادياً أن فلانا مات، فإن كان له وارث فليأت، فإذا غلب على ظنه أنه لو كان له وارث لظهر دفع الحاكم إليه نصيبه.

فرع: إذا كان مع الابن ذو فرض فعلى المذهب: يعطى فرضه كاملاً. وعلى الآخر: يعطى اليقين وإن كانت له زوجة، أعطيت ربع الثمن عائلاً فيكون ربع التسع لجواز أن يكون له أربع زوجات. وإن كانت له جدة وثبتت موت أمه أعطيتها ثلث السدس. وتعطاه عائلاً فيكون ثلث العشر ولا يعطى العصبه شيئاً مسألة إذا اختلفا في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بيّنة أن الدار كانت له أمس، ملكه أو منذ شهر سمعت البيّنة وقضي بها في الأشهر لأنه ثبت الملك في الماضي فإذا ثبت استديم حتى يعلم زواله ولا تسمع في وجه صححه القاضي لكن إن انضم إلى شهادته بيان سبب يد الثاني سمعت وقضي بها فإن أقر المدعى عليه أن كانت للمدعي أمس سمع إقراره في الصحيح وحكم به. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 89

ويفارق البيّنة من وجهين: أحدهما أنه أقوى من البيّنة. الثاني أن البيّنة لا تسمع إلا على ما ادّعاها والدعوى يجب أن تكون متعلقة بالحال والإقرار يسمع ابتداءً (وإذا ادعى إنسان أن الحاكم حكم له بحق فصدقه قبل قول الحاكم وحده) كما لو أقر خصمه في مجلس الحكم فسأل المدعي الحاكم عن إقراره فقال نعم وليس هذا حكماً بعلم إنما هو إمضاء الحكم السابق وقال ابن حمدان إن معنا الحكم بعلمه، فلا (وإن لم يذكر ذلك فشهد عدلان أنه حكم له به قبل شهادتهما وأمضى القضاء) لقدرة على إمضائه وهذا قول ابن أبي ليلى و محمد بن الحسن . وذكر ابن عقيل لا يقبلهما وهو مروي عن الحنفية والشافعية لأنه يمكن الرجوع إلى العلم والاحتياط فلا يرجع إلى الظن كالشاهد إذا نسي شهادته فشهد عنده شاهدان أنه شهد لم يكن له أن

يشهد وَجَوَابُهُ أَنَّهُمَا لَوْ شَهِدَا عِنْدَهُ بِحُكْمٍ غَيْرِهِ قَبْلَ فَكَذَا إِذَا شَهِدَا عِنْدَهُ بِحُكْمِهِ
وَمَا ذَكَرُوهُ لَا يَسْتَقِيمُ لِأَنَّ ذِكْرَ مَا نَسِيَهُ لَيْسَ إِلَيْهِ وَالْحَاكِمُ يَمْضِي مَا حُكِمَ بِهِ إِذَا
ثَبَتَ عِنْدَهُ وَالشَّاهِدُ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِمْضَاءِ شَهَادَتِهِ.

(10/188)

ومحل ما ذكره المؤلف ما لم يتقين صواب نفسه فان تيقنه لم يقبلهما لقصة
ذي اليمين (وكذلك إن شهدا أن فلانا وفلانا شهدا عندك بكذا، قبل شهادتهما
كما تقبل شهادتهما على الحق نفسه (وإن لم يشهد به أحد لكن وجدته في
قمطره تحت ختمه بخطه) وتيقنته ذكره الأصحاب ولم يذكره (فهل ينفذه؟ على
روايتين): إحداهما لا يعمل به إلا أن يذكره نص عليه في الشهادة.
وذكر القاضي وأصحابه: المذهب وفي «الترغيب» فلم يجز إنفاؤه إلا ببينة
كحكم غيره ولأنه يجوز أن يزور عليه وعلى خطه وختمه وكخط أبيه بحكم أو
شهادة لم يشهد ولم يحكم بها إجماعاً.
والثانية: يحكم به اختاره في «الترغيب» وقدمه في «المحرر» وجزم به
الآدمي وصاحب «الوجيز».

قال المؤلف: وهذا الذي رأيت عن أحمد في الشاهد لأنه إذا كان في قمطرة
تحت ختمه لم يحتمل إلا أن يكون صحيحاً إلا احتمالاً بعيداً كاحتمال كذب
الشاهدين.

والثالثة ينفذه مُطلقاً سواء كان في حرزه وحفظه كقمطرة أو لا. فإن قلت لو
وجد في دفتر أبيه حقا على إنسان جاز أن يدعيه ويحلف عليه قلنا هذا يخالف
الحكم والشهادة بدليل الإجماع على أنه لو وجد خط أبيه بشهادة لم يجز أن
يحكم بها ولا يشهد بها ولو حكم أبيه مكتوباً بخطه لم يجز له إنفاذه ولأنه يمكنه
الرجوع فيما حكم به إلى فعله فروعي ذلك وأما ما كتبه أبوه فلا يمكنه الرجوع
فيه إلى نفسه فيكفي فيه الظن (وكذلك الشاهد إذا رأى خطه) جزماً (في
كتاب بشهادة ولم يذكرها فهل له أن يشهد بها؟ على روايتين) أي: فيها الخلاف
السابق وعلل في «الشرح» الجواز بأن الظاهر أنها خطه وفي «الرعاية» لو
ضاع أو انمحي لم يضره ولو شهد بخلافه صح.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 89

فرع: إذا أخبر حاكم آخر بحكم أو ثبوت عمل به مع غيبة المخبر.
وفي «الرعاية» عن المجلس ويقبل خبره في غير عملهما أو في عمل أحدهما.

(10/189)

وعند القاضي: لا يقبل إلا أن يخبر في عمله حاكماً في غير عمله فيعمل به إذا
بلغ عمله وجاز حكمه بعلمه وجزم به «الترغيب» ثم قال وإن كانا في ولاية
المخبر فوجهان.

وفيه إذا قال سمعت البينة فاحكم لا فائدة فيه مع حياة البينة بل عند العجز
عنها.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 89

فصل

من كانَ لَهُ عليّ إنسان حق ولم يمكنه أخذ بالحاكم وقدر على مال له لم يجز أي يحرم (أن يأخذ قدر حقه نص عليه واختاره عامة شيوخنا) وهو المشهور في المذهب ونصره في «الشرح» وغيره ورواه ابن القاسم عن مالكٍ . لقوله عليه السلام: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك».

وقوله: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» ولأن التعيين والمعارضة بغير رضى المالك إلا إذا تعذر عليّ ضيف أخذ حقه بحاكم فله ذلك. فعلى ما ذكره لو أخذ شيئاً لزمه رده أو مثله أو قيمته فإن كان من جنس دينه تتساقط في قياس المذهب. وإن كان من جنسه غرمه وتقدم لو غصبه مالا أو كان عنده عين ماله أخذه قهرا زاد في «الترغيب» ما لم يفض الى فتنة.

قال ولو كان لكل منهما دين على الآخر من جنسه فجدد أحدهما فليس للآخر أن يجحد وجهها واحداً لأنه كبيع دين بدين لا يجوز ولو رضى (وذهب بعضهم من المحدثين الى جواز ذلك) هذا رواية فعلى هذا يجب أن يتحريا الأخذ بالعدل. (فإن قدر على جنس حقه أخذ بقدره) من غير زيادة على ذلك (وإلا) أي وإن لم يقدر على جنس حقه (قومه وأخذ بقدره) لأن الزائد على ذلك لا مقابل له (متحريا للعدل في ذلك لحديث هند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»

ولقوله عليه السلام: «الرهن مكره ومحلوب»).

والأول أولى لأن حديث هند قد أشار أحمد إلى الفرق وهو أن حق الزوجية واجب في كل وقت والمحاكمة في كل لحظة يشق بخلاف من له دين.

(10/190)

وفرق أبو بكر وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة لأن المرأة لها من البسط في ماله بحكم العادة ما يؤثر في أخذ الحق وبذل اليد فيه بخلاف الأجنبي.

وعلى الجواز ليس له الأخذ من غير جنسه مع قدرته على جنس حقه وإن لم يجد إلا من غير جنس حقه.

فيحتمل أنه لا يجوز له تملكه لأنه لا يجوز أن يبيعه من نفسه وهذا يبيعه من نفسه ويلحقه فيه تهمة ويحتمل أن يجوز كما قالوا في الرهن يركب بقدر النفقة.

فأما إن كان مقرا به باذلاً له أو كان مانعا له لأمر يبيح المنع كالتأجيل والأعسار أو قدر عليّ استخلافه بالحاكم لم يجز له الأخذ بغير خلاف.

فرع: نص أحمد في رواية ابنه وحرب على أن لابن الابن أن يأخذ من مال أبيه بغير إذنه إذا احتاج إليه ذكره الخلال في «جامعه» ويتخرج جوازه بناء على تنفيذ الوصي الوصية ما في يده إذا كتم الورثة تعيين التركة (وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته في الباطن) وهذا قول جمهور العلماء. لقوله عليه السلام في حديث أم سلمة: «فمن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذه فانما أقطع له قطعة من النار» متفق عليه ولأنه حكم بشهادة زور فلا يحل له ما كان محرما عليه كالمال المطلق (وذكر ابن أبي موسى رواية أنه يزيل العقول والفسوخ) لما روي عن علي أن رجلا ادعى على امرأة نكاحا فرفعا الى علي فشهد شاهدان بذلك فقضى بينهما بالزوجية فقالت والله ما تزوجني اعقد بيننا عقدا حتى أحل له فقال: شاهداك زوجاك.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 97

فعلى هذا يحل لمدعي النكاح وطء المرأة المشهود عليها والتصرف في العين

المبيعة ولمن علم كذب شهود الطلاق أن يتزوج بالمرأة والأول أصح وحديث علي بتقدير صحته لا حجة فيه لأنه أضاف التزويج الي الشاهدين لا الى حكمه لكن اللعان يفسخ به وإن كان أحدهما كاذبا فالبينة أولى.

(10/191)

وجوابه بأن اللعان حَصَلت به الفرقة لا بصدق الزوج. ولهذا لو قامت به البينة لم يفسخ النكاح. لكن أجاب حنبلي بأن اللعان وضعه الشرع لستر الزانية وصيانة النسب فتعقب الفسخ الذي لا يمكن الانفكاك إلا به وَمَا وضعه الشرع للفسخ به زوال الملك وليس من مسألتنا الا جهل الحاكم بباطن الأمر وعلمهما وعلم الشهود أكثر من النص في الدلالة لأن النص معلوم وهذا محسوس. وقدم في «المحرر» «كالمقنع» ثم استثنى إلا في أمر مختلف فيه قبل الحكم فانه على رَوَايتين قطع في «الواضح» وغيره أنه يحيل الشيء عن صفته في مختلف فيه قبل الحكم.

فلو حكم حنفي لحنبلي شفعة جوار زال باطنا في الأعراف ولو حكم لمجتهد أو عليه بما يخالف اجتهاده عمل باطنا بالحكم ذكره القاضي وقيل: باجتهاده وإن باع حنبلي متروك التسمية فحكم بصحته شافعي نفذ عند أصحابنا إلا أبي الخطاب وعلى المذهب من حكم له بزوجة امرأة بيّنة زور حلت له حكما ثم إن وطأ مع العلم فكزنى ويصبح نكاحها غيره خلافا للمؤلف. وإن حكم بطلاقها ثلاثا بشهود زور فهي زوجته باطنا نص عليه. ويكره أن يجتمع بها ظاهرا ولا يصح نكاحها غيره ممن يعلم الحال نص عليه فإن وطنها فهل يحد؟ فيه وجهان.

وقال القاضي: يصح النكاح وجوابه أنه يفضي الى الجمع بين الوطاء للمرأة من اثنين أحدهما يَظَاهرها بحكم الظاهر. والآخر بحكم الباطن وهذا فساد وكالمتزوج بلا ولي مسائل: الأولى إذا رد حاكم شهادة واحد برمضان لم يؤثر كملك مطلق وأولى لأنه لا مدخل لحكمه في عبادة ووقت وإنما هو فتوى. فلا يقال حكم بكذبه أو بأنه لم يره. وفي «المغني» أن رده ليس بحكم هنا لتوقفه في العدالة. ولهذا لو ثبتت حكم.

(10/192)

قال الشيخ تقي الدين: أمور الدين والعبادات المشتركة بين المسلمين لا يحكم فيها إلا الله ورسوله إجماعا فدل على أن إثبات سبب الحكم كرؤية الهلال والزوال ليس بحكم فمن لم يره سببا لم يلزمه شيء. وعلى ما ذكره المؤلف أنه حكم. الثانية: إذا رفع اليه حكم في مختلف فيه لا يلزمه نقضه لينفذه لزمه في الأصح وقيل مع عدم نص يعارضه وكذا إن كان نفس الحكم مختلفا فيه كحكمه بعلمه ونكوله وشاهد ويمين.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 97

وفي «المحرر» لا يلزمه إلا أن يحكم به حاكم آخر قبله. الثالثة: إذا رفع إليه خصمان عقدا فاسدا عنده فقط وأقر بأنه نافذ الحكم حكم بصحته فله إلزامهما ذلك ورده والحكم بمذهبه.

وقال الشيخ تقي الدين إنه كالبينة ثم ذكر أنه قياس المذهب كبينته إن عينا الحاكم. الرابعة: من قلد في صحة نكاح لم يفارق بتغيير اجتهاده كحكم بخلاف مجتهد نكح ثم رأى بطلانه في الأصح. وقيل: ما لم يحكم به حاكم ولا يلزم إعلام المقلد بتغييره في الأصح وإن بان خطؤه في إتلاف بمخالفة قاطع ضمن لا مستفتيه وفي تضمين مفت ليس أهلاً وجهان.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 97

(10/193)

بَابُ حُكْمِ كِتَابِ الْقَاضِي أَبِي الْقَاضِي

وهو ثابت بالإجماع، وسندهُ قوله تعالى {إني ألقى إليّ كتاب كريم} (النمل: 29). وكتب النبي الى كسرى وقيصر والنجاشي وملوك الأطراف، وكان يكتب الى عماله وسعته، والحاجة داعية الى قبوله. فإن من له حق في بلد غير بلده لا يمكنه إتيانه ولا مُطالبته إلا بكتاب القاضي وذلك يقتضي وجوب قبوله (يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في المال وما يقصد به المال كالقرض والغصب والإجارة والرهن والصلح والوصية له والجنابة الموجبة للمال) بغير خلاف نعلمه هذا في معنى الشهادة على الشهادة (ولا يقبل في حد لله تعالى) جزم به في «المستوعب» و «المحرر» و «الشرح» لأنه مبني على الستر والدرء بالشبهات والإسقاط بالرجوع، وفيه رواية في «الرعاية» قاله مالك و أبو ثور (وهل يقبل فيما عدا ذلك كالقصاص والتوكيل والوصية اليه؟ على روايتين): إحداهما: يقبل قدمه في «المحرر» و «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لأنه لا يدرأ بالشبهات.

والثانية: لا كقول أكثر العلماء. وهو قول أبي بكر و ابن حامد لأنه لا يثبت إلا بشاهدين كحق الله تعالى وعنه يقبل إلا في الدماء والحدود. وفي «الشرح» أن المذهب لا يقبل في القصاص كالحد وقيل يقبل فيما تقبل فيه شهادة الفرع وما لا فلا ذكره في «الكافي». لأن الكتاب لا يثبت إلا بتحمل الشهادة من جهة القاضي فكان حكمه حكم الشهادة على الشهادة/ (فأما حد القذف فان قلنا هو لله تعالى فلا يقبل فيه) كحقوق الله تعالى (وإن قلنا هو لآدمي فهو كالقصاص) جزم في «الوجيز» بثبوت فيه.

(10/194)

(تنبيه): اعلم أن الأصحاب ذكروا أن كتاب القاضي حكمه كالشهادة على الشهادة لأنه شهادة على شهادة وذكروا فيما إذا تغيرت حاله أنه أصل ومن شهد عليه فرع فلا يسوغ نقض الحكم بإنكار القاضي الكاتب. ولا يقدر في عدالة البينة بل يمنع إنكاره الحكم كما يمنع رجوع شهود الأصل الحكم فدل ذلك أنه فرع لمن شهد عنده وأصل لمن شهد عليه (ويجوز كتابه فيما حكم به) مثل أن يحكم على انسان بحق، فيتعين عليه وفاؤه أو يدعي حقا على غائب ويقدم بيته عنده ويسأل الحاكم الحكم عليه فيحكم عليه، ويسأله أن يكتب له

كتاباً بحكمه الى قاضي البلد الذي فيه الغائب فيكتب له إليه أو تقوم البينة على حاضر فيهرب قبل الحكم عليه فيسأل صاحب الحق الحاكم الحكم عليه وأن يكتب له كتاباً بحكمه فيلزم الحاكم اجابته لأن الحاجة داعية الى ذلك (لينفذه في المسافة القريبة وَمَسَافَةَ الْقَصْرِ) لا نعلم فيه خلافاً لأن المكتوب اليه يلزمه قبوله.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 103

وظاهره: ولو كانا ببلدٍ واحدٍ وحكم الحاكم يجب إمضاؤه على كل حاكم. واختار الشيخ تقي الدين وفي حق لله تعالى (ويجوز فيما ثبت عنده ليحكم به في المسافة البعيدة دون القريبة) هذا هو المذهب لأنه نقل شهادة فاعتبر فيه معاً يعتبر في الشهادة على الشهادة وكتابه بالحكم ليس هو نقلاً وإنما هو خبر. وعنه: فوق يوم قال الشيخ تقي الدين خرجته في المذهب وأقل كخبر وقاله أبو يوسف و محمد . وروي عن أبي حنيفة لكن قال بعض أصحابه الذي يقتضيه مذهبه أنه لا يجوز كما لا يجوز ذلك في الشهادة على الشهادة. قال القاضي ويكون في كتابه: شهد عندي فلان وفلان، بكذا ليكون المكتوب اليه هو الذي يقضي ولا يكتب ثبت عندي لأنه حكمٌ بشهادتهما كبقية الأحكام قاله ابن عقيل وغيره. قال الشيخ تقي الدين و الأول أشهر أنه خبر بالثبوت كشهود الفرع لأن الحكم أمرٌ ونهيٌ ينضمن إلزاماً.

(10/195)

فرع: لو أثبت مالكي وقفا لا يراه كوقف الانسان على نفسه بالشهادة على الخط فإن حكم للخلاف في العمل بالخط كما هو المعتاد فلحنيلي يرى صحة الحكم أن ينفذه في مسافة قريبة. وإن لم يحكم المالكي بل قال ثبت كذا فكذلك لأن الثبوت عند المالكي حكم ثم إن رأى الحنبلي الثبوت حكماً نفذه وإلا فالخلاف في قرب المسافة ولزوم الحنبلي تنفيذه يبنني على لزوم تنفيذ الحكم المختلف فيه وحكم المالكي مع علمه باختلاف العلماء في الخط لا يمنع كونه مختلفاً فيه ولهذا لا ينفذه الحنفي حتى آخر ينفذه وللحنبلي الحكم بصحة الوقف مع بعد المسافة ومع قربها الخلاف ذكره في «الفروع» (ويجوز أن يكتب الى قاض معين) ككتابه عليه السلام الى كسرى وقيصر (والى من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وخدامهم) وهو قول أبي ثور واستحسنه أبو يوسف كما لو كان معينا (ولا يقبل الكتاب إلا أن يشهد به شاهدان) عدلان عند المكتوب اليه ويعتبر ضبطهما لمعناه وما يتعلق به الحكم فقط نص عليه وقيل عند الكاتب.

(10/196)

ويتوجه لنا أنه إذا كان يعرف خطه وختمه اكتفى به وهو قول الحسن وسوار والعنبري لأنه يحصل غلبة الظن أشبه شهادة. الشاهدين وجوابه: أن ما أمكن إثباته بالشهادة لم يجز الاقتصار على الظاهر كإثبات العقود ولأن الخط يشبه الخط والختم يمكن التزوير عليه ولأنه نقل حكم أو إثبات فلم يكن فيه بد من

شهادة عدلين كالشهادة على الشهادة (يحضرهما القاضي الكاتب) لأن تحمل الشهادة بغير معرفة المشهود به غير جائز (فيقرأه عليهما) وهذا ليس بواجب في القبول بل قراءته هي الواجبة سواء كانت من حاكم أو غيره والأولى أن يقرأه الحاكم لأنه أبلغ والأحوط أن ينظرا معاً فيما يقرؤه فان لم ينظرا جاز لأنه لا يستقر إلا ثقة (ثم يقول أشهدكما أن هذا كتابي إلى فلان ابن فلان) لأنه يحملهما الشهادة فوجب أن يعتبر فيه إشهاده كالشهادة وإن قال اشهدا عليّ بما كان أولى فان اقتصر على قوله: هَذَا كتابي الى فلان فظاهر الخرقى أنه لا يجزى حتى يقول اشهدا عليّ كالشهادة على الشهادة.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 103

(10/197)

وقال القاضي يجزىء ما في الكتاب اعتماداً على حفظه وإلا كتب كل منهما نسخة به ويقبضان الكتاب قبل أن يغيبا لئلا يدفع إليهما غيره (فإذا وصل إلى المكتوب إليه دفعا إليه الكتاب) ثم يقرؤه عليهما ثم شهدا به (وقالا: نشهد أن هذا كتاب فلان اليك كتبه من عمله واشهدنا عليه) لأن الكتاب لا يقبل إلا من قاض وذلك يستدعي وجود الكتابة والإشهاد عليه في موضع قضائه. وفي كلام أبي الخطاب كتبه بحضرتنا وقال لنا اشهدا عليّ كتبه في عملي، فثبت عندي وحكمت به من كذا وكذا فيشهدان بذلك لأن الكتاب لا يقبل إلا إذا وصل في مجلس عمله (والاحتياط أن يشهدا بما فيه وبختمه) لأنه أبلغ (ولا يشترط ختمه) لأنه عليه السلام كتب إلى قيصر ولم يختمه فقبل له إنه لا يقرأ كتاباً غير مختوم فاتخذ الخاتم. وخاصلة أنه يقبل سواء كان مختوماً أو غير مختوم ومفتولاً أو غير مفتول لأن الاعتماد على شهادتهما لا على الخط والختم. فإن انمحي الخط وكانا يحفظان ما فيه جاز لهما أن يشهدا بذلك. فائدة: لا يشترط أن يذكر القاضي الكاتب اسمه في العنوان ولا ذكر المكتوب إليه في باطنه. وقال أبو حنيفة إذا لم يذكر اسمه لا يقبل لأن الكتاب إليه.

(10/198)

ولا يكفي ذكر اسمه في العنوان دون باطنه لأن ذلك لم يقع على وجه المخاطبة وإن كتب كتاباً وأدرجه وختمه وقال هذا كتابي إلى فلان اشهدا علي بما فيه لم يصح قدمه في «المحرر» و«المستوعب» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» وهو قول أكثر العلماء لأنهما شهدا بمجهول لا يعلمانه فلم يصح كما لو شهدا أن لفلان على فلان مالاً (لأن أحمد قال فيمن كتب وصية وختمها ثم أشهد على ما فيها فلا حتى يعلمه بما فيها) هذا تنبيه على جهة الأصل المستفاد منه الحكم المذكور (ويتخرج الجواز) هذا رواية كما لو شهدا ما في هذا الكيس من الدراهم جازت شهادته، وإن لم يعلما قدرها (لقوله: إذا وجدت وصية الرجل مكتوبة عند رأسه من غير أن يكون أشهد أو أعلم بها أحداً عند موته وعرف خطه وكان مشهوراً فإنه ينفذ ما فيها) لأنهما سواء في المعنى فكذا يجب أن يكون حكماً (وعلى هذا إذا عرف المكتوب إليه أنه خط القاضي [قع] الكاتب وختمه جاز قبوله) لأن القبول هنا كتفويض الوصية وقيل هو على

الوجهين .
وقال الشيخ تقي الدين من عرف خطه بإقرار وإنشاء أو عقدٍ أو شهادة عمل به
كميت فان حضر وأنكر مضمونه فكااعتراه بالصوت وإنكار مضمونه وذكر قولاً
في المذهب أنه يحكم بخط شاهدٍ ميتٍ وقال الخط كاللفظ إذا عرف أنه خطه
وأنه مذهب جمهور العلماء وهو يعرف أن هذا خطه كما يعرف أن هذا صوته
(والعمل على الأول) لما تقدّم فالعمل به أولى.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 103

(10/199)

فرع إذا ترفع إليه خصمان في غير محل ولايته لم يكن له الحكم بينهما بحكم
ولايته إلا بتراضيهما به فيكون حكم غير القاضي إذا تراضيا وسواء كان
الخصمان من أهل عمله أو لم يكونا ولو ترفع إليه اثنان وهو في موضع ولايته
من غير أهل ولايته كان له الحكم بينهما. فان إذن الإمام لقاض إن يحكم بين
أهل ولايته حيث كانوا أو منعه من الحكم في غير أهل ولايته حيث ما كان كان
الأمر على ما اذن فيه أو منع منه لأن الولاية بتوليته فكان الحكم على وفقها
(فإذا وصل الكتاب فأحضر المكتوب إليه الخصم المحكوم عليه في الكتاب
فقال لست فلان ابن فلان فالقول قوله مع يمينه) ذكره الأصحاب لأنه منكر
وإن نكل قضى عليه بالنكول. وكذا إن رد اليمين على الخلاف (إلا أن تقوم به
بينة) لأن قوله معارض بالبينة وهي راحة فوجب أن لا يقبل قوله لأنه مرجوح
بالنسبة إليها (وإن ثبت أنه فلان ابن فلان بيّنة أو إقرار فقال المحكوم عليه
غيري لم يقبل منه) لأن الظاهر عدم المشاركة في ذلك (إلا بيّنة تشهد أن في
البلد من يساويه فيما سمي ووصف به فيتوقف حتى يعلم من المحكوم عليه
منهما) لأنه يحتمل أن يكون الحق على المشارك له في الاسم وهو يشاك فيه
وحيث يكتب إلى الحاكم الكاتب يعلمه بالحال حتى يحضر الشاهدان فيشهدان
عنده بما يميّز المشهود عليه منهما فإن ادعى المسمى أنه كان في البلد من
يشاركه في الاسم والصفة وقد مات فإن كان موته بعد الحكم أو بعد المعاملة
وكان ممن أمكن أن يجري بينه وبين المحكوم له معاملة فقد وقع الإشكال كما
لو كان حيا لجواز أن يكون الحق على الذي مات، وإلا فلا إشكال.

(10/200)

فرع: يقبل كتابه في حيوان في الأصح بالصفة اكتفاءً بها كمشهود عليه لا له
فإن لم تثبت مشاركته في صفته أخذه مُدعيه بكفيل مختوما عنقه فيأتي به
القاضي ليشهد البينة على عينه ويقضي له به ويكتب له كتاباً ليبرأ كفيله وإن
كان المدعي جاريةً سلمت إلى أمين يوصلها وإن لم يثبت له ما ادعا لزمه رده
ومؤنته منذ تسلمه ذكره في «الرعاية» وزاد دون نفعه وحكمه كمغصوبٍ لأنه
أخذه بلا حق.

وقيل لا يقبل كتابه به لأن الوصف لا يكفي بدليل أنه لا يجوز أن يشهد لرجل
بالوصف والتحلية كذلك المشهور به. والأول رجه في «الشرح» قياساً على
العين وبخالف المشهود له فانه لا حاجة إلى ذلك فيه فان الشهادة له لا تثبت إلا

بعد دعواه وقيل يحكم به الكاتب ويسلم المكتوب اليه لمدعيه.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 103
وفي «الترغيب» على الأول لو ادعى على رجل دينر صفته كذا، ولم يذكر اسمه ونسبه لم يحكم عليه بل يكتب الى قاضي البلد الذي فيه المدعى عليه كما قلنا في الدعوى به ليشهد على عينه. فلو كان عقاراً محدوداً في بلد المكتوب اليه أنفذ حكم القاضي الكاتب وأخذه به وكذا حكم كل منقول معروف لا يشتهه تذييب: قال في «الرعاية» يكتب في الكتاب اسم الخصمين واسم أبويهما أو جديهما وحليتهما وقدر المال وتاريخ الدعوى وقيام البينة العادلة وطلب الخصم الحكم وإجابته اليه وقيل لا يجب ذكر شهود المال. قال في «الفروع» وظاهر كلامهم أنه لا يعتبر ذكر الجد في النسب بلا حاجة.

(10/201)

وذكر في «المنتقى» وغيره أن المشهود عليه إذا عرف باسمه واسم أبيه فانه يغني عن ذكر الجد فائدة: إذا تحملها وشهد بها عند حاكم لزمه الحكم بها بشرطه سواء كان الكتاب اليه أو إلى غيره أو مطلقاً وليس لشهود الكتاب أن يتخلفوا في موضع لاحكام فيه ولهم كراء دوابهم فقط وإن كان فيه حاكم فان شاؤوا شهدوا عنده ليمضيه ويكتب إلى قاضي بلد الخصم وإن شاؤوا أشهد كل منهم على شهادته شاهدين يشهدان عند المكتوب اليه (وإن تغيرت حال القاضي الكاتب بعزل أو موت لم يقدر في كتابه) جزم به في «المحرر» و«الوجيز» وقدمه في «الفروع» لأن المعول في الكتاب على الشاهدين وهما حيان فوجب أن يقبل الكتاب كما لو لم يمت أو ينعزل ولأن الكتاب إن كان فيما حكم به فحكمه لا يبطل بهما وإن كان فيما ثبت عنده فهو أصل واللذان شهدا عليه فرع ولا تبطل شهادة الفرع بموت شاهد الأصل وقيل: لا كما لو فسق فينقدح خاصة فيما ثبت عنده ليحكم به (وإن تغيرت بفسق لم يقدر فيما حكم به). قال ابن المنجا كما لو حكم بشيء ثم فسق وفيه شيء.
وفي «الشرح» كما لو حكم بشيء ثم بان فسقه فإنه لا ينقض ماضى من أحكامه كذا هنا) ويبطل فيما ثبت عنده ليحكم به (لأن بقاء عدالة شاهدي الأصل شرط في الحكم بشاهدي الفرع فكذلك بقاء عدالة الحاكم لأنه بمنزلة شاهدي الأصل) (وإن تغيرت حال المكتوب اليه) بأي حال كان (فلمن قام مقامه قبول الكتاب والعمل به) كذا ذكره معظم أصحابنا لأن المعول على ما حفظه الشهود وتحملوه. ومن تحمل شهادة وشهد بها وجب على كل قاض الحكم بها ولوضاع الكتاب أو انمحي وكما لو شهد بأن فلانا القاضي حكم بكذا لزمه إنفاذه قاله في «الواضح» وغيره.
فرع: إذا كان المكتوب اليه بحاله ووصل الكتاب الى غيره عمل به ذكره القاضي ولو شهدا بخلاف ما فيه قبل اعتماداً على العلم.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 103

(10/202)

قال أبو الخطاب وأبو الوفا فإن قالا هذا كتاب فلان اليك أخبرنا من نثق به لم يجز العمل بهما. وإن قدم غائب فللكاتب الحكم عليه بلا إعادة شهود قاله في «الانتصار».

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 103

فصل

(وإذا حكم عليه فقال اكتب إلى الحاكم أنك حكمت علي حتى لا يحكم عليّ ثانياً لم يلزمه ذلك) جزم به في «المستوعب» وصححه في «الرعاية» لأن الحاكم إنما يحكم فيما ثبت عنده ليحكم به غيره أو فيما حكم به لينفذه غيره وكلاهما مفقود هنا.

والثاني يلزمه جزم به في «المحرر» و«الوجيز» و«الفروع» ليخلص مما يخافه.

فإن قال: اشهد لي عليك بما جرى، لزمه، ذكره في «المحرر» و«الرعاية» (ولكنه يكتب له محضر بالقضية) لأنه ربما حكم عليه غيره ثانياً وفيه ضرر وهو منتف شرعاً (وكل من ثبت له عند حاكم حق أو ثبتت براءته مثل إن أنكروا وحلفه الحاكم) أو ثبت مجرد أو متصل بحكم وتنفيذ أو سأله أن يحكم له بما ثبت عنده (فسأل الحاكم أن يكتب له محضراً بما جرى ليثبت حقه أو براءته لزمه إجابه). لأن الحاكم يلزمه إجابه من سأله لتبقى حجة في يده. فعلى هذا إذا ثبت له حق بإقرار فسأله المقر له أن يشهد على نفسه بما ثبت عنده من الإقرار لزمه ذلك ولو قلنا يحكم بعلمه لأنه يحتمل أن ينسى وإن ثبت عنده حق بنكول المدعى عليه أو بيمين المدعى بعد النكول فسأله المدعى أن يشهد على نفسه لزمه لا يؤمن أن يترك بعد ذلك ويحلف ولا حجة للمدعى غير الإشهاد. فأما إن ثبت عنده بينة فسأله الإشهاد فالمشهور يلزمه لمافيه من تعديل البينة وإلزام خصمه وقيل لا يلزمه لأن له بالحق بينة وإن حلف المنكر وسأل الحاكم الإشهاد على براءته لزمه ليكون حجة له في سقوط المطالبة مرة أخرى.

وحاصله أنه يكتب له محضراً بجميع ذلك في الأصح لأنه وثيقة له فهو كالإشهاد لأن الشاهدين ربما نسيا الشهادة أو نسيا الخصمين.

(10/203)

وقيل: لا يلزمه لأن الإشهاد يكفيه وإن سأله أن يسجل به فهل يلزمه فيه وجهان (وإن سأله من ثبت محضره عند الحاكم أن يسجل له) أي كتابته وأتاه بورقة لزمه في الأصح ولهذا قال (فعل ذلك) قال أحمد إذا أخذ الساعي زكاته كتب له براءة.

وقال الشيخ تقي الدين يلزمه إن تضرر بتركه وماتضمن الحكم بينة سجل وغيره محضر.

وفي «المغني والترغيب» المحضر شرح ثبوت الحق عنده لا الحكم بثبوته (وجعله نسختين: نسخة يدفعها اليه ونسخة يحبسها عنده) هذا هو الأولى حتى إذا هلكت واحدة بقيت الأخرى (والورق من بيت المال) لأن ذلك من المصالح (فإن لم يكن فمن مال المكتوب له) لأنه الطالب لذلك لأن معظم الحاجة له فإن لم يأت به بذلك، لم يلزمه لأن عليه الكتابة دون الغرم. تنبيه: من حكم له بحق بحجة بيده فأقبضه المحكوم عليه الحق وطالبه بتسليم الحجة لم

يلزمه غير الشهادة على نفسه بأخذه ذكره في «المستوعب» و«الرعاية» لأنه ربما خرج ما قبضه مستحقاً فيحتاج إلى حجة تخصّه.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 112
وإن طلب المشتري من البائع الأصل لم يلزمه غير الشهادة عليه بالبيع لأن ذلك حجة له عند الدرك ولمن عليه حق بيّنة أن يمتنع من أدائه حتى يشهد عليه ربه بأخذه وإن كان بلا بيّنة فلا ذكره أصحابنا.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 112
فصل

(10/204)

(وصفة المحضر) هو بفتح الميم والضاد وهو عبارة عن الصك سمي محضراً لما فيه من حضور الخصمين والشهود (بسم الله الرحمن الرحيم) تذكر في ابتداء كل فعل تبركاً بها (حضر القاضي فلان ابن فلان الفلاني، قاضي عبدالله الإمام على كذا) إن كان مستقلاً (وإن كان نائباً كتب خليفة القاضي فلان قاضي عبدالله الإمام في مجلس حكمه وقضائه بموضع كذا إذا ثبت الحق باعتراف المدعى عليه لم يحتج أن يكتب في مجلس حكمه وقضائه لأن الاعتراف يصح منه في مجلس الحكم وغيره وإن كتب أنه شهد على إقراره شاهدان، كان أكد ذكره في «الشرح» و«الرعاية» وإن ثبت بيّنة احتاج أن يذكر مجلس حكمه وقضائه لأن البيّنة لا تسمع إلا في مجلس الحكم وليس في المحضر ثبوت الحق سواء ثبت بالإعتراف أو بالبيّنة وإنما هو شرح ثبوت الحق عند الحاكم (مدع ذكر أنه فلان ابن فلان واحضر معه مدعى عليه ذكر أنه فلان ابن فلان) يرفع قِي نسبهما حتى يتميزا ويذكر حليتهما لأن الاعتماد عليها فرما استعار النسب هذا إذا جهلها الحاكم فإن كان يعرفهما بأسمائهما ونسبهما قال فلان ابن فلان الفلاني وأحضر معه فلان بن فلان الفلاني وإن أخل بذكر حليتهما جاز لأن ذكر نسبهما إذا رفع فيه أغنى عن ذكر الحلية.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 115

(10/205)

وفي «الرعاية» ذكر حليتهما أولى فادعى عليه (كذا فأقر له أو فأنكر فقال القاضي للمدعى: ألك بيّنة؟ فقال نعم فأحضرها وسأله إسماعها ففعل أو فأنكر ولم تقم له بيّنة وسأل إحلافه فأحلفه وإن نكل عن اليمين ذكر ذلك وأنه حكم عليه بنكوله وإن رد اليمين فحلفه حتى ذلك وسأله أن يكتب له محضراً بما جرى فأجابته إليه في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ويعلم) على رأس المحضر (في الإقرار) والإنكار (والإحلاف جرى الأمر على ذلك) لأن ذلك أمر جرى فالعلامة فيه بما ذكر تحقيق للقضية وإخبار عنها ويذكر مع ذلك في رأس المحضر الحمد لله وحده ونحو ذلك ذكره في «الرعاية» وهو ظاهر ما ذكره في «الشرح» (وفي البيّنة شهدا عندي بذلك) لأنه الواقع ويكون في آخر المحضر وفي «الشرح» يكتب علامته مع ذلك في رأس المحضر وإن اقتصر جاز وهو قول في «الرعاية» وأما السجل هو بكسر السين والجيم الكتاب

الكبير) فهو لإنفاذ ما ثبت عنده والحكم به) هذا بيان لمعناه (وصفته أن يكتب هذا ما أشهد عليه القاضي فلان بن فلان ويذكر ماتقدم) في أول المحضر (من حضره من الشهود أشهدهم أنه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان وقد عرفهما بما رأى معه قبول شهادتهما بمحضر من خصمين ويذكرهما إن كانا معروفين وإلا قال مدع ومدعى عليه جاز حضورهما وسماع الدعوى من أحدهما على الآخر معرفة فلان بن فلان) بالدفع معطوف على معرفة. والتقدير ثبت عنده معرفة فلان ابن فلان وإقراره ويجوز نصبه عطفاً على المشهود عليه وإقراره (طوعاً في صحة منه وسلامه وجواز أمر) حتى يخرج المكره ونحوه (بجميع ما سمي ووصف في كتاب نسخته وينسخ الكتاب المثبت والمحضر جميعه حرفاً بحرف فإذا فرغ منه قال: وإن القاضي أمضاه وحكم به على ما هو الواجب في مثله بعد أن سأل ذلك والاشهاد به الخصم المدعي ويذكر اسمه ونسبه ولم يدفعه الخصم الحاضر بحجة وجعل كل ذي حجة وأشهد القاضي فلان على إنفاذه وحكمه وإمضائه من حضره من الشهود في مجلس حكمه في اليوم المؤرخ

(10/206)

في أعلاه وأمر يكتب هذا السجل نسختين متساويتين) لأنهما اللسان تقوم إحداهما مقام الأخرى ويجلد (نسخة منهما بديوان الحكم وتدفع الأخرى الى من كتبها له وكل واحدة منهما حجة ووثيقة فيما أنفذه منهما لتضمنها) ذلك (وهذا يذكر ليخرج من الخلاف) في القضاء على الغائب (ولو قال إنه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان ما في كتاب نسخته كذا ولم يذكر بمحضر من الخصمين ساغ ذلك لجواز الحكم على الغائب) عندنا قال الشيخ تقي الدين الثبوت المجرد لا يفتقر إلى حضورهما بل إلى دعواهما وهذا ينبني على أن الشهادة هل تفتقر إلى حضور الخصمين؟ فاما التزكية فلا (وما يجمع عنده من المحاضر والسجلات في كل أسبوع أو شهر) زاد في «الرعاية» أوسنة (على قلتها وكثرتها يضم بعضها الى بعض) لأن أفراد كل واحد يشق (ويكتب عليها محاضر وقت كذا من سنة كذا) لتتميز وليمكن إخراجها عند الحاجة إليها.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 115

قال في «الكافي» فإن تولى ذلك بنفسه وإلا وكل أمينه وذكر في «الرعاية» أنه يكتب مع ذلك أسماء أصحابها ويختم عليها فإن حضر خصمه وادعى عليه فأنكر وذكر القاضي: أنه حكم عليه أو أنه ثبت عنده ولم يحكم به الزمه بالحق بسؤال خصمه. وإن لم يجزم بذلك فلا في الأشهر وإن نسي الواقعة فشهد عنده عدلان أنه حكم بها أو ثبت عنده لزمه ثبوتها والحكم بها بسؤال المدعي في الأظهر.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 115

بابُ القسمة

القسمة بكسر القاف والقسمة بكسرها أيضاً، وهو النصيب المقسوم. قال الجوهري القسم مصدر قسمت الشيء فانقسم وقاسمه المال وتقاسماه واقتسامه والاسم القسمة.

(10/207)

وهي تمييز بعض الانصباء من بعض وإفرازها عنها. والإجماع على جوازها. وسنده قوله تعالى: {ونبتهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر}. (القمر: 28). {وإذا حضر القسمة} الآية (النساء:). وقوله عليه السلام: «الشفعة فيما لم يقسم». وكان يقسم الغنائم بين أصحابه. والحاجة داعية إلى ذلك ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على حسب اختياره ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي (وقسمة الأملاك جائزة) للدليل السابق (وهي نوعان: قسمة تراض وهي ما فيها ضرر أو رد عوض من أحدهما كالدور الصغار والحمام والعضائد) وأحدثها عضادة وهي ما يصنع لجريان الماء فيه من السواقي وذوات الكتفين ومنه عضادات الباب وهما جنبته من جانبيه (المتلاصقة اللاتي لا يمكن قسمة كل عين منفردة والأرض التي في بعضها بئر أو بناء ونحوه) لا يمكن قسمة بالأجزاء لأنه إذا أمكن قسمة بالأجزاء مثل أن تكون البئر واسعة، يمكن أن يجعل نصفها لواحد ونصفها للآخر ويجعل بينهما حاجزاً في أعلاها أو البناء كبيراً يمكن أن يجعل لكل واحد منهما نصفه (والتعديل)، مثل أن يكون في أحد جانبي الأرض بئر يساوي مائة وفي الآخر منها بناء يساوي مائة تكون القسمة قسمة إجبار لاقسمة تراض لأنه يمكن أن تجعل البئر لأحد الشريكين مع نصف الأرض، والبناء للآخر مع نصف الأرض (إذا رضوا بقسمتها أعياناً بالقيمة جاز) فأجاز لأن الحق لهما وإن طلبا من الحاكم أن يقسمه بينهما أجابهما إليه وإن لم يثبت عنده أنه ملكهما لأن اليد تدل على الملك ولا منازع لهم فثبت له من طريق الظاهر. ولهذا يجوز له التصرف فيه من البيع ونحوه كالاتهاب (وهذه) القسمة (جارية مجرى البيع) لمافيهما من الرد وبهذا تصير بيعاً لأن صاحب الدار بذل المال عوضاً عما حصل في حق شريكه وهذا هو البيع (لا يجبر عليها الممتنع ولا يجوز فيها إلا ما يجوز في البيع). لما روي أحمد عن عبدالرزاق عن معمر عن جابر عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً قال: «لا ضرر ولا ضرار» ورواه

(10/208)

ابن ماجه والدارقطني. ولهما أيضاً من حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن أبي سعيد أن النبي قال: «لا ضرر ولا ضرار» رواه مالك في «الموطأ» عن عمرو عن أبيه مرسلاً. قال النووي حديث حسن وله طرق يقوي بعضها بعضاً ولأنه إتلاف وسفه يستحق به الحجر أشبه هدم البناء ولأن فيها إضرار وإما ردّ عوض، وكلاهما لا يجبر الانسان عليه لكن إذا دعى شريكه إلى بيع في قسمة تراض أجبر فإن أبى بيع عليهما وقسم الثمن نقله الميموني وحنبل وذكره القاضي وأصحابه وذكره في «الإرشاد» و«الفصول» و«الإفصاح» و«الترغيب» وغيرها وكذا الإجارة.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 119

قال الشيخ تقي الدين: ولو في وقف. وللشافعية وجهان في الإجارة قال ابن الصلاح: وددت لو محي من المذهب. قال وقد عرف من أصلنا أنه إذا امتنع السيد من الإنفاق على مماليكه باعهم

الحاكم عليه فإذا صرنا إلى ذلك دفعاً للضرر عن شريك له عليه حق وملك فلم لا يصير إلى ذلك دفعاً للضرر عن شريك لاحق له عليه ولا ملك (والضرر المانع من القسمة) أي قسمة الإيجاب (هو نقص القيمة بالقسمة في ظاهر كلامه) قدمه في «المحرر» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأن نقص قيمته ضرر، وهو منفي شرعاً.

(10/209)

وظاهره: سواء انتفعوا به مقسوماً (أولاً) أو لا ينتفعان به مقسوماً في ظاهر كلام الخرقى واختاره المؤلف وذكر في «الكافي» أنه القياس وهو رواية وذلك مثل أن يكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل منهما موضعاً ضيقاً لا ينتفع به ولو أمكن أن ينتفع به في شيء غير الدار أو لا يمكن أن ينتفع به داراً فلا إيجاب لأنه ضرر يجري مجرى الإيلاف بخلاف نقصان القيمة فإن اعتباره يؤدي إلى بطلان القسمة غالباً فوجب أن لا يعتبر ولأن ضرر نقص القيمة ينجر بزوال ضرر الشركة فيصير كالمعدوم (فإن كان الضرر على أحدهما دون الآخر كرجلين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ينتفع صاحب الثلثين ويتضرر الآخر فطلب من لا يتضرر القسمة لم يجبر الآخر عليه) اختاره أبو الخطاب وقدمه في «المحرر» و«الرعاية» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأن فيه إضاعة مال ولأنها قسمة يضر بها صاحبه فلم يجبر عليها كما لو استضرراً معاً في الأصح قاله في «الرعاية» (فإن طلبه الآخر أجبر الأول) لأن شريكه مالك، طلب إفراز نصيبه الذي لا يستضر بتمييزه فوجب إجابته إلى ذلك.

(وقال القاضي: إن طلبه الأول أجبر الآخر وإن طلبه المضروب لم يجبر الآخر) رواية عن أحمد واختارها جماعة كما لو كانا لا يستضران ولأنه يطالب بحق كقضاء الدين.

والثالثة أيهما طلب لم يجبر الآخر عليه وإن طلبه المستضر أجبر الآخر قدمه في «الشرح» وغيره لأن ضرر الطالب رضي به من يسقط حكمه والآخر لا ضرر عليه فصار كما لا ضرر فيه.

وذكر أصحابنا أن المذهب أنه لا يجبر الممتنع عن القسمة لنهي النبي عن إضاعة المال، وإن طلب القسمة من المستضر سفه.

وقال ابن حمدان: إن قلنا المانع من الإيجاب نقص القيمة أجبر الممتنع مطلقاً وإلا فلا.

(10/210)

فرع ما تلاصق من دور وعضائد ونحوها اعتبر الضرر وعدمه في كل عين وحدها. نقل أبو طالب: يأخذ من كل موضع حقه إذا كان خيراً له (وإن كان بينهما عيب أو بهائم أو ثياب ونحوها) من جنس واحد قاله في «المحرر» و«الوجيز» و«الفروع». وفي «المغني» من نوع (فطلب أحدهما قسمها أعياناً بالقيمة لم يجبر الآخر عليه)، أي إذا كانت متفاضلة لأن ذلك بيع وكما لو اختلف الجنس وإن لم يكن ثم ضرر ولارد عوض فذكر في «المستوعب» أنه لارواية في ذلك عن أحمد (وقال القاضي يجبر) قدمه في «المحرر» و«الفروع»

وجزم به في «الوجيز» وهو المنصوص إذا تساوت القيمة. وفي «الرعاية» هو
أظهر وأشهر.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 119

وظاهره أنه لايجب إذا تفاوتت القيمة وقوى أبو الخطاب عدم الإجماع كما لايجب
على قسمة الدور بأن يأخذ داراً كالأجناس.

يؤيده أن اختلاف الجنس ليس بأكثر اختلافاً من قيمة الدار الكبيرة لأنها ذات
بيوت واسعة وضيقة وقديمة وحديثة، وهذا الاختلاف لا يمنع الإجماع كذلك
الجنس الواحد. وفارق الدور فإنه أمكن قسمة كل دارٍ منها على حدتها وهنا
لا يمكن.

وفي «الشرح» فإن كانت الثياب أنواعاً كحرير وقطن فهي كالأجناس.

(10/211)

فرع الآجر واللين المتساوي القالب من قسمة الأجزاء والمتفاوت من قسمة
التعديل (وإن كان بينهما حائط لم يجبر الممتنع من قسمة) صحه
في «المحرر» وقدمه في «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لأن فيه ضرراً (وإن
استهدم لم يجبر على قسم عرصته) وهي التي لابناء فيها لأنه موضع للحائط
أشبه الأول وقال أصحابنا إن طلب قسمه طولاً بحيث يكون له نصف الطول
في كمال العرض أجبر الممتنع لأنه لا ضرر فيه وقيل لا يجبر لأنه يفضي إلى أن
يبقى ملكه الذي يلي نصيب صاحبه بغير حائط (وإن طلب قسمه عرضاً وكانت
تسع حائطين أجبر الممتنع) قدمه في «الكافي» وحكاها في «المحرر»
و«الفروع» عن القاضي فقط لأنه ملك مشترك يمكن الانتفاع به مقسوماً
وقيل لا يجبر لأنه لا تدخله القرعة خوفاً من أن يحصل لكل واحدٍ منهما ما يلي
ملك الآخر.

وفي «الرعاية» و«الفروع» ومع القسمة فقيل: لكل واحدٍ ما يليه وقيل يقرع
بينهما (وإلا فلا) أي إذا كان لا يسع ذلك على قولهم لأنه يتضرر بذلك. وقال
أبو الخطاب لا إجبار في الحائط بخلاف العرصة.

وقيل لا إجبار فيهما إلا في قسمة العرصة طولاً في كمال عرضها وإن رضيا
بشيء من ذلك جاز (وإن كان بينهما دار لها علو وسفل فطلب أحدهما قسمها
لأحدهما العلو وللآخر السفل) أو قسم العلو وحده أوبالعكس، فلا إجبار كدارين
متلاصقتين، لأن كل واحدٍ منهما مسكن منفرد ولأن في إحدى الصور قد يحصل
لكل واحدٍ منهما علو سفل الآخر، فيستنصر كل منهما وفي أحدهما يحصل
التمييز، والقسمة تراد له ولو طلب أحدهما قسمتها معاً ولا ضرر أجبر الممتنع
وعدل القيمة، ولا يحسب فيها ذراع سفل بذراعي علو ولا ذراع (أو كان بينهما
منافع لم يجبر الممتنع من قسمها) جزم به في «لشرح» وقدمه في «الرعاية»
و«المحرر» و«الفروع» لأن قسمة المنافع إنما تكون بقسمة الزمان، والزمان
إنما يقسم بأن يأخذ أحدهما قبل الآخر، وهذا لاتسوية فيه فإن الآخر يتأخر حقه
فلا يجبر ولأن الأصل مشاع والمنافع تابعة له.

(10/212)

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 119

وعنه: يجبر واختاره في «المحرر» في القسمة بالمكان ولا ضرر (وإن تراضيا على قسمها كذلك) أي: بزمن أو مكان صح ويقع جائزاً، قدمه في «الرعاية» و«الفروع» واختار في «المحرر» و«الوجيز»: يقع لازماً إن تعاهدا مدة معلومة وقيل: لازماً بالمكان مطلقاً) وعلى قسم المنافع بالمهياة جاز لأن الحق لهما فإذا رضيا به جاز، فإن انتقلت كانتقال الوقف فهل تنتقل مقسومة أولاً، فيه نظر.

فإن كانت إلى مدة لزمّت الورثة والمشتري قاله الشيخ تقي الدين، قال: وقد صرح الأصحاب بأن الوقف لا يجوز قسمته إلا إذا كان على جهتين فأما إن كان على جهة واحدة فلا تقسيم عينه قسمة لازمة اتفاقاً لتعلق حق من يأتي من البطون لكن تجوز المهياة وهي قسمة المنافع وهذا وجه، وظاهر كلام الأصحاب لافرق.

قال في «الفروع» وهو اظهر. وفي «المبهبج» لزومها إذا اقتسموا بأنفسهم أوتهايوا.

تتمة: نفقة الحيوان في مدة كل منهما عليه وإن نقص الحادث عن العادة فلآخر الفسخ (وإن كان بينهما أرض ذات زرع فطلب أحدهما قسمها دون الزرع قسمت) جزم به الأصحاب كالخالية منه، ولأن الزرع في الأرض كالقماش في الدار وهو لا يمنع القسم كذا هنا وسواء خرج الزرع أو كان بذراً فإذا اقتسماها بقي الزرع بينهما مشتركاً كما لو باعا الأرض لغيرهما. قال في «الكافي» هكذا ذكر أصحابنا.

والأولى: أنه لا يجب لأنه يلزم منه بقاء الزرع المشترك في الأرض المقسومة الى الجداد بخلاف القماش (وإن طلب قسمها مع الزرع) لم يجبر الآخر، جزم به في «المحرر» و«المستوعب» و«الوجيز» وقدمه في «الرعاية» و«الفروع» لأنها مشتملة على ما لا يجبر على قسمه وحده وهو الزرع، ولأنه مودع فيها للنقل عنها فلم تجب قسمته كالقماش فيها.

(10/213)

وفي «المغني» و«الكافي»: أنه يجبر في فصل وحبٍ مشتد لأن الزرع كالشجر في الأرض والقسمة إفراز حق، وإن قلنا: هي بيع لم يجبر إذا اشتد الحب لأنه يتضمن بيع السنبل بعبءه بعض، وقيل: بلى لأنه دخل تبعاً، وفي البذر وجهان/(أو قسم الزرع مفرداً لم يجبر الآخر) لأن القسمة لا بد فيها من تعديل المقسوم وتعديل الزرع بالسهام لا يمكن لبقائه في الأرض المشتركة (وإن تراضوا عليه والزرع فصل أو قطن جاز) كبيع، ولأن الحق لهم ولجواز التفاضل إذن (وإن كان بذراً وسنابل قد اشتد حبها فهل يجوز؟ على وجهين) أصحابهما: لا يجوز لأن البذر مجهول. وأما السنبل فلأنه بيع بعبءه بعض مع عدم العلم بالتساوي.

والثاني: بلى إذا اقتسما مع الأرض لأنه يدخل تبعاً.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 119

(10/214)

وبناه في «الترغيب» على أنها هل هي إفراز أوبع. وقال القاضي (يجوز في السنابل) مع الأرض (ولايجوز في البذر) لأن الجهالة في السنبل أقل (وإن كان بينهما نهراً أو قناة أو عين ينبع ماؤها فالماء بينهما على ما اشترطاً عند استخراج ذلك). لقوله : «المسلمون على شروطهم» والنفقة لحاجة بقدر سقيهما فإن كان أحدهما أعلى شارك في الغرامة مافوقه دون ما تحته فإن احتاج النهر بعد الأسفل إصلاحاً كتصرف الماء فعليهما (وإن اتفقا على قسمة بالمهاياة) كيوم لهذا ويوم للآخر (جاز) لأن الحق لهما وكالأعيان (وإن أرادوا قسم ذلك بنصب خشبية أو حجر مستو في مصدم الماء فيه ثقبان على قدر حق كل واحد منهما جاز) لأن ذلك طريق إلى التسوية بينهما، فجاز كقسم الأرض بالتعديل ويسمى المراز (فإن أراد أحدهما أن يسقي بنصيبه أرضاً ليس لها رسم شرب) الشرب - بكسر الباء - وهو النصيب من الماء (من هذا النهر جاز) لأن الحق له. وهو يتصرف على حسب اختياره. وكما لو لم يكن شريكاً (ويحتمل أن لايجوز) هذا وجهٌ لأنه إذا طال الزمان يظن أن لهذا الأرض حقاً في السقي من النهر المشترك ويأخذ لذلك أكثر من حقه. فإن أراد أحد أن يجري بعضه في ساقية إلى أرضه قبل قسمته لم يجز صرح به ابن حمدان) ويجيء على أصلنا أن الماء لايملك وينتفع كل واحد منهما على قدر حاجته) قاله أبو الخطاب لأنه يكون من المباحات، والمباح ينتفع كل واحد على قدر حاجته.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 119

فصل

(النوع الثاني قسمة الإجماع) لأنه يلي الأول، وهو قسمة التراضي (وهي ما لا ضرر فيها ولا رد عوض كالأرض الواسعة والقرى والبساتين، والدور الكبار والدكاكين الواسعة) والمراد به أحدها سواء أكانت متساوية الأجزاء أو لا إذا أمكن قسمها بالتعديل بأن لا يجعل شيء معها فلهما قسم أرض بستان وحدها وغلته والجميع، فإن قسما الجميع أو الأرض فقسمة إجبار ويدخل الشجر تبعاً.

(10/215)

وإن قسما الشجر فقط فتراض، ولأن جواز قسم: الأرض مع اختلافها يدل على جواز قسم ما لا يختلف بطريق التنبيه سواء قلنا القسمة بيع أو إفراز) والمكيلات والموزونات من جنس واحد) لأن الغرض تمييز الحق وذلك لا يختلف بالنسبة إلى ذلك فإن كان فيها أنواع كحنطة وشعير وتمر وزبيب فطلب أحدهما قسمة كل نوع على حدته، أجبر الممتنع وإن طلب قسمها أعياناً بالقيمة لم يجبر لأن هذا بيع نوع بنوع آخر وليس بقسمة، فلم يجبر عليه كغير الشريك. فإن تراضيا عليه جاز وكان بيعاً يعتبر له التقابض قبل التفرق فيما يعتبر فيه التقابض سائر شروط البيع) سواء كان مما مسته النار كالديس وخل التمر، أو لم تمسه كخل العنب والأدهان والألبان) ونحوها لما قلنا من أن الغرض تمييز الحق. (فإن طلب أحدهما) القسم (وأبى الآخر أجبر) الممتنع هو أووليه وكذا حاكم في الأشهر) عليه) لأنه يتضمن إزالة الضرر الحاصل بالشركة وحصول النفع للشريكين لأن نصيب كل واحد منهما إذا تميز كان له

أن يتصرف فيه بحسب اختياره، ويتمكن من إحداث الغراس والبناء وذلك لا يمكن مع الاشتراك. ويشترط له مع ما ذكره المؤلف أن يثبت عند الحاكم أنه ملكهم بينة لأن في الإيجاب عليها حكماً على الممتنع منهما فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضى فإنه لا يحكم على أحدهما، ولم يذكره آخرون وجزم به في «الروضة» واختاره الشيخ تقي الدين كبيع مرهون وجان. ونقل حرب: فيمن أقام بينة بسهم من ضيعة بيد قوم فهربوا منه يقسم عليهم ويدفع إليه حقه. قال الشيخ تقي الدين وإن لم يثبت ملك الغائب فدل أنه يجوز ثبوته وأنه أولى.

(10/216)

وفي «المحرر» يقسم حاكم على غائب قسمة إيجاب وفي «المبهبج» و«المستوعب» بلى مع وكيله فيها الحاضر واختاره في «الرعاية» في عقار بيد غائب (وهذه القسمة إقراراً)، يقال فرزت الشيء وأفرزته إذا عزلته والإفراز مصدر أفرز (حق أحدهما من الآخر) في ظاهر المذهب وقاله في «المحرر» وصححه في «المستوعب» وجزم به في «الوجيز» لأنها لا تفتقر إلى لفظ التمليك ولا تجب فيها شفعة. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 128 ويلزم بإخراج القرعة ويتقدر أحد النصيبين بمقدر ويدخلها الإيجاب (وليست بيعاً) لأنها تخالفه في الأحكام والأسباب، فلم تكن بيعاً كسائر العقود (فيجوز قسمة الوقف) أي: تصح بلارد من أحدهما. (وإن كان نصف العقار طلقاً) الطلق بكسر الطاء الحلال وسمي المملوك طلقاً لأن جميع التصرفات فيه حلال والموقوف ليس كذلك (ونصفه وقفاً جازت قسمته) إن طلبها صاحب الطلق فإن كان فيها رد عوض وفعلاً ذلك في وقف لم يجر لأن بيعه غير جائز وإن كان من أهل الوقف جاز لأنهم يشتركون بعض الطلق ذكره معظم الأصحاب (وتجاوز قسمة الثمار خرصاً) أي التي تخرص (وقسمة ما يكال وزناً وما يوزن كيلاً) لأن الغرض التمييز زاد فيهما في «الترغيب» على الأصح. فرع يجوز قسم لحم رطب بمثله ولحم هدي واضح لا يجوز بيعه (والتفرق في قسمة ذلك قبل القبض) لأن التفرق إنما منع منه في البيع (وإذا حلف لا يبيع فقسم لم يحنث) لأن ذلك ليس ببيع (وحكي عن أبي عبدالله بن بطة ما يدل على أنها كالبيع) لأنه يبذل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر وهذا حقيقة البيع (فلا يجوز فيها ذلك) فلا يجوز قسمة ما كله وقف أو بعضه. وفي «المحرر» عليهما إن كان الرد من ربّ وقفٍ لرب الطلق جازت قسمته بالتراضي في الأصح. وفي «الترغيب» عليهما ما كله وقف لا تصح قسمته في الأصح ولا شفعة مطلقاً بجهالة ثمن وبفسخ بغيب. وقيل يبطل لفوت التعديل وإن بان غير فاحش لم يصح.

(10/217)

وعلى الثاني كبيع ويصح بقوله رضيت بدون لفظ القسمة وفيه على الثاني في «الترغيب» وجهان.

ملحق: قال القاضي في «الخلاف» و ابن الزاغوني في «الواضح»: ويثبت في القسمة الخياران على المذهبين جميعاً لأن وضعهما للنظر وهذا يحتاج اليه هنا. وفي «النهاية»: القسمة إفراز حق على الصحيح فلا يدخلها خيار المجلس وإن كان فيها رد احتمال أن يدخلها خيار المجلس (وإن كان بينهما أرض بعضها يسقى سيحاً، وبعضها بعلاً وفي بعضها شجر فطلب أحدهما قسمة كل نوع على حدة وطلب الآخر قسمها أعياناً بالقيمة قسمت كل عين على حدة إذا أمكن لأنه أقرب الى التعديل لأن لكل واحد منهما حقاً في الجميع، ولأن الحامل على القسمة زوال الشركة وهو حاصل فيما ذكر. وحينئذ فتعين إجابة طالبه، لأن ضرر صاحبه يزول بإجابته. وإذا لم يمكن قسمة كل عين على حدة، قسم الجميع إن كان قابلاً لها، وإلا فلا. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 128

فصل

(ويجوز للشركاء) أن يتقاسموا بأنفسهم (وأن ينصّبوا قاسماً يقسم بينهم) لأن الحق لهم لا يعدوهم (وأن يسألوا الحاكم نصب قاسم يقسم بينهم) لأن طلب ذلك حق لهم فجاز أن يسألوا الحاكم كغيره من الحقوق (ومن شرط من ينصب أن يكون عدلاً عارفاً بالقسمة)، مع إسلام وإن كان عبداً وفي «المغني» عارفاً بالحساب لأنه كالخط للكاتب.

وفي «الكافي» إن كان من جهة الحاكم اشترطت عدالته. وإن كان من جهتهم لم تشترط إلا أنه إن كان عدلاً كان كقاسم الحاكم في لزوم قسمته. وإن لم يكن عدلاً لم تلزم قسمته لإبتراضيها كما لو اقتسموا بأنفسهم وتباح أجرته وعنه هي كقربة.

نقل صالح: أكرهه، قال ابن عيينة: لا يأخذ على شيء من الخير أجراً وهي على قدر الأملاك نص عليه.

وفي «الترغيب» إذا أطلق الشركاء العقد وأنه لا ينفرد واحد بالاستئجار بلا إذن. وقيل بعدد الملاك. وفي «الكافي» على ما شرطاً.

(10/218)

فعلى النص أجرة شاهد يخرج لقسم البلاد ووكيل وأمين للحفاظ على مالك وفلاح كأملك، ذكره الشيخ تقي الدين (فمتى عدلت السهام وأخرجت القرعة لزمت القسمة) أي: قسمة الإجماع لأن القاسم كالحاكم وقرعته كالحكم نص عليه قدمه في «المستوعب» و«المحرر» وجزم به في «الوجيز» بدليل أنه يجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق فوجب أن تلزم قرعته.

وقسمة التراضي إذا لم يكن رد عوض فتلزم كما إذا كان فيها رد عوض على المذهب (ويحتمل ألا يلزم فيما فيه رد عوض بخروج القرعة حتى يتراضيا بذلك) بعد القرعة سواء قسمها الحاكم أو قاسمه أو قاسمهم لأن رضاهما معتبر في الأول ولم يوجد ما يزيله فوجب استمراره ولأنها بيع فلا يلزم بغير التراضي

كسائر يوجد. وقيل الرضى بعدها مطلقاً. وفي «المغني» و«الشرح» بالرضى بعدها إن اقتسماهُ بأنفسهما وإن تراضيا على أن يأخذ كل واحد منهما سهماً بغير قرعة أو خيرٍ أحدهما صاحبه فاختار أحد القسمين جاز. ويلزم بتراضيهما وتفرقهما كالبيع ذكره جماعة (وإن كان في القسمة تقويم لم يجر أقل من قاسمين) ذكره في «المستوعب» و«الشرح» وجزم به في «الوجيز» وقدمه في «المحرر» و«الرعاية» لأنها شهادة بالقيمة فلم يقبل فيها أقل من اثنين كسائر الشهادات وقيل يكفي فيه واحد (وإن خلت من تقويم أجزاء قاسم واحد) لأن القاسم مجتهد في التقويم وهو يعمل باجتهاد أشبه الحاكم.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 132

(10/219)

وفي «الكافي» لأنه حكم بينهما فأشبهه الحاكم (وإذا سألوا الحاكم قسمة عقار، لم يثبت عنده أنه لهم قسمة لأن اليد دليل الملك، ولا منازع لهم فثبت لهم من طريق الظاهر فوجب أن يتناول ثبوت الملك في القسمة (وذكر) الحاكم القاسم) في كتاب القسمة أن قسمة بمجرد دعواهم لاعن بينة شهدت لهم بملكهم) لئلا يتوهم الحاكم بعده أن القسمة وقعت بعد ثبوت ملكهم فيؤدي ذلك إلى ضرر من يدعي في العين حقاً وقد سبق (وإن لم يتفقوا على طلب لم يقسمه) حتى يثبت عنده أنه ملكهم لأن الإشاعة حق لكل واحد منهم القسمة، لم يرض بعضهم ولم يثبت ما يوجب القسمة لم يجر التصرف في حقه بغير رضاه.
وفي «الرعاية» إن كان بين شريكين مهايأة لازمة فطلب أحدهما القسمة بطلت المهايأة.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 132
فصل

(10/220)

(ويعدل القاسم السهام) لأن ضد ذلك جور، وهو غير جائز إجماعاً (بالأجزاء إن كانت متساوية) كأرض قيمة جميع أجزائها متساوية فهذه تعدل سهامها بالأجزاء لأنه يلزم من التساوي بالأجزاء التساوي بالقيمة. (وبالقيمة إن كانت مختلفة) كأرض أحد جوانبها يساوي مثلي الآخر فهذه يعدل فيها بالقيمة لأنه لما تعذر التعديل بالأجزاء لم يبق إلا التعديل بالقيمة ضرورة لأن قسمة الإجماع لا تخلو من أحدهما وهذا مع اتفاق السهام واختلافها (وبالرد إن كانت تقتضيه) كأرض قيمتها مائة فيها شجر أو بئر يساوي مائتين فإذا جعلت الأرض بينهما كانت الثلث ودعت الضرورة إلى أن تجعل مع الأرض خمسون درهماً يردّها من خرجت له الشجر أو البئر على من خرجت له الأرض ليكونا نصفين متساويين (ثم يقرع بينهم) لإزالة الإبهام الحاصل قياساً لبعض موارد الشرع على بعض (فمن خرج له سهم صار له) لأن هذا شأن القرعة (وكيف ما أقرع جاز) لأن الغرض التمييز وذلك حاصل فعلى هذا يجوز أن يقرع بينهم بخواتم

وحصيّ وغير ذلك (إلا أن الأحوط أن يكتب اسم كل واحد من الشركاء في رقعة) لأنه طريق إلى التمييز (ثم يدرجها في بندق شمع أو طين متساوية القدر والوزن) لأنه لا يعلم بعضها من بعض ويطرح في حجر من لم يحضر ذلك لأنه أنفى للتهمة (ويقال له أخرج بندقة على هذا السهم) ليعلم من له ذلك (فمن خرج اسمه كان له) لأن اسمه خرج عليه ويميز سهمه به (ثم الثاني كذلك) أي كالأول من القول لأنه كالأول معنى يستحب أن يكون كذلك حكماً (والسهم الباقي للثالث إذا كانوا ثلاثة وسهامهم متساوية) لأن السهم الثالث يعين له لزوال الإبهام وذكر أبوبكر أن البنادق تجعل طيناً وتطرح في ماء فأى البنادق انحل عنها الطين، وخرجت رقعتها على أعلى الماء فهي له وكذا الثاني والثالث وما بعده فإن خرج اثنان معاً أعيدت القرعة، وما ذكره المؤلف أولى وأسهل ذكره في «الشرح» (وإن كتب اسم كل سهم في رقعة وقال أخرج بندقة باسم فلان وأخرج

(10/221)

الثانية باسم الثاني والثالثة للثالث جاز) ذكره في «المحرر» و«الرعاية» وجزم به في «الوجيز» وقدمه في «الفروع» لأن الغرض يحصل بذلك وذكر في «الكافي» و«المستوعب» أنه يخير بينه وبين الذي قبله (وإن كانت السهام مختلفة كثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فإنه يجزئها ستة أجزاء) لأن السهام مختلفة فلم يكن بد من تجزئتها بحسب أقل الشركاء نصيباً وهو السدس وعلى هذا فقس.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 135

فلو كانت الأرض بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الربع وللآخر الثمن فأجزاؤها ثمانية أجزاء (ويخرج الأسماء على السهام لاغير) أي لايجوز إلهذا لتلا يخرج السهم الرابع لصاحب النصف فيقول أخذه وسهمين قبله ويقول صاحبه: يأخذه وسهمين بعده فيختلفون ولأنه لو خرج لصاحب السدس السهم الثاني ثم خرج لصاحب النصف السهم الأول لتفرق نصيبه (فيكتب باسم صاحب النصف ثلاثاً) أي ثلاث رقاع (وباسم صاحب الثلث ثنتين) أي: رقعتين (وباسم صاحب السدس واحدة) كذا ذكره معظم الأصحاب لأن الكتابة بحسب التجزئة. وَقَدَّمَ فِي «المعني» و«الشرح» أنه يكتب باسم كل واحد رقعة لحصول المقصود ثم ذكرنا هذا قولاً وَقَالَ هَذَا لافائدة فيه فإن المقصود خروج اسم صاحب النصف وإذا كتب ثلاثاً حصل المقصود فأعنى (ويخرج بندقة على السهم الأول) ليعلم لمن هو (فإن خرج) اسم صاحب النصف (أخذه والثاني والثالث) ليجمع له حقه ولايتضرر بتفرقه (وإن خرج صاحب الثلث أخذه والثاني) لما تقدّم (ثم يقرع بين الآخر) لأن الإبهام بالنسبة إليهما باق (والباقي للثالث) واختار الشيخ تقي الدين لا قرعة في مكيل وموزون إلا للابتداء فإن خرجت لرب الأكثر أخذ كل حقه فإن تعدد سبب استحقاقه توجه وجهان. فرع إذا كان بينهما داران أو خانان أو أكثر فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه في إحدى الدارين أو أحد الخانين ويجعل الباقي نصيباً للآخر لم يجبر الآخر وهو قول الشافعي.

(10/222)

وقال أبو يوسف ومحمد: يجبر إذا رأى الحاكم ذلك سواء تقاربتا أو تفرقتا لأنه أنفع وأعدل.
وقال مالك إن كانتا متجاورتين أجبر الممتنع لأن المتجاورتين تتقارب منفعتهما بخلاف المتباعدتين.
وقال أبو حنيفة إن كانت إحداهما حجرة الأخرى أجبر وإلا فلا لأنهما تجريان مجرى الواحدة.
وجوابه أنه نقل حقه من عين إلى عين أخرى فلم يجبر عليه كالمتفرقين والحكم في الدكاكين كالدور قاله في «الشرح».
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 135
فصل

(فإن ادعى بعضهم غلطاً فيما تقاسموه بأنفسهم وأشهدوا على تراضيه به لم يلتفت إليه) ذكره الأصحاب لأنه قد رضي بذلك ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه يلزمه وصح المؤلف أنه تقبل بينة عادلة لأن ما ادعاه محتمل فتنقض القسمة أشبه ما لو شهد عليه بقبض ثمن أو مسلم فيه ثم ادعى غلطاً في كيله أو وزنه.
وقولهم إن حقه في الزيادة سقط برضاه ممنوع فإنه إنما يسقط إذا علمه. وفي «الرعاية» أنه لا يقبل وإن أقام بينة إلا أن يكون مسترسلاً مغبوناً بما يسامح به عادةً أو الثلث أو السدس على الخلاف (وإن كان فيما قسمه قاسم الحاكم فعلى المدعي البينة) لقوله عليه السلام «فعلى المدعي البينة» (وإلا فالقول قول المنكر مع يمينه) لقوله عليه السلام «واليمين على من أنكر» ولأن الظاهر الصحة وأداء الأمانة ولا يحلف القاسم وإن كان فيما قسمه قاسمهم الذي نصبوه وكان فيما اعتبرنا فيه الرضى بعد القرعة لم تسمع دعواه لأنه رضي بالقسمة (وإلا فهو كقاسم الحاكم) لأنه بمنزلته وكذا في «المستوعب» و«المحرر» و«الوجيز» وقيل إن قلنا القسمة بيع أو كانت مع رد لم تسمع دعوى الغلط وإن قلنا إفراز سمعت.

(10/223)

فرع تقبل شهادة القاسم أن زبداً أخذ حقه وإن كان يجعل فلا ذكره في «المستوعب» و«الرعاية» (وإن تقاسموا ثم استحق من حصته أحدهما شيء معين بطلت القسمة ذكره في «المحرر» و«الوجيز» و«الفروع» لأنه تبين أن أحد المتقاسمين لم يأخذ حقه وكما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال وإن كان المستحق من الحصتين على السواء لم تبطل فيما بقي على الأشهر لأن الباقي مع كل واحد قدر حقه إلا أن يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر كسد طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه ونحوه فيبطل لأن هذا يمنع التعديل. وقيل تبطل لأنه لم يتعين الباقي لكل واحد منهما في مقابلة ما بقي للآخر (وإن كان شائعاً فيهما فهل تبطل القسمة على وجهين).
أحدهما تبطل قدمه في «المحرر» و«الفروع» وجزم به في «الكافي» و«الوجيز» لأن الثالث شريكهما لم يحضر ولم ياذن أشبه ما لو علماه. والثاني لا كما لو كان المستحق في نصيبهما على السواء لأنه يمكن بقاء حقه

في يدهما جميعاً مع بقائهما فيما عدا ذلك على ما كانا. وإذا ادعى كل منهما أن هذا من سهمي تحالفا ونقضت القسمة (وإذا اقتسما دارين قسمة تراض فبني أحدهما أو غرس في نصيبه ثم خرجت الدار مستحقة ونقص بناؤه وقلع غراسه رجع بنصف قيمته على شريكه لأن هذه القسمة بمنزلة البيع لأن الدارين لا يقسمان قسمة إجبار وإنما هو بالتراضي ولو باع نصف الدار رجع عليه بنصف ما غرم كذا هذا أو كذا في قسمة الإيجار إن قلنا هي بيع وإن قلنا إفراز بلارجع لأنه أفرز له حقه من حقه ولم يضمن له ما غرم فيه. وأطلق في «التبصرة» رجوعه وفيه احتمال.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 139

قال الشيخ تقي الدين إذا لم يرجع حيث لا يكون بيعاً فلا يرجع بالأجرة ولا بنصف قيمة الولد في الغرور إذا اقتسما الجواري أعياناً.

(10/224)

وعلى هذا فالذي لم يستحق شيئاً من نصيبه يرجع الآخر عليه بما فوته من المنفعة هذه المدة (وإن خرج في نصيب أحدهما عيب فله فسخ القسمة) ذكره في «الرعاية» وغيرها إن كان جاهلاً به لأن العيب نقص عن قدر حقه الخارج له فوجب أن يتمكن من فسخ القسمة لما فاته وله الإمساك مع أرش العيب لأنه نقص في نصيبه فكان له ذلك استدراكاً لحقه الثابت كالمشتري. قال في «الشرح» ويحتمل أن تبطل القسمة لأن التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف البيع (وإذا اقتسم الورثة العقار ثم ظهر على الميت دين فإن قلنا هي إفراز حق لم تبطل القسمة) ذكره معظم أصحابنا لأن الدين يتعلق بالتركة بعد القسمة فلم يقع ضرر في حق أحد لكن إن امتنعوا من وفاء الدين بطلت لأن الدين مقدم على الميراث. وإن امتنع بعضهم بطل في نصيبه وحده وفي «الكافي» في صحة القسمة وجهان ولم يفرق وبني ذلك على أن الدين هل يمنع صحة التصرف في التركة؟ فيه (وجهان وإن قلنا) هي بيع ذكر ابن عقيل أنه المذهب (انبنى على بيع التركة قبل قضاء الدين هل يجوز؟ على وجهين) وحكاها في «المحرر» وغيره روايتان: الأصح الجواز لأن العبد الجاني يتعلق برقبته حق المجني عليه ويتمكن ماله من بيعه فكذا الوارث. والثانية لا لأن تعلق الدين بالعين يمنع التصرف فيها كالرهن تنبيه: تركة الميت يثبت فيها الملك لورثته سواء كان عليه دين أو لا نص عليه.

وقال الأصطخري يمنع بقدره وأوماً إليه أحمد لأن الدين لم يثبت في ذمة الورثة فيجب أن يتعلق بالتركة.

والمذهب الأول بدليل أن الغريم لا يحلف على دين الميت لأن الدين محله الذمة وإنما يتعلق بالتركة فيتخير الوارث بين قضاء الدين منها أو من غيرها كالرهن والجاني ولا يلزمه نفقة الرقيق والنماء له، لأنه نماء ملكه أشبه كسب الجاني وقيل يتعلق به حق الغرماء كنماء الرهن.

فمن اختار الأول قال: تعلق حق الغرماء بالرهن أكد لأنه ثبت باختيار المالك ولهذا امنع من التصرف فيه.

(10/225)

وعلى الأخرى: حكمه حكم التركة وما يحتاج إليه من المؤنة منها فان تصرف الوارث فيها بيع أوهية. فعلى المذهب هو صحيح إن قضى الدين وإلا نقض تصرف السيد في الجاني ولم يود الجناية. وعلى الثانية تصرفه فاسد لأنه تصرف فيما لا يملكه.

وقال ابن حمدان إن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن لم يصح تصرف الوارث قبل الوفاء ولم يختص بالنماء وإن قلنا كتعلق الأرش بالجاني وهو الأقيس فيصح تصرفه ثم إن ظهر الدين فلربه الفسخ وأخذ دينه في الأصح والدين المستغرق وغيره سواء.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 139

ة: إذا كان له شجر وعليه دين فأثمرت وماتمة إرث ولا يتعلق بها دين وفيها الزكاة إن قلنا تنتقل التركة مع الدين تعلق بها الدين وإن كان بعد وقت الوجوب ففي الزكاة روايتان. وإن كان قبله ونقلنا التركة قبل وفاء الدين فكذا وإلا فلا. فرع إذا كانت التركة أرضاً ورضي ربه باخراج ثلثها فقسمة الوارث وقالوا نحن نخرج قيمة الثلث بيننا فليل يجوز كالدين وقيل لا لأن المستحق بالوصية بعض الأرض فتبطل القسمة.

وقال السامري تبطل في حق كل وارث بقدر حصته من الثلث وفي الباقي وجهان وكذا إن أوصى أن يباع ثلثها ويصرف في جهة عينها) وإذا اقتسما فحصلت الطريق أحدهما ولا منفذ للآخر بطلت القسمة) ذكره جماعة منهم صاحب «الوجيز» و«الفروع» لأن النصيب الذي لا طريق له لقيمة له إلا قيمة ملكه فلم يحصل تعديل والقسمة تقتضيه لأن من شرط الإيجاب علي القسمة أن يأخذه كل منهما يمكن الإنتفاع به لكن إن كان أخذه راضياً عالماً بأنه لا طريق له جاز كمالواشتراه.

قال الشيخ تقي الدين وكذا طريق ماء ونصه: هو لهما ما لم يشترطاً رده. قال المؤلف قياسه جعل الطريق مثله في نصيب الآخر مالم يشترط صرفها عنه. ونقلأبوطالب في مجرى الماء لا يغير مجرى الماء ولا يضر بهذا إلا أن يتكلف له النفقة حتى يصلح مسيله.

(10/226)

فرع إذا كان لهما طلة فوقع في حق أحدهما فهي له بمقتضى العقد ذكره في «المحرر» و«الوجيز» وغيرهما) ويجوز للأب والوصي قسم مال المولى عليه مع شريكه) لأن القسمة إما بيع وإما إفراز حق وكلاهما يجوز لهما ولأن فيها مصلحة الصغير فجازت كالشراء ويجوز لهما قسمة التراضي من غير زيادة في العوض لأن فيه دفعا لضرر الشركة أشبه ما لو باعه لضرر الحاجة الى قضاء الدين.

وفي «المحرر» و«الوجيز» وولي المولى عليه في قسمة الإيجاب بمنزلته وكذلك في قسمة التراضي إذا رآها مصلحة.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 139

بَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ

الدعوى واحدها دَعْوَى وهي إضافة الإنسان الى نفسه ملكاً أو استحقاقاً
أونحوه.
وفي الشرع إضافة الى نفسه استحقاق شيء في غيره أوفي ذمته والمدعى
عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه.
وقال ابن حمدان هي إخبار خصمه باستحقاق شيء معين أو مجهول كوصية
وإقرار عليه أو عنده له أو لموكله أو موليه أو لله حسب بطله منه عند حاكم.
والأول أولى وهي عبارة عن الطلب، ومنه قوله تعالى: {ولهم، ما يدعون} (يس:57)
وقال النبي: «لويعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء قوم
وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه». رواه مسلم واليمين تختص
بالمدعى عليه إلا في القسامة ودعوى الأمانة المقبولة وحيث يحكم باليمين مع
الشاهد أو نقول بردها.
والبيّنات جمع بينة من بان يبين فهو بيّن والأنثى بينة أي واضحة وهو صفة
لمحذوف أي الدلالة البينة (المدعى من إذا سكت ترك والمنكر من إذا سكت
لم يترك) ذكره في «المحرر» و«الوجيز» وقدمه في «الرعاية» و«الفروع»
لأن المدعى طالب والمنكر مطلوب أي مُطالب بالحق وقيل المدعى من
يطلب خلاف الظاهر أو الأصل والمدعى عليه عكسه.

(10/227)

وينبني على ذلك لوقال أسلمنا معاً فالنكاح باق وادعت التعاقب فالمدعى هي
وعلى الثاني هو وقد يكون كل منهما مدعياً ومُدَّعى عليه باعتبارين ولا تسمع
دعوى مقلوبة وسمعتها بعضهم واستنبطها، فذكروا في الشفعة إذا أنكر
المشتري الشراء أو أقام الشفيع بينة وأخذ الشفيع بالشفعة وامتنع المشتري
من قبض الثمن ثلاثة أوجه: أحدها: يبقى في يد الشفيع. الثاني في يد الحاكم.
الثالث: - واختاره - القاضي يلزم الشفيع بقبضه أو يبرىء منه.
وفي السلم إذا جاءه بالسلم قبل محله لزمه قبضه إذا لم يكن في قبضه ضرر
فحيث لزمه القبض إن دعواه تسمع ويلزم رب الدين بقبضه (ولانصح الدعوى
والإنكار إلامن جائز التصرف) لأن من لا يصح تصرفه لا يقول له يعتمد وتصح على
السفيه في ما يؤخذ به إذن وبعد فك حجره ويحلف إذا أنكر وإذا تداعيا عينا لم
تخل من أقسام ثلاثة أحدها أن تكون في يد أحدهما فهي له مع يمينه أنها له
لاحق للآخر فيها إذا لم تكن بينة لقضاء النبي باليمين على المدعى عليه. متفق
عليه.

ولقوله في قضية الحضرمي والكندي: «شاهداك أو يمينه ليس لك منه إلا ذلك»
رواه مسلم لأن اليد دليل الملك ظاهراً أولاً من ليست له يحتمل أن تكون له
فشرعت اليمين في حق صاحبه من أجل ذلك.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 145

(10/228)

وظاهره أنه إذا كان له بينة تظهر الحق أنه لا يحلف معها لكن لا يثبت الملك
بذلك كثبوته بالبينة فلا شفعة له بمجرد اليد ولا عاقلة صاحب الحائط بمجرد

اليد لأن الظاهر لا تثبت فيه الحقوق وإنما ترجح به الدعوى. وفي «الروضة» أن اليد دليل الملك وفي «التمهيد» بيّنة. (ولو تنازعا دابةً أحدهما راكبها أو له عليها حمل) الحمل بالكسر ما على رأس وظهر وبالفتح ما في بطن الحبل، وفي حمل الشجرة (بهما والآخر أخذ بزمامها) وقيل غير مكار (فهي للأول) لأن تصرفه أقوى ويده أكد لأنه المستوفي للمنفعة فإن كان لأحدهما حمل والآخر راكبها فهي للراكب فإن ادعى الحمل فهو للراكب لأن يده على الدابة والحمل معاً أشبه ما لو اختلف الساكن ومالك الدار في قماش فيها بخلاف السرج فإنه في العادة لصاحب الفرس (وإن تنازعا قميصاً أحدهما لابسه والآخر أخذ بكمه فهو لابسه) لأنه أحسن حالاً من الراكب مع الأخذ بالزمم فالراكب أولى فكذا ما هو أحسن حالاً منه فإن كان كمة في يد أحدهما وباقيه مع الآخر أو تنازعا عمامة طرفها في يد أحدهما وباقيها بيد الآخر تحالفا وهي بينهما فيمين كل واحد على النصف الذي أخذه.

(10/229)

وعنه يقرع بينهما فمن قرع حلف وأخذها إلا أن يدعي واحد نصفها فأقل والآخر كلها أو أكثر مما بقي فيصدق مدعي الأقل بيمينه نص عليه. وذكر جمع: يتحالفاً. (وإن تنازع صاحب الدار والخياط الإبرة والمقص) بكسر الميم وتسمى كل فردة مقصاً (فهما للخياط) لأن تصرف الخياط في ذلك أظهر والظاهر معاً فكان أقوى وإن نازعه الخياط في قميص يخطه فيها أو النجار في خشب ينجره فيها أوفي فرش وقطن وصوف فهو لصاحب الدار عملاً بالعادة (وإن تنازع هو والقرباب القربة فهي للقرباب) لما ذكرنا بخلاف الخابية والجرار فإنها لصاحب الدار (وإن تنازعا عرساً فيها شجر أو بناء لأحدهما فهي له) لأن ذلك دليل الملك ظاهراً. وقال ابن حمدان إن ثبتا بالاقتدار فهو بينهما (وإن تنازعا حائطاً معقوداً ببناء أحدهما وحده أو متصلاً به يمكن إحداثه أوله عليه أزوج). قال الجوهرى هو ضربٌ من الأينية وقال ابن المنجا هو القبول فهو له لأن ذلك يرجح قول مدّعيه فكان له عملاً بالظاهر وهو قول أكثرهم ويحلف لخصمه.

وظاهره أنه إذا أمكن إحداثه لم يرجح بذلك وهو قول القاضي لاحتمال أن يكون فعل ذلك ليمتلك الحائط المشترك.

وظاهر الخرقى أنه يترجح بهذا الاتصال عملاً بالظاهر. (وإن كان محللاً من بنائهما أو معقوداً بهما فهو بينهما) لأنه لا ترجيح لأحدهما على الآخر ويحلف كل منهما لصاحبه أن نصف الحائط له وإن حلف كل واحد على جميعه أنه له وما هو لصاحبه جاز وإن نکلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن نكل أحدهما قضي عليه وكان الكل للآخر. فإن أقام كل منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لابیئة لهما (ولا ترجح الدعوى بوضع خشب أحدهما عليه) قاله الأصحاب لأن هذا مما يسمع به الجار وهو عندنا حق يجب التمكين منه أشبه إسناد متاعه إليه وتزويقه.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 145

(10/230)

ويحتمل أن ترجح به الدعوى ورجحه في «الشرح» كاللاني عليه. ولأن كونه مستحقاً تشترط له الحاجة الى وضعه وأكثر الناس لايتسامحون به ولأن الحائط يبنى لذلك فترجح به كالأرجح.

والظاهر أنها لا ترجح بخلاف الجذعين ونحوهما لأن الحائط يبنى لهما (ولابوجه الأجر والتزويق والتجصيص)، والتحسين ولا يكون لأحدهما له على الآخر ستره غير مبنية لأنه مما يتسامح به ويمكن إحداثه (ومعاقد القمط) المعاقد جمع معقد بكسر القاف ماتشد به الأخصاص في الخص وهو بيت يعمل من خشب وقصب وجمعه أخصاص سمي به لمافيه من الفروج والأنقاب.

وحاصلها أنها لا يرجح الدعوى بكون الدواخل إلى أحدهما والخارج ووجه الأجر والحجارة ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلي أحدهما ولامعاقد القمط في الخص يعني الخيوط التي يشد بها الخص.

والحديث المروي عن عمران رواه سعيد و ابن ماجه ضعفه جماعة منهم أحمد وإسحاق و ابن المنذر ولأن العرف جار بان من بني حائطاً جعل وجه الحائط كما إذا لبس ثيابه فيجعل أحسنها أعلاها الظاهر للناس ليروه فيتزين به (وإن تنازع صاحب العلو والسفل في سلم منصوب أو درجة منصوبة فهي لصاحب العلو) لأن الظاهر أن ذلك له لكونه يراد للصعود والعرصة التي عليها الدرجة له أيضاً لانتفاعه بها وحده (إلا أن يكون تحت الدرج مسكن لصاحب السفل فتكون بينهما) لأن يدهما عليها لكونها سقفاً للسفلاني وموطئاً للفوقاني.

قال في «الشرح» وإن كان تحتها طاق صغير لم تبين الدرجة لأجله وإنما جعل مرفقاً يجعل فيه جب الماء فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله.

ويحتمل أن تكون بينهما لأن يدهما عليها وانتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف. وفي «المحرر» و«الرعاية» فإن كان في الدرجة طاقة ونحوها فهل تكون بينهما؟ على وجهين.

(10/231)

مسألة: إذا كانت دار فيها أربعة أبيات واحد ساكن في أحد أبياتها وآخر ساكن في البواقي واختلفا فيها كان لكل واحد ما هو ساكن فيه لأن كل بيت ينفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه لثبوت اليد عليه. وإن تنازعا الساحة التي يتطرق منها إلى البيوت فهي بينهما نصفان لاشتراكهما في ثبوت اليد عليهما (وإن تنازعا في السقف الذي بينهما فهو بينهما) جزم به في «المحرر» و«المستوعب» و«الوجيز» لأنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما كالحائط بين الملكين ويتحالفان.

وقال ابن عقيل هو لصاحب العلو لأنه لا يمكنه السكنى إلا به.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 145

وقال ابن حمدان إن أمكن إحداثه بعد بناء العلو فهو لهما من غير يمين وإن تعذر فهو لرب السفل إن حلف وإن تنازعا حائط العلو أوسقفه فهو لربه لأنه مختص به، وإن تنازعا حائط السفل، فهو لربه، لم يذكر في «الشرح» غيره لأنه المنتفع به وهو من جملة البيت فكان لصاحبه. وقيل هو بينهما لأنه لنتفعهما

فهو كالسلم تحت مسكن// (وإن تنازع المؤجر والمستأجر وإلا فهو بينهما) قاله معظم أصحابنا لأن الظاهر أن الرف والمصراع تابع للمنصوب وذلك لصاحب الدار فكذا ما يتبعه، وإما كونه بينهما لأنه لامزية لأحدهما على الآخر ويتحالفان. وذكر في «الكافي» و«الشرح» أن ما يتبع الدار في البيع لرب الدار لأنه من توابعها أشبه الشجرة المغروسة فيها وما لا يتبعها للمكتري لأن يده عليها والعادة من أن الإنسان يؤجر داره فارغةً.

(10/232)

ونصه لمؤجر مطلقاً كما لو لم يدخل في بيع. وكذا ما لا يدخل في البيع وجرت العادة به ومالم تجر العادة به فلمكتري (وإن تنازعا دارا في أيديهما فادعاهما أحدهما وادعى الآخر نصفها جعلت بينهما نصفين واليمين على مدعي النصف) نص عليه لأن مدعي الكل في يده نصف لامنازع فيه ومدعي النصف في يده نصف مدعى عليه به. وهو ينكره والقول قول المنكر مع يمينه للخبر ولأعلم فيه خلافاً لإماحكي عن ابن شبرمة أن لمدعي الكل ثلاثة أرباعها لأن النصف لامنازع فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه. وجوابه سبق.

وذكر أبو بكر وابن أبي موسى أنهما يتحالفان وهي بينهما نصفان. وكذا لو ادعى أحدهما ثلثها والآخر جميعها وإن أقام كل منهما بينة فظاهر المذهب أنها للمدعي بتقدم بيئته لأنه خارج في النصف وإن قدمنا بينة الداخل فالنصف لمدعيه. وقيل إن سقطتا فالتسوية وفي اليمين روايتان. وإن كانت بيد ثالث فلمدعي الكل ثلاثة أرباعها ولمدعي النصف ربع مع البينة والتحالف نص عليه.

(10/233)

وعنه هي لهما نصفين للتساقط وقيل يقترعان على النصف وإن كانت بيد ثلاثة فادعى أحدهم نصفها والآخر ثلثها والثالث سدسها فهي لهم كذلك سواء أقام كل واحد منهم بينة أم لا (وإن تنازع الزوجان) حُرِّين كانا أورقيين أو أحدهما أوبعضه (أوورثتهما) أو أحدهما وورثة الآخر (في قماش البيت فما كان يصلح للرجال) كالسيف والعمامة (فهو للرجل) لأنه الظاهر (وما يصلح للنساء) كالحلي وزينتهن (فهو للمرأة) لما ذكرنا (وما يصلح لهما فهو بينهما) لأنه لامزية لأحدهما على الآخر وقيل ولاعادة نقل الأثر المصحف لهما فإن كانت لاتعرف تكتب ولاتقرأ بذلك فهو له (وإن اختلف صانعان في قماش دكان لهما حكم بالة كل صناعة لصاحبها في ظاهر كلام أحمد و الخرقى قدمه في «المحرر» و«المستوعب» وجزم به في «الوجيز» ونصره في «الشرح» عملاً بالظاهر ولأن الآلة بالنسبة إلى الصانع كالقماش الصالح للرجل بالنسبة إليه. وكما لو تنازعا فيما في أيديهما أشبه مالوكان في اليد الحكمية (وقال القاضي) في المسألتين (إن كانت أيديهما عليه من طريق الحكم فكذلك وإن كانت من طريق المشاهدة فهو بينهما على كل حال) لأن المشاهدة أقوى من اليد الحكمية بدليل ما لو تنازع الخياط وصاحب الدار الإبرة والمقص وإن كان في يد أحدهما المشاهدة فهو له.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 145

واعلم أنه لا ترجيح مما خرج عن المسكن والدكان بالصلاحية فقط بحال لأنه ليس لهما يد حكمية أشبه سائر المختلفين (وكل من قلنا له فهو له مع يمينه) لأنه يحتمل أن لا يكون له فشرعت اليمين من أجل ذلك (إذا لم تكن بينة) لأنها تظهر الحق (وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها) بغير خلاف ولم يحلف لحديث الحضرمي وغيره. ولأن البينة أحد حجتى الدعوى فيكتفى بها كاليمين وهذا قول أهل الفتيا من أهل الأمصار.

(10/234)

وقال ابن شريح والنخعي والشعبي وابن أبي ليلى يستحلف الرجل مع بينته قيل لشريح ما هذا الذي أحدثت في القضاء؟ فقال رأيت الناس أحدثوا فأحدثت قال الشيخ شمس الدين ابن القيم وهذا ليس ببعيد لاسيما مع التهمة ويخرج في مذهب أحمد وجهان.

قال الخلال في «جامعه» حدثنا محمد بن عليّ حدثنا مهنا قال: سألت أبا عبدالله عن الرجل يقيم الشهود أيستقيم للحاكم أن يقول لصاحب الشهود: احلف؟ قال قد فعل ذلك عليّ.

قلت من ذكره قال ثنا حفص بن غياث ثنا ابن أبي ليلى عن الحكم عن حنيس قال: استحلف عليّ عبيدالله بن الحر الشهود/ (وإن كان لكل واحد منهما بينة) وهي بيد أحدهما أقيمت بينة منكر بعد زوال يده أولاً (حكم بها للمدعي في ظاهر المذهب) وهو المشهور عنه وقاله الخرقى ونصره في «الشرح» وجزم به في «الوجيز» لأن النبي جعل البينة في جنبه المدعى بقوله «البينة على المدعي» فلا يبقى في جنبه المدعى عليه بينة ولأن بينة المدعي أكثر فائدة لأنها تثبت شيئاً لم يكن فوجب تقديمها كبينه الجرح على التعديل وبينه المنكر إنما تثبت ظاهراً دلت اليد عليه فلم تغد. ولأنه يجوز أن يكون مستند بينة المنكر رؤية التصرف ومشاهدة اليد أشبهت اليد المفردة.

الثانية تقدم بينة المنكر مطلقاً اختارها أبو محمد الجوزي وقاله أكثر الفقهاء وأبو عبيد لأنهما تعارضتا ومع صاحب اليد ترجيح بها فقدمت كالنصيبي إذا تعارضا، ومع أحدهما القياس (وعنه: إن شهدت بينة المدعى عليه أنها له تجب في ملكه أو قطيعة من الإمام، قدمت بينته) لحديث جابر أن رجلين اختصما إلى النبي في دابة أوبعير وأقام كل منهما البينة أنها له فقضى النبي أنها للنبي في يده ولأنها إذا شهدت بالسبب أفادت مالاتفيده اليد وترجحت باليد فوجب ترجيحها (وإلا) أي وإن لم يشهد بذلك فهي للمدعي ببينته.

(10/235)

قال أحمد البينة للمدعي ليس لصاحب الدار بينة. وعنه تقدم بينة الداخل إلا أن تمتاز بينة الخارج بسبب الملك أو سبقه فإنها تقدم وعلى هذا يكفي مطلق السبب.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 145

وعنه تعتبر إفادته للسبب فإن شهدت بينة كل منهما أنها أنتجت في ملكه

تعارضتا وقدم في «الإرشاد» تقدم بينة خارج (وقال القاضي فيهما: إذا لم يكن مع بينة الداخل ترجيح لم يحكم بها رواية واحدة) لأن بينة الخارج أقوى منها لأنها لا يجوز أن يكون مستندها اليد بخلاف بينة الداخل (وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنها) أي بينة الداخل (مقدمة بكل حال) لأن جنبته أقوى من جنبه الخارج بدليل أن يمينه تقدّم على يمينه (وإن أقام الداخل بينة أنه اشتراها من الخارج وأقام الخارج بينة أنه اشتراها من الداخل فقال القاضي تقدم بينة الداخل) قدمه في «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لأنه هو الخارج في المعنى لأنه ثبت أن المدعي صاحب اليد وأن يد الداخل نائبة عنه (وقيل تقدم بينة الخارج) لأنه المدعي ولأن اليمين في حق الداخل فتكون البينة في حق الخارج وقيل يتعارضان فلو ادعى الخارج أن العين ملكه أودعها إياه أو أجره وأنكر الآخر وأقاما بينتين فيبينة الخارج أولى نصره في «الكافي» و«الشرح» وقدمه في «الرعاية» وكما لو لم يدع الوديعه.

وقال القاضي بينة الداخل مقدمة لأنه هو الخارج في المعنى. ومثله لو ادعى أن الداخل غصبه إياها.

(10/236)

فرع إذا أقام المدعي بينة ولم يعدلها لم تسمع بينة الداخل وفيه احتمال وتسمع بعد التعديل قبل الحكم وبعده قبل التسليم ولا تسمع قبل سماع بينة الخارج وتعديلها بعد الحكم والتسليم. فإن لم يكن للداخل بينة حاضرة فرغنا يده فجاءت بينته وقد ادعى ملكاً مطلقاً في بينة خارج. وإن ادعاه مستنداً إلى ما قبل يده فيبينة داخل والمراد فمن يقدم بينة الداخل يقدمها وينقض الحكم ببينة الخارج. والمراد إن كان يرى تقديمها عند التعارض لأنه إنما حكم بناء على عدم بينة داخل فقد بين إسناد ما يمنع الحكم إلى حالة الحكم وهو الأشهر للشافعية.

مسائل الأولى: إذا كان في يد إنسان شاة مسلوخة وباقيها في يد آخر فادعاهما كل منهما ولا بينة فلكل ما في يده مع يمينه وإن أقاما بينتين وقلنا بتقديم بينة الخارج فلكل ما في يده من غير يمين.

الثانية إذا كان في يد كل منهما شاة فادعى كل منهما أن الشاة التي في يد صاحبه له وأقاما بينتين فلكل منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض وإن قال كل منهما الشاة التي في يدك من نتاج شاتي هذه فالتعارض في النتاج لافي الملك.

الثالثة إذا ادعى شاة بيد عمرو وأقام بينة قضي له فإن أقام عمرو بينة أنها ملكه لم تسمع لأنها بينة داخل له يد الرابعة إذا كان في يد شاة فادعى عمرو أنها له منذ سنة وأقام البينة وادعى زيد أنها في يده منذ سنتين وأقام بينة فهي لعمرو بغير خلاف لإمكان الجمع فإن شهدت بينة عمرو بأنها ملكه منذ سنتين فقد تعارض الترجيحان وفيه روايتان. فإن شهدت بينة الداخل أنه ملكها منذ سنة وشهدت بينة الخارج أنه ملكها منذ سنتين قدمت بينة الخارج على المشهور.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 145

فصل

(القسم الثاني أن تكون العين في يديهما فيتحالفاً وتقسم بينهما) بغير خلاف نعلمه لأن يد كل منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا جميعاً عن اليمين فكذلك وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضي له بجميعها لأنه يستحق ما في يده بيمينه وما في يد الآخر بنكوله أو بيمينه التي ردت عليه بنكول صاحبه وفي كل موضع قلنا هو بينهما نصفان إنما يحلف كل منهما على النصف الذي نجعله له (وإن تنازعا مسنة) المسنة السد الذي يرد ماء النهر من جانبه (بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفاً وهي بينهما) ذكره في «الكافي» و«الشرح» و«الوجيز» لأنه حاجز بين ملكهما ينتفع به كل واحد منهما أشبه الحائط بين الدارين، وقيل: لرب النهر، وقيل: لرب الأرض ولرب النهر الإرتفاق بها في تنظيف النهر والحوض كالنهر في ذلك.

فرع إذا تنازعا جراراً بين ملكهما فهو بينهما، ويتحالفاً، ويحلف كل منهما للآخر أن نصفه له وفي «المعني» يجوز أن يحلف أن كله له (وإن تنازعا صيباً) مجهول النسب (في يديهما) كذلك أي: يتحالفاً وهو بينهما لأنه لا يعبر عن نفسه أشبه البهيمة إلا أن يعرف أن سبب يده غير الملك مثل أن يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه لأن اللقيط محكوم بحريته. فأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك وهو اليد من غير معاوضة فيحكم برقه وإن لم يدعه. فعلى هذا إذا بلغ وادعى الحرية لم تقبل منه لأنه محكوم برقه قبل دعواه فلو وضع يده على بدنه والآخر على ثوبه فهو وثوبه للأول (وإن كان مميزاً فقال: إني حرّ فهو حرّ) قدمه في «المستوعب» و«الرعاية» وجزم به في «الوجيز» وذكر في «الشرح» أنه الأولى لأن الظاهر الحرية وهي الأصل في بني آدم ولأنه يعرب عن نفسه أشبه البالغ (إلا أن تقوم بينة برقه) فيعمل بها (وباحتمل أن يكون كالطفل) أي: يكون بينهما لأنه غير مكلف أشبه الطفل وكمالوا اعترف برقه.

فرع إذا ادعى رق بالغ فصدّقها فهو لهما وإن كان كذبهما ولا بينة حلف لهما وخلي وإن صدق أحدهما فهو له لأن رقه إنما ثبت بإقراره. وإن جحدتهما قبل قوله في الأشهر. وفي «الرعاية» إن سكت هو أو المميز لم يصح بيعها. وقيل بلى فإن أقاما بينة برقية أحدهما وأقام بينة بحريته تعارضتا وقيل تقدم بينة الحرية وقيل عكسه (وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها) لأن البينة تظهر صاحب الحق (وإن كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخاً) قال القاضي هو قياس المذهب وجزم به في «الوجيز» لأنها أثبتت لصاحبها في وقت لم تعارض فيه البينة الأخرى وتعارضت البينتان في الملك في الحال فسقطتا وبقي ملك السابق تجب استدامته مثل أن تشهد إحداها أنها له منذ سنة والأخرى أنها له منذ سنتين.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 157

وظاهر الخرقى أنهما سواء قدمه في «المحرر» و«الرعاية» ورجحه في

«الشرح» لأن الشاهد بالملك الحادث أولى لجواز أن يعمل به دون الأول فإذا لم يرجح بهذا فلا أقل من التساوي وأجاب في «المغني» عن ثبوت الملك في الزمن الأول بأن ذلك إنما يثبت تبعاً للزمن الحاصل بدليل أنه لو انفردت الدعوى بالزمن الماضي لم تسمع (فإن وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى فهما سواء) هذا هو المذهب وجزم به في «الوجيز» ونصره في «الشرح» لأنه ليس في المطلقة ما يقتضي التقديم فوجب استواءهما كما لو أطلقتا جميعاً (ويحتمل تقديم المطلقة) هذا وجه وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن الملك بها يجوز أن يكون ثابتاً قبل الموقته (وإن شهدت إحداهما بالملك والأخرى بالملك والنتاج أوسبب من أسباب الملك فهل تقدم بذلك؟ على وجهين):
أحدهما وهو اختيار الخرقى وقدمه في «المحرر» و«الرعاية» وجزم به في «الوجيز»: لا ترجح به لأنهما اشتركا في إثبات أصل الملك واليد فوجب استواءهما كذلك.
والثاني: تقدم به لأنها شهدت بزيادة على الأخرى كتقديم بينة الجرح على التعديل.

(10/239)

وعنه لا تقدم إحداهما إلا بالسبق أوسبب يفيد كالتناج في ملكه والإقطاع فأما سبب الإرث أو الهبة أو الشراء فلا، قال في «المحرر»: فعلى هاتين إن شهدت بينة بملك وأطلقت الأخرى فهل هما سواء أو تقدم المطلقة؟ على وجهين. فإن شهدت بينة كل واحد بسبق الملك أوسببه قدمت بينة الخارج.
وقيل: هما كغيرهما في السقوط وغيره.
وكذا إذا اتفق تاريخهما قاله في «الرعاية» (ولا ترجح إحداهما بكثرة العدد ولا اشتهاار العدالة ولا الرجلان على الرجل والمرأتين) هذا هو المعمول به وقال أكثر العلماء لأن الشرع قدر الشهادة بمقدار معلوم وبالعدالة وبالرجل والمرأتين فلم يختلف ذلك بالزيادة.
وعنه ترجح باشتهاار العدالة اختاره ابن أبي موسى و أبو الخطاب و أبو محمد الجوزي وجزم به في «الوجيز» لأنه أبلغ وهو قول في الرجلين وتخرج في كثرة العدد لأن أحد الخبرين يرجح بذلك والشهادة خبر ولأن الظن يقوى بذلك ويقدم الشاهدان على الشاهد واليمين في أحد الوجهين) صححه في «الشرح» وقدمه في «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لأن الشاهدين حجة متفق عليها فتقدم على المختلف فيه والثاني بذلك وقدمه في «الفروع» بل تتعارضان لأنهما حجتان أشبهتا البيئتين (وإذا تساوتا تعارضتا) لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى (وقسمت العين بينهما) على المذهب وصححه في «الشرح» وفي «الكافي» أنه الأولى وجزم به في «الوجيز» لما روى أبو موسى أن رجلين اختصما في بغير وأقام كل منهما شاهدين فقضى النبي بالتبغير بينهما رواه أبو داود ولأن كلا منهما داخل في نصف العين خارج في نصفها الآخر (بغير يمين) وهو قول أكثرهم لظاهر ما ذكرناه (وعنه: أنهما يتحالفان كمن لا بيئة لهما) ذكره الخرقى وقدمه في «المحرر» و «الرعاية» فعلى هذا يحلف كل منهما على النصف المحكوم له به وكالخبرين المتساويين.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 157

وجوابه الفرق أن كل بينة في نصف العين والبينة الراجحة يحكم بها من غير يمين ونصر في «عيون المسائل»: يستهمان على من يحلف وتكون العين له ونقله (صالح وعنه أنه يقرع بينهما) لأن القرعة مشروعة في موضع الإبهام وهُوَ مَوْجُودٌ هنا (فمن قرع صاحبه حلف) لأنه يحتمل أن تكون العين لصاحبه (وأخذها) لأن ذلك فائدة القرعة والمقدّم في «الفروع» أنه يأخذها من غير يمين. ثم قال: وهل يحلف كل منهما للآخر؟ فيه روايتان (فإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد لم تسمع البينة على ذلك حتى يقولوا وهي ملكه وتشهدُ البينة به) لأن مجرد الشراء ألا يوجب نقل الملك لجواز أن يقع من غير مالك فلم يكن بد من انضمام الملك للبائع. ولأن مجرد الشراء لو أفاد لتمكن من أراد انتزاع ملك من يد شخص بذلك بأن يوافق شخصا لا ملك له على إيقاع الشراء على الملك الذي في يد ذلك الشخص وَيَنْتَزِعُهُ مِنْهُ وذلك ضَرَرٌ عَظِيمٌ (وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها وأقاما بذلك بينتين تعارضتا) لأنهما استويا في السبب وثبوت الملك وذلك يوجب التعارض. وظاهره ولو أرضا وهو رواية وهي المذهب. والثانية يقدم أسبقهما تاريخا. وإن كانت في يد أحدهما فهي للخارج. فرع من ادعى دارا في يده فأقام زيد بينة أنه اشتراها من عمر وحين كانت ملكة وسلمها إليه فهي لزيد وإلا فلا. وكذا دعوى وقفها عليه من عمرو وهبتها له منه. ومن اقر لزيد بشيء ادعاه، وذكر تلقيه من سمع، وإلا فلا. وإن أخذ منه بينة ثم ادعاه فهل يلزم ذكر تلقيه منه؟ قال ابن حمدان: يحتمل وجّهين:

إذا قال: أجرتك هذا البيت بعشرة فقال المستأجر بل جميع الدار وأقاما بينتين تعارضتا وقيل يقدم قول المستأجر (وإن أقام أحدهما بينة أنها ملكه، وأقام الآخر بينة أنه اشتراها منه أو وقفها عليه أو أعتقه قدمت بينته) لأنها شهدت بأمر خفي على بينة الملك ولا تعارض بينهما فثبت الملك للأول والشراء منه للثاني ولم ترفع يده بل تقرر في يده ولا تؤخذ منه لأنه قد حكم بأن بينته مقدمة بخلاف الحكم في مسألة الداخل والخارج فإن اليد ترفع فيها لأن صاحب اليد هو الداخل. كقوله أبرأني من الدين لأن معها زيادة علم. أما لو قال: لي بينة غائبة طولب بالتسليم لأن تأخيره يطول. وقال الشيخ تقي الدين في بينة شهدت له بملك الى حين وقفه وأقام وارث بينة أن مورثه اشتراها من الواقف قبل وقفه قدمت بينة وارث لأن معها مزيد علم كتقديم من شهد بأنه ورثه من أبيه وآخر أنه باعته (ولو أقام رجل بينة أن هذه الدار لأبي خلفها تركة وأقامت امرأته بينة أن أباه أصدقها إياها فهي للمرأة) لأن بينتها شهدت بالسبب المقتضي لنقل الملك. وقول الابن إن أباه تركها تركة لا تعارضها، وإن نافيها في مستندها فيه هو الاستصحاب وقد تبين

قطعه بقيام البينة على سبب النقل فإن لم يكن لها بينة فيصدق الابن إن خلف رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 157
تنبيه: إذا كانت دار بيد زيد فأقام كل واحد بينة أنه اشتراها من زيد بكذا وقبل أو لم يقل وهي ملكة بل كانت يده وقت البيع واتحد تاريخهما تعارضتا.
فإن قلنا تقسم تحالفا ورجع كل واحد على زيد بما وزن له.
وقيل بنصف الثمن وله الخيار في فسخ البيع لأن الصفقة تبعضت عليه.
فإن فسخ أحدهما فلآخر طلب كل الدار إلا أن يكون الحاكم قد حكم له بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر إليه وإن أقرعنا فهي لمن قرع وفي اليمين الخلاف السابق وإن سقطتا فكما سبق.

(10/242)

وإن اختلف تاريخهما حكم بالأسبق وعَرَمَ البائع الثمن للثانية وإن أرخت إحداهما أو لم تؤرخا تعارضتا في الملك لا في الشراء لجواز تعدده وتجدده وإن ادعاهما زيد لنفسه خلف لهما مرة قدمه في «الرعاية».
وقيل إن قلنا يسقطان خلف لكل واحد يمينا وأخذها وإن قلنا بالقرعة فمن قرع منهما غير زيد! خلف أنها له وحده وأخذها.
وإن قلنا: تقسم فلكل منهما نصفها بنصف الثمن ذكره في «الكافي» وقد نصَّ أحمد في رواية الكوسج في رجل أقام البينة أنه اشترى سلعة بمائة وأقام آخر بينة أنه اشتراها فكل منهما يستحق نصف السلعة بنصف الثمن فيكونان شريكين.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 157

فصل

(القسم الثالث: تداعيا عينا في يد غيرهما) نقول إذا ادعاهما صاحب اليد لنفسه قبل قوله مع يمينه بغير خلافٍ ويحلف لكل واحد يمينا في الأشهر، فإن تكلف عنها لزمه العين لهما أو عوضها، وإن لم يكن كذلك (فإنه يقرع بينهما) لما روى أبو هريرة أن رجلين تداعيا في دابة، ليس لواحد منهما بينة فأمرهما النبي أن يستهما على اليمين رواه أحمد و أبو داود و ابن ماجه وإسناده ثقات. ولأن القرعة تتميز عند التساوي ولأنه لا مزية لأحدهما أشبه ما لو أعتق أحد عبديه في مرضه (فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها) لما ذكرنا وقيل: يقسمانها ويتحالفان وقيل: من قرع من المدعين وحلف فهي له، وذكره جماعة أنه إذا اعترف أنه لا يملكها وقال: لا أعرف صاحبها وصدقاؤه في نفي العلم لم يحلف وأخذت منه واقترعا فمن قرع صاحبه حلف أنها له وأخذها.
وإن كذبا أو أحدهما لزمه يمين واحدة بذلك واقترعا قبل حلفه الواجب وبعده وإن نكل تعين قبله.

(10/243)

وإن اقترعا قبل فلا حلف عليه كغير المقرع المكذب له، فإن نكل لزمه القيمة وعنه يقف الحكم حتى يأتي بأمر بين قال: لأن إحداهما كاذبة فسقطتا كما لو ادعيا زوجة امرأة وأقام كل واحد البينة وليست بيد أحدهما فانهما يسقطان

كذا هنا (فإن كان المدعي عبدا) مكلفا (فأقر لأحدهما لم يرجح بإقراره) هذا رواية ذكرها القاضي وغيره لأنه متهم وهو محور عليه أشبه الطفل. والمذهب أنه إذا صدق أحدهما فهو له كمدع واحد. وإن صدقهما فهو لهما وإن جحد قبل قوله وحكي: لا وإن كان غير مكلف لم يرجح بإقراره.

مسائل: إذا أقر بها لأحدهما بعينه حلفَ وأخذها ويحلف المقر للآخر وإن نكل أخذ منه بدلها وإن أخذها المقر له فأقام الآخر بينة أخذها منه. قال في «الروضة» للمقر له قيمتها على المقر وإن أقر بها لهما، ونكل عن التعيين اقتسماها وإن قال هي لأحدهما وأجهله فإن صدقاه لم يحلف ويقرعه بينهما فمن قرع حلف وأخذها نص عليه (وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها) بغير خلاف لأنها أظهرت أنه المستحق للعين المالك لها (وإن كان لكل منهما بينة تعارضتا) لأنه لا مزية لأحدهما على الأخرى وسواء كان مقرا لهما أو لأحدهما لا بعينه أو ليست بيد أحد (والحكم على ما تقدم) وفيه روايتان: رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 165

إحداهما: القرعة وهي ظاهر الخرقى وصحها ابن المنجا وروي عن ابن عمر وابن الزبير وقاله إسحق وأبو عبيد لما روى ابن المسيب أن رجلين اختصما إلى النبي في أمر وجاء كل واحد منهما بشهود عدول فأسهم النبي بينهما رواه الشافعي وقياسا على ما إذا لم تكن بينة.

فعلى هذا من خرجت له القرعة أخذها من غير يمين. وقال أبو الخطاب: عليه اليمين مع بينته ترجيحاً لها. والثانية تقسم العين بينهما لحديث أبي موسى في العير. والأول أولى لأنه على أن العين في يدهما وفي قول: يتوقف الأمر حتى يتبين.

(10/244)

فرع: إذا أنكرهما من العين في يده وكانت لأحدهما بينة حكم له بها وإن أقام كل منهما بينة فإن قلنا: تستعمل البيئتان أو يدفع إلى من تخرج له القرعة وهو المشهور.

وإن قلنا بسقوطهما حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن بينة (فإن أقر صاحب اليد لأحدهما لم يرجح بذلك) كإقرار العبد لأحد المدعين إذا قلنا لا تسقط البيئتان لأنه ثبت زوال ملكه فصار كالأجنبي وإن قلنا بسقوطهما فأقر لأحدهما أولهما قبل إقراره فإن أقر لأحدهما في الابتداء صار المقر له صاحب اليد لأن من في يده العين مقر بأن يده نائبة عن يده. وإن أقر لهما جميعا فاليد لكل منهما في الجزء الذي أقر له به قاله في «الشرح» وغيره.

وفي «المحرر» و «الرعاية» أنه إذا أقر لأحدهما بها أنها له مع يمينه ثم يحلف المقر للآخر على الأصح فإن نكل لزمه عوضها.

فرع أخذ ثوبا من زيد بعشرة وآخر من عمرو بعشرين فادعى كل منهما الأكثر قيمة ولا بينة اقتراعا فمن قرع حلف وأخذ الأكثر قيمة والباقي للآخر نص عليه لأنها تنازعا عينا في يد غيرهما. وفي «الرعاية» وكذا إن اشتراها منهما اثنا أو باعها لهما واحد وإن ادعاهما صاحب اليد لنفسه فقال القاضي: يحلف لكل واحد منهما وهي له لأنه صاحب اليد وهو منكر فلزمته اليمين للخبر وكمن لا

بينه لهُ (وقال أبو بكر بل يقرع بين المدعين) لأنه يظهر المستحق لها دون صاحب اليد (فيكون لمن تخرج لهُ القرعة) لأن بينهما أظهرت أنهما المستحقان لها وأنه لا حق لصاحب اليد فرجحت إحدى البيتين بالقرعة كما لو أقر صاحب اليد لأحدهما لكن لا يعلمه بعينه.
تنبيه: ادعى أنه اشترى أو أتهب من زيد عبده وادعى آخر كذلك أو ادعى العبد العتق وأقاما بينتين، بذلك قدمنا أسبق التصرفين إن علم التاريخ وإلا تعارضتا فتسقطان أو يقسم أو يقرع كما سبق.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 165

(10/245)

وعنه: تقدم بينة العتق ولو كان العبد بيد أحد المتداعيين أو يد نفسه فالحكم كذلك إلغاءً لهذه اليد للعلم بمسئدتها نص عليه. واختارهُ أبو بكر.
وعنه: أنها يدٌ معتبرة فلا تعارض بل الحكم على الخلاف في الداخل والخارج قاله المجدُّ رحمه الله تعالى. (وإن كان في يد رجل عبد فادعى أنه اشتراه من زيد وادعى العبد أن زيد أعتقه وأقام كل واحد بينة انبنى على بينة الداخل والخارج) لأن المشتري داخل لأن يده على العبد والعبد خارج لأنه ليست له يد، هذا إذا كانا بتاريخ واحد، فإن كانا بتاريخين مختلفين قدمنا الأولى وبطلت الأخرى لأنه إن سبق العتق لم يصح البيع. وإن صح البيع لم يصح العتق لأنه أعتق عبد غيره.

(10/246)

لا يقال يحتمل أنه عاد إلى ملكه فأعتقه لأنه قد ثبت الملك للمشتري فلا يبطله عتق البائع (وإن كان العبد في يد زيد فالحكم فيه حكم ما إذا ادعى عينا في يد غيرهما) لأن العبد عين وهو في يد غير المتنازعين فعلى هذا يرجع إلى قول زيد فإن أنكرهما فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر، وإن أقر لأحدهما قبل إقراره وحلف للآخر، وإن أقام أحدهما بينة حكم لهُ بها، وإن أقام كل منهما بينة قدمت السابقة. وإن قلنا بالقرعة أقرع بين المشتري والعبد فمن خرجت له القرعة حلف وحكم لهُ وإن قلنا بالقسمة جعل نصف العبد مبيعا ونصفه حُرًّا ثم يسري إلى باقيه إن كان البائع مُوسِرا (وإن كان في يده عبد فادعى عليه رجلان كل واحد منهما أنه اشتراه مني بثمان سماهُ فصدَّقهما لزمهُ الثمن لكل واحد منهما) لأنه يجوز أن يكون اشتراه من أحدهما ثم ملكه الآخر فاشتراه منه فإن قال اشتريته من واحد منكما صَفقة واحدة فقد أقر لكل منهما بنصف الثمن وله تحليفه على الباقي، ذكره في «الشرح» (وإن أنكرهما حلف لها وبريء) لأن من أنكر وجب عليه اليمين، ويحلف لكل منهما يميناً ذكره في «الكافي» (وإن صدق أحدهما لزمهُ ما ادعاه) لتوافقهما على صحة دَعْوَاهُ (وحلف للآخر) لأنه منكر (وإن أقام كل واحد منهما بينة فامكن صدقهما لاختلاف تاريخهما أو إطلاقهما أو إطلاق إحداهما وتاريخ الأخرى عمل بهما) ذكرهُ في «المحرر» و «الرعاية» و «الوجيز» لأن البينة حجة شرعية فإذا أمكن صدقهما من الجانبين وجب العمل بهما كالخبرين إذا أمكن العمل بهما وقيل إذا لم توّرخا أو إحداهما

تعارضتا كما لو اتحد تاريخهما.
وفي «الكافي» باحتمال استواء تاريخهما والأصل براءة الذمة. والأول أولى.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 165

(10/247)

وذكر في «الشرح» سؤالاً وَهُوَ أَنَّهُ لَمْ قَلْتُمْ: إِنْ الْبَائِعُ إِذَا كَانَ وَاحِدًا وَالْمَشْتَرِي
أَثْنَيْنِ فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ فِي الْمَحْرَمِ وَأَقَامَ الْآخَرَ بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ فِي
صَفْرِ يَكُونُ شِرَاءَ الثَّانِي بِاطْلَاقٍ؟.

وَأَجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ إِذَا ثَبِتَ الْمَلِكُ لِلأَوَّلِ لَمْ يَبْطُلْهُ بِأَنْ يَبِيعَهُ لِلثَّانِي ثَانِيًا وَفِي
مَسْأَلَتِنَا ثَبُوتُ شِرَائِهِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَبْطُلُ مَلِكُهُ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ
ثَانِيًا مَلِكٌ نَفْسَهُ وَيَجُوزُ لِلْبَائِعِ أَنْ يَبِيعَ مَا لَيْسَ لَهُ فَافْتَرَقَا (وَإِنْ اتَّفَقَ تَارِيخُهُمَا
تَعَارَضَتَا) لِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا وَالتَّسَاوِي يُوْجِبُ التَّعَارُضَ (وَالْحُكْمُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ) لِأَنَّهُ
فِي مَعْنَاهُ فَإِنْ قَلْنَا بِالتَّسَاوِي رَجَعْنَا إِلَى قَوْلِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ.
فَعَلَى هَذَا لَا يَلْزِمُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ وَإِنْ قَلْنَا بِالقَرَعَةِ وَجِبَ الثَّمَنِ
لَمَنْ تَخْرُجُ لَهُ الْقَرَعَةُ وَيَحْلِفُ لِلآخِرِ وَيَبْرَأُ وَإِنْ قَلْنَا بِالقِسْمَةِ قَسَمَ الثَّمَنِ بَيْنَهُمَا
وَيَحْلِفُ لِكُلِّ مِنْهُمَا عَلَى الْبَاقِي (وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ بَاعَنِي إِيَاهُ بِالْفِ
وَأَقَامَ بَيِّنَةً قَدَّمَ أَسْبَقَهُمَا تَارِيخًا) لِأَنَّ نَقْلَ الْمَلِكِ حَاصِلٌ لِمَنْ سَبَقَ فَوْقَ الْعَقْدِ
بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَصِحُّ (وَإِنْ لَمْ تَسْبِقْ إِحْدَاهُمَا تَعَارَضَتَا) لِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا، وَهُوَ مُوجِبٌ
لِلتَّعَارُضِ (وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا غَضِبَنِي إِيَاهُ وَقَالَ الْآخَرُ مَلَكَئِيهِ أَوْ أَقْرَأَنِي بِهِ وَأَقَامَ
كُلَّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً فَهُوَ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ) لِأَنَّهُ لَا تَعَارُضَ بَيْنَهُمَا لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ غَضِبَهُ
مِنْ هَذَا ثُمَّ مَلَكَهُ الْآخَرَ (وَلَا يَغْرَمُ لِلآخِرِ شَيْئًا لِأَنَّهُ لَمْ يَحْلِفْ بَيِّنَةً وَبَيْنَ مَا أَقْرَبَهُ
وَإِنَّمَا حَالَتِ الْبَيِّنَةُ بَيْنَهُمَا).

فَرَعَ: إِذَا ادَّعَى عَمْرُو عَبْدًا بِيَدِ زَيْدٍ وَأَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ وَأَقَامَ زَيْدٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ
اشْتَرَاهُ مِنْ عَمْرُو قَدَّمَ بَيِّنَةَ زَيْدٍ. قَدَّمَهُ فِي «الرَّعَايَةِ» وَذَكَرَهُ الْقَاضِي وَقَالَ
لَمْ يَتَنَاقَصْ بِهِ أَصْلُنَا فِي تَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ لِأَنَّ نَقْلَ ذَلِكَ إِذَا كَانَتْ الدَّخْلَةُ لَا
تَفِيدُ إِلَّا مَا تَفِيدُهُ الْيَدُ وَهَذِهِ تَفِيدُ الْيَدَ وَالشِّرَاءَ.

(10/248)

وَقِيلَ تَقَدَّمَ بَيِّنَةُ عَمْرُو لِمَنْ جَوَّازٌ أَنْ يَكُونَ اشْتَرَاهُ مِنْ زَيْدٍ وَلَمْ يَقْبِضْهُ. وَيَحْتَمَلُ أَنْ
يَكُونَ قَدْ اشْتَرَاهُ زَيْدٌ مِنْ عَمْرُو وَقَبِضَهُ مِنْهُ وَالصَّحِيحُ عِنْدَ السَّامِرِيِّ التَّعَارُضُ
وَالتَّسَاوِي وَأَنَّهُ يَبْقَى لِزَيْدٍ إِنْ حَلَفَ. فَائِدَةٌ: ادَّعَى نِكَاحَ صَغِيرَةٍ فِي يَدِهِ فَرَفَقَ
بَيْنَهُمَا وَفَسَخَهُ الْحَاكِمُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ لَهُ بَيِّنَةٌ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِعَقْدٍ وَشَهَادَةٍ
وَإِنْ صَدَّقْتَهُ إِذَا بَلَغَتْ قَبْلَ ذِكْرِهِ فِي «الكافي» وَفِي «الرَّعَايَةِ» هُوَ أَظْهَرَ.
وَإِنْ ادَّعَى زَوْجِيَّةَ امْرَأَةٍ فَأَقْرَبَتْهُ بِذَلِكَ قَبْلَ إِقْرَارِهَا لِأَنَّهَا أَقْرَبَتْ عَلَى نَفْسِهَا وَهِيَ
مُتَهَمَةٌ لِأَنَّهَا لَوْ أَرَادَتْ النِّكَاحَ لَمْ تَمْنَعْ مِنْهُ. فَانْ ادَّعَاهَا أَثْنَانِ فَأَقْرَبَتْ لِأَحَدِهِمَا لَمْ
يَقْبَلْ مِنْهَا بَلَا بَيِّنَةٍ تَشْهَدُ بِأَصْلِ النِّكَاحِ وَشُرُوطِهِ وَإِلَّا فَرَفَقَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهَا مُتَهَمَةٌ فَانْهَا
لَوْ أَرَادَتْ ابْتِدَاءَ تَزْوِيجِ أَحَدِ الْمُتَدَاعِبِينَ لَمْ يَكُنْ لَهَا ذَلِكَ قَبْلَ الْانْفِصَالِ مِنْ دَعْوَى
الْآخِرِ وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ تَعَارَضَتَا وَسَقَطَتَا فَلَا نِكَاحَ وَإِنْ اخْتَلَفَ تَارِيخُهُمَا فَهِيَ
لِلأَسْبَقِ تَارِيخًا فَإِنْ جَهِلَ الْأَسْبَقُ عَمَلٌ بِقَوْلِ الْوَلِيِّ نَصَّ عَلَيْهِ.

قال ابن حمدان : المجر فإن جهل فسحا والله أعلم.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 165

بَابُ فِي تَعَارُضِ الْبَيْنَتَيْنِ
التعارض مصدر تعارضت البينتان إذا تقابلا تقول عارضته بمثل ما صنع أي أتيت بمثل ما أتى فتعارضهما أن تشهد إحداهما بنفي ما أثبتته الأخرى أو بالعكس. فالتعارض التعادل من كل وجه (إذا قال لعبدته متى قتلت فأنت حر فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم) لأن الأصل عدم القتل لكن يحلف الورثة على نفيه قاله في «الرعاية» ومقتضاه أنه إذا أقام العبد بيّنة أنها تقبل وهو كذلك (وإن أقام كل واحد منهم بيّنة بما ادعاه فهل أنه إذا أقام العبد بيّنة العبد فيعتق أو تتعارضان فيبقى على الرق فيه وجهان) المنصوص أنها تقدم بيّنة العبد قدمه في «المحرر» و «الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأنها تشهد بزيادة وهو القتل.

(10/249)

والثاني تتعارضان فتسقطان صححه في «المستوعب» لأن إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى فعلى هذا يبقى العبد رقيقا لأنه لم يثبت عتقه وقيل يقرع بينهما. وقيل يقسم قال ابن حمدان فيعتق نصفه إذن (وإن قال إن مت في المحرم، فسالم حر، وإن مت في صفر، فغانم حر وأقام كل واحد منهما بيّنة بموجب عتقه قدمت بيّنة سالم) قدمه في «الرعاية» لأن معها زيادة علم والمذهب كما قدمه في «الفروع» وجزم به في «الوجيز» أنهما تتعارضان فتسقطان ويبقيان على الرق إذا جهل وقت موته وكما لو لم تقم بيّنة وقيل تقدم بيّنة غانم فيعتق وقيل يقرع بينهما وفي «الكافي» أنه المذهب فيعتق من يقع له القرعة. وإن بان موته بعد وجهل زمنه ولا بيّنة، رقا لأنه يجوز أن يموت في غير الشهرين وفي «المحرر» يحتمل فيما إذا ادعى الورثة موته قبل المحرم أن يعتق من شرطه الموت في صفر لأن الأصل بقاء الحياة معه. وعلى المذهب إذا علم موته في أحد الشهرين أقرع بينهما وقيل يعمل فيهما بأصل الحياة (وإن قال إن مت في مرضي هذا فسالم حر وإن برئت فغانم حر وأقاما بينتين تعارضتا، بقيا على الرق ذكره أصحابنا) قدمه في «الرعاية» وجزم به «المستوعب» و «الوجيز» لأن كل واحدة تكذب الأخرى وتثبت زيادة بنفيها الأخرى.

قال في «الشرح» وهو ظاهر الفساد لأن التعارض أثره في إسقاط البينتين ولو لم تكونا لعتق أحدهما فكذلك إذا سقطتا (والقياس أن يعتق أحدهما بالقرعة) وهو رواية قدمها في «المحرر» وغيره لأن أحدهما استحق العتق ولا يعلم عينه وكما لو جهل مم مات ولم تكن له بيّنة (ويحتمل أن يعتق غانم وحده لأن بينته تشهد بزيادة) وقيل يعتق سالم وحده وحكى في «الفروع» الأقوال الأربعة من غير ترجيح لأحدها وكذا حكم إن مت من مرضي بدل «في».
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 173

(10/250)

وفي «المحرر» و «الرعاية» أنه إذا جهل ممّ ماتَ أنهما على الرق لاحتمال موته في المرض ويحتمل أن يعتق من شرطه المرض لأن الأصل عدم الحادث ويحتمل أن يعتق من شرطه المرض لأن الأصل دواؤه وعدم البرء. فرع: إذا قال الورثة: اعتقك في مرض موته فقال: يل في صحته فأنكر ولا بينة له وهو دون الثلث فأقل عتق وإلا صدق الورثة (وإن أتلف ثوبا فشهدت بينة أن قيمته عشرون وشهدت أخرى أن قيمته ثلاثون لزمه أقل القيمتين) جزم به في «المستوعب» و «الوجيز» وقدمه في «المحرر» و «الفروع» لأنه متيقن وَرُبَّمَا اطلعت بيّنة الأقل على ما يوجب النقص فتكون شهادة بزيادة خفيت على بينة الأكثر.

وعنه تسقطان لتعارضهما في الزائد فيحلف الغارم على الأقل وقيل يقرع بينهما. وقيل الأكثر واختاره الشيخ تقي الدين في نظيرهما فيمن أجر حصّة موليه قالت بينة بأجرة مثله وبينة بنصفها - وإن كان بكل قيمة شاهد ثبت عشرة على الأولة وعلى الثانية يحلف مع أحدهما ولا تعارض لعدم كمال بينة الأقل ونصر المؤلف الأولة لأن البينتين تعارضتا في الزائد وتخالف الزيادة في الإخبار.

فإن من يروي الناقص لا ينفي الزائد وكذلك من شهدت بألف لا ينفي أن عليه ألفا أخرى.

فرع: إذا كانت العين قائمة قدمت بينة ما يصدقها الحس، فإن احتمل فقال شيخنا ابن نصر الله لو اختلفت بيّتان في قيمة عين قائمة لیتيم يُريد الوصي بيعها أخذ بيّنة الأكثر (فلو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم مات ابنها فورثناها ولا بينة حلف كل واحد منهما إبطال دعوى صاحبه) لأنه منكر (وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين) لأن سبب الحي من موروثه موجود وإنما يمنع لبقاء مؤرورث الآخر بعده وهذا الأمر مشكوك فيه فلا يزول عن اليقين بالشك.

(10/251)

لا يقال قد أعطيتم الزوج وهو لا يدعي إلا الربع لأنه مُدَّع لجميعه ربه بميراثه منها وثلاثة أرباعه بإرثه من ابنه (وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وسقطتا) جَرَمَ به في «الوجيز» لأنه إذا لم يمكن العمل بهما وَجَبَ تساقطهما لأنه لا مزية لإحدهما على الأخرى (وقياس مسائل الغرقى أن تجعل للأخ سدس ما للابن والباقي للزوج) لأنه يقدر أن المرأة ماتت أو لا فيكون كله لزوجها ثم يقدر أن الابن مات أو لا فلأمه الثلث والباقي لأبيه ثم ماتت أمه وفي يدها الثلث فكان بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحدٍ منهما السدس فلم يرث الأخ إلا سدس مال الابن.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 173

قال المؤلف فعلى هذا القول يختص من جهل موتها واتفق وارثها على الجهل به. تنبيه: إذا شهد لاثنين بالوصية من تركة زيد فشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية من تلك التركة أو شهد اثنان أن أباهما طلق ضرة أمهما

قبلت شهادتهما فيهما على الأشهر.
وإن شهد اثنان أن زيدا أخذ من صبي ألفا وشهد آخرا أن علي عمرو أنه أخذ منه
ألفا لزّم الولي طلبه بهما لاحتمال أن يكون أحدهما أخذها منه وردّه إليه بلا إذن
وليه.

وإن شهدّت البيتان على ألف بعينه طلبه من أيهما شاء ذكره في «المحرر»
وغيره.

وإن شهد اثنان على اثنين بقتل فشهد الآخرا أن الأولين قتلاه فصدق الولي
الأولين حكم بشهادتهما لأنهما غير متهمين وإن صدق الآخرين وحدهما لم يحكم
له بشيء لأنهما متهمان لكونهما يدفعا عن أنفسهما ضررا وإن صدق الجميع
فكذلك لأنهما متعارضتان فلا يمكن الجمع بينهما.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 173
فصل

(10/252)

(إذا شهدت بينة على ميت أنه أوصى بعق سّالم وهو ثلث ماله وشهدت أخرى
بعق غانم وهو ثلث ماله أقرع بيتهما فمن تقع له القرعة عتق دون صاحبه) لأنه
لم تترجح بينة أحدهما على الأخرى والقرعة مرجحة بدليل الإمامة (إلا أن يجبر
الورثة) لأن الوصيين سواء وسواء اتفق تاريخهما أو اختلف، ولأن الوصية
يسوى فيها بين المتقدم والمتأخر وقال أبو بكر و ابن أبي موسى يعتق من كل
واحد نصفه بغير قرعة لأن القسمة أقرب إلى الصواب ولأن القرعة إنما تجب
إذا كان أحدهما حُرًا والآخر عبداً والأول هو قياس المذهب لأن الإعتاق بعد
الموت كالإعتاق في مرض الموت فتعينت القرعة. ولحديث عمران أن
المقتضى من أحدهما في الحياة موجود بعد الممات.
والمذهب - كما جزم به أئمة المذهب - أنه إذا شهدت بينة وارثه بعق سّالم في
مرض موته وهو ثلث ماله وبينة وارثه بعق غانم وهو كذلك وأجيز الثلث
فكأجنبيين يعتق أسبقهما على الأصح. وإن سبقت الأجنبية فكذبها الوارثة أو
سبقت الوارثة وهي فاسقة عتقا وإن جهل أسبقهما عتق واحد بقرعة وقيل
يعتق نصفهما وإن كانت الوارثة فاسقة غير مكذبة عتق سّالم وحده ووقف
عتق غانم على قرعة أو يعتق نصفه على الآخر وإن جمعت الوارثة الفسق
والتكذيب أو الفسق والشهادة بالرجوع عن عتق سّالم عتقا معا (وإن شهدت
بينة غانم أنه رجع عن عتق سّالم عتق غانم وحده سواء كانت وارثة أو لم تكن)
لأنه لا تهمة في ذلك.

(10/253)

لا يقال هما يثبتان ولاء سّالم لأنفسهما. لأنهما يسقطان ولاء غانم أضرار على أن
الولاء إنما هو إثبات سبب الميراث. ومثل ذلك لا ترد به الشهادة (وإن كانت
قيمة غانم سُدس المال وبينته أجنبية قبلت) لعدم التهمة فيها فعلى هذا يعتق
غانم وحده (وإن كانت وارثة عتق العبدان) على المذهب وقدمه في «المحرر»
و «المستوعب» و «الرعاية» أما سّالم فلشهادة الأجنبية بالوصية بعققه وأما

غانم فلاقرار الورثة بعته مع أنه أقل من ثلث الباقي وقال أبو بكر يحتمل أن يقرع بينهما لأن التهمة في حق الورثة إنما هو في حق الرجوع فتبطل الشهادة بهما ويبقى أصل العتق فاحتيج إلى القرعة لتمييز المستحق من غيره (فإن خرجت القرعة لسالم عتق وحده) لأنه ثلث المال / (وإن خرجت لغانم عتق هو ونصف سآلم) لأن ذلك ثلث المال كما لو لم تشهد بالرجوع فإن الشهادة بالرجوع لم تقبل فكأن وجودها كعدمها وقال أبو بكر يجوز على مذهبه أن يعتق من الذي قيمته الثلث نصفه ويقرع بين العبدین فأيهما وقعت عليه القرعة عتق وإن قلنا بالقسمة عتق من كل واحدٍ ثلثاهُ (وإن شهدت بينة أنه أعتق سالما في مرضه وشهدت الأخرى أنه وصى بعتق غانم وكل واحدٍ منهما ثلث المال عتق سآلم وحده) لأن عطايا المريض مقدمة على وصاياهُ لرجحانها بنفس الإيقاع (وإن شهدت بينة غانم أنه أعتقه في مرضه) ولا تاريخ ثبت اعتاقه لهما بشرطه لأن ما شهدت به كل بينة لا تنفي ما شهدت به الأخرى (عتق أقدمهما تاريخاً) لأن عطايا المريض يقدم فيها الأسبق فالأسبق (فإن جهل السابق) بأن اتفق تاريخهما أو أطلقنا أو إحداهما فهما سواء لعدم المزية (عتق أحدهما بالقرعة) لأن البنتين تساوتا فاحتيج إلى التمييز. والترجيح حاصل بالقرعة. وقيل يعتق من كل واحدٍ نصفه (كانت بينة أحدهما وارثة ولم تكذب الأجنبية فكذلك) أي يعتق أقدمهما تاريخاً مع العلم به أو أحدهما بالقرعة مع الجهل به لأن الوارثة غير متهمة ولا مكذبة وهي

(10/254)

بمثابة الأجنبي.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 177
ولو كانت البنتان أجنبيتين لكان الأمر كذلك فكذا إذا كانت إحداهما وارثة (وإن قالت ما أعتق سالما وإنما أعتق غانما عتق غانم كله) لإقرار الورثة بعته وقيل يعتق ثلثاه إن حكم بعته سآلم وهو ثلث الباقي لأن العبد الذي شهدت الأجنبيتان كالعصوب من التركة والأول أصح لأن المعتبر خروجه من الثلث حال الموت وحال الموت في قول الورثة لم يعتق سآلم إنما عتق بالشهادة بعد الموت (وحكم سالم كحكمه لو لم يطعن في بينته أنه يعتق إن تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة وإلا فلا) لأن طعن الوارثة في الأجنبية غير مقبول لأن الأجنبية مثبتة والوارثة نافية والمثبت مقدم على النافي وإذا لم يقبل الطعن صار طعنهما كلا طعن ولو لم تطعن الوارثة في الأجنبية لكان الحكم كما ذكر فكذا ما هو بمنزلته (فإن كانت الوارثة فاسقة ولم تطعن في بينة سالم عتق سالم كله لأن البينة العادلة شهدت بعته ولو يوجد ما يعارضها فإن كان تاريخ عتقه سابقاً أو خرجت له القرعة عتق كله) كإقرار الورثة أنه هو المستحق للعتق (وإن كان متأخراً أو خرجت القرعة لسآلم لم يعتق منه شيء) لأن بينته لو كانت عادلة لم يعتق منه شيء فإذا كانت فاسقة أولى (وقال القاضي يعتق من غانم نصفه) لأنه استحق العتق بإقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالبينة العادلة فصارت بالنسبة إليه كأنه أعتق العبدین فيعتق منه نصفه في الأحوال كلها قال المؤلف وهذا لا يصح فإنه لو أعتق العبدین لأعتقنا أحدهما بالقرعة ولأنه في حال تقديم تاريخ عتق من شهدت له البينة لا يعتق منه شيء، ولو كانت بينته عادلة فمع فسقها أولى (وإن كذبت بينة سآلم عتق العبدان) لأن

سالما مشهود بعنقه وغانم مقر له بأنه لا مستحق للعتق سواء وقيل يعتق
سواه وقيل من غانم ثلثاه والأول أولى.

(10/255)

فرع: ذكر أصحابنا أن التدبير مع التنجيز كآخر التنجيز مَعَ أولهما لأن التدبير
تنجيز بالموت فَوَجِبَ أن يتأخر عن المنجز في الحياة أصل إذا شهد عدلان أن
زيد أوصى لعمره بثلث ماله وشهد آخرا أن أنه وصى لبكر بثلث ماله وشهد
آخرا أن أنه رجع عن وصية أحدهما أقرع بينهما فمن قرع قدم وإن تأخرت وصيته
ذكره ابن أبي موسى و السامري و ذكر أبو بكر أنه قياس قول أحمد وإذا صح
الرجوع عن إحداهما بغير تعيين صحت الشهادة به لأن الوصية تصح بالمجهول
وتصح الشهادة فيها بالمجهول.

وقال القاضي : لا تصح الشهادة لأنهما لم يعينا المشهود عليه كما لو قالنا نشهد
أن لهذا على أحد هذين ألفا فلو شهد اثنان أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهد
واحد أنه وصى لعمره بثلث ماله انبنى على الخلاف.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 177

أحدهما: يتعارضان فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثلث بينهما.
والثاني: لا فينفر د زيد بالثلث وتقف وصية عمرو على إجازة الورثة.
فأما إن شهد واحد بالرجوع عن وصية زيد فلا تعارض ويحلف عمرو مَعَ شاهده
وتثبت له الوصية.

والفرق بينهما أن في الأولى تقابلت البيئتان فقدمنا أقواهما.
وفي الثانية لم تتقابلا وإنما ثبت الرجوع وهو يثبت بالشاهد واليمين لأن
المقصود منه المال.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 177

فصل

إذا مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافرا وادعى كل واحد منهما أنه مات على
دينه فإن عرف أصل دينه (من إسلام أو كفر) فالقول قول مدعيه رواية واحدة
إن حلف لأن الأصل بقاء ما كان عليها كسائر المواضع (وإن لم يعرف فالميراث
للكافر) جزم به الأصحاب إن اعترف المسلم بأخوة الكافر (لأن المسلم لا يقر
ولده على الكفر في دار الإسلام) ولأنه معترف بأن أباه كان كافرا أو هو يدعي
إسلامه فجعل أصل دينه الكفر والقول قول مدعي الأصل.

(10/256)

وعنه هو بينهما رواها ابن منصور اعترف أنه أخوه أولا وقيل: هو للمسلم لأن
الدار دار الإسلام فيحكم بإسلام لقيطها ولأنه يجوز أن يكون أخوه الكافر مرتدا
لم تثبت عند الحاكم رده (وإن لم يعترف المسلم أنه أخوه ولم تقم به بينة
فالميراث بينهما) لأنهما سواء في اليد والدعوى أشبه ما لو تداعيا عينا في
أيديهما (ويحتمل أن يكون للمسلم لأن حكم الميت حكم المسلمين في غسله
والصلاة عليه) والدفن وغير ذلك (وقال القاضي : قياس المذهب أن يقرع
بينهما) إن لم تكن التركة في أيديهما فمن قرع خلف واستحق وإن كانت في

أيديهما قسمت بينهما نصفين وبتحالفان قدمه في «الرعاية» وهو سهو
لاعترافهما أنه إرث ومقتضى كلام القاضي أن التركة إذا كانت بيد أحدهما أنها
له مَعَ يمينه وهذا لا يصح لأن كلا منهما يقر بأن هذه التركة تركة هذا الميت وأنه
إنما يستحق بالميراث فلا حكم ليده (ويحتمل أن يقف الأمر حتى يظهر أصل
دينه) لأنه لا يعلم المستحق إلا بذلك.
قال أبو الخطاب أو يصطلحاً لأنه هو المقصود. وفي «مختصر ابن رزين» إن
عرف ولا بينة فقول مُدَّعٍ.
وقيل: يقرع أو يوقف.
فرع: حكم سائر الأقارب كالأولاد فيما ذكرنا وسَيَاتِي (وإن أقام كل واحد منهما
بينه أنه مات على دينه) ولم يعرف أصل دينه (تعارضتا) لأنهما تساوتاً وذلك
يوجب التعارض وفي «الكافي» إذا أقام كل منهما بينة أنه مات على دينه.
فقال الخرقى و ابن أبي موسى : يكونان كمن لا بيّنة لهما وقد ذكرنا أن البينتين
إذا تعارضتا قدمت إحداهما بالقرعة في وجه وفي آخر تقسم العين بينهما.
وقيل تقدم: بينة المسلم هنا لأنه يجوز أن يكون اطلع على أمرٍ خفي على البينة
الأخرى.
ثم دَكَرَ في «الكافي» فإن اختلف تاريخهما عمل بالأخيرة منهما لأنه ثبت بها
أنه انتقل عما شهدت به الأولى وإن اتفق تاريخهما تعارضتا.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 182

(10/257)

وإن أطلقنا أو إحداهما قدمت بينة المسلم وإن قال شاهدان نعرفه مسلماً
وقال شاهدان نعرفه كافراً فالميراث للمسلم إذا لم يؤرِّخ الشهود معرفتهم)
لأن العمل بهما ممكن إذ الإسلام يطرأ على الكفر وعكسه خلاف الظاهر لعدم
إقرار المرتد والمذهب أنه إن عرف أصل دينه قدمت الناقله عنه وإلا فروايات
التعارض اختاره القاضي وجماعة واختاره في «المغني». ولو اتفق تاريخهما
وهو ظاهر «المنتخب».
وعنه تقدم بينة الإسلام اختاره الخرقى فرع: إذا شهدت بينة أنه مات ناطقاً
بكلمة الإسلام بعكسها تعارضتا سواء عرف أصل دينه أو لا فتسقطان أو
تستعملان بقسمة أو قرعة ويصلى عليه تغليبا له مع الاشتباه.
قال القاضي : ويدفن معنا.
وقال ابن عقيل : بل وحده (وإن خلف أبوين كافرين وابنين مسلمين واختلفوا
في دينه فالقول قول الأبوين) لأن كونهما كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه
وقيل قبل بلوغه وهو ظاهر المذهب لأنه حينئذ محكوم له بدين أبويه (ويحتمل
أن القول قول الابنين) هذا وجه في «الرعاية الكبرى» هو أولى لظاهر دار
وانقطاع حكم التبعية عن الأبوين بالبلوغ لأن كفر أبويه يدل على أصل دينه في
صغره وإسلام ابنه يدل على إسلامه في كبره فيعمل بهما جميعاً يحمل كل
منهما على مقتضاه.

(10/258)

وقيل يصدق ابناه في دارنا. وقيل يقف الأمر حتى يتبين أو يصطلحا ويحلف من قدم قوله (وإن خلف ابنا كافرا وأخا وامرأة مسلمين واختلفوا في دينه فالقول قول الابن على قول الخرقى) وجزم به في «الوجيز» لأن الظاهر كون الأب كافر ولأنه لو كان مسلما لما أقر ولده على الكفر في دار الإسلام (وقال القاضي يقرع بينهما) لأنها مشروعة في الإيهام وهو موجودٌ هُنا (وقال أبو بكر قياس المذهب أن تعطى المرأة الربع) لأن الولد الكافر لا يحجب الزوجة (ويقسم الباقي بين الابن والأخ نصفين) لتساويهما في الدعوى وعلى هذا تصح المسلم من ثمانية وفيه وجهٌ للزوجة الثمن والباقي بين الابن والأخ نصفين وتصح من ستة عشر.

(10/259)

وفيه وجه جميع الميراث للابن فجعل أصل دينه الكفر وحكم ببقائه استصحابا للحال وقيل هما مع ابنه كأخيه المسلم فيما ذكرنا لكن النصف للمرأة والأخ على أربعة سهم وله ثلاثة والنصف الباقي لابنه، قدمه في «المحرر» (ولو مات مسلم وخلف ولدين مسلما وكافرا فأسلم الكافر وقال أسلمت قبل موت أبي) أو بعده قبل قسم تركته وقلنا بأنه يرث (وقال أخوه بل بعده فلا ميراث له) جَرَمَ به في «المحرر» والشرح لأن الأصل بقاء الكفر إلى أن يعلم زواله وعلى أخيه اليمين لأنه منكر ويكون على نفي العلم لأنها على نفي فعل أخيه وقدم في «الرعاية» أن الميراث بينهما وإن أقاما بينتين بما قالاً قدمت بينة الكافر سواء اتفقا على وقت موت أبيهما أم لا ذكره في «الرعاية» وإن لم يثبت أنه كان كافرا فادعى عليه أنه كذلك فأنكر فالميراث بينهما (فإن قال أسلمت في المحرم ومات أبي في صفر وقال أخوه بل مات في ذي الحجة فله الميراث مع أخيه)، لأن الأصل بقاء حياته إلى أن يعلم زوالها وإن أقام كل واحد بينة بدعواه فقيل تتعارضان وقيل يقدم بينة من ادعى تقديم موته لأن معها زيادة علم لا يجوز أن يخفى على الأخرى. وإن قال أكبرهما أسلمت أنا في المحرم ومات أبي في صفر. وقال أصغرهما أسلمت أنا في صفر وفيها أسلم أبي ورثاه وقيل إن صدق الأكبر بإسلام الأصغر فيه أو قامت به بينة وإلا فلا شركة اقتصر عليه في «الرعاية» وهو ظاهر «المستوعب» والله أعلم.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 182

كُتَابُ الشَّهَادَاتِ

وهي جمع شهادة وهي الإخبار عما شوهد أو علم ويلزم من ذلك انعقادها ومن ثم كذب الله المنافقين في قولهم: {نشهد أنك لرسول الله} (المنافقون: 1) لأن قلوبهم لم تواطىء ألسنتهم والشهادة يلزم منها ذلك فإذا انتفى اللازم انتفى الملزوم وإذا لم يصدق إطلاق نشهد انتهى.

(10/260)

قال الجوهري: الشهادة خبرٌ قاطعٌ فتطلق على التحمل تقول شهدت بمعنى تحملت وعلى الأداء تقول شهدت عند القاضي شهادةً أي أديتها وعلى المشهود

به تقول تحملت شهادةً يعني المشهود به واشتقاقها من المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما شاهده وتسمّى بينة لأنها تبين ما التبس. وهي حجة شرعية تظهر الحق ولا توجهه. والإجماع منعقد على مشروعيتها. وسندهُ قوله تعالى: {واشهدوا شهيدين من رجالكم} (البقرة: 282). {وأشهدوا ذوي عدل منكم} (الطلاق: 2). {وأشهدوا إذا تبايعتم} (البقرة: 282) والسنة مستفيضة بذلك والحاجة دأعية إلى ذلك لحصول التجاحد بين الناس. (تحمل الشهادة) أي المشهود به فهو مَصْدَرٌ بمعنى (المفعول وأداؤها فرض على الكفاية). لقوله تعالى: {ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه أثم قلبه} (البقرة: 283) وإنما خص القلب بالإثم لأنه موضع العلم بها ولأنها لو لم تكن كذلك لامتنع الناس من التحمل والأداء فيؤدي إلى ضياع الحقوق ولأنها أمانة فلزم أداؤها كسائر الأمانات وشأن فرض الكفاية (إذا قام به من يكفي سقط عن الباقي) وفي «المغني» و «الشرح» في إثمه بامتناعه مع وجود غيره وجهان. أحدهما: يَأْتِمُ لأنه قد تعيّن عليه بدعائه ولأنه منهي عن الامتناع. والثاني: لا لأن غيره يقوم مقامه فلم يتعين في حقه كما لو لم يدع إليها فظاهره أنه لا فرق.

والأولى أنه خاص بالتحمل وإذا وجب تحملها ففي وجوب كتابتها لتحفظ وجهان (وإن لم يَقم بها من يكفي تعينت على من وجد) فتصير فرض عين عليه إن دعي وقدر بلا ضرر في بدنه أو عرضه أو ماله أو أهله لقول تعالى: {ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا} ولأنها أمانة فلزم أداؤها كالوديعة (قال الخرقى: من لزمته الشهادة فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك) ظاهره أن أداء الشهادة فرض عين وهو المنصوص لظاهر الآيات.

(10/261)

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 188
ولقوله تعالى: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} (النساء: 58) وقيل بل أداؤها فرض كفاية جَرَمَ به أبو الخطاب والمؤلف في كتبه. فعلى هذا إذا كان المتحمل جماعة فالأداء متعلق بالجميع فإذا قام به من يكفي سقط عن الجميع. وإن امتنع الكل أثموا وإن لم يوجد إلا من يكفي تعين عليه كما لو وجد مؤذن واحد عبدا لم يمنعه سيده كصلاة الفرض فإن أدى شاهدٌ وأبى الآخر وقال احلف أنت بدلي فهل يَأْتِمُ؟ فيه وجهان.
فعلى ما ذكره الخرقى يتعين على كل من المتحملين القيام بالشهادة كما تجب على المكلف الصلاة وسواء كان المشهود عليه نسبيا أو غيره لكن بشرط أن يقدر على أدائها. فلو كان عاجزا عن أدائها لحبس أو مرض لم يلزمه إذ جميع التكاليف ملحوظ فيها القدرة، ولا بد مع ذلك أن لا يلحقه صَرَرٌ فإن كان يلحقه ضرر في نفسه أو ماله لم يلزمه. لقوله تعالى: {ولا يضارَّ كاتب ولا شهيدٌ} (البقرة: 282) على أن يكون مبنيا للمفعول كما صرَّح به ابن عباسٍ حيث قرأ ولا يُضارَر بالفتح.

وقيل مبنية للفاعل قاله عمر يقرأ ولا يضارر بالكسر فيخرج من هذا لأن النهي إذا للشاهد عما يطلب منه أو عن التحريف والزيادة والنقصان.

وقول النبي : « لا ضرر ولا إضرار » ولأن القاعدة أن الإنسان لا يضر نفسه لنفع غيره. ومن ثمَّ إذا عجز الشاهد عن المشي فأجرة المركوب والنفقة على رب الشهادة كنفقة المحرم في الحج وهذا إذا كان دون مسافة قصر. وقيل: ما يرجع الى منزله ليومه حكاة ابنُ حمدان وقيل إن قل الشهود وكثر أهل البلد فهي فرض عين وإلا ففرض كفاية والأداء مختصٌ بمجلس الحاكم وظاهر إطلاق المؤلف. وأورده ابن حمدان مذهباً مطلقاً والذي أورده في «المحرر» و «الوجيز» أنه يختص المال وكل حق آدمي. فرع: إذا دعي فاسقٌ الى شهادة فله الحضور مع عدم غيره ذكره في «الرعاية» ومراده لتحملها.

(10/262)

وفي «المغني» وغيره إن التحمل لا تعتبر له العدالة فلو لم يؤد حتى صار عدلاً قبلت (ولا يجوز لمن تعينت عليه أخذ الأجرة عليها) وكذا في «المستوعب» لثلاً يأخذ العرض عن فرض العين (ولا يجوز ذلك لمن لم يتعين عليه في أصح الوجهين) قدمه في «المحرر» و «الرعاية» وصححه في «الفروع» لأن فرض الكفاية إذا قام به البعض وقع من فرضاً وجزم به في «الوجيز» وعبر عنه بالجعل كـ «المحرر».

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 188

وفي «الفروع» جمع بينهما.

والثاني: يجوز لأن النفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض كفاية قال أبو الخطاب وأصل ذلك في أخذ الأجرة على القرب. وفي «المغني» من له كفاية فليس له الأخذ ومن ليس له كفاية ولا تعينت عليه فله أخذها وإلا فاحتمالان. وقيل يباح مع التعيين للحاجة للحاجة وقيل يجوز مع التحمل وقيل أجرته في بيت المال كمزكٍ ومعزفٍ ومترجم ومفت ومقيم حدٍ وقودٍ وحافظٍ مال بيت المال ومحتسب وخليفة (ومن كانت عنده شهادة في حدٍّ لله تعالى أبيع إقامتها) من غير تقدم دعوى لأن أبا بكره وأصحابه والجارود وأبا هريرة أقاموا الشهادة على قدامة بن مطعون بشرب الخمر (ولم تستحب). لقوله عليه السلام: «من ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة».

واستحب القاضي وأصحابه و أبو الفرج و «الترغيب» كالمؤلف تركه للترغيب في الستر وهذا يخالف ما جزم به في آخر «الرعاية» من وجوب الاغضاء عمن ستر المعصية وهو ظاهر كلام الخلال.

قال في «الفروع» ويتوجه فيمن عرف بالشر والفساد لا يستر عليه (وللحاكم أن يعرضَ لهم بالوقوف عنها في أصح الوجهين) قدمه في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» لقول عمر في قصة المغيرة لما شهد عليه ثلاثة وجاء الرابع ما تقول يا سلح الغراب وكالتعرض للفاعل بالرجوع عن إقراره. وفي «الإنصار» تلقينه الرجوع والثاني لا كحق آدمي.

(10/263)

فرع: إذا دعى زوج أربعة لتحملها بزنى أمرأته جاز لقوله تعالى: {واللاتي يأتين} ، الآية (النساء: 15) الآية وقيل لا غيره أو لإسقاط الحد قال في «الرعاية» وإن قال احضرا لتسمعا قذف زيد لي لزمهما ويتوجه إن لزم إقامة الشهادة وهل تقبل الشهادة بحدّ قديم فيه وجهان (ومن عنده شهادة لآدمي يعلمها لم يقمها حتى يسأله) لقول النبي «خير القرون قرني» الخبر وهو صحيح لأن أداءها حق لآدمي فلا يستوفى إلا برضاه [كسائر حقوقه ولا يقدر ذلك في عدالته كشهادة حسبة وقيمها بطلبه ولو لم يطلبها الحاكم ويحرم كتمها.

قال الشيخ تقي الدين ويقدر فيه، وقال: إن كان بيد من لا يستحقه ولا يصل الى من يستحقه لم يلزمه إعانة أحدهما ويعين متأولاً مجتهداً (فإن لم يعلمها استحب إعلامه بها) لأن ذلك تنبيهها على حقه وكالوديعة (وله إقامتها قبل ذلك) لقوله: «ألا أنبئكم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها» رواه مسلم وترك إطلاق هذا الحديث لأجل الخبر الآخر جمعاً بينهما «ولا يجوز أن يشهد إلا بما يعلمه» لقوله تعالى: {ولا يملك الذين يدعون} (الزخرف: 86) قال المفسرون من شهد بالحق وهو توحيد الله تعالى. وهو يعلم ما به عن بصيرة وإتقان.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 188

ومعناه لكن من شهد بالحق فيكون الإستثناء منقطعاً وقال ابن عباس سئل النبي عن الشهادة قال ترى الشمس على مثلها فاشهد أو دع رواه الخلال ولأن الشهادة بغير علم رجم بالغيب وذلك حرام.

(10/264)

ومدرك العلم الذي تحصل به الشهادة (برؤية أو سماع) غالباً زاد في «المستوعب» و «الرعاية» حال التحمل لقوله تعالى: {ولا تقف ما ليس لك به علم} الآية (الإسراء 36) ويختص الثلث في الآية بالسؤال لأن العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر لأن مدرك الشهادة الرؤية والسمع وهما بالبصر والسمع دون ما عداهما من مدارك العلم وهو المسُّ والذوق والشم لا حاجة إليها في الشهادة في الأغلب (والرؤية بأفعال كالقتل والغصب والسرقة وشرب الخمر والرضاع والولادة وغيرها) كالعيوب المرئية في المبيع ونحوها (والسمع على ضربين سماع من المشهود عليه نحو الإقرار والعقود والطلاق والعناق) وحكم الحاكم فلا يجوز التحمل فيها إلا بسماع القول ومعرفة القائل يقينا ذكره في «الكافي».

وحينئذ يلزمه أن يشهد على من سمعه وإن لم يشهده به لاختفائه أو مع العلم به لأن العلم يحصل بذلك، وإن حصل العلم بدونه كمعرفة صوت القائل كفى لأنه علم المشهود عليه كما لو رآه وهو قول ابن عباس وجمع وقال جماعة من العلماء لا تجوز الشهادة حتى يشاهد القائل المشهود عليه لأن الأصوات تشبهه وأجيب بأن جواز الاشتباه في الأصوات كجواز اشتباه الصور. وعنه لا يلزمه فيخير وعنه يحرم في إقرار وحكم. وعنه وغيرهما حتى يشهده. وعنه إن أقر بحق سابق نحو كان له فحتى يشهده. وظاهر كلامهم أن الحاكم إذا شهد عليه شهد سواء وقت الحكم أو لا.

وقال أبو الخطاب و أبو الوفا إذا كان بعدَهُ فيقولان أخبرنا أئُهُ حكم ولا يقولان أشهدنا وعلى الأولى إذا. قال المتحاسبان: لا تشهدوا علينا بما جرى بيننا لم يمنع ذلك الشهادة ولزم إقامتها على الأشهر تنبيه: إذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهد عليه مطلقا وإن لم يعرف ذلك لم يشهد عليه في غيبته، وفي «الفروع»: وإن كان غائبا، فعرفه به من يسكن إليه، جاز أن يشهد في الأصح وظاهر ما نقله مهنا الاكتفاء بمعرفة الاسم لأنه إذا حصل به التمييز فلا حاجة الى معرفة النسب والمرأة كالرجل.

قال أحمد إلا لمن تعرف وعلى من تعرف وقال لا تشهد على امرأة حتى تنظر إلى وجهها وهُوَ مَحْمُولٌ على من لم يتيقن معرفتها ونص أحمد على المنع على من لا يعرفه بتعريف غيره.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 188

قال القاضي هو محمولٌ على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة. ونقل حنبلي لا يشهد إلا بإذن زوجها. وعلله بأنه أملك لعصمتها وقطع به. وحمل أنه لا يدخل بيتها إلا بإذن زوجها للخبر.

فأما الشهادة عليها في غير بيتها فجاز لأن إقرارها وتصرفها صحيح إذا كانت رشيده (وسماع من جهة الاستفاضة مما يتعذر علمه في الغالب إلا بذلك) لأن المنع منها يؤدي إلى عدم ثبوت ما ذكر غالبا في بعضها وهو ضررٌ عظيم وهو منفي شرعا (كالنسب) وهو محل إجماع كالولادة لأنه لا سبيل الى معرفته إلا بالاستفاضة (والموت والملك) المطلق قيده به جماعة مثل أن يستفيض عنده أنه ملك فلان (والنكاح). قال جماعة دوامه لا أنه تزوجها (والخلع والوقف) أي أنه وقف زيد لا أنه وقفه (ومصرفه) وحكاة في «المغني» عن الأصحاب وجزم به في «الكافي» وفي «الرعاية» أن الوقف ومصرفه يثبت بها في الأصح فيهما (والعتق) أي أنه عتيق وحر لا أن سيده أعتقه (والولاء والعزل) لأن العلم في ذلك كله يتعذر غالبا أشبه النسب.

لا يقال يمكن العلم به بمشاهدة سببه لأن الإمكان لا ينافي التعذر غالبا ولأن وجود السبب لا يعلم به المسبب قطعا لجواز أن يبيع مثلاً غير ملكه وذكر ابن هبيرة عن أحمد أنه يثبت في الملك المطلق والوقف والنكاح والعتق والنسب والولاء وقاله الإصطخري واقتصر عليه في «الشرح» وزاد مصرف الوقف والموت والولاية والعزل وكذا في «الكافي» إلا أنه لم يذكر الولاء (وما أشبه ذلك) كالطلاق، نص عليه.

وفي «عمد الأدلة» مقتضى تعليل أصحابنا أن يثبت الدين بالاستفاضة. ومقتضاه أن لا يثبت في حدٍ ولا وقودٍ. وظاهر قول الخرقى وابن حامد بخلافه لأنهم أطلقوا الشهادة بما تظاهرت به الأخبار.

وفي «الترغيب» تسمع فيما تستقر معرفته بالتسامع لا في عقد والأشهر أنه لا يثبت إلا في نسبٍ وموتٍ وملكٍ مُطلقٍ وعتقٍ وولاءٍ ونكاحٍ ووقفٍ (ولا تقبل

الاستفاضة إلا من عَدِدِ يقع العلم بخبرهم في ظاهر كلام أحمد و الخرقى (قدمه في «الرعاية» و «الفروع» و جَزَمَ به في «الوجيز» لأن الاستفاضة مأخوذة من فيض الماء لكثرتة وذلك يستدعي كثرة القائل به (وقال القاضي تسمع من عدلين فصاعدا) يسكن قلبه إلى خبرهما لأن الثابت بها حَقٌّ من الحقوق فوجب أن يسمع منهما كغيره واختار المجد في «محرّره» و حفيده أو واحد تسكن إليه نفسه.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 188

(10/267)

والأول المذهب لأنه لو اكتفى باثنين لاشتراط فيه ما يشترط في الشهادة على الشهادة وإنما اكتفى فيها بمجرد السماع والثالث بعيد عن معناها ويلزّم الحكم بشهادة لم يعلم تلقيها من الاستفاضة، ومن قال شهدت بها ففرع وفي «التعليق» وغيره الشهادة بها خبر لا شهادة وأنها تحضّل بالنساء والعبيد (وإن سمع إنسانا يقر بنسب أب أو ابن فصدقه المقر له جاز أن يشهد له به) لتوافق المقر والمقر على ذلك (وإن كذبه لم يشهد) لتكذيبه إياه (وإن سكت جاز أن يشهد) نص عليه وقدمه في «الكافي» و «المستوعب» و «الرعاية» لأن السكوت في النسب إقرار به بدليل من بُشِّرَ بوليد فسكت كان مقرا به بخلاف سائر الدعاوى ولأن النسب يغلب فيه الإثبات ألا ترى أنّه يلحق بالإمكان في النكاح (ويحتمل أن لا يشهد حتى يتكرر) ذكره أبو الخطاب وهو وحده لأن السكوت محتمل فاعتبر له التكرار ليزول الاحتمال (وإن رأى شيئا في يد إنسان) مدة طويلة قاله في «الترغيب» و «المجرد» و «الفصول» و «الكافي» و «المحرر» و «الوجيز» و ظاهر كلام المؤلف يشمل القصيرة وصرّحوا به في كتب الخلاف وذكره ابن هبيرة عن أحمد (بتصرف فيه الملاك من النقض والبناء والإجادة والإعادة ونحوها أن يشهد بالملك له) قدمه أكثر الأصحاب وجزم به ابن هبيرة وصححه ابن المنجا لأن اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها فجرت مجرى الاستفاضة والاحتمال لا يمنع جواز الشهادة بدليل جوازها بالملك بناء على ما عاينه من السبب كالبيع والإرث ونحوهما مع أنه يحتمل أن البائع والمورث ليس مالكا.

(10/268)

وفي «المغني» لا سبيل إلى العلم هُتَا فجازت بالظن ويُسمّى علما. لقوله تعالى {فإن علمتموهن مؤمنات} (الممتحنة: 10) ولا سبيل إلى العلم اليقيني هنا فاكتمى بالظن ويتوجه احتمال يُعتبر حضور المدعي وقت تصرفه وأن لا يكون قرابته ولا يخاف من سلطان إن عارضته لأنه إذا شخص على المتصرف أن ذلك ملكه لا يجوز لمن رآه يتصرف أن يشهد له بالملك له بما ذكر (ويحتمل أن لا يشهد إلا باليد والتصرف) هذا وجه وصححه السامري لأن يده يحتمل أن تكون غير مآلكة وفي «مختصر ابن رزين» تشهد بملك بتصرفه. وعنه مع يده وفرق قوم فقالوا: تشهد بالملك في المدة الطويلة وفي القصيرة باليد وهو ظاهر.

(ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه) كذا ذكره في «المحرر» و «الوجيز» و «الفروع» لأن الناس يختلفون في شروطه فيجب ذكرها لئلا يعتقد الشاهد صحته وهو فاسد ولعل ظاهرة إذا اتخذ مذهب الشاهد والحاكم لا يجب التبيين.

ونقل عبد الله فيمن ادعى أن هذه الميتة امرأته وهذا ابنه منه فإن أقامها بأصل النكاح ويصلح ابنه فهو على أصل النكاح والفراش ثابت يلحقه. وإن ادعت أن هذا الميت زوجها لم يقبل إلا بيّنة تشهد بأصل النكاح ويُعطى الميراث (وأنه تزوّجها بولي مرشد وشاهدي عدل ورصّاهَا) إن لم تكن مجبرة، هذا من جملة الشُّروطِ ولعله إنما ذكر ذلك للخلاف في بعضها. وخالصةُ أن البيّنة بذلك وأنه تزوجها في صحة بدنه وجواز أمره لكن لا يعتبر في صحته وجواز أمره تنبيه: إذا شهد باستباحة الزوجية جاز وإن ذكر سببها لم تكن شهادة وقيل لا يُشهد فيها باستفاضة وهو بعيد وإن عقد بلفظ لا خلاف. فيه شهد بالعقد والزوجية تقول حضرت العقد الجاري بينهما وأشهد به. وإن قال حضرت وشهدت به فقال ابن حمدان يحتمل وجهين والصحة أظهر.

(10/269)

فرع: مقتضى ما ذكره المؤلف أنه لا يشترط في البيع ونحوه ذكر شروطه وهو وجه. والأشهر أنه يشترط في سائر العقود. (وإن شهد بالرضاع فلا بد من ذكر عدد الرضعات وأنه يشرب من ثديها أو من لبن حلب منه) لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها، ولا بد أن يكون ذلك في الحولين. وقيل ودخول اللبن إلى جوفه. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 199

قال في «الكافي» وإن رأى امرأة اتخذت صبيا تحت ثيابها فأرضعته، لم يجز أن يشهد بإرضاعه لأنه يجوز أن تتخذ شيئا على هيئة الثدي تمصّه له (وإن شهد بالقتل احتاج أن يقول ضربه بالسيف أو جرحه فقتله أو مات من ذلك) لأن ما ذكر شرط في إيجاب القتل فاحتيج إلى قوله في الشهادة به ويعتبر ذكر الآلة ووصف الجناية بعمد أو غيره والانفراد به أو شارك غيره (فإن قال جرحه فمات لم يحكم به) لجواز أن يكون مات بغير هذا ولأنه لم يستند الموت إلى الجرح فلم يثبت كون الموت بسبب جرحه فإن قال ضربه قوّده موضحا أو فسال دمه لم يصح وإن قال ضربه فأوضحه فوجد في رأسه موضحتين وجب دية موضحة لأنه قد أثبتتها ولم يجب قصاص لأننا لا ندري أيتهما التي شهدت بها (وإن شهد بالزنا فلا بد من ذكر من زنى بها وأين زنى وكيف وأنه رأى ذكره في فرجها) لأن اسم الزنى يطلق على ما لا يوجب الحد وقد يعتقد الشاهد ما ليس بزنى زنى فاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال ولأنه إذا اعتبر التصريح في الإقرار كان اعتباره في الشهادة أولى وقد تكون المرأة ممن يحل وطؤها، أو له فيه شبهة وقد تكون الشهادة على فعلين فاعتبر المكان وإن لم يذكر الشهود ذلك سألهم الحاكم عنه (ومن أصحابنا) وهو ابن حامد (من قال لا يحتاج إلى ذكر المزني بها ولا ذكر المكان) لأنه لم يأت ذكرهما في الحديث الصحيح وليس في حديث الشهادة في رجم اليهوديين ذكر المكان وكذا لا يشترط أيضا ذكر الزمان لأن الأزمنة في الزنى واحدة لا تختلف. وفيه وجه بلى

لتكون شهادتهم على فعلٍ واحدٍ وتقبل بحدٍ قديم كالقصاص. وقال ابن أبي موسى لا تقبل لقول عمر (وإن شهد بالسرقة، فلا بد من ذكر المسروق منه والنصاب والحرز وصفة السرقة) لأن الحكم يختلف باختلافها ولتتميز السرقة الموجبة للقطع من غيرها (وإن شهد بالقذف ذكر المقذوف وصفة القذف) ويذكر القاذف وقيل: وأبن ومتى وإن شهد أن هذا العبد ابن أمة فلان لم يُحكم له به حتى يقول ولدته في ملكه) جَزَمَ به في «الوجيز» و «الشرح» وقدمه في «الرعاية» لجواز أن تكون ولدته قبل تملكها وقيل لا يشترط قولهما ولدته في ملكه فان قال في ملكه صح لأنه شهدت أنه نماء ملكه ونماء ملكه ما لم يرد نقله عنه فان قيل قد قلتم لا تقبل شهادته بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق قلنا: الفرق على تقدير التسليم النماء تابع للملك في الأصل فإثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه التبع وجرى مجرى ما لو قال ملكه منذ سنة وأقام البيّنة به فإن ملكه ثبت في الزمن الماضي تبعاً للحال فيكون له النماء فيما مضى لأن البيّنة هنا شهدت بسبب الملك فقويت بذلك. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 199

ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقال: أقرضته الفأ ثبت الملك وإن لم يذكره فمع ذكره أولى. فرع: إذا شهد على إقرار غيره بحق فقيل: يعتبر ذكر سببه والأصح لا كاستحقاق مال وإن شهد بسبب يوجبهُ أو استحقاق غيره ذكره. وفي «الرعاية» من شهد لزيد على عمرو وبشيء سألهُ عن سببه انتهى. ولا تعتبر إشارته إلى مشهودٍ عليه حاضر مع نسبه ووصفه ولا قوله طوعاً في صحته مكلفاً عملاً بالظاهر وما صحت الشهادة به صحت الدعوى وبالعكس.

وعلى اختيار المؤلف: لا يشترط ذلك إذا كانت في يد المتعاقدين أما إذا كانت في يد غيرهما فلا بد من ذكر الملك والتسليم وتشهد البيّنة به (وإن شهدا أنه اشتراها من فلان أو وقفها عليه أو أعتقها لم يُحكم له بها حتى يقول وهي في ملكه) لأنه قد يبيع ويقف ويعتق ما لا يملكه ولأنه لو لم يشترط قول الشاهدين وهي في ملكه لتمكن كل من أراد أن ينتزع شيئاً من غيره أن يتفق هو وشخص ويبيعه إياه بحضرة شاهدين ثم ينتزعه المشتري من يد صاعبه ثم يقسمانه وفي ذلك ضررٌ عظيم لا يرد الشرع بمثله (وإن شهدا أن هذا الغزل من قطنه أو الطير من بيضته أو الدقيق من حنطته أحكم له بها) ذكرهُ الأصحاب لأن الغزل عين القطن وإنما تغيرت صفته والطير هو البيضة استحالت والدقيق عين الحنطة وإنما تفرقت أجزاءها وقيل أو البيضة من طيره فكذلك والأصح لا حتى يقولوا باصتها في ملكه لأن البيضة غير الطير وإنما هي من نمائه كالولد (وإذا مات رجل وادعى آخر أنه وارثه فشهد شاهدان أنه وارثه لا يعلمان له وارثاً غيرهُ سلم المال إليه) في قول أكثر العلماء لأن هذا مما لا يمكن علمه فكفى فيه الظاهر مع شهادة الأصل بعدم وارث آخر (سواء كانا من أهل الخبرة

الباطنة أو لم يكونا) وجرّم به في «الوجيز» لأن قول البيّنة يعضده الأصل وفيه وجه أنه لا يقبل من غير أهل الخبرة الباطنة فيجب الكشف عن حاله لأن عدم علمهم بوارث ليس بدليل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة فيأمر من ينادي بموته وليحضر وارثه فإذا غلب على ظنه أنه لا وارث له سلمه وقيل بكفيل.

فعلى الأول يكمل لذي الفرض فرضه. وعلي الثاني - وجرّم به في «الترغيب» - يأخذ اليقين وهو ربع ثمن للزوجة عائلاً وسُدس للأُم عائلاً من كل ذي فرض لا حجب فيه ولا يقين في غيره.

(10/272)

ومقتضاه أنه إذا شهد له بالإرث كفى نقل الأزجي فيمن ادعى إرثاً لا يخرج في دعواه إلى إثبات السبب الذي يرث به وإنما يدعي الإرث مُطلقاً لأن أدنى حالاته أنه يرث أنه بالرحم وهو صحيح على أصلنا والمعروف خلافة (وإن قالا لا نعلمه وارثاً غيره في هذا البلد) أو بأرض كذا (احتمل أن يسلم إليه المال) قدمه في «المحرر» و «الفروع» وجرّم به في «الوجيز» لما تقدم (واحتُمّل أن لا يُسلم إليه حتى يستكتشف القاضي عن خبره في البلدان التي سافر إليها) وقاله أكثر أهل العلم قال في «الشرح» وهو أولى لأنهما قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الأرض ويعلمان له وارثاً في غيرها فلم يقبل كما لو قالا: لا نعلم له وارثاً في هذا البيت وإن شهدا بأنه ابنه لا وارث له غيره وبيّنة كذلك ثبت نسبه منهما وقسم المال بينهما لأنه لا ينافي.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 199

قال المؤلف في فتاويه: إنما احتاج إلى إثبات لا وارث له سواء لأنه يعلم ظاهراً فإنه بحكم العادة يعرفه جاره ومن يعرف باطن أمره بخلاف دينه على الميت لا يحتاج إلى إثبات لا دين عليه سواء لخفاء الدين.

فرع: لا ترد الشهادة على النفي مطلقاً بدليل هذه المسألة والإعسار بل يقبل إذا كان النفي محضوراً كقول الصحابي: دُعي إلى الصلاة فقام فطرح السكين وصلّى ولم يتوضأ كالإثبات وهل يشهد عقداً فاسداً مختلفاً فيه ويشهد به يتوجه دخولها فيمن أتى فرعاً مختلفاً فيه.

قال في «التعليق» يشهد وفي «الفتاوى المصرية» يجوز للكاتب والشاهد أن يكتب ويشهد به ولو لم ير جوازه لأنه من المسائل الاجتهادية والفقيه يحكم بما يراه من الخلاف.

فرع: إذا شهد أنه طلق أو أعتق أو أبطل من وصاياها واحدةً ونسباً عينها لم تقبل هذه الشهادة ذكره في «المحرر» و «الرعاية» وقيل بلى جزم به في «المبهج» في الوصية.

(10/273)

وفيهما في «الترغيب» قال أصحابنا: يقرع بين الوصيتين فمن خرجت فُرعتها فهي الصحيحة (وتجوز شهادة المستخفي) وهو المتواري عن المشهود عليه وهي مقبولة، قال في «الشرح» على الرواية الصحيحة رواه سعيد بإسناد

رجاله ثقات عن عمرو بن حريب ولأنه قد تدعوا الحاجة الى ذلك مثل أن يكون خصمه يقرّ سرا ويحدد جهرا فلو لم تجز شهادته لأدى إلى بطلان الحق. والثانية: لا تسمع شهادته اختارها أبو بكر و ابن أبي موسى . لقوله تعالى: {ولا تجسسوا} (الحجرات: 12) ولقوله عليه السلام: «من حدّث بحديث ثم التفت فهو أمانة».

وفي ثالثة إن أقر بحق في الحال شهد به كقوله عَلِيّ كذا وإن أقر بسابقتها كأقرضني وكان علي وقضيته إذا جعلناه إقرارا لم يشهد به حتى يشهده به. قال في «المحرر» وهي الأصح.

وعنه يشهد بما سمعه ولا يؤدي حتى يقول: اشهد عليّ فإذا قاله وجب الأداء (ومن سمع رجلاً) مكلفا (يُقرّ بحق) أو عقد أو عتق أو طلاق (أو يُشهِدُ بحق) فعلى الخلاف والمذهب أنه يشهد عليه وإن لم يقل له اشهد. وعنه: لا كالشهادة.

وفرق المؤلف بينهما بأن الشهادة على الشهادة ضعيفة فاعتبر تقويتها بالاستدعاء (أو يسمع الحاكم يحكم أو يُشهِدُ على حكمه أو إنفاذه في إحدى الروايتين) وهي ظاهر المذهب لأن المعتمد عليه السماع وهو موجود ولأن أبا بكره وأصحابه شهدوا على المغيرة ولم يقل عمر هل أشهدكم أو لا؟ وكذلك عثمان لم يسأل الذين شهدوا على الوليد بن عقبة بذلك ولم يقل هذا أحد من الصحابة ولا غيرهم (ولا يجوز في الأخرى حتى يُشهِدَهُ على ذلك كالشهادة على الشهادة 4 وقدّم في «المحرر» و «الرعاية» تلزم الشهادة وعنه يخير في ذلك وذكر القاضي رواية في الأفعال لا يشهد حتى يقول لهُ المشهود عليه اشهد، وهذا إن أراد به العموم في جميع الأفعال لم يصح لأن الغاصب لا يقول لأحدٍ اشهد عليّ أي غصبت وإن أراد به الأفعال التي تكون بالتراضي كقرض وبيع جاز.

(10/274)

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 199

فصل

(إذا شهد أحدهما أنه غصبه ثوبا أحمر وشهد آخر أنه غصبه ثوبا أبيض) لأنه إذا اختلف الشاهدان في صفة المشهود به لم تكمل البيّنة على واحد منهما (أو شهد أحدهما أنه غصبه اليوم وشهد الآخر أنه غصبه أمس لم تكمل البيّنة) لاختلافهما في الوقت (وكذلك كل شهادة على الفعل إذ اختلفا في الوقت لم تكمل البيّنة) لأن أحد الفعلين غير الآخر لأن الفعل الواقع في يوم غير الفعل الواقع في يوم آخر فلو شهدا بفعل متحد في نفسه كإتلاف ثوب وقتل زيد أو باتفاقهما كغصب وسرقة واختلفا في وقته أو مكانه أو صفة تتعلق به كلوث وآلة قتل مما يدل على تغيير الفعلين لم تكن البيّنة على المذهب. وفي «المحرر» هُوَ قولُ أصحابنا للتنافي.

وقال أبو بكر يجمع بينهما حتى يُوجب القطع والقود وقيل بل يحلف مع كل شاهِدٍ ويأخذ ما شهد به من مال وقيل لا حدّ بحال وإن أمكن تعدده ولم يشهد بأنه متحد فبكل شيء شاهِدٌ فيعمل بمقتضى ذلك ولا تنافي بينهما ولو كان بدل شاهد بيّنة ثبتا هنا إن ادعاهما وإلا ما ادعاه وتعارضتا في الأولى. قال المؤلف والصحيح أنه لا تعارض فيه لإمكان الجمع.

فرع: إذا شهدَ واحدٌ بالفعل وأخر على الإقرار به جمعت شهادتهما نص عليه واختارهُ أكثر الأصحاب لقصة الوليد في شرب الخمر ولو شهدا في وقتين على إقراره بالغصب أو شهد اثنان على الفعل وأخران على الإقرار به لم يجمع بينهما في الأشهر لأنه يجوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهدان وهذا يبطل بالشهادة على إقرارين مسألة: إذا شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً أو قتله عمداً وأخر أنه أقر بقتله أو قتله وسكت ثبت القتل وصدق المدعى عليه في صفته (وإن شهدا أحدهما أنه أقر له بألف أمس وشهد آخر أنه أقر بألف اليوم) لأنهما وإن كانا إقرارين فهما إقرار بشيء واحد وكذا في «الرعاية» مع أنه أطلق الخلاف في كل شهادة على القول (أو شهد أحدهما أنه باعه داره أمس وشهد آخر أنه باعه إياها اليوم كملت البينة وثبت البيع) لأن المشهود به شيء واحد يجوز أن يعاد مرةً بعدَ أخرى فلم يؤثر كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية والإقرار في الصورة الأولى وكذلك كل شهادة على القول. وكذا في «المحرر» و«المستوعب» و«الشرح» وسواء اختلفا وقتاً أو مكاناً لأن المشهود به واحد كما لو شهدا على الإقرار بشيء واختلفا في وقته أو موضعه أو اللغة المقر بها.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 207

وفي «الرعاية» قولُ أنهما إذا اختلفا وقتاً أو مكاناً لم تكمل البينة ولم يذكر في «الكافي» في الإقرار خلافاً أن الشهادة تكمل فيه وذكر في غيره احتمالين إلا النكاح إذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمس وشهد الآخر أنه تزوجها اليوم لم تكمل البينة لأن اختلاف الشهود في الوقت يمنع من كمال البينة ومن ثبوته أما أولاً فلأن البينة الكاملة يثبت موجبها كما تقدم والبينة المذكورة لا يثبت موجبها. وأما ثانياً لأن من شرط صحته حصول الشاهدين له فإذا اختلفا في الوقت لم يتحقق حصول الشرط فلم يثبت المشروط مع تحقق شرطه قاله ابن المنجا .

وفي «الشرح» لم تكمل البينة في قولهم جميعاً لأنه لم يشهد بكل عقد إلا شاهد واحد فلم يثبت (وكذلك القذف) ألحق أكثر أصحابنا القذف بالأفعال وهو المذهب لأن البينة لم تكمل على قذفه ولأن اختلاف الشهود شبهة والحد يدرأ بها (وقال أبو بكر يثبت القذف) لأن المشهود به واحد أشبه البيع وسائر الأموال.

تنبيهٌ ذكر في «الشرح» أنه إذا شهد أحدهما أنه أقر عندي يوم الخميس بدمشق أنه قتله أو قذفه أو غصبه وشهد الآخر أنه أقر عندي بهذا يوم السبت كملت البينة وهو قول أكثرهم.

وقال زفر لا تكمل لأن كل إقرار لم يشهد به إلا واحد كالشهادة على الفعل. وجوابه أن المقر به واحد وقد شهد اثنان على الإقرار به فكملت كما لو كان الإقرار به واحداً وفارق الشهادة على الفعل فإن الشهادة على فعلين مختلفين فنظيره في الإقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي يوم الخميس والآخر

أنه قتله يوم الجمعة لم تكمل البيّنة لأن الذي شهد به أحدهما غير الذي شهد به الآخر كما لو شهد أحدهما أنه غصبه دنانير والآخر دراهم ثم ذكر قول أبي بكر أنها تكمل لأن ذلك ليس من المقتضى فلا يعتبّر في الشهادة والأول أصح. قلت وعلى عدم الجمع لمدعي القتل أن يحلف مع أحدهما ويأخذ الدية. ومتى جمعنا مع اختلاف الوقت في قتل أو طلاق فالعدة والإرث يلي آخر المدتين (وإن شهد شاهداً أنه أقر له بألف وشهد آخر أنه أقر له بألفين ثبت ألف) على المذهب لأن الشهادة فيها كملت وكما لو لم يزد أحدهما على صاحبه وسواء عزوا وأحدهما الشهادة إلى الإقرار أوجه واحدة غيره أو لم يعرفا وقيل: لا لأنه لم يشهد بكل إقرار إلا واحد.

(10/277)

قال في «الشرح» ويبطل إذا شهد أحدهما أنه أقر له بألف غدوة وآخر أنه أقر بها عشية مع أن كل إقرار إنما شهد به واحد وكذا إذا شهد واحد بألف وآخر بخمسائة أو شاهداً بثلاثين وآخر بعشرين وقيل بل يحلف مع كل شاهد ويأخذ ما شهدا به ذكره السامري وابن حمدان (ويحلف على الآخر مع شاهده إن أحب) نص عليه لأن المال يثبت بشاهد ويمين. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 207

قال في «الشرح» وهذا إذا أطلقنا الشهادة أو لم تختلف الأسباب والصفات فإن شهد له شاهدان بألف وآخران بخمسائة ولم تختلف الأسباب والصفات دخلت الخمسائة في الألف ووجب له ألف بالشهادتين. وإن اختلفت الأسباب والصفات وجباً لأنهما مختلفان (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد آخر أن له عليه ألفين فهل تكمل البيّنة على ألف؟ على وجهين). أحدهما: تكمل كالتي قبلها جرّم بها في «المستوعب» و«الوجيز» وصححه في «الرعاية» لأن الشهادة كانت مطابقة غير مسندة للمشهود به على سبب فبالقياس على ما إذا كانت البيّنة على الإقرار وسواء عزوا أو أحدهما الشهادة إلى قرار أو جهة غيره أو لم يعزوا. فعلى هذا يحلف المدعي إن شاء لتمام الأكثر مع شاهده ويأخذ ذلك.

(10/278)

والثاني: لا تكمل لأنه يحتمل أن تكون الألف من غير الألفين فعليه لا يثبت شيء من ذلك قاله ابن المنجا وغيره (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً من قرض وشهد آخر أن له عليه ألفاً من ثمن مبيع لم تكمل البيّنة) جزم به أكثر الأصحاب لأن أحد الألفين لا يمكن أن يكون الآخر فعلى هذا يحلف مع كل شاهد ويأخذ ما شهد به وقيل إن شهدا على الإقرار كملت وعلى الأول لو شهد شاهداً بألف وآخر بألف من قرض كملت البيّنة (وإن شهد شاهدان أن له عليه ألفاً وقال أحدهما قضاءً بعضه بطلت شهادتهما نص عليه) وهو المذهب لأن ما قضاءً لم يبق عليه فيكون كلامه متناقضاً فتفسد شهادته وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال بل بخمسائة لأن ذلك رجوع عن الشهادة بخمسائة وإقرار بغلط نفسه (وإن شهدا أنه قرضه ألفاً ثم قال أحدهما قضاءً نصفه صحت

شهادتهما) جزم به في «المستوعب» و «الوجيز» لأن الوفاء لا ينافي القرض ويتخرج فيه كالتي قبلها ويتخرج فيهما أن لا يثبت بشهادتهما سوى الخمسمائة. وعلى الأول يحتاج قضاء الخمسمائة إلى شاهدٍ ويمين (وإن كانت له بينة بألف فقال أريد أن تشهدا لي بخمسمائة لم يجر) إذا كان الحاكم لم يول الحكم فوقها نص عليه قدمه أئمة المذهب وصححه المؤلف وجزم به في «الوجيز». لقوله تعالى: {ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها} (المائدة: 108) ولأنه لو سَأغ له ذلك لسَأغ لقاضي أن يقضي ببعض ما شهد به الشاهد وقال القاضي في «الأحكام السلطانية» للشاهد أن يشهد بالألف والقاضي يحكم بالقدر الذي جُعِلَ له الحكم فيه وذكره نصا (وعند أبي الخطاب يَجُوزُ) لأن مَالِكَ الشَيءِ مَالِكٌ لِبَعْضِهِ فَمَنْ شَهِدَ بِأَلْفٍ فَقَدْ شَهِدَ بِخَمْسِمِائَةٍ. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 207

(10/279)

فائدة: إذا شهد اثنان في محفل على واحد منهم أنه طلق أو أعتق قبل وكذا لو شهدا على خطيب أنه قال أو فَعَلَ على المنبر في الخطبة شيئا لم يشهد به غيرهما مَعَ المشاركة في سمع وبصر ذكره في «المغني» وغيره ولا يعارضه قولهم إذا انفرد واحدٌ فيما تتوفَّر الدَّواعي على نقله مَعَ مشاركة خلق كثير رُدَّ. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 207

بَابُ شُرُوطٍ مِنْ تُقْبَلُ شَهَادَتِهِ (وهي ستة) على المذهب (أحدها: البلوغ) لأن غير البالغ كالصبي (فلا تقبل شهادته الصبيان على المشهور في المذهب) وصححه القاضي والسامري لقوله تعالى: {واستشهدوا شهيدين من رجالكم} (البقرة: 282) ولا شك أن الصبي ليس مِنْ رَجَالًا وليس ممن يرضى: وقد أخبر الله تعالى أن الشاهد الكاتم شهادته أثم والصبي ليس باثم فدل على أنه ليس بشاهدٍ ورواهُ سَعِيدٌ بإسنادٍ جيِّدٍ عن ابن عباسٍ ولأنه لا تحصل الثقة بقوله لعدم خوفه من مآثم الكذب ولأن من لا يقبل قوله على نفسه في الإقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون (وعنه: تقبل ممن هو في حال أهل العدالة) لأنه يمكنه ضبط ما يشهد به فقبلت كالبالغ.

واستثنى ابن حامدٍ منها الحدود والقصاص فلا تقبل شهادته فيها احتياطا وهل يكتفى بالعقل فقط - كما نص عليه في رواية حنبل - أو لا بد من بلوغ عشر سنين وهو ظاهر نصّه في رواية أبيه إبراهيم وقاله في «الكافي» و «المغني» على قولين.

(10/280)

وعنه من المميز وقيل على مثله (وعنه: لا تقبل إلا في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها) رَوَاهُ سَعِيدٌ ثنا هشيم عن مغيرة عن إبراهيم قال: كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم ولأن الظاهر صدقهم وضبطهم فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم لأنه يحتمل أن يلقنوا وحكاهُ ابن الحاجب إجماع أهل المدينة وعنه تقبل في الجراح والقتل خاصة إذا

أدّاها أو اشهدَ على شهادته قبل التفرّق عن تلك الحال ولا يلتفت الى رجوعهم بعد ذلك. ورآد ابن عقيل في «التذكرة» إذا وجد ذلك في الصحراء (الثاني العقل) وهو نوع من العلوم الضرورية وهو فطنة والعقل من عرف الواجب عقلاً الضروري وغيره والممكن والممتنع وما يضره وينفعه غالباً لأن من لا عقل له لا يمكنه تحمل الشهادة ولا أدائها لأنه لا يعقل ذلك إلا بضبط الشهادة (فلا تقبل شهادة معتوه ولا مجنون) ولاسكران. وذكر ابن المنذر الإجماع على أن شهادة من ليس بعقل لا تقبل إذ لا تحصل الثقة بقوله ولا يحصل له علم بما يشهد به (إلا من يخنق في الأحيان إذا شهد في إفاقته) وذكره في «المحرر» و«الوجيز» لأنها شهادة من عاقل أشبه من لم يخنق ولا بُدَّ وأن يكون قد تحملها في حال إفاقته لأن تحمله في جنونه لا يصح لعدم الضبط.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 213

وفي «المستوعب» من يصرع في الشهر مرّةً أو مرتين فقبل تقبل في حال إفاقته وقدم هذا في «الرعاية» وتم ذكر ما في «المقنع» قولاً (الثالث: الكلام) لأن الشهادة يعتبر فيها التيقن وذلك مفقود مع فقد الكلام (فلا تقبل شهادة الأخرس) نص عليه واختاره معظم الأصحاب لأنها محتملة والشهادة يعتبر فيها اليقين فلم تقبل كإشارة الناطق وإنما قبلت الإشارة في أحكامه المختصة به للضرورة وهي معدومة هنا.

(10/281)

ليقال إنه عليه السلام حين أشار إلى أصحابه أن يجلسوا فامثلوا ذلك لأن الشهادة تفارق ذلك لأنه اكتفي بها منه مع كونه ناطقاً (ويحتمل أن يقبل فيما طريقه الرؤية إذا فهمت إشارته) هذا وجه وقد أوما إليه الإمام لأن اليقين حاصل في التحمل وإشارة المودي العاجز عن النطق كمنطقه وفارق ما طريقه السماع من حيث أن الأخرس غالباً يكون أصم فيقع الخلل في التحمل. فلو تحملها وأدّاها بخطه فقد توقف أحمد فيها واختار أبو بكر أنها لا تقبل واختار في «المحرر» عكسها (الرابع الإسلام) وهو إجماع في الجملة ونقله عن أحمد نحو عشرين نفساً (فلا تقبل شهادة كافر) على مسلم ولا كافر لأنه ليس من رجالنا ولا هو مرضي (إلا أهل الكتاب) وهم اليهود والنصارى ومن يؤاقتهم في الدين (في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم) في أصح الروايتين، ونصره المؤلف فشهادتهم في السفر بموت مسلم أو كافر جائزة.

قال تعالى: {يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم} الآيات (المائدة: 106) نزلت في تميم الداري، وعدي بن زيد شهدا بوصية سهمي رواه البخاري من حديث ابن عباس وقضى به أبو موسى الأشعري وأخبر أنه كان في عهد النبي رواه أبو داود ورجاله ثقات قال ابن عمر: آخر سورة نزلت المائدة رواه الترمذي وقال حسن غريب.

قالت عائشة ما وجدتم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرّموه رواه أحمد. وقضى ابن مسعود بذلك في زمن عثمان رواه أبو عبيد. قال ابن المنذر وبهذا قال أكابر الماضين. وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم لا يصح لأن جماعة منهم ابن

مسعود و ابن عباسٍ قالو من غير ملتكم ودينكم ولأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهما.

(10/282)

وَلَا يَصِحُّ حَمْلُهَا عَلَى التَّحْمَلِ لِأَنَّهُ لَا أَمَانَ فِيهِ وَحَمْلُهَا عَلَى الْيَمِينِ غَيْرٌ مَقْبُولٌ. لقوله تعالى: {ولا نكتم شهادة الله} (المائدة: 106) ولأنه عطف على ذوي العدل من المؤمنين وهما شاهدان قال أحمد أهل المدينة ليس عندهم حديث أبي موسى وبشرطه أن يكونوا من أهل الكتاب كما ذكره وهُوَ الَّذِي فِي «الكافي» و «المستوعب» و «الوجيز» وقدم في «الرعاية» أنه لا يشترط وفي «المحرر» روايتان من غير ترجيح.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 213
و «أو» في قوله تعالى: {أوآخران} (5:601) ليست للتخيير والمعنى: إن لم تجدوا هذا وقيل: والمعنى بلى (وحضر الموصي الموت فتقبل شهادتهم) لما سبق (ويحلفهم الحاكم) وجوبا وقيل ندبا (بعد العصر) لخبر أبي موسى قال ابن قتيبة لأنه وقت تعظمة أهل الأديان (لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله وإنها لو صيَّه الرجل) لما روى الشعبي أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة برقوقاً هذه ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته فأشهد رجلين من أهل الكتاب فقدمَا الكوفة فأتيا أبا موسى الأشعري فأخبراهُ وقدمَا بتركة ووصية فأحلفهما بعد العصر ما خانا ولا كتما ولا كذبا ولا بدلاً ولا غيراً وإنها لو صيَّه الرجل وتركته فأمضى شهادتهما رواه الدارقطني (فإن عثر) أي فإن اطلع (على أنهما استحقا إثما) فعلاً ما أوجب إثماً واستوجباً أن يقال: إنهما لمن الأثمين (قام آخران) أي شاهدان آخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم أي - الأثم - (من أولياء الموصي). ومعناه من الذين جني عليهم وهم أهل الميت وعشيرته.

وفي قصة بديل أنه لما ظهرت خيانة الرجلين حلف رجلان من ورثته أنه أناة صاحبهما وأن شهادتهما أحق من شهادتهما (فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما ولقد خانا وكتما) أي ليميننا أحق بالصواب من يمين هذين الخائنين (ويقضي لهم) لما سلف (وعنه تقبل شهادة بعضهم على بعض) نقلها حنبل .

(10/283)

لما روى جابر أن النبي أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض رواه ابن ماجة وكالمسلمين (والمذهب الأول) لما ذكرنا من الأدلة، ولأن من لا تقبل شهادته على غير أهل دينه لا تقبل على أهل دينه كالحربي والخير مردود بضعفه فإنه من رواية مجالد ولو سَلَّم فيحتمل أنه أراد اليمين لأنها تسمى شهادة. لقوله تعالى: {فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله} (42: 6). وعلى الثانية أجازها البرمكي في صورة خاصة للحاجة وهي شهادة البنين بعضهم على بعض إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه. وعليها تعتبر عدالتهم مع بقية الشروط فيها. واختلفوا فمنهم من قال الكفر ملة واحدة والأشهر لا (الخامس: أن يكون ممن

يحفظ) لأن من لا يحفظ لا تحصل الثقة بقوله ولا يغلب على الظن صدقه (فلا تقبل شهادة مغفل) - بفتح الفاء اسم مفعول من أغفل - (ولا معروف بكثرة الغلط والنسيان)، جزم به في «الوجيز» وغيره لأن الثقة لا تحصل بقوله لاحتمال أن تكون شهادته مما غلط فيها ونسي ولأنه ربما شهد على غير من استشهد عليه أو بغير ما شهد به أو لغير من أشهده وفي «المحرر» و «الفروع» وسهو لما سبق.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 213
وفي «الترغيب» الصحيح إلا في أمرٍ جلي يكشفه الحاكم ويراجعه حتى يعلم بيئته وأنه لا سهو ولا غلط فيه.
ومقتضاه: أنها تقبل ممن يقل منه ذلك لأن أحدا لا يسلم من الغلط والنسيان.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 213

فصل
(السادس، العدالة) قال في «المستوعب» لا يختلف المذهب أنه يشترط فيمن يجوز الحكم بشهادته خمسة شروط العقل والإسلام والعدالة وانتفاء التهمة والعلم بما يشهد به.
قال الله تعالى {يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا} (الحجرات: 6) وقرىء بالمثلثة ولأن غير العدل لا يؤمن منه أن يتحامل على غيره فيشهد عليه بغير حق.

(10/284)

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه». ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت. والقانع الذي ينفق عليه أهل البيت رواه أحمد و أبو داود وإسناده جيد وفيه سليمان بن موسى الأشدق وزاد أبو داود: «وزان وزانية» روى نحوه جماعة من حديث عائشة منهم الترمذي وقال: لا يصح عندنا من قبل إسناده (وهو استواء أحواله في دينه واعتدال أقواله وأفعاله) العدالة - في اللغة - عبارة عن الاستواء والاستقامة لأن العدل ضد الجور، والجور الميل فالعدل الاستواء في الأحوال كلها (وقيل العدل من لم تظهر منه ريبة) وقد تقدم ذلك في باب طريق الحكم وصفته (ويعتبر لها شيئان الصلاح في الدين وهو أداء الفرائض)، بشروطها زاد في «المستوعب» وغيره بسننها.

وذكر القاضي و السامري و المجد والسنة الراتبة وأوماً إليه. لقوله فيمن يواطىء على ترك سنن الصلاة رجل سوء.
ونقل أبو طالب: والوتر سنة سنّها رسول الله فمن ترك سنة من سننه فهو رجل سوء وأثمه القاضي .

قال في «الفروع» ومراؤه أنه لا يسلم من ترك فرض وإلا فلا يَأْتُم بسنة (واجتناب المحارم) لأن من أدى الفرائض واجتنب المحارم عُدَّ صالحاً عرفاً فكذا شرعاً (وهو) أي اجتناب المحارم (أن لا يرتكب كبيرة، ولا يُدْمِن على صغيرة) على المذهب لأن اعتبار كل المحارم يؤدي إلى ألا تقبل شهادة أحد لأنه لا يخلو من ذنب ما.

لقوله تعالى: {والذين يجتنبون كبائر الإثم والفواحش إلا اللمم} (النجم: 23) مدحهم لاجتنابهم ما ذكر وإن كان وجد منهم صغيرة.

ولقوله عليه السلام: «إن تغفر اللهم تغفر جمًّا، وأي عبدٍ لك لا أَلَمَّا» أي لم يلمّ.

(10/285)

وقد أمر الله تعالى أن لا تقبل شهادة القاذف وهو كبيرة فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ولأن من لم يرتكب الكبيرة وأدمن على الصغيرة لا يعد مجتنباً للمحارم وفي «الكافي»: إن الاعتبار في الصغائر بالأغلب لأن الحكم له. لقوله تعالى: {فمن ثقلت موازينه فأولئك هم المفلحون} (الأعراف: 8) وقيل ولا تكثّر منه صغيرة وقيل ثلاثا وفي الخبر الذي رواه الترمذي: «لا صغيرة مع إصرار ولا كبيرة مع استغفار».

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 219
والكبيره نصّ أحمد أن ما فيه حد في الدنيا كالشرك بالله وقتل النفس الحرام أو وعيد في الآخرة كأكل الربا.

وعنه فيمن أكل الربا أن أكثر لا يُصلى خلفه قال القاضي وابن عقيل فاعتبر الكثرة وعقوق الوالدين المسلمين.

والصغيرة كنظرٍ محرّم واستماع كلام الأجنبية لغير ضرورة والنبز باللقب والتجسس.

وفي «الفصول» و «الغيبة» و «المستوعب» الغيبة والنميمة من الصغائر وعكسه في «الرعاية» وغيرها. والكذب من الصغائر.

وعنه ترد بكذبة وهو ظاهر «المغني» اختاره الشيخ تقي الدين كشهادة الزور وكذب على النبي ورمي فتن ونحوه.

ويجب أن تخلص به مسلم من القتل وبياح لإصلاح وحربٍ وزوجة.

وقال ابن الجوزي وكل مقصود محمود لا يتوصل إليه إلا به وهو التورية في ظاهر نقل حنبل وفي «معتمد القاضي»: معنى الكبيرة أن عقابها أعظم والصغيرة أقل ولا يعلمان إلا بتوقيف.

وقال ابن حامد: إن تكررت الصغائر من نوع أو أنواع، فظاهر المذهب تجتمع وتكون كبيرة وفي كلام بعض الأصحاب ما يخالفه.

قال أحمد لا تجوز شهادة قاطع الرحم ومن لا يؤدي زكاة ماله وإذا أخرج في طريق المسلمين الأسطوانة ولا يكون ابنه عدلاً إذا ورث أباه حتى يرد ما أخذ من طريق المسلمين (وقيل أن لا يظهر منه إلا الخير) لأن ما تقدم ذكره في نفس الأمر فيه مشقة وخرج منتفياً شرعاً.

(10/286)

وفي «الرعاية» وهي فعل ما يجب ويستحب ترك ما يحرم ويكره ومجانبة الريب والتهم وملازمة المروءة (وتقبل شهادة فاسقٍ) لما تقدّم سواء كان فسقه من جهة الأفعال أو الاعتقاد.

أما من جهة الأفعال كالزنى والقتل ونحوها فلا خلاف في رد شهادته.

وأما من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فوجب ردُّ الشهادة لعموم النصوص.

قال أحمد ما تعجبنى شهادة الجهميّة والرافضة والقدرية المغالبة.

وذكر السامري و ابن حمدان وغيرهما أنه لا تقبل شهادة من فسق بدعة أو كفر بها كالقائلين بخلق القرآن وينفي القدر والمشبهة والمجسمة والجهمية واللفظية والواقفية.

وذكر ابن البنا في تكفير من سب الصحابة والسلف من الرافضة ومن سب عليا من الخوارج خلافا والذي ذكره القاضي عدم التكفير.

وفي «الرعاية» في تكفير من قال: إن الله لم يخلق المعاصي وتكفير الخوارج والواقفية وتكفير من حكمنا بكفره روايتان.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 219

ومن قلد في خلق القرآن ونفي الرؤية ونحوها فسق اختاره الأكثر وظاهر كلامه أنه يكفر كمجتهدهم الداعية.

وعنه فيه لا اختاره المؤلف في رسالته إلى صاحب التلخيص لقول أحمد للمعتصم يأمر المؤمنين ويتخرج على قبول شهادة أهل الذمة قبول شهادة الفاسق من جهة الاعتقاد المتدين به إذا لم يتدين بالشهادة لموافقة على مخالفه) قاله أبو الخطاب كخطابية لأنه أحسن حالا من الكافر، فإذا قبلت شهادته كان قبول قول الفاسق من جهة الاعتقاد المتدين به أولى.

وعنه جواز الرواية عن القدري إذا لم يكن داعية فكذا الشهادة.

(10/287)

وَجَوَابُهُ أَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْفَسْقِ أَشْبَهَ الْآخَرَ (وَأَمَّا مَنْ فَعَلَ شَيْئًا مِنَ الْفُرُوعِ الْمَخْتَلَفِ فِيهَا) بَيْنَ الْأُئِمَّةِ خِلَافًا شَائِعًا ذَكَرَهُ فِي «الْمُسْتَوْعِبِ» وَ «الرَّعَايَةِ» (فَتَزُوجُ بِغَيْرِ وُلِيِّ أَوْ شَرِبَ مِنَ النَّبِيذِ مَا لَا يَسْكُرُهُ أَوْ آخَرَ الْحَجِّ الْوَاجِبِ مَعَ إِمْكَانِهِ وَنَحْوِهِ) كَمَا لَوْ آخَرَ الزَّكَاةَ مَعَ إِمْكَانِهِ (مَتَأَوَّلًا) أَوْ مَقْلَدًا كَتَاوُلٍ (فَلَا تَرُدُّ شَهَادَتَهُ) قَدَّمَ السَّامِرِيُّ وَابْنُ حَمْدَانَ وَجِزَمَ بِهِ فِي «الْمَحْرَرِ» وَ «الْوَجِيزِ» لِأَنَّ الْإِخْتِلَافَ فِي الْفُرُوعِ رَحْمَةً لِلْعِبَادِ وَالتَّأْوِيلَ فِيهَا سَائِعٌ جَائِزٌ بِدَلِيلِ إِخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ وَمَنْ بَعَدَهُمْ وَلَمْ يَعْصِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَلَمْ يَفْسُقْ لَهُ فَعَلَ مَا لَمْ يَفْعَلْهُ أَشْبَهَ الْمُتَّفِقَ عَلَيْهِ وَعَنْهُ يَفْسُقُ مَتَأَوَّلٌ لَمْ يَسْكُرْ مِنْ نَبِيذٍ خَتَّارَهُ فِي «الْإِرْشَادِ» وَ «الْمَبْهَجِ» كَجَدِهِ لِأَنَّهُ يَدْعُو إِلَى الْمَجْمَعِ عَلَيْهِ وَلِلْسُنَّةِ الْمُسْتَفِيضَةِ.

وعنه أجز شهادته ولا أصلي خلقه ونقل حنبل: المسكر خمر وليس يقوم مقام الخمرة بعينها فإن شربها مستحلاً قتل وإن لم يجاهر ولم يعلن ولم يستحلها حُدَّ وهو الأشهر فيه.

وعنه إن آخر الحج مع قدرته عليه فسق وحملها القاضي على اعتقاد تحريم التأخير.

فأما إن اعتقد الجواز فلا صحته في «الرعاية» وكذا حملها في «الشرح».

ثم قال وقيل ترد ثم استدل بقول عمر ما هم مسلمين (وإن فعله معتقدا تحريمه ردت شهادته) نص عليه زاد في «الشرح» إذا تكرّر لأنه فعل ما يعتقد تحريمه أشبه فعل المحرم إجماعاً (ويحتمل ألا ترد) كالمتفق على حله ولأن لفعله مسأغاً في الجملة.

وفي «الإرشاد» إلا أن يجيز ربا الفضل أو يرى الماء من الماء لتحريمها الآن وذكرهما الشيخ تقي الدين ما خالف النص من جنس ما ينقص فيه حكم الحاكم.

وفي «التبصرة»: فيمن تزوج بلا ولي أو أكل متروك التسمية أو تزوج بنته من

الزنى أو أم من زنى بها احتمال أن ترد. تنبيه: من أخذ بالرخص فسق نص عليه
وذكره ابن عبد البر إجماعاً.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 219

(10/288)

وقال الشيخ تقي الدين كرهه العلماء. وذكر القاضي غير متأول ولا مقلدٍ
ويتوجه تخريج ممن ترك ركناً أو شرطاً فيه لا يعيد في رواية ويتوجه تقيده
بمذهب معين وامتناع انتقاله عنه إلى غيره في مسألة، ففيها وجهان وعدمه
أشهر.
ومن أوجب تقليد إمام بعينه استتيب فإن تاب وإلا قتل قاله الشيخ تقي الدين .
قال واختلف في دخول الفقهاء في أهل الأهواء، فأدخلهم القاضي وأخرجهم
ابن عقيل . (الثاني استعمال المروءة) وهي - بالهمز بوزن سهولة - الإنسانية
قال الجوهرى ولك أن تشدد (وهو فعل ما يجمله ويزينه وترك ما يندسه
ويُشينه) عادةً لأن من فقدَهَا فقد اتصفَ بالدناءة والسقاطة وكلامه لا تحصل
الثقة به (فلا تقبل شهادة المصافع). قال الجوهرى الصفع كلمة مولدة
فالمصافع إذن من يصفع غيره ويمكن غيره من قفاه فيصفعه (والمتمسخر
والمغني والرقاص) أي كثير الرقص لأن ذلك سخف ودناءة فمن رضيه لنفسه
واستحسنه فليست له مروءة ولا تحصل الثقة بقوله.
وحاصله: إن كلام المؤلف مشعر بأن شهادة من ذكر لا تقبل لعدم المروءة.
قال ابن المنجا وفيه نظر وهو أن المتصف بخصلة مما ذكر ينبغي أن ينظر فيما
اتصف به فإن كان محرماً كان المانع من قبول شهادته كونه فاعلاً للمحرم، لا
يقال: فعل المحرم مرة لا يمنع من قبول شهادته لأن الكلام مفروض فيمن هو
متصف بذلك مستمر عليه مشهور به وذلك يقتضي المساومة عليه والمداومة
على الصغيرة كالكبيرة في رد الشهادة وإن كان ما اتصف به غير محرّم كان
المانع من قبول شهادته كونه فعل دناءة وسفها وذلك من فقد المروءة.

(10/289)

فقوله: «لا تقبل شهادة المصافع إلى آخره» ففعل كل واحد منها دناءة وسفاهة
من غير تحريم لأنها من الشرع ولم يرد ويلتحق بما ذكره المؤلف حكاية ما
يضحك به الناس ونارنجيات وتعريته وبوله في شارع وكشف رأسه أو بطنه أو
صدره أو ظهره في موضع لم تجر العادة بكشفه فيه وتحريش البهائم
والجوارح للصيد ودوام اللعب والمعالجة بشيل الأحجار والخشب الثقيل.
وماعدّه الناس سفها كمتزي بزي يسخر منه تنبيه: يكره غناء قاله الخلال
وصاحبه واختاره القاضي . لحديث عائشة وعندني جارتان يغنيان الخبر.
وقال عمر الغناء زاد الراكب وقال جماعة منهم صاحب «المغنى» هو حرام.
قال في «الترغيب» اختاره الأكثر. لقوله تعال: {واجتنبوا قول الزور} (الحج:
30).

قال ابن الحنفية هو الغناء وقال ابن مسعود وابن عباس في قوله تعالى:
{ومن الناس من يشتري لهو الحديث} هو الغناء. وعن أبي أمامة مرفوعاً:

«أنه نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن» رواه الترمذي .

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 219

فعلى هذا ترد شهادته لفعله المحرم. وعلى الأول فعله دناءة وسفه.

وقال أحمد يبيع الوصي جارية الطفل على أنها غير مُغنية.

قال أحمد أيضا: الغناء ينبت النفاق في القلب لا يعجيني.

وذكر في «الشفاء» الإجماع على كفر من استحله وفي «المستوعب» و

«الترغيب» وغيرهما يحرم مع آله بلا خلاف بيننا.

وكذا قالوا هُم و ابن عقيل : إن استماعه من النساء الأجانب يحرم قولاً واحداً

وإن داومته أو اتخذها غلاماً أو جارية يجمع عليهما ردت شهادته مطلقاً مسائل

الأولى: يحرم مزار وطنبور ونحوهما لا نص عليه فمن أدام استعمالها ردت

شهادته وكذا عود وجنك لأنها تطرب وتفعل في طباع غالب الناس ما تفعله

المسكرات.

وقال عليه السلام: «ليكونن من أمتي أناس يستحلون الخمر والمعازف»

مختصراً من البخاري .

(10/290)

والمعازف الملاهي قاله الجوهرِيُّ وغيره وقال بعض العلماء المزار مباح لحديث نافع عن ابن عمر.

وجوابه: الفرق بين السماع والإستماع بدليل سجدة التلاوة والمحرم إنما هو الاستماع، مع أن أبا داود قال الحديث منكر.

وحاصله أنه يحرم استماع صوت كل ملهاة مع غناء وغيره في سرور وغيره

وكره أحمد الطبل قاله في «الرعاية» لغير حرب. الثانية الضرب بالقضيب

مكروه إذا انضم إليه تصفيق ورقص وإن خلا عن ذلك لم يكره لأنه ليس باله

لهو ولا يطرب ولا يسمع منفرداً أذكره في «الشرح» و «الرعاية» و التغيير

يتبع الغناء الذي معه إن حرم حرم، وإن كره كره، وقيل يحرم مطلقاً.

قال أحمد أكره التغيير لأنه يلذ ويطرب وقال لا يسمع التغيير فليل هو بدعة

فقال حسبك.

وفي «الكافي» من أدمن على شيء من ذلك ردت شهادته لأنه إما معصية

وإما دناءة الثالثة يباح الدف لأنه لو كان محرماً لما أباحت النبي في العرس

ذكره السامري ولم يفرق وذكر أصحابنا وغيرهم أنه مكروه في غير النكاح

روي عن عمر ذكره في «الشرح» قيل: والختان. وقيل: وسرور حادث غيرهما

لكن إن ضرب به الرجال تشبيهاً بالنساء كره ذلك ذكره في «الكافي» و

«الشرح» و «الرعاية» الرابعة الحداء بضم الحاء وقيل بكسرهما لا بأس به

ولذلك ينشد الأعراب وقيل هو كالغناء الخامسة: قال الشافعي رضي الله عنه

الشعر كالكلام حسنه كحسنه وقبيحة كقبيحة.

قال أحمد في رواية ابن منصور ما يكره منه؟ قال الهجاء والرقيق الذي يشب

بالنساء. وأما الكلام الجاهلي فما أنفعه.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 219

وسأله عن الخبر: «لأن يمتلىء جوف أحدكم قبحاً خيراً من أن يمتلىء شعراً»

فتلكاً فذكر له قول النضر لم تمتلىء أجوافنا. لأن فيها القرآن وغيره وهكذا

كان في الجاهلية فأما اليوم فلا فقال ما أحسن ما قال واختار جماعة قول أبي عبيد أن يغلب عليه.

(10/291)

قال في «الفروع»: وَهُوَ أَظْهَرُ وَإِنْ أَفْرَطَ شَاعِرٌ بِالْمَدْحَةِ بِإِعْطَائِهِ وَعَكْسَهُ بِعَكْسِهِ أَوْ شَبَّ بِمَدْحِ خَمْرٍ أَوْ بِأَمْرٍ فَسُقِ لَا أَنْ شَبَّ بِأَمْرَاتِهِ أَوْ أُمَّتِهِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي .

السادسة: تَكَرَّرَ قِرَاءَةُ الْأَلْحَانِ قَالَهُ أَحْمَدُ وَقَالَ: بَدْعَةٌ لَا تَسْمَعُ كُلَّ شَيْءٍ مَحْدَثٍ لَا يَعْجِبُنِي إِلَّا أَنْ يَكُونَ طَبِيعَ الرَّجُلِ كَأَبِي مُوسَى وَنَقَلَ جَمْعٌ أَوْ يَحْسِنُهُ بِلَا تَكْلَفٍ .

وقال جماعة إن غيرت النظم حرمت وإلا فوجهان في الكراهة وفي «الوسيلة»: يحرم نص عليه.

وعنه يكره وقيل لا يفرق (واللاعب بالشطرنج) وهو محرم في قول علي قال: وهو ميسر العجم و أبي موسى و أبي سعيد وابن عمر وقال هو شر من النرد قال مالك بلغنا أن ابن عباس ولية مال يتيم وهو فيها فأحرقها ومّر علي على قوم يلعبون به فقال: ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون؟ رواه البيهقي وقال هو الأشبه بمذهب الشافعي .

وقال مالك قال الله تعالى: {فماذا بعد الحق إلا الضلال} (يونس: 32) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال ولا نسلم على لاعب به نص عليه فأما إن كان بعوض أو ترك واجب أو فعل محرم فهو محرم إجماعاً (والنرد) هو محرّم وإن خلا عن قمار لما روى بريدة مرفوعاً قال: «من لعب بالنرد شير فكانما صيغ يده في لحم خنزير ودمه» رواه مسلم والنرد اسم أعجمي معرب وشير بمعنى حلو.

وروى أبو موسى مرفوعاً: «من لعب بالنرد فقد عصى الله ورَسُولُهُ» رواه مالك و أحمد وغيرهما.

قال أحمد النرد أشد من الشطرنج قال الأصحاب إنما شدد فيه لأنه لا يسوغ فيه الاجتهاد. فائدة: ذكر ابن عقيل أن حكم اللعب بالأربعة عشر والصدر. وهو حفر تجعل في الأرض والكعب حكم النرد.

وعن أبي موسى مرفوعاً: «من لعب بالكعب فقد عصى الله ورسوله» رواه أحمد . ولأنه من الميسر والحمام أي اللاعب بها فإن قصد المراهنة وأخذ حمام غيره حرم وإن كان عبثاً ولها وهو دناءة وسفه. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 219

(10/292)

قال أحمد من لعب بالحمام الطيارة يراهن عليها أو يسرحها من المواضع لعب، لم يكن عدلاً لأن النبي رأى رجلاً سرح حماماً، ثم أتبعه بصره فقال: «شيطان يتبع شيطاناً». فأما إن قصد بتعليمها حمل الكتب بما تدعو الحاجة إليه أو استفراخها أو للأنس بأصواتها جاز (والذي يتغذى في السوق) والناس يرونه وألحق به في «الغنية» أكله على الطريق فأما إن أكل كسرةً ونحوها لم يضر

(ويمدُّ رجله في مجمع الناس) وكذا نومه بين جالسين وخروجه عن مستوى الجلوس بلا عذر وكذا طفيلي بغير خلاف نعلمه (ويحدّث بمباضعة أهله وأمه) ومخاطبتهما بخطاب فاحش بين الناس (ويدخل الحمام بغير منزر) أي يكشف عورته في حمام وغيره لأن فعل ذلك حرامٌ لأن فيه كشفا لعورته المأمور بسترها (ونحو ذلك) كمن بني حماما للنساء نقله ابن الحكم (فأما الشين في الصناعة كالحجام والحائك والنخال الذي يغربل في الطريق على فلوس وغيرها) (والنقاط) الذي يلعب بالنفط مثل لبان وتمر (والقمام) الكناس يقال: قم البيت إذا كنسَهُ (والزبال) وهو الذي صناعته الزبل كنسا وجمعا ونقلًا (والمشعوذ) قال ابن فارس ليست في كلام أهل البادية وهو خفة في اليدين كالسحر (والدباغ والحارس) والحداد والصباغ (والقراد) الذي يلعب بالقرد ويطوف به الأسواق وغيرها مكتسبا به والكباش الذي يلعب بالكباش ويناطح بها وهو من أفعال السفهاء والسفلة (فهل تقبل شهادتهم إذا حسنت طريقتهم على وجهين) أصحهما تقبلُ زادَ في «المحرّر» و «الوجيز» لا مستور الحال منهم وإن قبلناه من غيرهم لأن بالناس حاجة إليهم، فبرد شهادة فاعله يمنع من تعاطيه فيؤدي إلى ضررٍ عظيم بالخلق وذلك منتفٍ شرعا. والثاني: تعاطي ذلك يتجنبه أهل المروءات.

وفي «الكافي» و «الشرح» أن الأولى قبول شهادة الحائك والحارس والدباغ لأنه تولى ذلك كثير من الصالحين وأهل المروءات واختارهُ في «الترغيب» قال: ترد ببلد يُستزرى بهم فيه.

(10/293)

وفي «الفنون» وكذا خياط وهو غريبٌ.
 فرع: الصيرفي ونحوه إن لم يتق الربا ردت شهادته ذكره المؤلف.
 قال أحمد: أكره الصرف ويكره كسب من صنعته دنية والمراد مع إمكان أصلح منها ومن يباشر النجاسة كجزار ذكره جماعة لأنه يوجب قساوة قلبه وفاصد ومُرَبِّين وجرائحي.
 قال بعضهم: وبيطار وظاهر «المغني» لا يكره كسب فاصدٍ أفضل المَعَايش التجارة قاله بعضهم.
 وقال الآرجي: الزراعة واختار في «الفروع» الصنعة باليد وفي «الرعاية» أفضل الصنائع الخياطة.
 رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 219
 ونقل ابن هانئ أنه سُئل عنها وعن عمل الخوص أيهما أفضل؟ قال: كلما نصح فيه فهو حسن وكان إدريس خياطا وكذا لقمان ويستحب الغرس والحرت واتخاذ الغنم.
 قال المروذي: حثني أبو عبد الله على لزوم الصنعة وكان زكريا نجارا متفق عليه.
 رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 219
 فصل

(ومتى زالت الموانع منهم فبلغ الصبي وعقل المجنون وأسلم الكافر وتاب الفاسق قبلت شهادتهم بمجرد ذلك) لأن المقتضي موجود وإنما ردت لمانع وقد زال ولا يشترط الإقرار به وذكر القاضي أن الإقرار به أولى إذا كان معصية

مشهورة وشرطها ندم وإقلاع وعزم على ألا يعود وإن يكون ذلك خالصا لوجهه تعالى فإن تاب من حق آدمي لم تقبل شهادته حتى يبرئه منه أو يؤخره برضاه أو ينوي رده إذا قدر وقيل يسقط بالتوبة ويعوض الله المظلوم بما شاء فتقبل إذن وإن كان من حق لله كزكاة وصلاة، فلا بد من فعله سريعا بحسب طاقته ويعتبر رد مظلمة أو يستحلّه أو يستمهله معشر (ولا يعتبر إصلاح العمل) نصره في «الشرح» وقدمه في «المحرر» و «الفروع» لقوله عليه السلام: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» ولأن شهادة الكافر تقبل بمجرد الإسلام فلأن تقبل شهادة الفاسق بمجرد التوبة بطريق الأولى.

(10/294)

ولقول عمر رضي الله عنه ل أبي ذر «تب أقبل شهادتك» ولحصول المغفرة بها (وعنه يعتبر في التائب إصلاح العمل سنة) لقوله تعالى: {إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا} فهي عن قبول الشهادة ثم استثنى التائب المصلح ولأن عمر لما أمر بضرب ضبيع وأمر بهجرانه حتى بلغه توبته فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة، وقيل: إن فسق بفعل وإلا لم يعتبر فكره في «التبصرة» رواية. وعنه في مبتدع جزم به القاضي والحلواني وقيل يعتبر مضي مدة يعلم حاله فيها. وعنه: ومجانبة قرينة فيه. وفي كتاب ابن حامد أنه يجيء على قول بعض أصحابنا من شرط صحتها وجود أعمال صالحة لظاهر الآية: إلا من تاب. فرع: إذا علق توبته بشرط، فإنه غير تائب حالا ولا عند وجوده (ولا تقبل شهادة قاذف) أي تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه للآية والمراد بالقاذف المردود الشهادة وهو الذي لم يأت بما يحقق قذفه كالزوج يقذف زوجته ويتحقق عدمه بالبينة أو اللعان وكالأجنبي يقذف أجنبيته ويتحقق قذفه بالبينة فهذا لا ترد شهادته حتى يتوب فتقبل شهادته سواء حد أو لا جزم به الأصحاب وبه قال أكثرهم وكسائر الذنوب بل هذا أولى. ولقول عمر لأبي ذر إن ثبت قبلت شهادتك رواه أحمد وغيره. واحتجوا به مع اتفاق المسلمين على الرواية عن أبي بكر مع أن عمر لم يقبل شهادته لعدم توبته من ذلك ولم ينكر ذلك. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 233

(10/295)

قال في «الفروع» وهذا فيه نظر لأن الآية إن تناولته لم تقبل روايته لفسقه وإلا قبلت شهادته كروايته وجود المقتضي وانتفاء المانع (وتوبته أن يكذب نفسه) نص عليه جزم به في «المحرر» وقدمه في «الرعاية». لقوله عليه السلام في قوله تعالى: {إلا الذين تابوا} «توبته أن يكذب نفسه» ولكذبه حكما (وقيل إن علم صدق نفسه فتوبته أن يقول قد ندمت على ما قلت، ولا أعود إلى مثله وأنا تائب إلى الله تعالى منه) لأن المقصود يحصل بذلك ولأن الندم توبة للخبر وإنما اعتبر القول ليعلم تحقق الندم وقيل إن كان سبيا فالتوبة منه إكذاب نفسه وإن كان شهادة فبان يقول القذف حرام باطل ولن أعود إلى

ما قلت اختارُهُ وصاحب «الترغيب» .
قال القاضي هو المذهبُ لأنه قد يكون صادقاً فلا يؤمن بالكذب وهو قول
السامري إلا أنه قال يقول: ندمت على ما كان مني ولا أعودُ إلى ما أتهم فيه
ولا أعود إلى مثل ما كان مني لأن في ذلك ألا يشهد.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 233

فصل

(ولا تعتبر في الشهادة الحرية) نص عليه اختارُهُ ابن حامدٍ و أبو الخطاب و ابن
عقيلٍ و قدمته في «المحرر» و «الرعاية» .
قال أحمد : كان أنس يجيز شهادة العبد ليس شيء يدفعه ولأنه - تعالى - أمرَ
بإشهاد ذوي عدل منا ومن فقد الحرية فهو عدلٌ بدليل قبول روايته وفتياهُ ولأن
العبد عدلٌ بدليل قبول روايته وفتياهُ ولأن العبد عدلٌ غير متهم فقبلت شهادته
كالحُر (بل تجوز شهادة العبد في كل شيء) ذكر ابن هبيرة أنه المشهور وهو
ظاهرُ المذهب وقاله جماعة منهم أبو ثور ورواه الخلال بإسناده عن أنس وهو
إسناد جيدٌ ورواه أيضاً من رواية الحسن عن عليٍّ لعموم الآيات. ولحديث عتبة
بن الحارث في الرضاع. ولقوله: «يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله» .

(10/296)

وقد كان كثير من سلف هذه الأمة وعلمائها وصلحائها موالي ولم يحدث فيهم
بالإعتاق إلا الحرية وهي لا تحدث علماً ولا ديناً (إلا في الحدود والقصاص في
إحدى الروايتين) فإنها لا تقبل فيهما لما في شهادته من الخلاف إذ أكثر الفقهاء
- ونقله أبو طالبٍ - أنه يشترط لها الحرية وذلك شبهة والحدود والقصاص تدرأ
بالشبهة.

والثانية تقبل اختارها القاضي يعقوب وإليه ميل ابن عقيل في «التذكرة» فإنه
قال ليس عن أحمد منع في الحدود وذلك لما تقدم من العموم.
وظاهر رواية الميموني أنها تعتبر في حدٍ لا قصاص لأنه حق لأدمي مبني على
الشح والضيق بخلاف الأول فإنها مبنية على المساهلة والمسامحة وهو اختيارُ
الخرقي و أبي الفرج وصاحب «الروضة» .
وفي «الكافي» أنها لا تقبل في الحد وفي القود احتمالان.
فرع: متى تعيّن حرم منعه. ونقل المروزي من أجاز بشهادته لم يجز لسيدته
منعه من قيامها فلو عتق بمجلس الحكم فشهد حُرّم ردهُ.
قال في «المفردات»: «

فلو ردهُ مع ثبوت عدالته فسق والمكاتب والمدير، وأم الولد والمعتق بعضه
كالقن. (وتقبل شهادة الأمة فيما يجوز فيه شهادة النساء الأحرار لدخولها في
قوله تعالى: { فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان } (البقرة: 282) مع حديث
عتبة المتقدم ذكره (وتجوز شهادة الأصم علي ما يراه) لأنه فيما رآه كغيره
(وعلى المسموعات التي كانت قبل صممه) لأنه في ذلك كمن ليس به صمم
(وتجوز شهادة الأعمى في المسموعات إذا تيقن الصوت) أي صوت المشهود
عليه.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 236

(10/297)

والمراد بالجواز القبول فإذا حصل ذلك للأعمى وجب قبول شهادته كالبصير ولأنه يروى عن علي وابن عباس أنهما أجازا شهادة الأعمى ولا يعرف لهما مخالف في الصحابة لحصول العلم له بذلك كاستمتاعه بزوجه وهذا بخلاف ما طريقه الرؤية لأنه لا رؤية له (وبالإستفاضة) لأنه يعتمد القول وشهادته جائزة وقاله الشافعي وزاد: والترجمة وإذا أقر عند أذنه وبد الأعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حَصَرَ عند الحاكم فشهد عليه ولم يجرها في غير ذلك لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال لا تجوز على الأقوال كالصبي ولأن الأصوات تشبهه (وتجوز في المرئيات التي تحملها قبل العمى إذا عرف الفاعل باسمه ونسبه وَمَا يُمَيِّزُ بِهِ) لأن العمى فقد حَاسَةً لا يخل بالتكليف فلا يمنع قبول الشهادة كالصمم وَرَوَى الخلال في «جامعه» عن إسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن شهادة الأعمى فيما قد أعرفه قبل أن يعمى فقال جائز في كل ما ظنه نحو النسب ولا تجوز في الحدود.

وقال أبو حنيفة لا تقبل مُطلقاً وذكر أحمد أن أصحابه جوزوا ذلك ذكره الخلال (فإن لم يعرفه إلا بعينه فقال القاضي) وجزم به في «الوجيز» وهو المنصوص (تقبل شهادته أيضاً ويصفه للحاكم بما يتميز به) لعموم الأدلة وقال الشيخ تقي الدين . وكذا إن تعذر رؤية العين المشهود لها أو عليها أو بها لموت أو غيبة (ويحتمل) هذا وجهٌ (أن لا يجوز لأن هذا مما لا ينضبط غالباً) وعللة المؤلف هنا وفي «المحرر» و «الفروع» الوجهان من غير ترجيح وهما أيضاً فيما إذا عرفه بصوته (وإن شهد عند الحاكم ثم عمى) أو خرس أو جن، أو مات (قبلت شهادته) وهو قول أكثر العلماء والمراد به الحكم بها لأن المانع طراً بعد أداء الشهادة فلا يورث تهمةً في حال الشهادة فلم يمنع الحكم بها كما لو شهد ثم مات. وقال أبو حنيفة لا يقبل كما لو طرأ الفسق.

(10/298)

وفرق في «الشرح» بأن الفسق يورث تهمةً في حال الشهادة بخلاف غيره لكن لو حدث بعد الشهادة ما لا يجوز مَعَهُ شهادة لم يحكم بها لأن العادة أن الإنسان يستبطن الفسق ويظهر العداوة، فلا يأمن أن يكون فاسقاً حين أداء الشهادة فلم يجر الحكم بها مَعَ الشك إلا عداوة ابتدأها المشهود عليه بأن قذف البيّنة لأنها لا تمنع لأنها لو أبطلناها بهذا لتمكن كل مشهود عليه بإبطال شهادة الشاهد بقذفه وكذا المنازعة والمقاولة وقت غضبه ومحاكمته بدون عداوة ظاهرة سابقة.

قال في «الترغيب» ما لم يصل إلى حد العداوة أو الفسق.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 236

فإن حدث بعض ما يمنع الحكم بها بعد الحكم وقبل الاستيفاء فإن كان ذلك حداً لله لم يستوف لأن هذا شبهة وهو يدرأ بها وإن كان ما لا، استوفي لأن الحكم قد تم وإن كان قوداً أو حد قذف فوجهان (وشهادة ولد الزنى جائزة في الزنى وغيره) في قول أكثر العلماء لعموم الأدلة وأنه عدل مقبول الرواية والشهادة في غير الزنى فتقبل فيه كغيره وولد الزنى لم يفعل فعلاً قبيحاً يجب أن يكون

لَهُ نظير لأن الزاني لوتاب لقبلت شهادته وهو الذي فعل الفعل القبيح فإذا قبلت شهادته مَعَ ما ذكر، فغيره أولي.
قال ابن المنذر ومَا روي عن عثمان أنه قال: ودَّت الزانية أن النساء كلهن يزنين. لا أعلمه ثابتا عنه. وكيف يجوز أن يثبت عثمان كلاما بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره (وتقبل شهادة الإنسان على فعل نفسه كالمرضعة على الرضاع والقاسم على القسمة والحاكم على حكمه بعد العزل) ذكره الأصحاب لحديث عقبة في الرضاع والباقي بالقياس عليه.

(10/299)

وفي «المستوعب» تقبل شهادة القاسم على القسمة بعد فراغه إذا كان بغير عوض وسبقه إليه القاضي وأصحابه وجَزَمَ به في «المغني» (وتقبل شهادة البدوي على القروي والقروي على البدوي) جَزَمَ به في «الوجيز» وصححه جماعة (وعنه في شهادة البدوي على القروي أخشى أن لا تقبل فيحتمل وجهين).
أحدهما: لا تقبل وقاله جمع من أصحابنا وجزم به ابن هبيرة عن أحمد .
لما روى أبو داود و ابن ماجه بإسنادٍ جيِّدٍ عن أبي هريرة أن النبي قال: «لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية» ولما فيه من الجفاء في الدين.
والثاني: تقبل صحَّه في «المستوعب» و ابن المنجا لأن منقبلت شهادته على أهل البدو قبلت على أهل القرى دليله شهادة القروي على البدوي والحديث مَحْمُولٌ على أن شهادة البدوي لا تقبل للجهل بعدالته الباطنة. وَحَصَّهُ بهذا لأن الغالب أنه لا يكون من يسأله الحاكم عنه.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 236

بَابُ مَوَانِعِ الشَّهَادَةِ

الموانع جمع مانع وهو اسم فاعلٍ من منع الشيء إذا حال بينه وبين مقصوده فهذه الموانع تحول بين الشهادة ومقصودها فإن المقصود منها قبولها والحكم بها (ويمتَعُ قبول الشهادة خمسة أشياء) يأتي عَدَّهَا (أحدها: قرابة الولادة) وهي بمعنى لا تقبل لعمودي نسبه (فلا تقبل شهادة والد لولده وإن سفل) من قبيل البنين والبنات (ولا ولد لوالده وإن علا في أصح الروايات) نقله الجماعة عنه وسواء في ذلك الآباء والأمهات وأباؤهما وأمهاتهما وذكر الترمذي أنه قول أكثر أهل العلم.

(10/300)

لما روى الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي قال: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء» وفي إسناده يزيد بن زياد وهو ضعيف. قال الترمذي: لا يصح عندنا من قبل إسناده ورواه الخلال بنحوه من حديث عمر وأبي هريرة والظنين المتهم وكل منهما متهم في حق صاحبه لأنه يميل إليه بطبعه. بدليل قوله عليه السلام: «فاطمة بضعة مني يربيني ما أرابها» وسواء اتفق دينهما أو اختلف.

لكن قال القاضي وأصحابه والمؤلف وصاحب «الترغيب» لا من زنى ورضاع فإنها تقبل لعدم وجوب الاتفاق والصلة وعتق أحدهما على صاحبه والتبسط في المال (وعنه تقبل فيما لا يجر به نفعاً نحو أن يشهد أحدهما لصاحبه بعقد نكاح أو قذف) لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما يحصل للآخر فتنتفي التهمة عنه في شهادته.

قال في «الفروع» كشهادته له بمال وكل منهما غني لأنه لا تهمة في حقه لعدم وجوب النفقة (وعنه تقبل شهادة الولد لوالده) لدخوله في العموم (ولا تقبل شهادة الوالد لولده) لأن مال ابنه كماله للخبر فكانت شهادته لنفسه ونقل حنبل تقبل مطلقاً ذكرها في «المبهبج» و «الواضح» لأنهما عدلان فيدخلان فيه روي ذلك عن عمر وشريح وقاله عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزني وغيرهم. فرع: إذا شهدا على أبيهما بقذف ضرة أمهما وهي تحته أو طلاقها فاحتمالان في «المنتخب» (وتقبل شهادة بعضهم على بعض في أصح الروايتين)، لقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين} (النساء: 136) ولأن شهادة كل واحد منهما على الآخر لا تهمة فيها فشهادته عليه أبلغ في الصدق كشهادته على نفسه. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 242 والثانية: لا تقبل لأن من لم تقبل شهادته له لم تقبل عليه كغير العدل.

(10/301)

وقال ابن هبيرة: لا أرى شهادة الولد على والده في حدٍ ولا قصاص لتهامه في الميراث ومكاتب والديه وولده لهما ذكراً في «الرعاية الكبرى». فرع: إذا شهد لولده أو غيره ممن ترد شهادته له أو أجنبي بألف أو بحق آخر مشترك بطلت في الكل نص عليه. وذكر جماعة يصح في حق الأجنبي فقط ولا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه في إحدى الروايتين) نقلها الجماعة واختارها الأكثر وجزم بها ابن هبيرة وصاحب «الوجيز» لأنه ينتفع بشهادته لينبسط كل واحد في مال الآخر واتساعه بسعته وإضافة مال كل واحد إلى الآخر. لقوله تعالى: {وقرن في بيوتكن} (الأحزاب: 33) و {لا تدخلوا بيوت النبي} (الأحزاب: 53) ولأن يسار الرجل يزيد في نفقة امرأته ويسارها يزيد في قيمة بضعها المملوك لزوجها ولأن كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب فأوجب التهمة في شهادته.

وظاهر: ولو بعد الفراق، والأخرى: يجوز لأنها النكاح عقد على منفعة، فلا يتضمن رد الشهادة كالإجارة. وظاهره أن شهادة أحدهما على الآخر مقبول صريح به في «المستوعب» و «المحرر» وقيل في قبولها روايتان (ولا تقبل شهادة السيد لعبد) لا نعلم فيه خلافاً لأن مال العبد لسيدته له شهادة لنفسه. قال في «الشرح» لا تقبل شهادته لعبده بنكاح ولا لأمته بطلاق (ولا العبد لسيدته) لأنه ينبسط في ماله وتجب نفقته فهو كالأب مع ابنه زاد في «الرعاية الكبرى» بمال و (تقبل شهادة الأخ لأخيه) نص عليه وذكره الترمذي و ابن المنذر إجماعاً.

(10/302)

قال أحمد قد أجاز ابن الزبير شهادة الأخ لأخيه رواه الخلال ولأنه غير متهم فيدخل في العمومات ولا يصح قياسه على عمودي النسب لما بينهما من التفاوت (وسائر الأقارب) أي تقبل شهادة بعضهم لبعض كالأخ بل هذا أولى منه (والصديق) الملاطف (لصديقه) وهو قول عامتهم وهو الأشهر قاله في «الرعاية» ورده ابن عقيل بصداقة وكيدة. وعاشق لمعشوقة لأن العشق يطيش (والمولى لعتيقه) كالأخ لأخيه بل هذا أولى لأنه لا تهمة فيه أشبه الأجنبي وعليه: ولغير سيده لكن لو أعتق عبيد وادعى رجل أن المعتق غصبهما منه فشهد العتيقان بصدق المدعي لم تقبل شهادتهما لعودهما إلى الرق ذكره القاضي وغيره وكذا لو شهدا بعد عتقهما أن معتقهما غير بالغ حال العتق أو جرحا الشاهدين بحريتهما ولو عتقا بتدبير أو وصية فشهدا بدين أو وصية مؤثرة في الرق لم يقبل لإقرارهما بعد الحرية برقمهما لغير سيدي.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 242

فرع: إذا حلف الشاهد مع شهادته لم ترد في ظاهر كلامهم ومع النهي عنه يتوجه على كلامه في «الترغيب» ترد.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 242

فصل

(الثاني أن يجر إلى نفسه نفعا بشهادته) لأن فاعله متهم في الشهادة والتهمة يمنع من قبولها (كشهادة السيد لمكاتبه) بمال (والوارث لموروثه بالجرح قبل الإندمال) لأنه قد يسري فتجب الدية له ابتداء ويقبل له بدين في مرضه في الأشهر، فلو حكم بهذه الشهادة لم يتغير الحكم بعد موته. تنبيه: لو شهد غير وارث فصار عند الموت وارثا، سمعت دون عكسه، والمانع ما يحصل له به نفع حال الشهادة.

(10/303)

فلهذا جاز شهادة الوارث لموروثه مع أنه إذا مات ورثه، وشهادته لامرأة يحتمل أن يتزوجها، وشهادته لغريم له يحتمل أن يوفيه منه، أو يفلس، فيتعلق حقه به، ومنعت الشهادة لموروثه. بالجرح قبل الإندمال. وإن لم يكن له حق في الحال لأنه ربما أفضى إلى الموت به، فتجب الدية للوارث الشاهد ابتداء فيكون شاهدا لنفسه موجبا له به حقا ابتداء وهذا بخلاف الشاهد لموروثه المريض بحق فإنها تقبل لأنه إنما يجب للمشهد له ثم يجوز أن ينتقل. ويجوز أن لا ينتقل، فلم يمنع الشهادة له كالشهادة للغريم. فإن قيل: فقد أجزتم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الإندمال كما أجزتم شهادته له بمال.

(10/304)

قلنا: إنما جاز ذلك لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداء، إنما تجب للقتيل والورثة ثم يستوفى الغريم منها، فأشبهت الشهادة له بمال ذكره في «الشرح».

(والوصي للميت) لأنه يثبت له فيه حق التصرف، فهو متهم فيها. وأجاز شريح وأبو ثور شهادته للموصى عليهم إذا كان الخصم غيره، لأنه أجنبي منهم فقبلت كما بعد زوال الوصية. (والوكيل لموكله بما هو وكيل فيه) وعبر السامري عنه بالقانع، ثم فسره بالوكيل، وترد من وصي ووكيل، ولو بعد العزل وقيل: وكان خاصم فيه، وجزم في «المغني» وغيره أنها تقبل بعد عزله، لكن نقل ابن منصور، إن خاصم في خصومة مرة، ثم نزع ثم شهد لم تقبل، وتقبل شهادته على موكله ويتيم في حجره/ (والشريك لشريكه) بما هو شريك فيه، لا نعلم فيه خلافا لاتهامه، وكذا المضارب بمال المضاربة (والغرماء للمفلس) المحجور عليه (بمال) سواء كان المفلس حيا أو ميتا لأن حقوقهم تتعلق به، وأما قبل الحجر، فتقبل لأن حقهم إنما يتعلق بذمته، وقال ابن حمدان: لا تقبل قبل الحجر مع إعساره (وأحد الشفيعين بعفو الآخر عن شفيعته) لأنه متهم فإن شهد بعد إسقاط شفيعته قبلت لانتفاء التهمة مسائل: لا تقبل شهادة أجير لمن استأجره نص عليه وفي «المستوعب»، وغيره فيما استأجره فيه. وذكر الخلال في «جامعه» أن أحمد قال في رواية عبد الملك كيف لا يجوز ولكن الناس تكلموا فيه فرأبته يغلب على قلبه جوازه ولا حاكم لمن في حجره، قاله في «الإرشاد» و «الروضة» وتقبل عليه بغير خلاف علمناه، لأنه لا يتهم، وفيه رواية: ولا لمن له كلام أو استحقاق في شيء، وإن قل كرباطٍ ومدرسة في ظاهر كلامهم.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 245

قال الشيخ تقي الدين في قوم في ديوان آجروا شيئا: لا تقبل شهادة أحد منهم على مستاجر، لأنهم وكلاء أو ولاة، قال: ولا شهادة ديوان الأموال السلطانية على الخصوم.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 245

فصل

(10/305)

(الثالث أن يدفع عن نفسه ضررا كشهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ) لأنه متهم لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم فإن كان الجرح فقيرا أو بعيدا فاحتمالان:

أحدهما: تقبل لأنه لا يحمل شيئا من الدية.

والثاني: لا لجواز أن يوسر أو يموت من هو أقرب منه قبل الحول، فيحملها (والغرماء بجرح شهود الدين على المفلس) لما فيه من توفير المال عليهم (والسيد بجرح من شهد على مكاتبه أو عبده بدين) لأنه متهم فيها لما يحصل بها من دفع الضرر عن نفسه فكأنه شهد لنفسه قال الزهري مضت السنة في الإسلام لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين والظنين المتهم.

يؤيده ما روى سعيد ثنا عبد العزيز بن محمد أخبرني محمد بن زيد بن المهاجر عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال: قضى رسول الله أن اليمين على المدعى عليه ولا تجوز شهادة خصم ولا ظنين. وهو مرسل.

ويلتحق بذلك أن شهادة الضامن بإبراء المضمون عنه أو قضائه غير مقبولة لما ذكرنا. (والوصي بجرح الشاهد على الأيتام، والشريك بجرح الشاهد على شريكه) لأنه متهم وهو ظاهر (وسائر من لا تقبل شهادته لإنسان إذا شهد بجرح

الشاهد عليه) كالوصي والوكيل والشريك وغريم المفلس المحجور عليه ونحوهم لأنهم متهمون في دفع الضرر عنهم في ثبوت الحق الذي يتضمن إزالة حقوقهم من المشهود به.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 248

فصل

(الرابع: العداوة) لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي قال: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه» رواه أبو داود و العمر: الحقد، ولأن العداوة تورث تهمة شديدة فمنعت الشهادة كالقربة القريبة. ويعتبر كونها لغير الله تعالى موروثاً أو مكتسبة. وفي «الترغيب» و «الرعاية» ظاهرة بحيث يعلم أن كلا منهما يسر بمساءة الآخر ويغتم بفرحه ويطلب له الشر زاد ابن حمدان : أو حاسد.

(10/306)

لكن في الخبر: «ثلاثة لا ينجو منهن أحد الحسد والظن والطيرة وسأحدثكم بالمخرج من ذلك إذا حسدت فلا تبع وإذا ظننت فلا تتحقق. وإذا تطيرت فامض».

وعبارة الخرقى و «المستوعب» و«الرعاية» لا تقبل شهادة خصم فيدخل فيه كل من خصم في حق كالوكيل والشريك فيما هو وكيل أو شريك فيه (كشهادة المقذوف على قاذفه والمقطوع عليه الطريق على قاطعه) لما ذكرنا. فعلى هذا لا تقبل شهادتهم إن شهدت أن هؤلاء قطعوا الطريق علينا أو على القافلة، بل على هؤلاء وليس للحاكم أن يسأل: هل قطعوها عليكم معهم؟ لأنه لا يبحث عما شهد به الشهود وإن شهدت أنهم عرضوا لنا وقطعوا الطريق على غيرنا ففي «الفصول» تقبل. قال وعندي لا (والزوج بالزنى على امرأته) في قول أكثر العلماء للخبر ولأن ذلك يورث همة بخلاف الصداقة، فإن شهادة الصديق لصديقه بالزور تقع غيره بما ضر به نفسه وبيع آخرته بدنياه غيره وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه من التشفي بعدوه فافترقا. وأما المحاكمة في الأموال فليست عداوة تمنع الشهادة في غير ما حاكم فيه لأنها لو لم تقبل لاتخذ الناس ذلك وسيلة إلى إبطال الشهادات والحقوق. وظاهر كلامهم أنها تقبل لعدوه لانتفاء التهمة.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 249

فصل

(الخامس أن يشهد الفاسق بشهادة فترد ثم يتوب ويعيدها فإنها لا تقبل) جزم به في «المحرر» و «الوجيز» و السامري وزاد وجها واحدا (للتهمة) في أدائها لكونه يعير بردها فربما قصد بأدائها أن تقبل لإزالة العار الذي لحقه بردها ولأنها ردت باجتهاد فقبولها نقض لذلك الاجتهاد. وعنه تقبل حكاها في «الرعاية» وقاله أبو ثور والمزني.

(10/307)

قال ابن المنذر والنظر يدل على هذا كغير هذه الشهادة وكما لو شهد وهو كافر فردت ثم أسلم (ولو لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلا قبلت بغير خلاف نعلمه) لأن التهمة إنما كانت من أجل العار الذي يلحقه في الرد وهو منتف هنا وهكذا الصبي والكافر إذا شهد بعد الإسلام والبلوغ لأن الصبيان في زمنه كانوا يروون بعدما كبروا كابن جعفر وابن الزبير والشهادة في معنى الرواية لأن التهمة هنا منتفية وكذا العبد إذا شهد بعد العتق (ولو شهد كافر أو صبي أو عبد فردت شهادتهم ثم أعادوها بعد زوال الكفر والرق والصبا) وعبارة بعضهم: بعد زوال المانع وهي أولى (قبلت) جزم به في «الوجيز» وصححه في «المحرر» و«المستوعب» لأن رد الشهادة في الأحوال المذكورة لا غضاضة فيها فلا تقع تهمة في الإعادة بخلاف التي قبلها ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعله ويظهر أنه بخلاف الفسق.

والثانية لا تقبل اختارها أبو بكر و ابن أبي موسى كالفاسق ولأن شهادة العبد مجتهد فيها فإذا ردت لم تقبل كالفاسق.

وكذا إذا ردت لجنون أو خرس ثم أعادها بعد زوال المانع فإنها تقبل على الأصح. (وإن شهد لمكاتبه أو لموروثه بالجرح قبل برئه فردت ثم أعادوها بعد عتق المكاتب وبرود الجريح ففي ردها وجهان):

أحدهما تقبل جزم به في «الوجيز» وصححه في «المغني» لأن زوال المانع ليس من فعله أشبه زوال الصبا ولأن ردها بسبب لا عار فيه فلا يتهم في قصد نفي العار بإعادتها بخلاف الفسق.

والثاني لا تقبل صححه في «المحرر».

وذكر في «الكافي» أنه الأولى قدمه في «الرعاية» لأن ردها باجتهاد فلا ينقض ذلك باجتهاده ولأنها ردت بالتهمة كالمردودة للفسق ونصر المؤلف الأول. فإن الأصل قبول شهادة العدل ولا يصح القياس وأما نقض الاجتهاد بالاجتهاد فهو جائز بالنسبة إلى المستقبل غير جائز بالنسبة إلى الماضي.

بدليل أن عمر - رضي الله عنه - قضى في قضية بقضايا مختلفة وقبول الشهادة هنا من النقض في المستقبل.

(10/308)

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 250

فرع: الخلاف جار في كل موضع ردت التهمة رحم أو زوجية أو عداوة أو جلب نفع أو دفع ضرر ثم زال المانع ثم أعادها وقيل إن زال المانع باختيار الشاهد كإعتاق العبد وتطليق الزوجة ردت وإلا فلا (وإن شهد الشفيع بعفو شريكه في الشفاعة عنها فردت ثم عفا الشاهد عن شفيعته وأعاد تلك الشهادة لم يقبل ذكره القاضي) جزم به في «الوجيز» وقدمه في «الرعاية» لأنه متهم أشبه الفاسق (ويحتمل أن يقبل) هذا وجه لزوال المانع والأولى أن يخرج على الوجهين في التي قبلها لأنها إنما ردت لكونه يجربها إلى نفسه نفعاً وقد زال ذلك بعفوه.

قال في «الترغيب» من موانعها الحرص على أدائها قبل استشهاد من يعلم بها قبل الدعوى أو بعدها فترد وهل يصير مجروحاً يحتمل وجهين. قال ومن موانعها العصبية فلا شهادة لمن عرف بها وبالإفراط في الحمية كتعصيب قبيلة على قبيلة وإن لم تبلغ رتبة العداوة.

فرع: إذا شهد عند حاكم فقال آخر أشهد بمثل ما شهد به أو بذلك أو كذلك أو بما وضعت به خطي. فقال ابن حمدان يحتمل أوجه. ثالثها يصح في: وبذلك وكذلك فقط وهو أشهر وفي «نكت المحرر» إن القول بالصحة في الجميع أولى.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 250

باب أقسام المشهودية

وعدد شهوده (والمشهود به ينقسم خمسة أقسام) يأتي بيانها (أحدها: الزنى وما يوجب حده) كاللواط (فلا يقبل فيه إلا أربعة رجال أحرار) عدول وتقدم في باب حد الزنى (وهل يثبت الإقرار بالزنى بشاهدين أو لا يثبت إلا بأربعة؟ على روايتين).

إحدهما لا يثبت إلا بأربعة قدمه في «الرعاية» و «الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأنه موجب لحد الزنى فأشبهه الفعل والمراد الإقرار المعتبر وهو أربع.

الثانية يقبل عدلان كسائر الأقارب، فإن كان المقر أعجميا ففي الترجمة وجهان كالشهادة على الإقرار وقدم في «الرعاية» أنه يقبل فيه ترجمانان.

(10/309)

ومن عزربوطاء فرج ثبت برجلين قدمه أكثر الأصحاب. وقيل أربعة. قال ابن حمدان مع البينة واثنين مع الإقرار وتثبت المباشرة دون الفرج وما أوجب تعزيرا بعدلين أشبه ظلم الناس (الثاني: القصاص سائر الحدود فلا يقبل فيه إلا رجلان حران) اقتصر عليه في «الكافي» و «المحرر» وقدمه في «الفروع» وعنه لا يقبل في القتل العمد إلا أربعة رجال وبه قال الحسن وعن عطاء وحماد يقبل في ذلك كله رجل وامرأتان كالشهادة على الأموال. ولنا أنه أحد نوعي القصاص فيقبل فيه اثنتان كقطع الطرف بخلاف الزنى وهذا مما يحتاط لدرئه، ويندرىء بالشبهات ولا تدعو الحاجة إلى إثباته. لا يقال القتل أعظم من الزنى واشتراط فيه أربعة كان القتل أولى لأن القتل فيه حق آدمي.

وفي اشتراط الأربعة إسقاط له بخلاف الزنى وفي شهادة النساء شبهة روى الزهري قال مضت السنة على عهد النبي أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود. وعنه جواز شهادة النساء على الإنفراد بينهن في الحمامات وفي اشتراط الحرية خلاف سبق وإن أقر بقتل عمد ثبت إقراره بمرة وعنه أربع نقل حنبل يردده ويسأل عنه لعل به جنونا أو غير ذلك (الثالث: كما ليس بمال لا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال غير الحدود والقصاص كالطلاق والنسب والولاء والوكالة في غير المال والوصية إليه وما أشبه ذلك) كالظهار والاستيلاء والنكاح (ولا يقبل فيه إلا رجلان) قدمه في «المحرر» و «الرعاية» و «الفروع» وذكر السامري أنه المشهور في المذهب ونصره في «الشرح» وجزم به في «الوجيز» ولقوله تعالى: {وأشهدوا ذوي عدل منكم} (الطلاق: 2) قاله في الرجعة والباقي قياسا ولأنه ليس بمال ولا يقصد به المال أشبه العقوبات ولأن الشارع متشوف إلى عدم الطلاق والنكاح (وعنه في النكاح والرجعة والعقوبات أنه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين) لأنه لا يسقط بالشبهة

(10/310)

والأول أصح لأن إلحاق النكاح بالطلاق أولى من إلحاقه بالمال ولذلك. قال القاضي لا يثبتان إلا بشهادة رجلين رواية واحدة (وعنه يقبل في العتق شاهد ويمين المدعي) اختارها أبو بكر و الشيخ تقي الدين . قال في «الفروع» ولم أجد مستندها عن أحمد لأن الشارع متشوف إلى العتق وفي قبول شاهد ويمين المعتق توسعة في ثبوت العتق (وقال القاضي: النكاح وحقوقه من الطلاق والخلع والرجعة لا يثبت إلا بشاهدين رواية واحدة) لأنه يحتاط لها بخلاف غيرها (والوكالة والوصية والكتابة ونحوها يخرج على روايتين) ما خلا العقوبات البدنية ذكره في «الشرح» وعنه لا يقبل أنه وصي حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل فظاهر هذا أنه يقبل في الوصية شهادة رجل واحد. ونص في الإعسار أنه لا يثبت إلا بثلاثة لحديث قبيصة. قال القاضي هو في حل المسألة لا في الإعسار. ونقل عنه أبو طالب وأبو الحارث ويعقوب بن بختان في الأسير يدعي أنه كان مسلما قبل الأسر ليدراً عنه الرق إن شهد له بذلك رجل من الأسرى قبلت شهادته مع يمينه وكذا إن شهدت له امرأة واحدة فنص على قبول شهادتها في الإسلام. قال القاضي فيخرج من هذا أن كل عقد ليس من شرط صحته الشهادة يثبت بشاهد وامرأتين أو يمين. وفي «المحرر» هل يقبل الرجلان والمرأتان أو الشاهد واليمين في دعوى قتل الكافر لاستحقاق سلبه ودعوى الأسير إسلاماً، سابقاً على روايتين.

(10/311)

فرع: يقبل طيب وبيطار واحد في معلاقة داء وموضحة إن تعذر آخر نص عليه لأنه مما يعسر عليه اثنتين فكفى الواحد كالرضاع وإن أمكن إشهاد اثنين لم يكتف بدونهما لأنه الأصل. وأطلق في «الروضة» قبول الواحد فإن اختلفا قدم قول المثبت (قال أحمد في الرجل يوكل آخر، ويشهد على نفسه رجلاً وامرأتين إن كانت في المطالبة بدين) صح لأن الوكالة في اقتضاء الدين يقصد منها المال كالحوالة (فأما في غير ذلك فلا) لما سبق الرابع المال وما يقصد به المال كالبيع) والأجل والخيار فيه (والقرض والوصية له) أي لمعين والوقف عليه وقيل إن ملكه وتسمية مهر ورق مجهول النسب (وجناية الخطأ يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين المدعي) قدمه في «الكافي» و «المستوعب» و «الفروع» وجزم به في «المحرر» و «الوجيز». لقوله تعال {يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين} إلى قوله: {فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان} (البقرة: 282) نص على المدائنة وقسنا عليه سائر ما ذكرنا ولأن المقصود منها المال أشبهت الشهادة بنفس المال ولا خلاف أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال للنص وأكثر العلماء يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد

ويمين.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 254
لما روى الشافعي وأحمد ومسلم عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أن النبي
قضى بيمين وشاهد زاد الشافعي: قال عمر في الأموال.
ول أحمد في رواية إنما كان ذلك في الأموال ولأن اليمين تشرع في حق من
ظهر صدقه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد وفي حق المنكر والمدعي هنا
ظهر صدقه بشاهده فوجب أن تشرع اليمين في حقه وقيل تقبل امرأتان
ويمين.
قال الشيخ تقي الدين لو قبل امرأة ويمين توجه لأنهما إنما أقيما مقام رجل
في التحمل. ولخير الديانة وسواء كان المدعي مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً
رجلاً أو امرأة نص عليه.
قال مالك مضت السنة أنه يقضى باليمين مع الشاهد.

(10/312)

ولا يشترط أن يقول المدعي: شاهدي صادق في شهادته وقيل: بلى جزم به
في «الترغيب».
وإن كان حلف المدعى عليه وسقط الحق وإن نكل حكم عليه نص عليه وهل
ترد اليمين هنا؟ فيه وجهان:
أشهرهما لا ترد لأنها كانت في جنبته وقد أسقطها بنكوله عنها وصارت في جنبه
غيره فلم تعد إليه كالمدعى عليه إذا نكل عنها فردت على المدعي فنكل عنها.
والثاني: ترد لأن سببها نكول المدعى عليه فإذا حلف واحد من الجماعة أخذ
نصيبه ولا يشاركه ناكل ولا يحلف ورثة ناكل إلا أن يموت قبل نكوله وعنه: في
الوصية يكفي واحد. وعنه إن لم يحضره إلا نساء فامرأة.
وسأله ابن صدقة الرجل يوصي ويعتق ولا يحضره إلا النساء تجوز شهادتين؟
قال نعم في الحقوق.
ونقل الشالنجي الشاهد واليمين في الحقوق فأما المواريث فيقرع.
وعنه لا يقبل في جناية الخطأ إلا رجلان واختاره أبو بكر (وهل تقبل في جناية
العمد الموجبة للمال دون القصاص كالهاشمة والمنقلة شهادة رجل وامرأتين؟
على روايتين) نقول في جناية العمد التي لا توجب قوداً كجائفة وجناية أب
مسلم لكافر وحر بعيد روايتان.
ظاهر المذهب أنه يقبل فيه رجل وامرأتان وشاهد ويمين لأنه لا يوجب إلا المال
أشبه البيع.
والثانية لا يقبل فيه إلا رجلان اختاره أبو بكر وابن أبي موسى لأنها جناية عمد
أشبهت الموضحة.
فَعَلَى الْأُولَى إِنْ كَانَ الْقُودُ فِي بَعْضِهَا كَأُمُومَةٍ وَهَاشِمَةٍ هَلْ يَثْبِتُ الْمَالُ فَقَطْ
فِيهِ رَوَايَتَانِ.
والمذهب كما قاله في «المغني» و «الترغيب» وجزم به في «الوجيز» أنه
يقبل لأن موجبها المال كجناية الخطأ. مسألة إذا رمى سهماً على إنسانٍ
فتعدى منه إلى آخر فماتاً ثبت الثاني بشاهدٍ ويمين.

(10/313)

وكذا الأول إن كان موجه القود، والشاهد لو حلف معه خمسين يمينا وثبتت الدية وقيل والقود أيضا. (الخامس ما لا يطلع عليه الرجال كعيوب النساء تحت الثياب والرضاع). وعنه وتحلف فيه (والاستهلال والبيكاراة والثبوبة والحيض ونحوه فيقبل فيه شهادة امرأة واحدة) قدمه في «الكافي» و «المحرر» و «الرعاية» و «الفروع» وجزم به في الوجيز لما تقدم في الرضاع وعن علي أنه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال رواه أحمد و سعيد من رواية جابر الجعفي ويشترط فيها العدالة جزم به في «الوجيز» وفي «الفروع» يقبل فيه امرأة لا ذمية نقله الشالنجي وغيره.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 254

وفي «الانتصار» فيجب أن لا يلتفت إلى لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم كالخبر ولا أعرف عن إمامنا ما يردّه (وعنه لا يقبل فيه أقل من امرأتين) لأن كل جنس لم يثبت الحق فيه إلا باثنتين كالرجال (وإن شهد به الرجل) كان كالمراة (وكان أولى بثبوته لأنه أكمل منها ولأن ما قبل فيه قول المراة قبل فيه قول الرجل كالرواية. تنبيه ظاهره أن الجراحة وغيرها في الحمام والعرس ونحوهما مما لا يحضره الرجال أنه تقبل فيه امرأة واحدة نص عليه خلافا ل ابن عقيل وغيره.

ولو ادعت إقرار زوجها بأخوة رضاعة فأنكر قال في «الترغيب» وقلنا تسمع الدعوى بالإقرار لم يقبل فيه نساء فقط وترك القابلة ونحوها الأجرة لحاجة المقبولة أفضل وإلا دفعها إلى محتاج ذكره الشيخ تقي الدين .

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 254

فصل

(إذا شهد بقتل العمد رجُل وامرأتان) أو شاهد ويمين (لم يثبت قصاص ولادية) اقتصر عليه في «الكافي» و«الشرح» و «الوجيز» لأن القتل يوجب القصاص والمال بدل منه فإذا لم يثبت الأصل لم يجب بدله وإن قلنا موجه أحد شيئين لم يتعين أحدهما إلا بالإختيار. فلو أوجبنا الدية وحدها أوجبنا معينا.

(10/314)

ونقل ابن منصور عنه أنه يثبت المال إن كان المجني عليه عبدا زاد في «الرعاية الكبرى» أو حُرًّا (وإن شهد بالسرقة ثبت المال) لكمال بينته دون القطع كذا في «المحرر» و «الوجيز» وقدمه في «الرعاية» و «الفروع» لأن السرقة توجبهما أي المال والقطع فإذا قصرت عن أحدهما ثبت الآخر. واختار في «الإرشاد» و «المبهبج» لا يثبت المال كالقطع لأنها شهادة لا توجب الحد وهو أخذٌ موجبها فإذا بطلت في أحدهما بطلت في الآخر. وبنى في «الترغيب» عليهما القضاء بالغرم على ناكل (وإن ادعى رجل الخلع قبل فيه رجل وامرأتان) لأنه يدعي المال الذي خالعه به فأما البيونة فتحصل بمجرد دعواه ذكره أصحابنا (وإن ادعته المراة لم يقبل فيه إلا رجُلان) لأنها لا تقصد بذلك إلا الفسخ ولا يثبت إلا بعدلين فأما إن اختلفا في عوض الخلع أو الصداق ثبت بشاهد ويمين لأنه مال (وإذا شهد رجل وامرأتان) أو شاهد ويمين (لرجل بجارة أنها أم ولده وولده منها قضى له بالجارة أم ولد) لأنه يدعي

ملكها وقد أقام بينة كافية فيه وبثبت لها حكم الاستيلاء بإقراره لأن إقراره ثبت
والملك ثبت في ملكه بشاهدي ويمين.
وظاهر كلام المؤلف أنه حصل بقول البيئنة وليس هو بمراد بل مراده الحكم
بأنها أم ولده مع قطع النظر عن علة ذلك وعلته أن المدعي مقر بأن وطأها
كان في ملكه (وهل يثبت حرية الولد ونسبه من مدعيه على روايتين) كذا في
«المحرر» و «الفروع».
الأشهر - كما نصره في الشرح - أنه لا تثبت حرية الولد ولا نسبه لأن البيئنة لا
تصلح الإثبات ذلك فعلى هذا يبقى الولد في يد المنكر مملوكا له.

(10/315)

والثانية: يثبتان جزم به في «الوجيز» لأن الولد نماء الجارية وقد ثبتت له فتبعها
الولد في الحكم ثم يثبت نسبه وحرية بإقراره وقيل يثبت نسبه من أبيه بدعواه
وإن بقي عبدا لمن هو بيده فإن ادعى أنها كانت مملكة فأعتقها لم يثبت ذلك
برجل وامرأتين قدمه في «الكافي» و «الشرح» و «الرعاية» لأن البيئنة
شهدت بملك قديم فلم يثبت والحرية لا تثبت برجل وامرأتين وقيل تثبت كالتي
قبلها. مسألة يجوز الحلف بمعرفة الخط كمن رأى خط موروثه بأن له على زيد
شيئا أو أنه أبراه منه حلف إذا وثق بدينه وأمانته، وإن رأى زيد بخطه أن له دينا
على عمرو أو أنه قضاه. وعلم صحة ذلك حلف عليه.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 261
وإن أخبره ثق أن زيدا قتل أباه أو عصبة شيئا حلف عليه وضمته إياه ولا تجوز
الشهادة في هذه المسائل.
والفرق بينهما: أن الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على
خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه لأن الحق إنما هو للحالف فلا يزور أحد
عليه ولأن ما يكتبه الإنسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة
والأولى التورع عن ذلك والله أعلم.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 261

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَالرَّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ
قال جعفر بن محمد: سمعت أحمد يسأل عن الشهادة على الشهادة؟ فقال:
هي جائزة.
وكان قوم يسمونها التأويل والأصل فيها الإجماع.
قال أبو عبيد: أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إمضاء الشهادة
على الشهادة في الأموال.

(10/316)

و المعنى شاهد بذلك لأن الحاجة داعية إليها فإنها لو لم تقبل لبطلت الشهادة
على الوقوف وما يتأخر إثباته عند الحاكم لو ماتت شهوده وفي ذلك ضرر على
الناس ومشقة شديدة فوجب قبولها كشهادة الأصل (تقبل الشهادة على
الشهادة فيما يقبل فيه كتاب القاضي ، وترد فيما يرد فيه) لأنها في معناه

لاشتراكهما في كونهما فرعا لأصل و ذكر ابن هبيرة أن قبولها في كل شيء حتى القصاص والحدود في قول مالك و أحمد في رواية وقد سبق ذكر ذلك في موضعه (ولا تقبل) أي لا يحكم بها قاله في «المحرر» و «الوجيز» (إلا أن تتعذر شهادة شهود الأصل بموت) وعلى الأصح (ومرض) أو خوف من سلطان أو غيره أو (غيبه إلى مسافة القصر) لأن شهادة الأصل أقوى لأنها تثبت نفس الحق و هذه لاثبتته لأن سماع القاضي منهما متيقن وصدق شاهدي الفرع عليهما مظنون فلم يقبل الأدنى مع القدرة على الأقوى وكسائر الأبدال والغيبة هُنا مسافة القصر ذكره معظم الأصحاب لأن مادون ذلك في حكم الحاضر واختار القاضي أنها ما لا يتسع العود والذهاب في يوم وقاله أبو يوسف و أبو حامد الشافعي للمشقة بخلاف مادون اليوم (وقيل لاتقبل إلا بعد موتهم) هذا رواية أنه لا يحكم بشهادة فرع في حياة أصل لأنه إذا كان حياً رجي حضوره فكان كالحاضر والمذهب الأول لأنه قد تعذرت شهادة الأصل فقبل كما لو مات شاهد الأصل (ولا يجوز لشاهد الفرع أن يشهده إلا أن يسترعيه شاهد الأصل). قال أحمد: لا تكون شهادة إلا أن يشهدك لأن الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة بغير إذن لا تجوز.

وعنه: تجوز مطلقاً ذكرها ابن عقيل وقدمها في «التبصرة» فيقول: أشهد على شهادتي أنني أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه أقر عندي وأشهدني على نفسه طوعاً بكذا أو شهدت عليه أو أقر عندي بذلك هذا وجه تعدد الشهادة.

(10/317)

وظاهره أنه إذا استرعى غيره لم يجز أن يشهد حتى يسترعيه بعينه ورجح في «المغني» وقدمه في «الكافي» و«الشرح» أنه يجوز أن يشهد لحصول الإسترعاء (وإن سمعه يقول أشهد على فلان بكذا لم يجز أن يشهد) من غير ذكر سبب ولا شهادة عند الحاكم لأن الأصل لم يسترعه الشهادة لأنه يحتمل أن ذلك وعد ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز أن يشهد مع الاحتمال بخلاف ما إذا استرعاه لأنه لا يسترعيه إلا على واجب.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 264

فإن قيل: لو سمع رجلاً يقول لفلان علي ألف ردهم جاز أن يشهد بذلك فكذا هذا.

قلنا الفرق بينهما أن الشهادة تحتمل العلم ولا تحتمل الإقرار لأن الإقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول ولأنه لا يراعى فيه العدد لأن الإقرار قول الإنسان على نفسه وهو غير متهم عليها.

فلو قال أشهدني فلان بكذا أو عندي شهادة عليه بكذا أولفلان على فلان كذا أو شهدت أو أقر عندي به فوجهان.

أقواهما المنع قاله في «الرعاية» / (إلا أن يسمعه يشهد عند الحاكم أو يشهد بحق يعزوه إلى سبب من بيع أو إجارة أو قرض فهل يشهد به؟ على وجهين) هما روايتان عن أحمد: إحداهما لا يجوز إلا أن يسترعيه نصره القاضي وغيره لماتقدم. والثانية الجواز قدمه في «المحرر» و«الفروع» وجرم به في «الوجيز».

وفي «الرعاية»: إنه الأشهر لأنه بالشهادة عند الحاكم ونسبته الحق إلى سببه

يزول الاحتمال أشبه مالواسترعاه وُبؤدِّيها الفرع بصفة تحمله ذكره جماعة.
قال في «المنتخب» وغيره، وإلا لم يحكم بها.

(10/318)

وفي «الترغيب» و«الرعاية» أنه يكفي العارف أشهد على شهادة فلان بكذا ويشترط أن يعيّن شاهدي الأصل ويسميّاهما: تنبيه إذا سمعهُ خارج مجلس الحاكم يقول: عندي شهادة لزيد أو أشهد بكذا لم يصر فرعاً. فلو شهد عند الحاكم فعزل فهل يصير الحاكم المعزول فرعاً على الشاهد؟ قال ابن حمدان يحتمل وجهين (وتثبت شهادة شاهدي الأصل بشهادة شاهدين يشهدان عليهما) قال الإمام أحمد لم يزل الناس على هذا (سواء شهدا على واحد منهما أو شهد على كل واحد شاهد من شهود الفرع) نص عليه وقدمه الجماعة وجزم به في «الوجيز». وقيل هو إجماع كما لو شهدا بنفس الحق ولأن شهود الفرع بدل من شهود الأصل فاكتفى بمثل عددهم (وقال أبو عبد الله بن بطة لا يثبت حتى يشهد أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع) اختاره المزني لأن شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الأصل فلا تثبت شهادة كل منهما بواحد كما لا يثبت إقرار مُقرّبين بشهادة اثنين يشهد كل منهما على واحد وفي «المحرر» تخرج أنه يكفي شهادة فرعين بشرط أن يشهد على كل واحد من الأصليين. وفي «الكافي» و«الشرح» إن هذا قول ابن بطة، وجزم به ابن هبيرة عن أحمد لأنه إثبات قول اثنين فجاز بشاهدين كالشهادة على إقرار نفسين وعنه تكفي شهادة رجل على اثنين ذكره القاضي وغيره. فرع يتحمل فرع على فرع. ولا يجوز لشاهد أصل أن يكون فرعاً على أصل آخر معه ولا أن يزكي أصل رقيقه في الشهادة (ولامدخل للنساء في شهادة الفرع) نصره القاضي وأصحابه وقدمه في «المحرر» وهو قول أكثر العلماء لأن شهادتهم على شهادة شاهدين وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال أشبه القود والنكاح.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 264

(10/319)

ومقتضاه أن لهن مدخلاً في شهادة الأصل وهو كذلك في رواية قدمها في «الكافي» و«الرعاية» لأنها شهادة بمال وصحتها في «المحرر» (وعنه: لهن مدخل) قدمه في «الرعاية» و«الفروع» ونصره في «الشرح» لأن المقصود من شهادتهن إثبات الحق الذي يشهد شهود الأصل فكان لهن مدخل في ذلك كالبيع. وعنه: لامدخل لهن في الأصول لأن في الشهادة على الشهادة ضعفاً فاعتبر تقويمها بالذكور وفي «الترغيب» المشهور أنه لامدخل لهن في الأصل. وفي «الفروع»: روايتان (فيشهد رجلان على رجل وامرأتين أو رجل وامرأتان على رجل وامرأتين) لدخولهن فيه (وقال القاضي: لا تجوز شهادة رجلين على رجل وامرأتين نص عليه أحمد) لأن في شهادة النساء ضعفاً فلا يضم ضعف إلى ضعف (وقال أبو الخطاب: وفي هذه الرواية سهو من ناقلها) لأنه إذا قبل

شهادة امرأة على مثلها فلأن تقبل شهادة رجل على امرأة بطريق الأولى لأن الرجل أحسن، حالاً منها ولأن ناقل هذه الرواية قال فيها أقبل شهادة رجل على شهادة رجلين وهذا مما لا وجه له فإن رجلاً واحداً لو كان أصلاً فشهد في القتل العمد ومعه مائة امرأة لم يقبل فكيف يقبل إذا شهد بها وحده وهو فرعٌ ويحكم بها.

قال ولو أن أحمد قال ذلك حملناه على أنه لا تقبل شهادة الرجل حتى ينضم إليه غيره. فيخرج من هذه الرواية أنه لا يكفي شاهدٌ واحد على شاهد واحد كما يقوله أكثر الفقهاء (ولا يجوز للحاكم أن يحكم بشهادة شاهدي الفرع حتى تثبت عنده عدالتهم وعدالة شاهدي الأصل) ذكره الأصحاب لأن الحكم ينبنى على شهادتهما فإن عدل شهود الأصل كفى بغير خلاف نعلمه وفي «الرعاية» وفيه نظرٌ وليس بشيءٍ لأن شهادتهما بالحق مقبولة فكذا في العدالة. ولا يجب عليهم ذلك فإن لم يشهدوا بعدالتهما تولى الحاكم ذلك.

(10/320)

وقال الثوري: إن لم يعدل شاهدي الأصل لم يحكم بها لأن ترك تعديلها يرتاب به الحاكم ولا يصح لأنه يجوز أن يعرف ذلك ويجوز أن يعرف عدالتهم وبتركها. اكتفاء بما ثبت عند الحاكم من عدالتهم (وإن شهدا عنده فلم يحكم حتى حضر شهود الأصل وقف الحكم على سماع شهادتهم) لأنه قدر على الأصل قبل العمل بالبدل كالمتيمم يقدر على الماء. وكفسق بعضهم. وظاهره أنه إذا كان حضورهم بعد الحكم أنه لا يؤثر فيه وهو كذلك (وإن حدث منهم ما يمنع قبول الشهادة لم يجز الحكم لأن الحكم) ينبنى عليها أشبه ما لو فسق شهود الفرع أو رجعوا (وإن حكم بشهادتهما ثم رجع شهود الفرع لزمهم الضمان) لأن الإلتاف كان بشهادتهم كما لو أتلفوا بأيديهم. فإن قالوا: بان لنا كذب الأصل أو غلطهم لم يضمنوا ذكره في «المحرر» و«الوجيز» و«الفروع» (وإن رجع شهود الأصل) أي بعد الحكم (لم يضمنوا) قدمه عامة الأصحاب كالمتسبب مع المباشر، ولأنهم لم يُلجؤوا الحاكم إلى الحكم (ويحتمل أن يضمنوا) هذا قول في المذهب قدمه في «المغني» ونصره لأن الحكم يضاف إليهم بدليل أنه تعتبر عدالتهم ولأنهم سبب في الحكم فضمنوا كالمزكين فإن قال شاهدًا الأصل كذبنا أو غلطنا ضمنوا وقيل لا وإن قالوا بعد الحكم ما شهدنا بشيء لم يضمن الفريقان شيئاً.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 264

فرع: إذا شهد شاهداً فرع على أصل وتعذر الآخر حلف واستحق ذكره في «التبصرة» واقتصر عليه في «الفروع».

وقال جمع: إذا نكر الأصل شهادة الفرع لم يعمل بها لتأكد الشهادة بخلاف الرواية. مسألة: إذا غير العدل شهادته بحضرة الحاكم، فزاد فيها أو نقص قبل الحكم أو أدى بعد إنكارها قبلت نص عليهما كقوله: لأعرف الشهادة. وقيل: لا كبعد الحكم وقيل: يؤخذ بقوله المتقدم وإن رجع قبل الحكم قاله في «الرعاية» لغت ولأحكام ولم يضمن وإن لم يصرح بالرجوع بل قال: للحاكم: توقف فتوقف ثم أعادها إليها قبلت في الأصح.

(10/321)

وفي وجوب إعادتها احتمالان وإن ادعى عليه شهادة فأنكر ثم شهد بها وقال: كنت أنسيتها قبلت قال في «المستوعب»: ولا تقبل الشهادة إلا في مجلس الحكم.

ولهذا قال ابن البناء: لا تتم الشهادة إلا بخمسة أشياء: شاهدٌ ومشهودٌ به ومشهود له ومشهود عليه ومشهود فيه يعني مجلس الحكم. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 264 فصل

(ومتى رجع شهود المال بعد الحكم لزمهم) أي الشهود (الضمان) في قول أكثر العلماء لأنهما قد اعترفا بأنهما قد أخرجا ماله من يده بغير حق فلزمهما الضمان كما لو شهدا بعته ولأنهما نسبا إلى إتلاف حقه بشهادتهما بالرد وعليه فضنا كشاهدي القصاص بل صوابه المال لأن أولى القصاص يدراً بالشبهة. ويستثنى منه مالم يصدقهم مشهود له فأمّا المزكون فلا يغرمون شيئاً ذكره معظم الأصحاب.

واقضى ذلك أنه لا يرجع على المحكوم له بشيء وهو كذلك بغير خلاف نعلمه (ولم ينقض الحكم) في قول أكثر أهل الفتيا من علماء الأمصار وقال ابن المسيب و الأوزاعي: ينقض وإن استوفى الحق كمالوتبين أنهما كانا كافرين. وجوابه: أن حق المشهود له وجب فلا يسقط كما لو ادعياه لأنفسهما. يحقق هذا أن حق الإنسان لا يزول إلا ببينة أو إقرار وليس هذا واحداً منهما. وفارق الكافر لأنه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول وهنا يجوز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما وإنما كذبا في رجوعهما. وتفارق العقوبات حيث لا تستوفى لأنها تدرأ بالشبهات (سواء كان قبل القبض أو بعده وسواء كان المال قائماً أو تالفاً) لأن وجوب الحق متعلق بالحكم وهو موجودٌ فيما ذكر على السواء لكن ذكر في «المغني» أنه إذا شهد بدين فأبرأ منه مستحقه ثم رجعا لم يغرماه للمشهد عليه (وإن رجع شهود العتق بعد الحكم غرموا القيمة) لأنهما أزالا يده عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها، أشبه ما لو شهدا بحرثته وإنما عزموا القيمة لأن العبد من المتقومات.

(10/322)

ومحله مالم يصدقهم المشهود له فإن قالوا: أعتقه على مائة وقيمته مائة ثم رجعا لم يغرموا شيئاً (وإن رجع شهود الطلاق قبل الدخول) وبعد الحكم (غرموا نصف المسمى) أو بدله لامهر المثل أو نصفه لأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل مالم يخرجته من ملكه بردة أو رضاع وإنما يجب نصف المسمى لأنهما ألزماه للزوج بشهادتهما كما يرجع به على من فسخ نكاحه وكما لو شهدا بالنصف (وإن كان بعده) أي: بعد الدخول (لم يغرموا شيئاً جزم به الأصحاب واختاره القاضي لأنهما لم يقررا عليه شيئاً ولن يخرجوا من ملكه متقوماً أشبه مالم أخرجاه من ملكه بقتلها أو رضاع. وعنه: يضمن المسمى كله، وذكر الشيخ تقي الدين وجهاً أنه يجب مهر المثل. تنبيه إذا شهد قوم بتعليق طلاقٍ أو عتقٍ وآخرون بوجود شرطه ثم رجعوا فالغرم على عددهم.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 271

وقيل: على كل جهةٍ نصفه وقيل يغرم الكل شهود التعليق.
قال ابن حمدان: إذا شهد اثنان بالعقد واثنان بالدخول واثنان بالطلاق ثم رجعوا فالغرم على شاهدي الطلاق وإن شهدا بطلاق أو رضاع أو لعان ثم رجعا غرماً مهر المثل مطلقاً. وقيل: بلي نصفه قبل الدخول وإن رجعا ثم قامت بينة بأن بينهما رضاعاً لم يضمنا شيئاً وإن رجع شهود بكتابة غرموا ما بين قيمته سليماً ومكاتباً فإن عتق فما قيمته ومال الكتابة وقيل: كل قيمته، وكذا شهود باستيلاء. (وإن رجع شهود القصاص أو الحد) بعد الحكم (قبل الإستيلاء لم يستوف) قدمه في «المحرر» و«الفروع» وجزم به في «الكافي» و«الشرح» و«الوجيز» لأنه يدرأ بالشبهة والمال يمكن خبره والقصاص شرع للتشفي لالخبير.

(10/323)

فعلى هذا دية القود فإن وجب عينا فلا. قاله في «الواضح» واقتصر عليه في «الفروع» وقيل: يستوفى إن كان لآدمي كالفسق الطاريء والفرق واضح (وإن كان بعده) أي بعد الاستيلاء (وقالوا: أخطأنا فعلهم ديةً مآتلف) وأورش الضرب نقله أبو طالب ولا تحمله العاقلة ويعزرا ولا قود لأن بإقرارهم حصل التلف بسببهم لكن على طريق الخطأ فلزمتهم الدية مخففة فإن قال أحدهما: عمدت وقال الآخر: أخطأت، فعلى العامد نصف الدية مغلطاً وعلى الآخر نصفها مخففاً ولا قود في الأصح.

وإن قال أحدهما عمدنا وقال الآخر أخطأنا قتل المعترف بالعمد زاد في «الرعاية» في رواية أو غرم نصف الدية مغلطاً والمخطيء نصفها مخففاً لأن كل واحد يؤخذ بإقراره وإن قال كل واحد عمدت ولا أدري ما فعل غيري قتل جزم به في «الكافي».

وفي «الرعاية» وقيل لا قود عليهما لأن إقرار كل منهما لو انفرد لم يجب عليه قود (ويتقسط الغرم بينهم على عددهم) لأن التفويت حصل منهم كلهم فوجب تقسيط الغرامة عليهم كلهم كما لو اتفق جماعة واتفقوا ملكاً لإنسان. فعلى هذا لورجع شاهد من عشرة غرم العشر (فإن رجع أحدهم غرم بقسطه) نص عليه كما لورجعنا جميعاً. وقيل يجب الكل على الراجع لأن الحق ثبت به ذكره في «الواضح».

فرع: إذا شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجعوا غرم الرجل النصف وهما النصف نص عليه وجزم به في «الكافي» لأنهما كرجل فلو شهد رجل وعشر نسوة فعليه السدس وعلى كل امرأة منهن سدس وقيل مناصفة لأن الرجل نصف البينة وقيل هو كأنثى وكذا رضاع.

(10/324)

قال في «الترغيب»: إلا أنه لا تشطير وإننا إن قلنا لا يثبت إلا بامرأتين فالغرم بالتسديس. (وإذا شهد عليه ستة بالزني فرجم ثم رجع منهم اثنان غرماً ثلث الدية لأنهما ثلث البينة) وقال بعض الأئمة لاشيء عليهما لأن بينة الزنا قائمة

بغيرهما (وإن رَجَعَ الكل لزمتهم الدية أسداساً) لأنهم ستة فالغرامة تقسط عليهم (وإن شهد عليه أربعة بالزنى واثنان بالإحصان فرجم، ثم رَجَعَ الجميع ضمُّوه لأن قتله حصل بمجموع الشهادتين كمالوشهدوا جميعاً بالزنى) ولزمتهم الدية أسداساً في أحد الوجهين) قدمه في «المحرر» و«الرعاية» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» كشهود الزنى لأن القتل حصل من جميعهم (وفي الآخر) وهو رواية (على شهود الزنى النصف وعلى شهود الإحصان النصف) اختاره أبو بكر ونصره القاضي لأن قتله حصل بنوعين من البينة فتقسم الدية عليهما وقيل لا يضمنان لأنهم شهدوا بالشرط لا بالسبب الموجب فإن شهد بزناه ثمانية فرجم ثم رَجَعَ أربعة ضمنوا نصف ديته. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 271

وقال ابن حمدان يحتمل أن لا يلزمهم شيء. وإن رجع الكل ضمُّوها أثماناً وإن رجع شهود أحد الجهتين لزمتهم الدية كلها وقيل: نصفها. تنبيه: إذا شهد بالقتل ثلاثة أو بالزنى خمسة ثم رجع الزائد منهم قبل الحكم أو الاستيفاء لم يضر لأن ما بقي من البينة كافٍ ويحد الرجوع لأنه قاذفٌ وقيل لا يحد لأنه قاذفٌ لمن ثبت أنه زان ذكره ابن الزاغوني وإن استوفى ثم رجعوا أو بعضهم فكشاهدي القتل وأربعة الزنى فيما ذكرنا نص عليه وجزم به الجماعة. فإن رَجَعَ أحدهم في القتل فالثلث وفي الزنى الخمس. وقيل لا يغرَّم شيئاً وهو أقيس.

(10/325)

فلو رجع من خمسة زنى اثنان فهل عليهما خمسان أو ربع أو اثنان من ثلاثة قتل فالثلاثان أو النصف؟ فيه الخلاف (وإن شهد أربعة بالزنى واثنان منهم بالإحصان صحت الشهادة) لأنه لا مانع من صحتها (فإن رجم ثم رجَّعوا عن الشهادة فعلى من شهد بالإحصان ثلثا الدية على الوجه الأول) وهو الأشهر الثلث لشهادتهما بالإحصان والثلث لشهادتهما بالزنى (وعلى الثاني يلزمهم ثلاثة أرباعها) النصف لشهادتهما بالإحصان والربع لشهادتهما بالزنى والباقي على الآخرين وقيل لا يجب على شاهدي الإحصان إلا النصف لأنهما كأربعة أنفسٍ جنى اثنان جنائيتين وجنى الآخرين أربع جنائيات.

فرع: لاضمان برجوع عن كفالة بنفس أو براءة منها أو أنها زوجته أو أنه عفا عن دم عمد لعدم تضمنه مالا.

وفي «المبهبج» قال القاضي: وهذا لا يصح لأن الكفالة متضمنة بهرب المكفول والقود قد يجب مال.

فرع: إذا شهد رجلان على آخر بنكاح امرأة بصداق ذكره وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بعد الحكم لزم شهود النكاح الضمان لأنهم ألزموه المسمى وقيل عليهم النصف وعلى الآخرين النصف وإن شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شيء لأنهما لم يوجبا عليه شيئاً لم يكن واجباً عليه ذكره في «الشرح» (وإن حكم بشاهد ويمين فرجع الشاهد غرم المال كله) نص عليه لأنه حجة الدعوى فاخص الضمان به كالشاهدين يُحققه أن اليمين قول الخصم. وقوله ليس بحجة على خصمه وإنما هو شرط الحكم فجرى مجرى مطالبته للحاكم بالحكم وإن سلمنا أنها حجة لكن إنما جعلناها حجة شهادة الشاهد.

ولهذا لم يجرز تقديمها على شهادته وكيمينه على بينة غائب. وقال ابن عقيل في «عمد الأدلة» يجوز في أحد الإحتمالين أن تسمع يمين

المدعي قبل الشاهد(ويتخرج أن يغرم النصف) لأنه أحد حجتى الدعوى كالشاهدين.

(10/326)

فرع: رجوع شهود تزكية كرجوع مَنْ زكوهم ومن شهد بعد الحكم بمنافٍ للأولة فكرجوعه وأولى قاله الشيخ تقي الدين، واقتصر عليه في «الفروع» (إذا بان بعد الحكم أن الشاهدين كانا كافرين أو فاسقين نقض) أي إذا بان بعد الحكم كفر الشهود نقض بغير خلاف لأن شرط الحكم كون الشاهد مسلماً ولم يوجد وكذا إذا بان بعد الحكم كفر الشهود نقض بغير خلاف لأن شرط الحكم كون الشاهد مسلماً ولم يوجد وكذا إذا بان فسقهم على المذهب (ويرجع بالمال أوبدله على المحكوم له) قدمه في «الكافي» و«الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لأن الحكم قد نقض فيجب أن يرجع الحق إلى مستحقه وقد علم منه أنه إذا كان موجوداً ألزم برده بعينه وهو ظاهرٌ (وإن كان المحكوم به إتلافاً) كقتل أو كان الحكم لله بإتلاف حسبي أو بما سرى إليه (فالضمان على المزكين) لأن المحكوم به قد تعذر ردهُ وشهود التزكية ألجؤوا الحاكم إلى الفعل فلزمهم الضمان كما لو شهد عدلان بحق ثم حكم حاكم بها ثم رجعاً ولأن الحاكم أتى بما عليه والشهود لم يعترفوا ببطلان شهادتهم وإنما التفريط من المزكين.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 271

وقال القاضي: الضمان على الحاكم وهذا الذي ذكره السامري لأنه فرط في الحكم بمن لا يجوز الحكم بشهادته.

وقال أبو الخطاب الضمان على الشهود لأنهم فوئوا الحق على مستحقه بشهادتهم التباطة كما لو رجعوا (فإن لم يكن ثم تزكية فعلى الحاكم) لأن التلف حصل بفعله أو بأمره فلزمه الضمان لتفريطه وكذا إن كان مزكون فماتوا ذكره في «الكافي» و«الرعاية» ولا قود لأنه مخطيء، وتجب الدية في بيت المال وعنه على عاقلته.

فإن قيل: إذا كان الولي قد استوفى حقه فينصب الضمان عليه كما لو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق الشهود.

(10/327)

قلنا ثم حصل في يد المستوفي مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه ردهُ وضمانه إن تلف وهنا لم يحصل في يده شيء، وإنما أتلّف شيئاً بخطأ الإمام وتسليطه عليه فافترقا (وعنه لا ينقض إذا كانا فاسقين) لأن شرط الحكم أن لا يظهر للقاضي فسق الشهود وذلك موجود والكفر لا يخفى غالباً. والأول أولى لأنهما لم يعترفا ببطلان شهادتهما لكن تبين فقد شرط الحكم فوجب أن يقضي بنقضه كما لو تبين أنه حكم بالقياس وهو مخالف للنص. وإن ظهر عبيداً أو ولداً أو والداً أو وعدواً. فإن كان الذي حكم يرى الحكم به لم ينقض لأنه لم يخالف نصاً ولا إجماعاً ولا ينقض.

فرع: إذا جلد الإمام إنساناً بيّنة قامت عنده ثم بان فسقهم أو كفرهم أو أنهم عبيد ضمن الإمام ما حصل بسبب الضرب كما لو قطع أو قتل وهو قول الشافعي

وقال مالك: يضمن في الكفر والرق.
وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه. (وإن شهدوا عند الحاكم بحقه ثم ماتوا حكم
بشهادتهم) لأن الموت لا يؤثر في الشهادة ولا يدل على الكذب فيها ولا يحتمل
أن يكون موجوداً حال أداء الشهادة بخلاف الفسق فإنه يحتمل ذلك وكذا إن
جنوا (إذا ثبتت عدالتهم) لحصول الثقة للحاكم بقول الشاهد، وذلك موجود مع
الموت كالحياة (وإذا علم الحاكم بشاهد الزور) بإقراره أو علم كذبه وتعمده.
وفي «الكافي» ثبت بأحد أمور ثلاثة أن يقر بذلك أو تقوم البينة به أو يشهد
بما قطع بكذبه (عزرة) في قول أكثر العلماء ورواه سعيد عن عمر ولم يعرف
له مخالف ولأنه قول محرم يضرب به الناس أشبه النسب والقذف ولأن في ذلك
زجراً له ولغيره عن ارتكاب مثل فعله وظاهره ولوتاب وهو وجه ذكره القاضي
في «خلافه».
والثاني لاتعزير وهما في كل تائب بعد وجوب التعزير وتعزيره بما يراه الحاكم
نقله حنبل مالم يخالف نصاً.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 271
وفي «المعني» أومعنى نص قال ابن عقيل وغيره: وأن يجمع بين عقوبات إن
لم يرتدع إلابه.

(10/328)

وقال في «الشرح» لا يزيد على عشر جلدات ونقل مهنا كراهة تسويد
الوجه (وطاف به في المواضع التي يشتهر فيها) ليشتهر أمره فيجتنب (فيقال:
إنا وجدنا هذا شاهد زور فاجتنبوه) ليحصل إعلام الناس بذلك فإذا تاب قبلت
شهادته كسائر التائبين ولا يعزر بتعارض البينة ولا بغلطة في شهادته أو رجوعه
ذكره في «المعني» لأن التعارض لا يعلم به كذب إحدى البيتين بعينها والغلط
قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فعفي عنه. وكذا إذا ظهر فسقه لأن
الفسق لا يمنع الصدق.
وفي «الترغيب» إن ادعى شهود القود الخطأ عزروا (ولا تقبل الشهادة إلا بلفظ
الشهادة) ذكره في «المحرر» و«الوجيز» وقدمه في «الفروع».
قال في «الشرح» ولا أعلم فيه خلافاً لأن الشهادة مَصْدَرٌ فلا بد من الإتيان
بفعلها المشتق منها؛ ولأن فيها معنى لا يحصل في غيرها بدليل أنها تستعمل في
اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها (فإن قال أعلم أو أحق لم يحكم به) لأن الحكم
يعتمد لفظ الشهادة ولم يوجد.
والثانية: يقبل اختارها أبو الخطاب و الشيخ تقي الدين قال ولا نعلم عن صحابي
ولاتباعي لفظ الشهادة.
وقال علي بن المديني: أقول إن العشرة في الجنة ولا أشهد فقال له أحمد متى
قلت فقد شهدت.
ونقل الميموني عنه أنه قال: وهل معنى القول والشهادة إلا واحد.
ونقل أبو طالب عنه أنه قال: العلم شهادة.
فرع: لا يلزمه أن يشهد أن الدين باق في ذمته إلى الآن بل يحكم الحاكم
باستصحاب الحال والله أعلم.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 271

باب اليمين في الدعاوى
اليمين تقطع الخصومة في الحال وَلَا تَسْقُطُ الْحَقَّ وَتَصِحُّ بِمِيقَاتِهِ كُلِّ مَكْلَفٍ مُخْتَارٍ
تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ دَعْوَى صَحِيحَةٌ فِيمَا يَصِحُّ بِذَلِكَ. وَمَنْ أَنْكَرَ بَلْوَعَهُ بَعْدَ إِقْرَارِهِ
أَوْادِعَاهُ لِتَسْعِ سِنِينَ صُدِّقَ بِالْيَمِينِ. فَإِذَا بَلَغَ حَلْفَ وَقِيلَ إِنَّ ادْعَاءَهُ بِالسِّنِّ احْتِجَابٌ
بَيْنَهُ فَلَا يَحْلِفُهُ. وَلَا يَحْلِفُ وَصِي عَلَى نَفْسِ الدِّينِ عَلَى الْمُوصِيِّ.

(10/329)

قال ابن حمدان: بل على نفي لزومه من التركة إلى المدعي ولا شاهد على
صدقه إلا المرضعة ولا حاكم على حكمه أو نفيه أو عدله أو نفي جوره وظلمه
ولوم عزولاً ولا المدعي إذا طلب يمين خصمه فقال: ليحلف أنه ما أحلفني وقيل
بل يحلف المدعي أنه لم يحلفه فإن أبى حلف المدعي عليه يمين الرد
ولا المدعي عليه إذا قال المدعي ليحلف أنه ما أحلفني ولا من حكم له بشيء
فقال خصمه: إنه لا يستحقه وإن ادعى الوصي أن الميت وصى للفقراء بشيء
فأنكره الورثة ونكلوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا أو يقرروا وقيل يحكم بذلك
ولا يحلف الوصي.

وإن رأى الحاكم في دفتره ديناً على رجل لميت لا وارث له ولم يحلف حسب
حتى يحلف أو يقر ولا يحلف الحاكم في الأصح. (وهي مشروعة في حق المنكر
في كل حقٍّ لأدمي) في رواية اختارها المؤلف وجزم بها أبو محمد الجوزي
وقدمها ابن رزبن وذكر في «الشرح» أنها أولى. لقوله عليه السلام: «لو يعطى
الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعي
عليه». فجعل اليمين على المدعي عليه بعد ذكر الدماء وذلك ظاهر في أن
الدعوى بالدم تشرع فيها اليمين وسائر الحقوق إما مثله أو دونه فوجب
مشروعية اليمين في ذلك كله لعموم الأخبار ولأنها دعوى صحيحة في حق
أدمي كدعوى المال.

(10/330)

وظاهر المذهب: أنها تشرع في كل حق أدمي غير العشرة المستثناة، وسيأتي
لأنه إما مال أو ما يقصد منه المال ولا خلاف بين العلماء في مشروعية اليمين
في ذلك إذا لم تكن للمدعي بينة (قال أبو بكر إلفي النكاح) والطلاق فإنه
لا يستحلف فيهما قال: وهو الغالب على قول أبي عبد الله لأن أمرهما أشد
ولا يدخلهما البذل (وقال أبو الخطاب إلفي تسعة أشياء النكاح والطلاق والرجعة
والرق والولاء والإستيلاء والنسب والقذف والقصاص) قدمه في «المحرر»
وجزم به في «الوجيز» والأدمي وزادوا الإيلاء لأن ذلك لا يثبت لإلشاهدين
فلا تشرع فيها اليمين كالحدود (قال القاضي: في الطلاق والقصاص والقذف
روايتان) لأنه بالنظر إلى تأكيدها ينبغي ألا تشرع اليمين فيها، وبالنظر إلى حق
أدمي فتشرع فيها (وسائر الستة) أي جميعها (لا يستحلف فيها رواية واحدة)
لتأكيدها وعدم مساواة غيرها لها وعنه يستحلف إلفي طلاق وإيلاء وقود قذف.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 282
وعنه يستحلف فيما يقضى فيه بالنكول. وفي «الجامع الصغير» ما لا يجوز بذله

وهو ماثبت بشاهدين لا يستحلف فيه. وفسر القاضي الاستيلاء بأن يدعي استيلاء أمة فينكره وقال الشيخ نقي الدين: هي المدعية. وذكر القاضي و السامري: أن الوصية إليه والوكالة لا يستحلف فيهما. وقال ابن أبي موسى: لا يستحلف في إيلاء ولا فيه. قال السامري لأنهما من حقوق الله تعالى لأن حكمهما وجوب الكفارة إذا ادعى على الرجل فإن ادعاهما الرجل فلا يمين على المرأة لأنه إقرار على نفسه لادعوى على غيره (وقال الخرقى لا يحلف في القصاص) لأنه يُدْرَأُ بالشبهة (ولا المرأة إذا أنكرت النكاح) لأنه لا يصح بدلها (وتحلف إذا ادعت انقضاء عدتها) لمافيه من الاحتياط لبضعها وإذا احلفناه في ذلك قضينا فيه بالنكول لإلافي قود النفس خاصة. قال أحمد في رواية الكوسج في رجل ادعى على آخر أنه قذفه فأنكر: يحلف له فإن نكل أقيم عليه.

(10/331)

قال أبوبكر: هذا قول قديم والمذهب خلافه وعنه لا يقضى بالقود فيما دون النفس. قال ابن حمدان: وهي أصح وعنه لا يقضى بالنكول لإلافي الأموال خاصة قدمه في «الكافي» ومتى لم يثبت القود بنكوله فهل يلزم الناكل الدية؟ على روايتين نص عليهما في القسامة وكل ناكل. قلنا لا يقضى عليه فهل يخلى سبيله أو يحبس حتى يقر أو يحلف؟ على وجهين: أصلهما إذا نكلت الزوجة عن اللعان وفي رد اليمين خلاف سبق. فإن قلنا برد اليمين فتعذر ردّها قضى بالنكول على الأصح وقيل بل يحلف ولي صغير ومجنون. وقيل إن باشر ما ادعاه. وقيل بل يحلف إذا زال المانع ولا يقضى بالنكول قبل ذلك (وإذا أنكر المولى مضي الأربعة الأشهر حلف) لأنه إذا لم يحلف أدى ذلك إلى تضرر المرأة وهو منتف شرعاً (وإذا أقام العبد شاهداً بعثقه حلف معه) لأن عتقه نقل ملك أشبه البيع (ولا يستحلف في حقوق الله تعالى كالحدود والعبادات) أما الحدود فلأنعلم فيها خلافاً لأنه لو أقر ثم رجع عن إقراره قبل منه من غير يمين وخلي فلئن لا يستحلف مع الإقرار أولى. وأما الحقوق المالية كدعوى الساعي على الزكاة على رب المال، فقال أحمد: القول قول رب المال بغير يمين كالحدود وكالصلاة.

(10/332)

وكذا لو ادعى عليه كفارة يمين أوظهار أو نذر أو صدقة قبل قوله في نفي ذلك بغير يمين لأنه لاحق للمدعي فيه ولا ولاية له عليه كما لو ادعى عليه حقاً بغير إذن ولا ولاية له عليه فإن تضمنت دعواه حقاً له مثل أن يدعي سرقة ماله أو الزنى بجاريته ليأخذ مهرها سمعت دعواه وتجب اليمين مع الإنكار وعدم البينة ويقضى بالنكول في المغرم (ويجوز الحكم في المال وما يقصد به المال بشاهد ويمين المدعي) تقدم في باب المشهود به (ولا تقبل فيه شهادة امرأتين) وقدمه في «المحرر» و«الرعاية» وتصره في «الشرح» لأن شهادة النساء

ناقصة وإنما انجبرت بانضمام ذكر إليهن (ويحتمل أن تقبل) هذا وجه لأن
المرأتين في المال تقومان مقام رجل ويبتل ذلك بشهادة أربع نسوة فإنه
لا يقبل إجماعاً (ولا يقبل في النكاح والرّجعة وسائر ما لا يستحلف فيه شاهد
ويمين المدعي) وقد سبق ذكر ذلك (ومن حلف على فعل نفسه) مثل أن
يدعي مائة على شخص ويقيم شاهداً ويريد أن يحلف معه (أودعوى عليه) مثل
أن يدعي عليه مائة فيقول: ما يستحق علي شيئاً (حلف على البت) ذكره معظم
الأصحاب لأن النبي استحلف رجلاً فقال: «قل والله الذي لا إله إلا هو ماله عليك
حق» (وإن حلف على النفي حلف على نفي علمه) وفي «المحرّر» و«الوجيز»
و«الفروع» يحلف في إثبات ونفي على البت إلا لنفي فعل غيره.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 282

ونقل الجماعة: أونفي دعوى على غيره فيكفيه نفي العلم. (ومن حلف على
فعل غيره) مثل أن يدعي أن غيره غصبه ثوبه (أودعوى عليه في الإثبات حلف
على البت) اختاره ابن أبي موسى وقدمه في «الرعاية» ونصره في «الشرح».
لحديث الحضرمي ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضي غصبتها أبوه رواه
أبوداود ولأنه لا يمكنه الإحاطة بفعل غيره بخلاف فعل نفسه وكالشهادة فإنها
تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود.

(10/333)

وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الأملأ والأنساب. وعلى نفي العلم
فيما لا يمكن الإحاطة بانتفائه كالشهادة على أنه لا وارث له إلا فلان وفلان.
وعنه: يمين النفي على نفي العلم في كل شيء، وعنه وغيرها على العلم
اختاره أبوبكر. واحتج بالخبر الذي ذكره أحمد عن الشيباني عن القاسم ابن
عبدالرحمن مرفوعاً لاتضطروا الناس في أيمانهم أن يحلفوا على ما لا يعلمون.
وفي «مختصر ابن رزين» يمينه بت على فعله ونفي على فعل غيره. وعنده
كأجنبي في حلفه على البت. وأما بهيمته فما ينسب إلى تفريط وتقصير فعلى
البت والإفعل على نفي العلم ذكره في «الرعاية» و«الفروع» (ومن توجهت عليه
يمين لجماعة فقال: أحلف لهم يميناً واحدة فرضوا جاز) ذكره أكثر الأصحاب
لأن الحق لهم ولا يلزم أن يكون لكل واحد بعض اليمين كما أن الحقوق إذا
قامت بها البيئة الواحدة لا يكون لكل حق بعض البيئته.
وقال القاضي: ويحتمل أن لا يصح لأن اليمين حجة في حق الواحد فإذا رضي
بها اثنان صارت الحجة في حق كل واحد منهما ناقصة والحجة الناقصة لا تكمل
برضى الخصم كما لورضي أن يحكم بشاهد واحد (وإن أبوا حلف لكل واحد
يميناً) بغير خلافٍ نعلمه لأنه منكر لكل واحد منهم.
وحكي الإصطخري أن إسماعيل بن إسحاق القاضي حلف رجلاً بحق لرجلين
يميناً واحدة فخطأه أهل عصره.
فرع: إذا توكل لجماعة في دعوى واحدة في حقوق صح دعواه بالكل دفعة
واحدة. وهل تكفي يمين للكل أو أيمان؟ فيه وجهان.
ومن ادعى على زيد شيئاً بدعوى في مجلس واحد فلكل دعوى يمين وقيل
و ضدّه.

وإن ادعى الكل دعوى واحدة فيمين واحدة.

وإن ادعى رب الماشية أنه كان باعها في حولها ثم اشتراها وأخرج الفرض إلى

ساعٍ آخر فهل يحلفُ وُجُوباً أو استحباباً؟ على وجهين.
فإنَّ وجب فنكل حكم عليه بالحق. فإن تبين فلا وكذا الجراح.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 282
فصل

(10/334)

{واليمين المشروعة هي اليمين بالله تعالى} لقوله تعالى: {وأقسموا بالله {
(الأنعام:109) {فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله} (النور:6) والأخبار وهذا
قول عامة العلماء (وإن رأى الحاكم تغليظها بلفظ أو زمن أو مكان جاز) ولم
يستحب ذكره في «المحرر» و«المستوعب» و«الوجيز» لأنه أردع للمنكر
وقيل يكره قدمه في «الرعاية» في غير لعان وقسامة.
وعنه: لا يجوز ذكرها في التبصرة اختاره أبو بكر و الحلواني لعدم وروده. ونصر
القاضي و أبو الخطاب قال: وأوماً إليه أحمد أنها تغلظ لأنها حجة أحدهما فوجب
موضع الدعوى كالبيئة.
وعنه: يستحب وذكره الخرقى في أهل الذمة (ففي اللفظ يقول: (والله الذي
لا إله غيره، عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، الطالب الغالب، الضار
النافع، الذي يعلم خائنة الأعين وماتخفي الصدور).
الطالب اسم فاعل من طلب الشيء أي قصده والغالب اسم فاعل من غلب
يغلب بمعنى قهر. والضر النافع من الأسماء الحسنى أي هو قادرٌ على ضر من
شاء ونفع من شاء.
وخائنة الأعين فسر بأنه يضم في نفسه شيئاً ويكف لسانه ويومئ بعينه، فإذا
ظهر ذلك سميت خائنة الأعين ولم يذكر الحلف بالمصحف قال ابن المنذر
لأعلم أحداً أوجب اليمين على المصحف.
وقال الشافعي: رأيتهم يؤكدون اليمين بالمصحف ورأيت ابن مازن قاضي
صنعاء يغلظ اليمين به قال أصحابه فيغلظ عليهم بإحضار المصحف.

(10/335)

قال ابن المنذر لا تترك سنة النبي لفعل ابن مازن ولا غيره (واليهودي يقول:
والله الذي أنزل التوراة على موسى وخلق له البحر وأنجاه من فرعون وملئه)
لماروى أبو هريرة أن النبي قال لليهود: «نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على
موسى ماتجدون في التوراة على من زنى» رواه أبو داود (والنصراني يقول
والله الذي أنزل الإنجيل على عيسى وجعله يحيي الموتى ويبرىء الأكمه
والأبرص) لأنه لفظ تتأكد به يمينه أشبه اليهودي وظاهره أنها تغلظ في حق كل
نصراني بذلك وفيه إشكال لأن منهم من لا يعتقد أن عيسى رسول الله وإنما
يعتقدونه إبناً لله، تعالى الله عن ذلك، فتغليظ اليمين بما ذكر يؤدي إلى خروج
اليمين عن أن تكون يميناً فضلاً عن أن تكون مغلظة (والمجوسي يقول: والله
الذي خلقني ورزقني وصورني) لأنه يعظم خالقه ورازقه أشبه كلمة التوحيد
عند المسلم وذكر ابن أبي موسى أنه يحلف مع ذلك بما يعظمه من الأنوار
وغيرها والوثني كالمجوسي قدمه في «الرعاية» و غيرها. وذكر في «الشرح»

وهو الأشهر أنه يحلف هو ومن يعبد غير الله بالله وحده (والزمان: يحلفه بعد العصر) لقوله تعالى {تحسبونهم من بعد الصلاة} (المائدة: 106) قيل المراد صلاة العصر (أوبين الأذنين)، أي بين الأذان والإقامة لأنه وقت ترجى فيه إجابة الدعاء فترجى فيه معالجة الكاذب (والمكان: يحلفه بمكة بين الركن والمقام) لأنه مقام شريف زائد على غيره في الفضيلة (وفي الصخرة بيت المقدس) وقد ورد في سنن ابن ماجه أن النبي قال: «هي من الجنة (وفي سائر البلدان) كمدينة النبي (عند المنبر) قياساً على الخبر الوارد في منبر النبي» رواه الشافعي و أحمد من حديث جابر أن النبي قال «من حلف على منبري هذا يمين أئمة فليتبوا مقعده من النار». رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 289 وفي «الواضح» هل يرقى متلعنان المنبر الجواز وعدمه.

(10/336)

وقيل: إن قل الناس لم يجز الصعود وذكر أبو الفرج: يرقبانه وفي «الإنصار»: قيامه عليه لأنه أبلغ (ويحلف أهل الذمة في المواضع التي يعظمونها) لأن اليمين تغلظ في حقهم زماناً فكذا مكاناً. قال الشعبي لنصراني اذهب إلى البيعة قال كعب بن سور في نصراني اذهبوا به إلى المذبح (ولا تغلظ اليمين إلا فيما له خطر كالجنايات والعنات والطلاق وما تجب فيه الزكاة من المال) قدمه السامري وحزم به في «الكافي» وغيره لأن التغلظ للتأكد وما لا خطر فيه لا يحتاج إلى تأكيد وقيل ما يقطع به السارق لأن قطعه يدل على الاهتمام به والتأكيد يناسبه وقال ابن حزم وتغلظ في القليل والكثير (وإن رأى الحاكم ترك التغلظ فتركه كان مصيباً) لموافقته مطلق النص. وقال في «المستوعب» جاز ولم يكن تاركاً للسنة وترك التغلظ أولى اختاره المؤلف ونصره لطواهر النصوص إلا في موضع ورد الشرع به وضح. لتحليف النبي اليهود بقوله: «نشدتكم بالله الذي لا إله إلا هو» ومن بذل اليمين دون التغلظ لم يمكن ناكلاً حزم به في «المحرر» و«الفروع».

وعلم مما سبق أنه لا يحلف بطلاق ذكره الشيخ تقي الدين وفاقاً و ابن عبد البر إجمالاً.

فرع: إذا ادعى حقاً على معسر عاجز عنه وعن بعضه لم يجز أن يحلف أنه لا يستحق عليه شيئاً ولونوى الساعة نقله الجماعة وسواء خاف حبساً أولاً وجوزة صاحب «الرعاية» بالنبي وهو قول الكرابيسي وأبي ثور. قال في «الفروع» وهو متجه.

(10/337)

فإن علم صاحب الحق بعسرتة لزمه إنظاره. قال في «المستوعب»: «ولا يحل لمن عليه حق وهو قادر عليه منعه إذا التمس منه من يستحق المطالبة به مسائل: الأولى: إذا ادعى جماعة مالا لهم بشاهد أو أقام الورثة شاهداً بدين للميت وغيره وحلفوا استحقوا ومن نكل عنها لم يأخذ شيئاً وإذامات لم يحلف ورثته وإن مات ولم ينكل حلفوا ولو كان في الورثة غائب فحضر أو مجنون فأفاق

حَلَفَ وَأَخَذَ حَقَّهُ وَلَايْحَتَا إِلَى إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ وَقِيلَ إِنْ كَانَ الْمُخْلَفُ دَارًا فَحَلَفَ أَحَدُهُمْ أَشْتَرَكُوا فِيهَا أَخَذَهُ فَلَوْ وَصَى لِثَنَيْنٍ مَعَ شَاهِدٍ وَالْآخِرُ مَجْنُونٌ أَوْ غَائِبٌ ثُمَّ زَالَ الْمَانِعُ أُعِيدَتِ الشَّهَادَةُ مَعَ يَمِينِهِ وَلَا تَجْزِيءُ يَمِينُ قَبْلِ الشَّهَادَةِ وَالتَّرْكِيَّةُ الثَّانِيَةُ إِذَا كَانَ لِمَيِّتٍ دِينَ بِشَاهِدٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَلَمْ يَحْلِفِ الْوَارِثُ مَعَ الشَّاهِدِ فَهَلْ لِلغَرِيمِ أَنْ يَحْلِفَ؟ قَالَ ابْنُ حَمْدَانَ: يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ وَالْأَصْحَحُ إِنْ قَلْنَا التَّرْكَةَ لِلْوَارِثِ وَتُوفِيَ مِنْ حَيْثُ شَاءَ لَمْ يَحْلِفِ الْغَرِيمُ وَإِنْ قَلْنَا لِاتْتَقِلَ التَّرْكَةَ إِلَيْهِ قَبْلَ الْوَفَاءِ حَلَفَ الْغَرِيمُ أَنِّي أَسْتَحِقُّ مِنْ دِينِي عَلَى الْمَيِّتِ أَوْ أَنَّ عَلَيْهِ دِينَ كَذَا الثَّلَاثَةُ إِذَا ادَّعَى الْإِمَامُ أَوْ نَائِبَهُ حَقًّا لِبَيْتِ الْمَالِ وَادَّعَى وَكَيْلَ الْفُقَرَاءِ حَقًّا لَهُمْ مِنْ وَصِيَّةٍ وَنَحْوِهَا أَوْ ادَّعَى نَازِرًا وَقَفِيٍّ أَوْ قِيمَ مَسْجِدٍ حَقًّا لَهُمَا فَأَنْكَرَهُمَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَلَمْ يَحْلِفِ قَضِيَ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ وَأَخَذَ مِنْهُ الْمُدَّعَى بِهِ وَقِيلَ يَحْبِسُ حَتَّى يَقْرَأَ وَيَحْلِفَ. وَقِيلَ بَلْ يَحْلِفُ الْمُدَّعَى وَيَأْخُذُ مَا ادَّعَاهُ.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 289

وقال ابن حمدان ولا يحلف إمام ولا حاكم وإن قلنا بحلف أحدهم فأقام شاهداً بماداعاه حلف لإتمام البيّنة.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 289

(10/338)

كِتَابُ الْإِقْرَارِ

الإقرار الاعتراف. وهو إظهار الحق لفظاً وقيل: تصديق المدعى حقيقة أو تقديراً.

وشرعاً إظهار المكلف الرشيد المختار ما عليه لفظاً أو كتابة في الأقيس أو إشارة أو على موكله أو موروثه أو موليه بما يمكن صدقه فيه وليس بإنشاء. وهو ثابت بالإجماع. وسنده قوله تعالى: {وَإِذَا أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الْبَنِيّينَ} الآية (آل عمران: 81) {وآخرون اعترفوا بذنوبهم} . (التوبة: 102) و{ألست بربكم قالوا بلى} (الاعراف: 172).

ورجم النبي ما عزاً والغامديّة به. وقال لأنيس: «أغد على امرأة هذا فإن اعترفت فأرجمها» ولأنه إخبار على وجه تنتفي عنه التهمة والريبة. ولهذا كان أكد من الشهادة فإن المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإن كذب المدعى بيّنته لم تسمع. فلو كذب المقر ثم صدقه سمع. يصح الإقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه كذا في «الوجيز» أي يصح بما يتصور منه التزامه كحق آدمي وحق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كزكاة وكفارة بشرط كونه بيده وولايته واختصاصه لأم معلوماً ولما هو في ملكه حين الإقرار به على الأشهر ولما يستحيل منه وللمن لا يصح أن يثبت ذلك له بحال.

وأما إقراره على ما في يد غيره وتصرفه شرعاً فدعوى أو شهادة فإذا صارت بيده وتصرفه شرعاً لزمه حكم إقراره ويصح مع إضافة الملك إليه كداري على الأصح (فأما الصبي المجنون فلا يصح إقرارهما) لقوله عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاث» الخبر وكذا حكم المبرسم والمغمى عليه بغير خلاف نعلمه ولأنه التزام حق بالقول فلم يصح منهم كالبيع وهذا إذا كان الجنون مطبقاً فإن كان غير مطبق فيصح إقراره في إفاقته (إلا أن يكون الصبي مأذوناً له في البيع والشراء فيصح إقراره في قدر ما أذن له فيه) كالبالغ، نص عليه في رواية مهنا

ذكره في «المستوعب» و«المحرر» وصححه في «الكافي» وقدمه في «الفروع» كعبدٍ قبل حجر سيده عليه وذكره في «الرعاية» وزاد مع اختلاف الدين واتفاقه وقيل يصح في الشيء اليسير.

(10/339)

ومنع في «الانتصار» عدم صحته ثم سلم لعدم مصلحته فيه وكذا الدعوى وإقامة البيئة والتحليف ونحوه. وأطلق في الروضة صحة إقرار مميز. وقال ابن عقيل في إقراره روايتان. إحداهما يصح إذا أقر في قدر إذنه. والثانية لا يصح حتى يبلغ لعموم الخبر وكالطفل وحملها القاضي على غير المأذون.

قال الأزجي: هو حمل بلا دليل (دون مازاد) لأن مقتضى الدليل عدم صحة إقراره ترك العمل به فيما أذن له فيه فيبقى ما عداه على مقتضاه تنبيه: إذا أقر من شك في بلوغه فأنكره صدق بلايمين قال الشيخان لحكمنا بعدم يمينه أي بعدم يمين الصبي. ولو ادعاه بالسن قبل بيئته.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 294

وفي «الترغيب» يصدق صبي ادعى البلوغ بلايمين.

وإن قال أنا صبي لم يحلف وينتظر بلوغه وفي «عيون المسائل» يصدق في سن يبلغ في مثله وهو تسع سنين ويلزمه بهذا البلوغ ما أقر به قال: وعلى قياسه الجارية فإن ادعى أنه أنبت بعلاج أو دواء لابلوغ لم يقبل، ذكره المؤلف في فتاويه.

أما لو قال بعد البلوغ: لم أكن بالغاً وقت الإقرار قبل قوله مع يمينه جزم به في «المغني» و«الشرح» لأن الأصل الصغر والثاني لا يقبل لتعلق الحق بدمته ظاهراً.

ولو ادعى أنه كان زائل العقل لم يقبل لإببئته لأن الأصل السلامة.

(10/340)

وذكر الأزجي يقبل إذا كان عهد منه جنوناً في بعض أوقاته. قال في «الفروع» ويتوجه قبوله ممن غلب عليه (وكذلك العبد المأذون له في التجارة) قياساً عليه، بل هذا أولى لأنه مكلف ولا يحبس به وفي «الموجز» و«التبصرة»: يصح بعد حجر سيده نقل ابن منصور إذا أذن لعبد فأقر جاز وإن حجر عليه وفي يده مال ثم أذن فأقر به صح ذكره الأزجي وصاحب «الترغيب» وغيرهما (ولا يصح أقرار السكران) أي: في حال غير إفاقته نصره في «الشرح» وجزم به في «الوجيز» وغيره لأنه غير عاقل فلم يصح منه كالمجنون ولأنه لا يوثق بصحة قوله (أوبستخرج صحته بناء على إطلاقه) لأن أفعاله تجري مجرى أفعال الصّاحي. وقال في «الكافي» السكران بمعصية حكم إقراره حكم طلاقه. قال في «الشرح» أمان زال عقله بسبب مباح فلا يصح إقراره بغير خلاف. (ولا يصح إقرار المكره). لقوله عليه السلام: «رفع عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح منه كالبيع. فعلى هذا: تحرم الشهادة عليه وكتب حجة قاله في «النكت» (إلا أن يقرب بغير

مَا أَكْرَهَ عَلَيْهِ مِثْلَ أَنْ يَكْرَهَ عَلَى الْإِقْرَارِ لِإِنْسَانٍ فَيَقْرَ لغيره أَوْ عَلَى الْإِقْرَارِ بِطَلَاقٍ فَيَقْرَ بِطَلَاقٍ غَيْرِهَا أَوْ عَلَى الْإِقْرَارِ بِدَيْنَانِيرٍ فَيَقْرَ بِدِرَاهِمٍ (فِيصَحُّ) إِقْرَارُهُ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بِمَالِهِ بِكَرِهٍ عَلَيْهِ فَصَحُّ مِنْهُ كَمَا لَوْ أَقْرَبَهُ بِإِبْتِدَاءٍ وَذَكَرَ فِي «الرَّعَايَةِ» أَنَّهُ إِذَا أَكْرَهَ أَنْ يَقْرَ بِأَلْفٍ فَأَقْرَبُ بِبَعْضِهَا لَمْ يَصِحَّ فَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ مَكْرَهًا لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ لِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامُ لَكِنْ إِنْ ثَبِتَ أَنَّهُ مَقِيدٌ أَوْ مَحْبُوسٌ أَوْ مُوَكَّلٌ بِهِ أَوْ هَدَدٌ قَادِرٌ قَبْلَ مَعْ يَمِينِهِ لِأَنَّ هَذَا دَلَالَةٌ الْإِكْرَاهِ. قَالَ الْأَزْجِيُّ لَوْ أَقَامَ بَيْنَهُ بِأَمَارَةِ الْإِكْرَاهِ اسْتِفَادَ بِهَا أَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ فَيَحْلِفُ وَيَقْبَلُ قَوْلَهُ وَلَمْ يَرْتَضِهِ فِي «الْفُرُوعِ».

فَرَعٌ تُقَدَّمُ بَيْنَهُ الْإِكْرَاهُ عَلَى الطَّوَاعِيَةِ.

(10/341)

وَقِيلَ: يَتَعَارَضَانِ، وَتَبْقَى الطَّوَاعِيَةُ، فَلَا يَقْضِي بِهَا، وَلَوْ قَالَ مِنْ ظَاهِرِهِ الْإِكْرَاهُ: عَلِمْتَ لَوْلَمْ أَقْرَبُ أَيضًا أَطْلَقْتَ، فَلَمْ أَكُنْ مَكْرَهًا، لَمْ يَصِحَّ، لِأَنَّهُ ظَنُّ مِنْهُ، فَلَا يَتَعَارَضُ يَقِينُ الْإِكْرَاهِ. (وَإِنْ أَكْرَهَ عَلَى وَزْنِ ثَمَنِ، فَبَاعَ دَارَهُ فِي ذَلِكَ، صَحُّ) وَكَرِهَ شِرَاؤُهُ نَصَّ عَلَيْهِ، قَدَمَهُ فِي «الْمَحْرَرِ» وَ«الرَّعَايَةِ» وَجَزَمَ بِهِ فِي «الشَّرْحِ» وَ«الْوَجِيزِ» لِأَنَّهُ لَمْ يَكْرَهْ عَلَى الْبَيْعِ، أَشْبَهَ مَا لَوْلَمْ يَكْرَهْ أَصْلًا. وَالثَّانِيَةُ: لَا يَصِحُّ لَمَّا سَبَقَ.

رَقْمُ الْجُزْءِ: 10 رَقْمُ الصَّفْحَةِ: 294

مَسْأَلَةٌ: إِذَا أَقْرَبَ بِغَيْرِ حَدِّ خَالِصٍ لِلَّهِ، ثُمَّ رَجَعَ عَنِ إِقْرَارِهِ، لَمْ يَقْبَلْ، ذَكَرَهُ فِي «الْكَافِي» وَ«الشَّرْحِ» زَادَ: وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا، لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَبِتَ لغيره فَلَمْ يَقْبَلْ رَجُوعَهُ عَنْهُ، وَقَدَّمَ أَبُو بَكْرٍ فِي «التَّنْبِيهِ»: إِنْ مِنْ أَقْرَبَ بِمَالٍ أَوْحَدٍ أَنَّهُ يَقْبَلُ رَجُوعَهُ. قَالَ السَّامِرِيُّ: لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هَذَا مَذْهَبًا، وَلَيْسَ لَهُ وَجْهٌ، وَهُوَ مُسْلِمٌ فِي الْأَوَّلِ لِالثَّانِي، وَإِنْ أَقْرَبَ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ بِمَالٍ، لَمْ يَلُومُهُ فِي حَالِ حَجْرِهِ، تَقَدَّمَ فِي بَابِهِ (وَأَمَّا الْمَرِيضُ مَرَضَ الْمَوْتِ الْمَخُوفِ، فَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِغَيْرِ الْمَالِ) لِعَدَمِ التَّهْمَةِ (وَإِنْ أَقْرَبَ بِمَالٍ لِمَنْ لَا يَرِثُهُ، صَحُّ فِي أَصْحَابِ الرَّوَابِئِينَ) كَذَا صَحَّحَهُ فِي «الْمَحْرَرِ» وَفِي «الْكَافِي» أَنَّهُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، وَنَصَرَهُ فِي «الشَّرْحِ» لِأَنَّهُ غَيْرُ مَتَّهَمٍ فِي حَقِّهِ بِخِلَافِ الْوَارِثِ، وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِهِمْ. وَذَكَرَ ابْنُ الْمُنْذَرِ أَنَّهُ إِجْمَاعٌ مِنْ يَحْفَظُ عَنْهُ، فَهُوَ كَالْإِقْرَارِ فِي الصَّحَّةِ. (وَالْآخَرَى لَا يَصِحُّ بِزِيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ) لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ عَطِيَّةِ ذَلِكَ لِلْأَجْنَبِيِّ بِخِلَافِ الثَّلَاثِ فَمَا دُونَ.

(10/342)

وَعَنْهُ: لَا يَصِحُّ مُطْلَقًا، ذَكَرَهَا فِي «الْكَافِي» وَ«الشَّرْحِ» كَالْإِقْرَارِ لَوَارِثِ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْوَرِثَةِ تَعَلَّقَ بِمَالِهِ، أَشْبَهَ الْمَفْلِسَ (وَالْيَاخِصَ الْمَقْرَّ لَهُ غَرْمَاءَ الصَّحَّةِ) قَالَ الْقَاضِي: هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ وَصَحَّحَهُ السَّامِرِيُّ، سِوَاءَ أَخْبَرَ بِلِزُومِهِ قَبْلَ الْمَرَضِ أَوْ بَعْدَهُ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بَعْدَ تَعَلُّقِ الْحَقِّ بِتَرْكِهِ، كَمَا لَوْ أَقْرَبَ بَعْدَ الْفِلْسِ (وَقَالَ أَبُو الْحَسَنِ وَ الْقَاضِي): وَهُوَ ظَاهِرُ الْخُرْقِيِّ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ أَحْمَدَ (بِحَاصِّهِمْ) إِذْ لَمْ يَكُنْ فِي التَّرَكَةِ وَفَاءً لِلْجَمِيعِ، لِأَنَّهُمَا حَقَانٌ يَجِبُ قَضَاؤُهُمَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، فَتَسَاوَيْتَا كَدَيْنِ الصَّحَّةِ وَكَمَا لَوْ تَبَيَّنَا بِالْبَيِّنَةِ.

وعلى الثانية التي تقول: لاتصح بزيادة على الثلث: لايخاص، فإن أقر لهما جميعاً في المرض تساوياً لأنهما تساوياً في الحال كغريمي الصحة. فرع: إذا أقر المريض بعين ثم بدين أو عكسه فرب العين أحق. وفي الثانية: احتمال في نهاية الأزجي كإقراره بدين، فإن أقر بعين، لزمه في حقه، ولم ينفرد بها المقر له حتى يستوفي الغرماء في الأشهر (وإن أقر لوارث لم يقبل إلا بيّنة) نص عليه، قال جماعة: أو أجاز به بقية الورثة، وظاهر نصه لا، وهو ظاهر «الانتصار». والأول أولى لأنه إيصال المال إلى وارثه بقوله، فلم يصح كالهبة والوصية بخلاف ما إذا كان له بيّنة أو أجاز الوارث لعدم التهمة. واختار بعضهم: يصح إذا لم يتهم كمن له بنت وابن عم، فأقر لابنته لم يقبل، وإن أقر لابن عمه قبل. وجوابه: أن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها، فوجب اعتبارها بمظنتها وهُو الإرث. وعنه: يصح مطلقاً، وقالة أبو الحسن وعطاء وإسحاق، لأن من صح الإقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 294

(10/343)

وعلى الأول (إلا أن يقر لامرأته بمهر مثلها، فيصح) نص عليه بالزوجة لا بإقراره، وجزم به في «الكافي» و«الشرح» و«الوجيز» وقدمه في «الفروع» لأنه إقرار بما يحقق سببه، وعلم وجوبه، ولم تعلم البراءة منه. أشبه ما لو اشترى عبداً، فأقر للبايع بثمن مثله. نقل أبو طالب: يكون من الثلث. وفي «التبصرة» و«نهاية الأزجي» و«المغني» و«الترغيب»: يصح بمهر مثلها، فظاهره أنهم جعلوه لها بالإقرار بالزوجة. وعنه: لا يصح وهو قول الشعبي لما تقدم. فلو أقرت أنه لامهر لها عليه، لم يجز إلا أن يقيم بيّنة أنها أخذته منه، نقله مهنا. (وإن أقر لوارث وأجنبي) بمال (فهل يصح في حق الأجنبي؟ على وجهين). أحدهما: يصح، نصره في «الشرح» وقدمه في «الرعاية» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» كما لو أقر بلفظين. والثاني: لا يصح كما لو شهد لابنه وأجنبي بشيء. وفرق في «الشرح» بينهما بأن الإقرار أقوى، ولذلك لا تعتبر فيه العدالة. وقيل: لا يصح إن عزاه إلى سبب واحد. فرع: يصح إقراره بأخذ دين صحّة ومرض من أجنبي في ظاهر كلامه قاله القاضي وأصحابه. وذكر الشريف في «رؤوس المسائل»: إذا أقر المريض باستيفاء ديونه، قبل منه.

وفي «الرعاية»: لا يصح بقبض مهرٍ وخلع بل حوالة ومبيع وقرض، وإن أطلق فوجهان. (وإن أقر لوارث فصار عند الموت غير وارث، لم يصح إقراره، وإن أقر لغير وارث صح، وإن صار وارثاً صح، نص عليه) نصره في «الشرح» وقدمه في «الكافي» وصححه في «الفروع» لأن العبرة بحال الإقرار لا الموت، فيصح في الثانية لا الأولى للتهمة فيها بخلاف الثانية كالشهادة، ولأنه إذا أقر لغير وارث ثبت الإقرار، وصح لوجوده من أهله خالياً عن تهمة، فثبت الحق به، ولم

يوجد مسقط، فلايسقط، وإذا أقر لوارث وقع باطلاً لاقتران التهمة به، فلاينقلب صحيحاً بعد ذلك.

(10/344)

قال في «الفروع»: ومرادهم - والله أعلم - بعدم الصحة لايلزم لا بطلانه لأنهم قاسوه على الوصية (وقيل: إن الاعتبار بحال الموت، فيصح في الأولى، ولايصح في الثانية كالوصية) وهو رواية لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث، فاعتبر فيه حالة الموت كالوصية، والفرق ظاهر، أن الوصية عطية بعد الموت، فاعتبر فيها حالة الموت بخلاف مسألتنا، وأطلق في «الوجيز» الصحة فيهما، وهو غريب، وكذا الحكم إن أعطاه وهو غير وارث ثم صار وارثاً، ذكره في «الترغيب» وغيره (وإن أقر لامرأته بدين، ثم أبانها، ثم تزوجها، لم يصح إقراره) أي إذا مات في مرضه لأنه إقرار لوارث في مرض الموت، أشبه ما لو لم بينها ولأن الاعتبار إما بحال الإقرار، أو بحال الموت والزوجة وارثة في الحالين. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 294

وفي «الرعاية الكبرى»: لو أقر لها بدين، ثم تزوجها ومات، بطل إلا أن يجيزه الروثة.

فرع: إذا أقر مريض بهبة: أنها صدرت منه في صحته لأجنبي صح لأنه وهب وارثاً، وفي «نهاية الأزجي»: يصح لأجنبي كإنشائه، وفيه: لو ارث وجهان أحدهما: لا يصح كالإنشاء.

والثاني: يصح لأنه لو أخبر عن شيء أو صدق فيه، ثبت استحقاق الوارث له لا بد من القبول. وفي «الروضة» و«الانتصار»: لا يصح لوارثه بدين ولا غيره. (وإن أقر المريض بوارث، صح) صحه في «المحرر» و«الشرع» وقدمه في «الرعاية» و«الفروع» لأنه إقرار لغير وارث، فصح كما لو لم يصر وارثاً وعنه: لا يصح لأنه حين الموت وارث، وكما لو أقر لوارث بمال. وجوابه هنا: إقرار بمال من طريق الحكم، وهناك من طريق الصريح والأصول فرقت بين الإقرارين (وإن أقر بطلاق إمرأته في صحته، لم يسقط ميراثها) لأنه منهم، وكما لو طلقها في مرضه.

تنبيه: يصح إقرار المريض بإحبال الأمة لأنه يملك ذلك، فملك الإقرار به.

(10/345)

وكذا كل ماملكه، ملك الإقرار به، فإذا أقر بذلك ثم مات، فإن تبين أنه استولدها في ملكه، فولده حر الأصل، وأمه أم ولد تعتق بموته من رأس المال. وإن قال: من نكاح أوطء شبيهة، عتق الولد، ولم تصر أم ولد له، فإن كان من نكاح فعليه الولاء لأنه مسنن رقب وإن كان من وطء شبيهة، لم تصر أم ولد، وإن لم يبين السبب فالأصل الرقب.

ويحتمل أن تصير أم ولد لأن الظاهر استيلاؤها في ملكه، ولإولاء على الولد لأن الأصل عدمه، فإن كان له وارث قام مقامه في بيان كيفية استيلاؤها.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 294

فصل

(وإن أقر العبد بحدٍّ أو قصاصٍ أو طلاقٍ صح) ذكره الأصحاب، لأن ذلك يستوفي من بدنه، وذلك له دون سيده، لأن السيد لا يملك منه إلا المال. ولقوله عليه السلام: «الطلاق لمن أخذ بالساق» ومن ملك الإنشاء ملك الإقرار به (وأخذ به) في الحال لأن من صح إقراره أخذ به كالحدِّ، وكسفيه ومفلس، وسواء أبق أولاً (إلا أن يقر بقصاص في النفس، فنص أحمد أنه يُتبع به بعد العتق) قدمه في «المحرر» و«الفرع» وجزم به في «الوجيز» وقاله زفر والمزني لأنه يسقط حق السيد به أشبه الإقرار بقتل الخطأ، ولأنه متهم في أنه يقر لمن يعفو على مال، فيستحق رقبته ليتخلص من سيده، وحينئذ يكون طلب الدعوى منه ومن سيده جميعاً (وقال أبو الخطاب) وابن عقيل وهو ظاهر الخرقى (يؤخذ به في الحال) كالأطراف، ولأن إقرار مولاه عليه به لا يصح، فلولم يقبل إقراره لتعطل. وعلى هذا يطلبها منه فقط: وليس للمقر له بالقود العفو على رقبته أو مال.

(10/346)

وقيل: لا يصح إقراره بقود في النفس فمادونها، وقيل: في إقراره بالعقوبات روايتان بالنقل والتخريج. ونصه أنه يصح في غير قتل. (وإن أقر السيد بذلك، لم يقبل) ذكره في «المستوعب» و«المحرر» و«الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لأنه لا يملك منه إلا المال، وقيل: إن أقر عليه بما يوجب القود، وجب المال دون القود لأن المال يتعلق برقبته، وهي مال للسيد، فصح إقراره به كجناية الخطأ اقتصر عليه في «الكافي» (إلا فيما يوجب القصاص) فيقبل (فيما يجب به المال) لأن المال للسيد. واقتضى ذلك أنه لا يقبل في القصاص لأن البدن للعبد لا للسيد.

(وإن أقر العبد غير المأذون له بمال) أو بما يوجبهُ أو مأذون له بما لا يتعلق بالتجارة كقرض وجناية، لم يقبل في الحال لأنه إقرار من محجور عليه في حق غيره (ويتبع به بعد العقد) نص عليه عملاً بإقراره على نفسه كالمفلس (وعنه: يتعلق برقبته) اختاره الخرقى وغيره كجنايته، والأول أصح. والفرق بينهما: أن الجناية فعل، وفعل المحجور عليه معتبر، وما صح إقرار العبد فيه فهو الخصم فيه، وإلا فسيده.

(وإن أقر السيد عليه بمال أو بما يوجب جناية الخطأ قبل) لأن المال حقه، فإذا أقر به وجب قبوله كسائر ماله، وفي «الكافي»: إن أقر بقودٍ وجب المال، ويفدي السيد ما يتعلق بالرقبة لو ثبت بيّنة.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 304

فائدة: المدبر وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالقن.

فرع: إذا أقر مكاتب بجناية تعلقت بذمته ورقبته. وقيل: لا يتعلق إلا بذمته كالمأذون.

وقال السامري إن أقر مكاتب بجناية خطأ لزمته فإن عجز تعلقت برقبته ولا يتعلق ذلك بالسيد رواية واحدة قاله القاضي (وإن أقر العبد بسرقة مال في يده وكذبه السيد قبل إقراره في القطع دون المال) لأن القطع حق له فقبل كما لو أقر بقصاص في طرفٍ وأما المال فهو للسيد فلم يقبل إقرار العبد به كما لو أقر العبد بمالٍ في يده وقيل: لا يقطع لأن ذلك شبهة.

وعلى الأول المنصوص: أنه لا يقطع حتى يعتق ويتبع بالمال بعد العتق ذكره في «المحرر» و«الرعاية». وعنه يتعلق برقبته فيفديه سيده أو يسلمه به لعدم التهمة (وإن أقر السيد لعبده أو العبد) غير مكاتب (لسيده لم يصح) لأن مال العبد لسيده وقيل: يصح إقرارهما بما بيدهما إن قلنا العبد يملك. فرع: إذا أقر عبد برفقه لغير من هو بيده لم يقبل وإن أقر السيد بذلك قبل لأنه في يد السيد لافي يد نفسه (وإن أقر أنه باع عبده من نفسه بألف وأقر العبد به ثبت) لاتفاقهما عليه وتكون كالكتابة (وإن أنكر عتق) لأنه أقر بحرته (ولم تلزمه الألف) لأنه مدع لها ويحلف العبد على الأشهر وإن ادعى أنه باعه أجنبياً فأعتقه فأنكره عتق على سيده وحلف المنكر على الثمن (وإن أقر لعبد غيره بمال صح ويكون لمالكه) لأن السيد هو الجهة التي يصح بها الإقرار فتعين جعل المال له فكان الإقرار لسيده وحينئذ يلزمه بتصديقه ويبطل برده لأن يد العبد كيد سيده (وإن أقر لبهيمه لم يصح) في ظاهر المذهب لأنها لاتملك ولأهلها أهلية الملك. وقيل: يصح كقوله بسببها زاد في المغني وغيره يدفع لمالكها كالإقرار لعبده فيعتبر تصديقه. قال في «الشرح» وإن قال عليّ بسبب هذه البهيمه لم يكن إقرار لأحد لأن من شرطه لصحة الإقرار ذكر المقر له به وإن قال لمالكها. أولزيد عليّ بسببها ألف صح. وفي «الفروع» لو قال لمالكها عليّ بسبب حملها فإن انفصل وادعى أنه بسببه صح وإلا فلا.

فرع: لا يصح الإقرار لدار الإامع السبب وإن أقر لمسجد أو مقبرة أو طريق ونحوه وذكر سبباً صحيحاً لعله وقفه صح وإن أطلق فالأشهر صحته (وإن تزوج مجهولة النسب فأقرت بالرق لم يقبل إقرارها) لأن الحرّية حق لله فلم ترتفع بقول أحد كالإقرار على حق الغير (وعنه: يقبل في نفسها) صحته في «الرعاية» وجزم به في «الوجيز» لانتفاء التهمة كما لو أقرت بمال (ولا يقبل في فسح النكاح ورق الأولاد) لأن ذلك حق للزوج (وإن أولدها بعد الإقرار ولداً كان رقيقاً) لأنه حدث بعد ثبوت رقتها (وإذا أقر بولد أمته أنه ابنه ثم مات ولم يتبين هل أتت به في ملكه أو غيره فهل تصير أم ولد؟ على وجهين). رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 304 أحدهما: - وجزم به في «الوجيز» أنها لاتصير أم ولد له لاحتمال أنها أتت به في غير ملكه. والثاني: بلى لأنه أقر بولدها وهي في ملكه فالظاهر أنه استولدها في ملكه. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 304 فصل (وإذا أقر الرجل بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب أنه ابنه، ثبت نسبه منه)

هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الشَّخْصَ لَا يَلْحَقُ بِهِ مِنْ لَيْسَ مِنْهُ كَمَا لَوْ أَقْرَبَ بِمَالٍ وَلَا بَدَّ أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُمْكِنُ صَدَقَهُ وَأَنْ يَدْفَعَ بِهِ نَسَبًا لِغَيْرِهِ وَلَا يَنَازِعُهُ فِيهِ مَنَازِعٌ.

وَحِينَئِذٍ يَثْبُتُ نَسَبُهُ، زَادَ فِي «الْمَحْرَرِ» وَ«الرَّعَايَةِ» وَ«الْفُرُوعِ» وَلَوْ أَسْقَطَ وَارِثًا مَعْرُوفًا، فَإِذَا بَلَغَ أَوْ عَقَلَ فَأَنْكَرَ، لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ لِأَنَّهُ تَسَبُّ حُكْمُ ثَبُوتِهِ فَلَمْ يَسْقَطْ بَرْدُهُ كَمَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ وَلَوْ طَلَبَ إِخْلَافَهُ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَسْتَحْلَفْ لِأَنَّ الْأَبَ لَوْ عَادَ فَجَحَدَ النَّسَبَ لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ وَقِيلَ: يَسْقَطُ بِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى الرَّجُوعِ عَنْهُ كَالْمَالِ وَالْأَوْلَادِ أَصَحُّ لِأَنَّ النَّسَبَ يَحْتَاطُ لَهُ (وَإِنْ كَانَ مِيتًا وَرَثَهُ) الْمَقْرَرُ نَصْرَهُ فِي «الشَّرْحِ» وَجَزَمَ بِهِ فِي «الرَّعَايَةِ» وَ«الْوَجِيزِ» لِأَنَّ سَبَبَ ثَبُوتِهِ مَعَ الْحَيَاةِ الْإِقْرَارُ وَهُوَ مَوْجُودٌ هُنَا وَقِيلَ: لَا يَرِثُهُ لِلتَّهْمَةِ فِي أَخْذِ مِيرَاثِهِ.

(10/349)

وَفِي «الرَّعَايَةِ»: إِذَا مَاتَ الْمَقْرَرُ وَرَثَهُ الْمَقْرَرُ بِهِ (وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا عَاقِلًا لَمْ يَثْبُتْ حَتَّى يَصْدُقَهُ) لِأَنَّ لَهُ قَوْلًا صَحِيحًا فَاعْتَبِرْ تَصْدِيقَهُ كَمَا لَوْ أَقْرَبَ لَهُ بِمَالٍ. وَحِينَئِذٍ إِذَا صَدَقَهُ ثَبِتَ نَسَبُهُ وَلَوْ كَانَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَقْرَرِ لِأَنَّ تَصْدِيقَهُ يَحْصُلُ اتِّفَاقَهُمَا عَلَى التَّوَارِثِ مِنَ الطَّرْفَيْنِ جَمِيعًا (وَإِنْ كَانَ مِيتًا فَعَلَى وَجْهَيْنِ). أَحَدُهُمَا: يَثْبُتُ نَسَبُهُ وَإِثْرُهُ اخْتَارَهُ الْقَاضِي وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْكَافِي» وَ«الْوَجِيزِ» لِأَنَّهُ لَاقُولَ لَهُ أَشْبَهُ الصَّغِيرِ.

وَالثَّانِي: لَا لِأَنَّ نَسَبَ الْمَكْلَفِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِتَصْدِيقِهِ وَلَمْ يَوْجَدْ. وَأَجَابَ عَنْ هَذَا أَنَّهُ غَيْرُ مَكْلَفٍ وَلَا يَعْتَبَرُ فِي تَصْدِيقِ أَحَدِهِمَا بِالْآخِرِ تَكَرَّرَهُ فِي الْمَنْصُوصِ فَيُشْهَدُ الشَّاهِدَانِ بِنَسَبِهِمَا بِدُونِهِ. فَرَعَ: إِذَا أَقْرَبَ أَبَ أَوْ زَوْجَ أَوْ مَوْلَى اعْتَقَهُ قَبْلَ الشَّرْطِ السَّابِقَةِ وَفِي «الْوَسِيلَةِ» إِذَا قَالَ غَيْرُ بَالِغٍ: هُوَ ابْنِي أَوْ أَبِي فَسَكَتَ الْمَدْعَى عَلَيْهِ ثَبِتَ نَسَبُهُ فِي ظَاهِرِ قَوْلِهِ. فَائِدَةٌ: قَدِمَتْ امْرَأَةٌ مِنْ بِلَادِ الرُّومِ وَمَعَهَا طِفْلٌ فَأَقْرَبَ بِهِ رَجُلٌ لِحَقِّهِ لَوْجُودِ الْإِمْكَانِ وَعَدَمِ الْمَنَازِعِ وَالنَّسَبِ يَحْتَاطُ لِإِثْبَاتِهِ وَلِهَذَا لَوْ وُلِدَتْ امْرَأَةٌ رَجُلًا وَهُوَ غَائِبٌ عَنْهَا بَعْدَ عَشْرِ سِنِينَ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ غَيْبَتِهِ لِحَقِّهِ وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ لَهُ قَدُومَ إِلَيْهَا وَلَا عَرَفَ لَهَا خُرُوجَ مِنْ بِلَادِهَا. (وَمَنْ ثَبِتَ نَسَبُهُ فَجَاءَتْ أُمُّهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمَقْرَرِ فَادْعَتْ الزَّوْجِيَّةَ لَمْ يَثْبُتْ بِذَلِكَ) لِأَنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ وَطْءِ شَبْهَةٍ أَوْ نِكَاحِ فَاسِدٍ وَبَدَخَلُ فِيهِ مَا إِذَا أَقْرَبَ بِنَسَبِ صَغِيرٍ لَمْ يَكُنْ مَقْرَرًا بِزَوْجِيَّةِ أُمِّهِ وَكَذَا دَعْوَى أُخْتِهِ الْبِنُورِ ذَكَرَهُ فِي «التَّبَصُّرَةِ»، تَنْبِيهُ: لَهُ أُمَّتَانِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا وَلَدٌ وَلَا زَوْجَ لِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا وَلَمْ يَقْرَبْ بِوَطْئِهَا فَقَالَ أَحَدُ هَذَيْنِ ابْنِي أَخْذَ بِالْبَيَانِ. فَإِنْ عَيْنَ أَحَدُهُمَا ثَبِتَ نَسَبُهُ وَحَرِيَّتُهُ وَيَطَالِبُ بَيَانَ الْاِسْتِيْلَاءِ فَإِنْ قَالَ: اسْتَوْلَدْتُهَا فِي مَلِكِي فَالْوَلَدُ حَرٌّ الْأَصْلُ أُمُّهُ وَلَدٌ وَإِنْ قَالَ: مِنْ نِكَاحِ أَوْ وَطْءِ شَبْهَةٍ فَالْأُمَّةُ رَقِيقٌ قَنْ، فِي «الْكَافِي» وَغَيْرِهِ وَتَرَقَّ الْأُخْرَى وَوَلَدَهَا وَإِنْ ادَّعَتْ الْأُخْرَى أَنَّهَا الْمَسْتَوْلَدَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 309

(10/350)

وإن مات قبل البيان قام وارثه مقامه فإن لم يكن له وارث أولم يتعين الوارث عرض على القافة فألحق بمن ألحقته به القافة وإن لم تكن قافة أو أشكل أقرع بينهما فيعتق أحدهما بالقرعة.

والمذهب أنه يثبت نسبه ويرث ذكره في «الكافي» و«الشرح» وقدمه في «الرعاية» وقيل: لا يثبتان لأنه لامدخل للقرعة في تمييز النسب ولها مدخل في تمييز الرق من الحرية واقتصر عليه السامري ثم ذكر أنه يجعل سهمه في بيت المال لأننا نعلم أن أحدهما يستحق نصيب ولي ولا يعرف عينه فلا تستحقه بقية الورثة فيكون في بيت المال وقال يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرقان.

(10/351)

فرع: إذا باع واشترى ثم أقر بالرق لزيد صح ولم تبطل عقودها الماضية (وإن أقر بنسب أخ أو عم في حياة أبيه أو جده لم يقبل) لأن إقرار الإنسان على غيره غير مقبول (وإن كان بعد موتها وهو الوارث وحده صح إقراره وثبت النسب) لحديث سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة وهي متفق عليها من حديث عائشة ولأن الوارث يقوم مقام موروثه في حقوقه وهذا من حقوقه إلا اللهم أن يكون الميت قد نفاه قلاً يثبت لأنه يحمل على غيره نسباً حكم بنفيه ويَدْخُلُ في كلامه ما إذا كان الوارث ابنة واحدة فإنها تحوز المال بالفرض والرد فإن أقرت الزوجة بآبَنٍ لزوجها الميت زاد في «الرعاية» من غيرها أو أقر الزوج بآبَنٍ لها من غيره بعد موتها فصَدَّقَهما نائب الإمام ثبت النسب وعلم مما سبق أن المقر إذا كان غير وارث لم يقبل إقراره لأنه لا يقبل إقراره في المال فكذا في النسب (وإن كان معه غيره لم يثبت النسب) لأنه لا يستوفى في حق شريكه فوجب أن لا يثبت في حقه فلو خلف ابنين عاقلاً ومجنوناً فأقر العاقل بأخ لم يثبت نسبه فإن مات المجنون وله وارث غير أخيه اعتبر وفاقه وإلا كفى إقراره (وللمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر) أو كله إن كان يسقطه كماً تقدّم في الفرائض ولومات المنكر والمقر وارثه ثبت نسب المقر به منهما وقيل: لا يثبت لكن يعطيه الفاضل في يده عن أرثه. فلومات المقر بعد ذلك عن بني عم وكان المقر أخاً ورثه دونهم على الأول. وعلي الثاني: يرثه المقر به ولومات المقر بنسب ممكن ولم يثبت ولم يخلف وارثاً من ذوي سهم ولا رحم ولا مولى سوى المقر به جعل الإقرار كالوصية فيعطى ثلث المال في وجهه. وفي الآخر جميعه.

(10/352)

وقيل: لا يجعل كالوصية ويكون الإرث لبيت المال. (وإن أقر من عليه الولاء بنسب وارث لم يقبل إلا أن يصدقه مولاة) نص عليه لأن الحق له فلا يقبل إقراره بما يسقطه ويتخرج أن يقبل بدونه اختاره الشيخ تقي الدين ومقتضاه أنه إذا لم يكن عليه ولاء فإنه يقبل إقراره بكل وارث حتى أخ أو عم بشرط إمكانه وتصديقه، إن كان مكلفاً أصل: إذا أقر رجل بحرّية عبْدٍ ثم اشتراه أو شهد بها ثم اشتراه عتق في الحال ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع

لأنه محكوم له برقه. وفي حق المشتري للاستنفاذ فإذا صار العبد في يد حكم بحريته لإقراره السابق والولاء مَوْقُوفٌ.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 309

فإن مات وخلف مالاً فرجع أحدهما عن إقراره فالمال له لأن أحداً لا يدعيه سواه وإن رجعا معاً احتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لأنه لأحدهما ولا يعرف عينه واحتمل أن من هو في يده يأخذه ويحلف لأنه منكر وإن لم يرجع واحد منهما فقبل: يقر في يد من هو في يده. فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال.

وقيل: هو لبيت المال بكل حال وفي ثبوت خيار المجلس والشرط في هذا البيع وجهان. والأصح عدم ثبوتها للمشتري. وإن باعته نفسه بألف في ذمته صح ولم يثبتا فيه بل يعتق في الحال وإن باعته بألف في يده فروايتان. (وإن أقرت المرأة بنكاح على نفسها فهل يقبل على روايتين). أشهرهما: - وصحة في «المحرر» - أنه يقبل لأنه حق عليها فقبل كما لو أقرت بمال ولزوال التهمة بإضافة الإقرار إلى شرائطه وكبيع سلعتها. والثانية: لأنها تدعى النفقة والكسوة والسكنى ولأن النكاح يفتقر إلى شروط ولم يعلم حصولها بالإقرار وفي «الانتصار» لا ينكر عليهما ببلد غربة للضرورة. ونقل الميموني يقبل إن ادعى زوجيتها واحد لا اثنان. اختاره القاضي وأصحابه.

(10/353)

وفي «تعليق القاضي»: يصح إقرار بكر بالغ به وإن جبرها الأب لأنه لا يمتنع صحة الإقرار بما لا إذن فيه كصبي أقر بعد بلوغه أن أباه أجره في صغره ومع بينهما يقدم أسبقهما.

فإن جهل عمل بقول الولي ذكره في «المنتخب» و«المبهيج». (وإن أقر الولي عليها به قبل إن كانت مجبرة) نص عليه لأن من ملك شيئاً ملك الإقرار به وكذا يقبل إن كانت غير مجبرة وهي مقرة له بالإذن قدمه في «المحرر» و«الرعاية» (وإلا فلا) أي: إذالم تكن مجبرة فلا يقبل لأنه لا يملك تزويجها بغير رضاها أشبه الأجنبي.

فرع: إذا ادعى نكاح صغيره بيده فرق بينهما فسخه حاكم. وإن صدقته إذا بلغت قبل فدل أن من ادعت أن فلاناً زوجها فأنكر فطلبت الفرقة يحكم عليه. وسئل عنها المؤلف فلم يجب (وإن أقر أن فلانة امرأته أو أقرت أن فلاناً زوجها فلم يصدق المقر له المقر إلا بعد موت المقر صح وورثه) كما لو صدقته في الحياة وفيها خلاف القاضي.

الثانية: لم يجحد ولم يصدقه إلا بعد موت المقر، مسألة وهي الكتاب فيصح وترثه. ويتخرج من مسألة الوارث بعدها لإرث.

الثالثة: كذبه في حياته وصدقته بعد موته فوجهان. أحدهما: يصح. قال في «الروضة» وهو قول أصحابنا لأنه وجد كل منهما بشرطه إذ ليس من شرط التصديق الفورية.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 309

والثاني: لا لأنه إذا كذبه في حياته فهو متهم لحصول ما ينافيه قبله قاله في «شرح المحرر».

وقال الشيخ تقي الدين فيمن أنكر الزوجية فأبرأته فأقر بها: لها طلبه بحقها. (وإن أقر الورثة على موروثهم بدين لزمهم قضاؤه) بغير خلافٍ نعلمه لأنهم أقروا باستحقاق ذلك على موروثهم (من التركة) أي: يتعلق ذلك بالتركة كما لو أقر به في حياته والإقرار أبلغ من البينة ويلزم الوارث أقل الأمرين من قيمتها أو قدر الدين كالجاني (فإن أقر بعضهم) بلا شهادة (لزمهم منه بقدر إرثه) لأنه لا يستحق أكثر من ذلك كما لو أقر الورثة كلهم فإذا ورث النصف فنصف الدين كإقراره بوصية لآكل أرثه وعلى هذا فقس وهذا مالم يشهد منهم عدلان أو عدل ويمين فيلزمهم الجميع.

وفي «التبصرة»: إن أقر عدلان أو عدل ويمين ثبت ومُرَادُهُ: وشهد العدل وهو معنى مافي «الروضة».

وفيها: إن خلف وارثاً واحداً لا يرث كل المال كبنيت وأخت فأقر بما يستغرق التركة أخذ رب الدين كل ما بيدها (فإن لم تكن له تركة لم يلزمهم شيء) لأنه لا يلزمهم إذا دينه إذا كان حياً مُفلساً كذا هنا إذا كان ميتاً.

فرع: يقدم ما ثبت بإقرار الميت على ما ثبت بإقرار الورثة وقيل عكسه وقيل بالتسوية بينهما ويقدم عليهما ما ثبت ببينة نص عليه.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 309

فصل

(إذا أقر لحمل امرأة) بمال (صح) على المذهب وقدمه في «الرعاية» وصححه في «الفروع» لأنه يجوز أن يكون له وجهٌ فصح كالطفل (فإن ألقته ميتاً أولم يكن حمل بطل) لفوات شرطه.

وكذا إن مات المقر ولم يفسره مع وجوب تفسيره أو ولدته بعد ستة أشهر وقيل أربع سنين مع زوج أو سيّد يطؤها وقيل: إن مات قبل تفسيره صح ونزل على ما أمكن (وإن ولدت حياً وميتاً فهو للحَي) لأن الشرط فيه محقق بخلاف الميت (وإن ولدتهما حين فهو بينهما سواء الذكر والأنثى ذكره ابن حامد) لأنه لامزية لأحدهما على صاحبه إلا أن يعزوه إلى ما يوجب التفاضل من إرث أو وصية فيعمل به ذكره في «المحرر» و«الشرح» وقدمه في «الفروع» وقيل بل ثلاثاً وقال القاضي: إن أطلق كلف ذكر السبب فيصح منه ما يصح ويبطل ما يبطل (وقال أبو الحسن التميمي: لا يصح الإقرار) لأن الحمل لا يملك (إلا أن يُعزبه إلى سببٍ من إرث أو وصية فيكون بينهما على حسب ذلك) وهو قول أبي ثور لأنه إقرار مستند إلى سبب صحيح يعمل به لأنه لا يملك بغيرهما، ويعمل بحسب السبب الذي بينه، فإن كان إرثاً فبحسب الإرث فإن كان وصيةً فبحسب الوصية.

فعلى هذا: إن وضعته ميتاً وكان عَزَاهُ إلى إرث أو وصية عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل.

فرع: إذا قال له: عليّ ألف جعلها له أو نحوه، فعدة لا يؤخذ بها. ويتوجه يلزمه

كقوله: له ألف اقرضنيه عند غير التميمي وجرّم الأزجي لا يصح كأقرضني ألفا ذكره في «الفروع». (ومن أقر لكبير عاقل بمال) في يده ولو كان المقر به عبداً أو نفس المقر بأن أقر برق نفسه للغير (فلم يصدق بطل إقراره في أحد الوجهين) قدمه في «المحرر» و«الرعاية» وجرّم به في «الوجيز» لأنه لا يقبل قوله عليه في ثبوت ملكه.

فعلى هذا: يقر بيد المقر لأنه كان في يده فإذا بطل إقراره بقي كأن لم يقر به فإن عاد فادعاه لنفسه أو لثالث قبل منه ولم يقبل بعدها عود المقر له أولاً إلى دعواه. (وفي الآخر يؤخذ المال إلى بيت المال) فيحفظ له حتى يظهر ماله لأنه بإقراره خرّج عن ملكه ولم يدخل في ملك المقر له وكل واحد منهما ينكر ملكه فهو كالمال الضائع.

(10/356)

فعلى هذا يحكم بحريتهما ذكره في «المحرر». وعلم منه أنه إذا كذّبه أنه يبطل إقراره قولاً واحداً وعلى الثاني: أيهما غير قوله لم يقبل منه. والله أعلم.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 316

بَابُ مَا يَحْصُلُ بِهِ الْإِقْرَارُ
(إذا ادعى عليه ألفاً فقال نعم أو أجل) بفتح الهمزة والجيم وسكونة اللام وهو حرف تصديق كنعيم.
قال الأخفش إلا أنه أحسن من نعم في التصديق ونعم أحسن منه في الإستفهام.
ويدل عليه قوله تعالى: {فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم} (الأعراف: 44) وقيل لسلمان رضي الله عنه علمكم نبيكم كل شيء حتى الخراءة قال أجل (أوصدقت أو أنا مقر بها أو بدعواك كان مقراً) لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق.
ولو قال: أليس لي عليك كذا قال بلىة كان إقراراً صحيحاً لأن بلى جواب للسؤال بحرف النفي. لقوله تعالى: {ألست بربكم قالوا بلى} (الأعراف: 172) فلو قال نعم لم يكن مقراً وقيل إقرار من عامي كقوله عشرة غير درهم بضم الراء يلزمه تسعة.
وفي «مختصر ابن رزين» إذا قال لي عليك كذا فقال نعم أو بلى كان مقراً. وفي قصة إسلام عمرو بن عبسة فقدمت المدينة فدخلت عليه فقلت: يا رسول الله أتعرفني قال نعم أنت الذي لقيتني بمكة قال: فقلت بلى قال في «شرح» مسلم فيه صحة الجواب بلى وإن لم يكن قبلها نفي وصحة الإقرار بها وقال وهو الصحيح من مذهبنا (وإن قال أنا أقر ولا أنكر أو يجوز أن يكون محققاً أو عسى أو لعل أو أظن أو أحسب أو أقدر، أوخذ، أوأترن أوأحرز، أوأفتح كملك لم يكن مقراً) لأن قوله أنا أقر وعد بالإقرار والوعد بالشيء لا يكون إقراراً به هذا هو الأصح فيه وفي لأنكر لأنه لا يلزم من عدم الإنكار الإقرار فإن بيئتهما قسماً آخر وهو السكوت عنهما ولأنه يحتمل لأنكر بطلان دعواك.

(10/357)

وقيل: بلى كأننا مقرّ. وقوله: يجوز أن يكون محققاً لجواز أن يكون محققاً لأنه لا يلزم من جواز الشيء وجوبه. وقوله عسى أولعل لأنهما وضعا للشك. وقوله أظن أو أحسب أو أقدر لأنها تستعمل في الشك أيضاً. وقوله خذ لأنه يحتمل خذ الجواب مني. وقوله واترن أي أحرص مالك على غيري. وقوله افتح تحمل لأنه يستعمل استهزاء لا إقرار. وكذا قوله أختم عليه أو اجعله في كيسك أو سافر بدعواك ونحوه (وإن قال أنامقر أو خذها أو اتزنها أو اقبضها أو أحرزها أو هي صحاح فهل يكون مقراً يحتمل وجهين) كذا أطلقهما في «المحرر» و«الفروع». أشهرهما يكون مقراً وجزم به في «الوجيز» لأنه عقب الدعوى فيصرفه إليها ولأن الضمير يرجع إلى ماتقدم وكذا إذا قال أقررت. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 319 قال تعالى: {أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا: أقررنا} (آل عمران: 81) ولم يقولوا أقررنا بذلك فكان منهم إقراراً. والثاني: لا لأنه لم يقر بوجوبه لأنه يجوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجباً عليه فأمره بأخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب، ولأنه يحتمل إني مقر بالشهادة أو ببطلان دعواك (وإن قال له علي ألف إن شاء الله وفي علمي أوفيما أعلم أو قال: أقضني ديني عليك ألفاً أو سلم لي ثوبي هذا أوفرسي هذا فقال نعم فقد أقر بها) وفيه مسائل: الأولى: إذا قال له علي ألف إن شاء الله فهو إقرار نص عليه لأنه قد وجد منه وعقبه بما لا يرفعه فلم يرتفع الحكم به كما لو قال له: علي ألف في علم الله أو مشيئته وكذا قوله له علي ألف إلا إن شاء زيد أو لا يلزمني إلا أن يشاء الله وفيهما احتمال أنه لغو. الثاني إذا قال له علي ألف في علمي أو علم الله أوفيما أعلم لافيما أظن لأن ما علمه لا يحتمل غير الوجوب. الثالثة بقية الصور فيلزمه لأنه جواب صريح أشبه ما لو قال عندي كقوله أقضني ألفاً من الذي عليك أو إلي أو هل لي عليك ألف؟ فقال نعم أو قال أمهلني يوماً أو حتى أفتح الصندوق.

(10/358)

فرع: إذا قال بعثك أو زوجتك أو قبلت إن شاء الله صح كالإقرار قال في عيون المسائل كأننا صائم غداً إن شاء الله يصح بنيه وصومه ويكون تأكيداً ولم يرتضه في «الفروع» قال القاضي يحتمل أن لاتصح العقود لأن له الرجوع فيها بعد إيجابها قبل القبول بخلاف الإقرار وفي «المجرد» في بعثك أو زوجتك إن شاء الله أو بعثك إن شئت فقال قبلت أو قبلت إن شاء الله صح وقال أبو إسحاق بن شاقلا: إذا قال زوجتك إن شاء الله لأعلم خلافاً عنه أن النكاح صحيح وإن قال بعثك بألف إن شئت فقال قد شئت وقبلت صح لأن هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه (وإن قال إن قدم فلان فله علي ألف لم يكن مقراً) حيث قدم الشرط لأنه ليس بمقر في الحال وما لا يلزمه في الحال لا يصير واجباً عند وجود الشرط لأن الشرط لا يقتضي إيجاب ذلك (وإن قال له علي ألف إن قدم به

فلان) أو إن شاء (فعلى وجهين) الأشهر أنه لا يكون مقراً كالتى قبلها. والثاني يكون مقراً لأنه قدم الإقرار فثبت حكمه وبطل الشرط لأنه لا يصلح أن يكون أجلاً ولأن الحق الثابت في الحال لا يقف على شرط فسقط (وإن قال: له علي ألف إذا جاء رأس الشهر كان مقراً) قاله أصحابنا لأنه قد بدأ بالإقرار فعمل به وقوله إذا جاء رأس الحول يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الإقرار بأمر محتمل (وإن قال إذا جاء رأس الشهر فله علي ألف فعلى وجهين): رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 319 أشهرهما لا يكون مقراً وجزم به في «الكافي» وغيره لأنه بدأ بالشرط وعلق عليه لفظاً يصلح للإقرار ويصلح للوعد فلا يكون إقراراً مع الاحتمال. والثاني بلى كالتى قبلها. قال في «الشرح» وباحتمل أنه لافرق بينهما لأن تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيهما جميعاً وجهان. وكذا في «الرعاية». وفي «المحرر» و«الفروع» يصح له علي كذا إذا جاء وقت كذا لاحتمال إرادة المحل.

(10/359)

قال في «الفروع» وفيه تخريج في عكسها وأطلق في «الترغيب» وجهين فيهما وإن قال: له علي ألف إن شهد به فلان أو إن شهد به فلان صدقته لم يكن مقراً لأنه علقه على شرط ولأنه يجوز أن يصدق الكاذب وفي «الكافي» وغيره إذا قال: له علي ألف إن شهد به فلان هل يكون مقراً؟ على وجهين (فإن قال إن شهد به فلان فهو صادق احتمل وجهين) كذا في «المحرر»: أحدهما: لا يكون إقراراً لأنه علقه على شرط. والثاني: بلى جزم به في «الوجيز» و«الفروع» لأنه لا يتصور صدقه إلا مع ثبوته في الحال وقد أقر بصدقه. قال في «الرعاية» فإن قال الشهود عدول فليس إقراراً بالمدعى. وقيل بلى إن جاز الحكم عليه به. قال ابن حمدان أو قلنا طلب التزكية للشهود (وإن أقر العربي بالعجمية أو الأعجمي بالعربية وقال لم أدر ما قلت فالقول قوله مع يمينه) لأنه منكر والظاهر براءة ذمته وصدقته في قوله ووجبت اليمين لأنه يحتمل كذبه. مسألة: إذا قال بعنك أمتي بألف فقال بل زوجته ولا بينة لأحدهما لم يحلف السيد أن لانكاح. وقيل بلى ويحلف منكر الشراء على نفيه وترد الأمة إلى سيدها ملكاً ولا بيع ولانكاح ولا شيء على الآخر سواء دخل بها أو لا وهل للسيد وطؤها إذا عادت؟ فيه وجهان فإن نكل المشتري عن اليمين أو حلف منكر النكاح اليمين المرذودة عليه ثبت البيع ووجب الثمن وللمشتري وطؤها بكل حال لأنها زوجته أو أمته ويحتمل أن يجب الأقل من ثمنها أو الأرش فإن ولدت وتنازعا فالولد حُر ونفقته على أبيه ويتوارثان ولا تعود إلى منكر النكاح لأنه يزعم أنها أم ولد الواطيء وإن ولده حُر لا ولاء عليه ويدعي ثمنها ولا تقر بيد الواطيء لأنه يزعم أنها ملك منكر النكاح وولدها ومهرها فإن كان الواطيء صادقاً جاز له وطؤها باطناً فقط ونفقته في كسبها. وقال ابن حمدان: بل على سيدها وتوقف فاضلة حتى ينكشف الحال أو يصطلحا والولد حُر.

فإن مات قبل موت مستولدها فلمدعي بيعها أخذ الثمن من تركتها.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 319
فإن فضل شيء وقف وإن ماتت بعد موته صرف إلى نسيبها الحر الوارث لأنها
حرة فإن عدم وقف التركة والولاء حتى يعرف المستحق فإن صدقه مستولدها
لزمت الثمن وكانت أم ولد وإن صدقه سيدها الأول سقط الثمن ووجب مهر
المثل ولم تبطل حرّيتها ولا حرية ولدها وقيل إن بطل البيع فلا ثمن ولا مهر ولا
يأخذها أحدهما، ولا يطؤها.
والأول ذكرها السامري وقدمه في «الرعاية» وذكر في «النهاية» أن الصحيح
جواز الوطاء لمدعي الزوجية، وقيل: باطناً.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 319

بَابُ الْحُكْمِ فِيْمَا إِذَا وَصَلَ بِإِقْرَارٍ مَا يَغَيِّرُهُ
(إِذَا وَصَلَ بِإِقْرَارٍ مَا يَسْقُطُهُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: لَهُ عَلِيٌّ أَلْفٌ لَا تَلْزَمُنِي أَوْ قَدْ قَبِضْتُ
أَوْ اسْتَوْفَاهُ أَوْ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ تَكْفَلْتُ بِهِ عَلَيَّ أُنِي بِالْخِيَارِ، أَوْ أَلْفٌ إِلَّا أَلْفًا
أَوْ إِلَّا سِتْمَاةً لَزَمَهُ الْأَلْفُ) وَفِيهِ مَسَائِلٌ: الْأُولَى إِذَا قَالَ: لَهُ عَلِيٌّ أَلْفٌ لَا تَلْزَمُنِي
لَزِمَهُ الْأَلْفُ لِأَنَّ مَجْمُوعَ قَوْلِهِ لَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ أَنْ يَكُونَ لَهُ عَلِيٌّ
أَلْفٌ لَا تَلْزَمُهُ فَيُلْغَى هُوَ وَتَلْزَمُهُ لِعَدَمِ الْمَعَارِضِ وَفِيهِ اِحْتِمَالٌ بَعِيدٌ حَكَاهُ
فِي «الرَّعَايَةِ» لِرَفْعِهِ مَا أَقْرَبَهُ وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَقْبَلُ قَوْلَهُ فِي الْمَسَائِلِ كُلِّهَا إِلَّا
فِي قَوْلِهِ: لَهُ عَلِيٌّ أَلْفٌ لَا تَلْزَمُنِي لِأَنَّهُ عَزَّ إِقْرَارُهُ إِلَى سَبَبِهِ فَقَبِلَ كَمَا لَوْ عَزَّ
إِلَى سَبَبٍ صَحِيحٍ وَحَكَاهُ ابْنُ هَبِيرَةَ عَنْ أَحْمَدَ وَذَكَرَ أَنَّهُ احْتَجَّ فِي ذَلِكَ بِمَذْهَبِ ابْنِ
مَسْعُودٍ.
وَجَوَابُهُ: أَنَّ هَذَا يَنَاقِضُ مَا أَقْرَبَهُ فَلَمْ يَقْبَلْ كَالصُّورَةِ الَّتِي سَلِمَهَا أَوْ يَقُولُ رَفَعَ
جَمِيعَ مَا أَقْرَبَهُ فَلَمْ يَقْبَلْ كَاسْتِثْنَاءِ الْكُلِّ. الثَّانِيَةُ: إِذَا قَالَ: لَهُ عَلِيٌّ أَلْفٌ قَدْ
قَضَيْتُهُ وَكَانَ سَرِيعًا أَوْ بَعْضُهُ قَبْلَ يَمِينِهِ نَصَّ عَلَيْهِ؛ اخْتَارَهُ عَامَةُ شَيْوَخِنَا.

وعنه يقبل في بعضه كاستثناء البعض وإن قال قضيت جميعه لم يقبل إلا بيينة
كاستثناء الكل وإذا قال جواباً للدعوى أبراني منها أو برئت إليه منها فالخلاف.
الثالثة: إذا قال: له عليٌّ ألف استوفاهَا لَزَمَهُ الْأَلْفُ. الرَّابِعَةُ: إِذَا قَالَ: لَهُ عَلِيٌّ
مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ لَزَمَهُ الْأَلْفُ لِأَنَّ ثَمَنِ الْخَمْرِ لَا يَكُونُ عَلَيْهِ فَذَكَرَهُ لَهُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ
رَفَعَ لِلْأَلْفِ بِجَمَلْتِهِ فَلَمْ يَصِحْ كَالأُولَى لِأَنَّ ثَمَنِ خَمْرِ أَلْفٍ. الْخَامِسَةُ: إِذَا قَالَ:
تَكْفَلْتُ بِشَرِطٍ خِيَارٍ فَتَلْزَمُهُ الْأَلْفُ عَلَى الْأَشْهَرِ. السَّادِسَةُ: إِذَا قَالَ: لَهُ عَلِيٌّ
أَلْفٌ إِلَّا أَلْفًا لَزَمَهُ الْأَلْفُ بَغَيْرِ خِلَافٍ تَعَلَّمَهُ لِأَنَّهُ بَاطِلٌ.
السَّابِعَةُ: إِذَا قَالَ: لَهُ عَلِيٌّ أَلْفٌ إِلَّا سِتْمَاةً لَزَمَهُ الْأَلْفُ لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءُ الْأَكْثَرِ وَلَمْ
يَرِدْ ذَلِكَ فِي لُغَةِ الْعَرَبِ وَمَا ذَكَرَهُ الْمُؤَلِّفُ هُنَا جَزَمَ بِهِ فِي «الْمُسْتَوْعَبِ»
وَالْوَجِيزِ وَقَدِمَهُ فِي «الْكَافِي» وَإِنْ قَالَ: لَهُ عَلِيٌّ مِائَةٌ مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ
قَبْضِهِ أَوْ لَمْ أَقْبِضْهُ أَوْ مِنْ مَضَارِبَةٍ تَلَفَتْ وَشَرِطَ عَلَيَّ ضَمَانَهَا مِمَّا يَفْعَلُهُ النَّاسُ

عادةً فوجهان.
فرع: قال: له لي عليك ألف فقال قضيتك منه مائة فليس بإقرار ويحتمل أن يلزمه الباقي ويجيء على الرواية أن يلزمه ما ادعى قضاءه وهو رواية في «المنتخب» (وإن قال كان علي ألف وقضيته أو قضيت منه خمسمائة فقال الخرقى) وعامة شيوخنا وقدمه في «المحرر» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» (ليس بإقرار) نص عليه في رواية ابن منصور (والقول قوله مع يمينه) ذكر ابن هبيرة أن أحمد احتج في ذلك بقول ابن مسعود ولأنه قول يمكن صدقه ولاتناقض فيه من جهة اللفظ فوجب قبول قوله ولا يلزمه شيء كاستثناء البعض بخلاف المنفصل لأنه قد استقر بسكوته عليه.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 326

(10/362)

ولهذا لا يرفعه استثناء ولا غيره (وقال أبو الخطاب: يكون مقراً) لأنه قوله كان له علي يقتضي وجوب المقر به عليه بدليل ما لو سكت عليه (مدعيًا للقضاء) لأن قوله قضيته دعوى لذلك (فلا يقبل إلا بينة) في قول أكثر العلماء كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل وكاستثناء الكل (وإن لم يكن له بينة خلف المدعي أنه لم يقبض ولم يبر، واستحق) لأن المدعى عليه ادعى القضاء وقوله محتمل فيجب أن يحلف على ذلك وحينئذ فيستحق لأن خصمه أقر به (وقال هذا رواية واحدة ذكرها ابن أبي موسى) واختاره أبو الوفاء وغيره لسكوته قبل دعواه وعنه ليس بجواب صحيح فيطالب برد الجواب. وفي «الترغيب» و«الرعاية» هو أشهر.

وقيل تقبل دعوى الوفاء لا الإبراء وبنى عليها في «الوسيلة» لو قال لعبد

أخذت منك كذا قبل العتق قال بعده.
قال في «الفروع» ويتوجه عليها لو قال كان له علي ألف هل تسمع دعواه؟ فذكر أبو يعلى الصغير: لا تسمع. قال في «الترغيب» بلّا خلاف تنبيه: إذا قال كان له علي ألف وسكت لزمه الألف في ظاهر قول أصحابنا. ويتخرج ليس بإقرار لأنه لم يذكر عليه شيئاً في الحال وإنما أخبر بذلك في زمن ماض وكذا لو شهدت البينة به. ولم يثبت وجوبه لأنه أقر بالوجوب. والأصل بقاؤه حتى يوجد ما يرفعه بدليل مالو تنازعا داراً فأقر أحدهما للآخر أنها كانت ملكه حكم له بها إلا أنه هنا إذا عاد فادعى القضاء أو الإبراء سمعت دعواه لأنه لاتنافي بين الإقرار وبين ما يدعيه على إحدى الروايتين قاله في «الشرح».

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 326

فصل

(ويصح استثناء ما دون النصف) نص عليه ولا نعلم فيه خلافاً لأنه لغة العرب.
قال الله تعالى: {فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً} (العنكبوت: 14).

(10/363)

وقال النبي «الشهيد تكفر عنه خَطَاياه كلها إلا الدين» ولأن الاستثناء يمنع أن يدخل في الإقرار ما لولاهُ لدخل ولا يرفع ماثبت لآئته لو ثبت بالإقرار شيء لم يقدر المقر على رفعه فيصح استثناء ما دون النصف (ولا يصح فيما زاد عليه) أي: لا يصح استثناء الأكثر لا يختلف المذهبُ فيه قاله في «الشرح» وصحَّه في «المحرر» و«الرعاية» وجزم به السامريُّ وغيره وذكره ابن هبيرة عن أحمد وأبي يوسف وعبد الملك بن الماجشون، وهو قول أهل اللغة. وقيل: يصح وهو قول أكثر العلم لقوله تعالى: {فبعزتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين} (83: 28) وهم أكثر. وبدليل قوله تعالى: {وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين} (يوسف: 103). ومنه قول الشاعر:
أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكماً بالحق قواماً. وكاستثناء الأقل، وكالتخصيص والجواب أنه لم يرد في لسان العرب وقد أنكروه قال الزجاج لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير.
ولو قال مائة إلا تسعة وتسعين لم يكن متكلماً بالعربية. ومعناه قول القتيبي وغيره وما احتجوا من التنزيل أجيب عنه بأنه استثناء المخلصين من بني آدم وهم أقل والغاوين من العباد، وهم أقل لأن الملائكة كلهم طائعون والبيت ليس فيه استثناء مع أن ابن فضال النحوي قال: هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب (وفي استثناء النصف وجهان) وذكر أبو الفرج روايتين إحداهما أنه يصح وهو ظاهر الخرقى وصحَّه في «الرعاية». وذكر ابن هبيرة أنه ظاهر المذهب لأنه ليس بالأكثر. والثاني لا، وهو قول أبي بكر.
وذكر في «الشرح» وابن المنجا أنه أولى لأنه لم يأت في لسانهم إلا في القليل من الكثير.
فرع: حكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالآلة.

(10/364)

فإذا قال: لهُ علي عشرة سوى درهم لا يكون درهماً أو غير درهم بفتح الراءِ كان مقراً بتسعة وإن قال غير درهم بضم الراءِ وهو من أهل العربية كان مقراً بعشرة لأنها صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناءً.
وإن لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لأن الظاهر أنه يريد الاستثناء وإنما ضمها جهلاً ذكره في «الشرح». وشرطه: أن يكون متصلاً بالكلام.
رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 329
وفي الواضح لو كان منفصلاً، وهو أن يسكت سُكوتاً يمكنه الكلام فيه ثم استثنى فهل تصح؟ على روايتين.
أصحهما: لا.

والثانية: بلى كما لو تفاوت ما بينهما أو منعه مانع في تمام الكلام (فإذا قال: له علي هؤلاء العبيد العشرة إلا واحداً) لزمه تسليم تسعة لأنه استثناء الأقل ويرجع في تعيين المستثنى إليه لأنه أعلم بمراده وكذا قوله: غصبت هؤلاء العشرة إلا واحداً (فإن ماتوا إلا واحداً فقال هو المستثنى فهل يقبل) قوله (على وجهين) أحدهما: يقبل صححه في «الشرح» و«الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأنه يحتمل ما قاله وكما لو تلف بعد تعيينه والثاني: لا لأنه يرفع جميع ما أقر به وإن قتلوا إلا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً، لأنه لا يرفع

جملة الإقرار لوجوب قيمة الباقيين للمقر له، وإن قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم ويرجع في تفسيره إليه (وإن قال: لَه هذه الدار إلا هذا البيت أو هذه الدار له وهذا البيت لي قبل منه) لأن الأول استثناء البيت من الدار ولا يدخل البيت في إقرار مَع أنه في معنى الإستثناء لكونه أخرج بعض ما تناوله اللفظ بكلام متصل. وظاهره: ولو كان البيت أكثر من النصف صَرَّحَ به في «الشرح» و«الفروع» زاد في «المحرر» و«الوجيز» بخلاف إلا ثلثها وفيه وَجْهٌ.

وإن قال: له هذه الدار إلا ثلثها أو ربعها صح وكان مقراً بالباقي. وإن قال: له هذه الدار نصفها صح وكان مقراً بالنصف لأن هذا بدل البعض وهو شائع.

(10/365)

لقوله تعالى: {قم الليل إلا قليلاً نصفه} (المزمل: 2) ويصح ذلك فيما دون النصف.

كقوله: هذه الدار ربعها أو أقل. كقولهم رأيت زيداً وجهه وإن قال: لَه هذه الدار ولي نصفها صح في الأقيس (وإن قال: له علي درهمان وثلاثة إلا درهمن أو له عليّ درهمٌ ودرهمٌ إلا درهما فهل يصح الاستثناء؟ على وجهين) أحدهما يصح جزم به في «الوجيز» لأن العطف جعل الجملتين كجملة واحدة فعاد الاستثناء إليهما.

كقوله عليه السلام: «لا يؤمُّ الرجل الرجل في بيته ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه» فيصير الإستثناء في الأولى درهمن من خمسة.

وفي الثانية: درهماً من درهمن وذلك استثناء صحيح لأنه أقل من الأكثر فيهما وفيه شيء فإنه في الثانية النصف وفيه الخلاف إلا أن يزداد فيه درهماً آخر.

والثاني لا يصح صحه في الفروع لأنه يرفع إحدى الجملتين لأنَّ عَوْدَهُ إلى ما يليه متيقنٌ وَمَا زاد مشكوك فيه.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 329

فعلى هذا: يكون قد استثنى الأكثر أو الكل وكلاهما باطلٌ.

وذكر المؤلف أنه الأولي والاستثناء في الخبر لم يرفع إحدى الجملتين. وإنما أخرج من الجملتين معاً من النصف نصفه.

(10/366)

وقدم في «الرعاية» أنه يعود إلى الكل فإن كان ثم قرينة عمل بها (وإن قال: لَه علي خمسة إلا درهمن ودرهماً لزمته الخمسة في أحد الوجهين) قدمه في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» لأنهما صار كجملة واحدة فبطل الاستثناء كالزيادة على النصف (وفي الآخر يلزمه ثلاثة لأنهما لا يصيران جملة فبطل الاستثناء الثاني لثلا يكون مستثنياً للأكثر) (ويصح الاستثناء من الاستثناء) لقوله تعالى: {إنا أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آل لوطٍ إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته قدَّرتنا أنها لمن الغابرين} (الحجر: 58) ولأن الاستثناء إبطال والاستثناء منه رجوعٌ إلى موجب الإقرار (فإذا قال: له علي سبعة إلا ثلاثة إلا درهماً لزمه خمسة) لأنه خرج منها بالاستثناء الأول ثلاثة وعاد بالاستثناء الثاني درهم فإذا

ضممته إلى الأربعة صار خمسة ولأنه من إثبات نفي ومن النفي إثبات وهو جائز في اللغة (وإن قال: له علي عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً لزمته عشرة في أحد الوجوه لأن استثناء النصف لا يصح ويبطل الاستثناء من الاستثناء بطلان الاستثناء فيلزمه عشرة لكونه سألماً عن المعارض (وفي الآخر يلزمه ستة) لأن استثناء النصف صحيح. ولا يبطل الاستثناء من الاستثناء لأنه إذا استثنى الخمسة من العشرة بقي خمسة واستثناء الثلاثة منها غير صحيح لأنها أكثر ويبقى قوله إلا درهمين استثناء صحيح لأنه أقل. فإذا ضممت الدرهم إلى الخمسة صار المجموع ستة (وفي الآخر يلزمه سبعة) لأن استثناء الخمسة غير صحيح لأنها نصف واستثناء الدرهمين من الثلاثة لا يصح لأنها أكثر واستثناء الدرهم من الدرهمين أيضاً لا يصح لأنه نصف فيبقى قوله له علي عشرة إلا ثلاثة وذلك سبعة (وفي الآخر: ثمانية) لأن استثناء النصف لا يصح. وقوله إلا ثلاثة يعمل عمله، وقدر له إلا درهمين وهو غير صحيح لأنه أكثر فيعاد منه درهم للسبعة فيصير الباقي ثمانية وإن كان الاستثناء الثاني بحرف العطف كان مضافاً إلى الاستثناء

(10/367)

الأول. فإذا قال: له علي عشرة إلا ثلاثة إلا درهمين كان مستثنياً لخمسة مقرأً بمثلها. أصل: إذا استثنى ما لا يصح ثم استثنى منه شيئاً بطلاً لأن الأول باطل فكذا فرعه وقيل: يرجع ما بعد الباطل إلى ما قبله لأن الباطل في حكم العدم وقيل يعتبر ما تؤول إليه جملة الاستثناءات (ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه) في رواية ابن منصور (فإذا قال له علي مائة درهم إلا ثوباً لزمته المائة) لأنه غير داخل في مدلول المائة فكيف يخرج منها ولأن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه لأنه مشتق من قولهم: ثبت فلاناً عن رأيه إذا صرفته عما كان عليه وثبت عنان دابتي ردّتها عن وجهها الذي كانت ذاهبةً إليه ولا يوجد هذا في غير الجنس والنوع ولأن الاستثناء من غير الجنس لا يكون إلا في الجحد بمعنى لكن والإقرار إثبات.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 329
وهذا جواب قوله تعالى: {وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس كان من الجن} (الكهف: 34) و(لا يسمعون فيها لغواً إلا سلاماً). (مريم: 62) وقول الشاعر.

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس. (إلا أن يستثنى عيناً من ورق أو ورقاً من عين فيصح ذكرها الخرقى) واختاره أبو حفص العكبري وصاحب «التبصرة» و«الروضة» لأنهما كالجنس الواحد لاجتماعهما في أنهما قيم المتلفات وأرش الجنائيات ويعبر بأحدهما عن الآخر وتعلم قيمته منه فأشبهها النوع الواحد بخلاف غيرهما (وقال أبو بكر لا يصح) وهو رواية اختارها جماعة وقدّمها في «المحرر» و«الرعاية» و«الفروع» وجزم بها في «الوجيز» لاختلاف جنسهما ولعل الخلاف مبني على أنهما جنس واحد أو جنسان.

(10/368)

وقال أبو الخطاب يلزم من الصحة صحة استثناء ثوب من غيره وفي «المغني» و«الشرح» يمكن حملها على ما إذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما إذا انتفى ذلك وقيل: بل نوع من آخر.

فلو قال: له علي عشرة آصع تمرأ برني إلا ثلاثة تمرأ معقليا فيصح لتقارب القاصد من النوعين كالورق والعين. والأول أصح لأن العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك فإذا قال: له علي مائة درهم إلا دينارا فهل يصح؟ على وجهين هما مبنيان على الخلاف السابق فإذا صحناه رجع في تفسير قيمة الدينار إليه. قالها أبو الخطاب وقدمه في «الرعاية» والأشهر أنه يرجع إلى سعره بالبلد. فإن تعذر فإلى تفسيره و في «المنتجب» إن بقي منه أكثر المائة. وفي «المذهب» يقبل بالنصف فأقل وقدمه الأزجي.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 329

فصل

(وإذا قال له علي ألف درهم ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفاً) أي رديئة (أو صغاراً) أي دراهم طبرية كل درهم منها أربعة دوانيق وذلك ثلثا درهم (أو إلى شهر) أي مؤجلة (لزمه ألف جياذ وافية حالة) لأن الإطلاق يقتضي ذلك كما لو باعه بألف درهم وأطلق فإنه يلزمه كذلك فإذا استقرت في ذمته كذلك فلا يتمكن من تغييرها ولأنه يرجع عن بعض ما أقربه ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل.

ولا فرق في الإقرار بها ديناً أو وديعة أو غصباً. وقال أبو حنيفة يقبل إقراره في الغصب والوديعة كما لو أقر بغصب عبد ثم جاءه معيناً.

وجوابه أن العيب لا يمنع إطلاق اسم العبد عليه بخلاف مسألتنا (إلا أن يكون في بلد أوزانهم ناقصة أو مغشوشة فهل يلزمه من دراهم البلد أو من غيرها؟ على وجهين) كذا في «الفروع».

(10/369)

أحدهما يقبل تفسيره بدراهم البلد قدمه في «الكافي» وذكر في «الشرح» أنه الأولى لأن مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والصدّاق وكما لو كانت معاملتهم بها ظاهرة في الأصح قاله في «الرعاية». والثاني لا يقبل قدمه في «المحرر» و«الرعاية» لأن إطلاق الدرّاهم ينصرف إلى دراهم الإسلام وهو ما كان عشرة منها وزن سبع مثاقيل وتكون فضة خالصة وهي التي قدر بها الشارع تُصب الزكوات والديات والجزية القطع في السرقة. ويخالف الإقرار بالبيع من حيث إنه أقر بحق سابق فانصرف إلى دراهم الإسلام والبيع إيجاب في الحال فاخص بدراهم البلد.

فرع: إذا أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد أو سكة تزيد عليها أو مثلها صدق وإن كانت دونها زاد في «المغني» و«الشرح» وتساوتا وزناً لم يقبل في وجه عملاً بالإطلاق في البيع وكالناقصة في الوزن ويقبل في آخر لأنه يحتمل ما فسره به. وفارق الناقصة فإن في الشرع الدرّاهم لا يتناولها بخلاف هذه ولو

أقر بمائة درهم أو دينار فالشهادة من نقد البلد نقله ابن منصور كَمُطلق عقدي (وإن قال: له علي ألف إلى شهر فأنكر المقر له الأجل لزمه مؤجلاً) نص عليه وهو المذهبُ لأنه هكذا أقر. فعلى هذا لو عراه إلى سبب يقبل الأمرين قبل قوله في الضمان وفي غيره وجهاً قاله في «المحرر» و«الفروع». والأشهر قبوله. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 336 (ويحتمل أن يلزمه حالاً) وقالها أبو الخطاب لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق في الحال كما لو قال قضيته إياها (وإن قال: له علي ألف زيوف وفسره بما لا فصة فيه لم يقبل) لأنها ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره به رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل. وفي «الكافي» إذا أقر بذلك ثم فسره بما لا قيمة له لم يقبل لأنه ثبت في ذمته شيئاً وما لا قيمة له لا يثبت فيها.

(10/370)

وظاهره أنه إذا فسره بما له قيمة أنه يقبل وقوة كلامه تقتضي أنه ألف درهم إذ لو لم يكن كذلك لصح إطلاقه على الفلوس لأنها توصف بالألف (وإن فسره بمغشوشة أو معيبة عيباً ينقصها قبل) لأنه صادق (وإن قال له علي دراهم ناقصة لزمته ناقصة)، في الأصح لأنه إن كانت دراهم البلد ناقصة كان إقراره مقيداً لا وإن كانت وازنة كان ذلك بمنزلة الاستثناء/ وقال القاضي: إذا قال له علي دراهم ناقصة قبل قوله. وإن قال: صغار وللناس دراهم صغار قبل قوله أيضاً وإن لم يكن لهم صغار لزمته وازنة كما لو قال درهم فإنه يلزمه درهم وازنٌ وذكر في «الكافي» أنه يحتمل أن لا يقبل تفسيره بناقصٍ لأنه يحتمل أن يكون صغيراً في ذاته وهو وازن. فرع: إذا قال له علي ألف وازن فليل: يلزمه العدد والوزن وقيل: يلزمه وازنه وفي «الرعاية» لو أقر له بمائة وازنة ودفع إليه خمسين وزنها مائة لم يجزؤه دون مائة وازنة وقيل: بلى وإن قال عدداً لزمه لأن إطلاق الدرهم يقتضي الوزن وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فإن كان ببلد يتعاملون بها عدداً فالوجهان وإن قال: له علي درهم كبير لزمه إسلامي وازن لأنه كبير في العرف. وكذا لو قال: دريهم لأن التصغير قد يكون لصغره في ذاته وقد يكون لقله قدره عنده وقد يكون لمحبه. قال في «الفروع» ويتوجه في دريهم يقبل تفسيره (وإن قال له عندي رهنٌ وقال المالك وديعةً فالقول قول المالك مع يمينه) لأن العين تثبت له بالإقرار وادعى المقر ديناً فكان القول قول من ينكره وكما لو ادعى ذلك بكلام منفصل نقل أحمد بن سعيد إذا قال له عندي وديعة قال هي رهن على كذا فعليه البينة أنها رهن وذكر الأزجي تخريجاً من: كان له علي وقضيته.

(10/371)

ومثله لو أقر بدار وقال استأجرتها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه أو بعبدٍ وادعى استحقاق خدمته سنةً أو أقر بسكنى دار غيره وادعى أنه سكنها بإذنه) وإن قال له علي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه وقال المقر له بل هو دين في ذمتك فعلى وجهين).

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 336

أحدهما: يقبل قول المقر له وجزم به في «الوجيز» لأنه اعترف له بالألف وادعى على المقر له سبباً أشبه التي قبلها. والثاني يقبل قول المقر. قال القاضي هو قياس المذهب لأنه أقر بحق في مقابلة حق لا ينفك أحدهما عن الآخر فإذا لم يسلم له ماله لم يسلم ما عليه كما لو قال بعتك هذا بكذا فقال بل ملكته بغير شيء. وفارق التي قبلها لأن الدين ينفك عن الرهن والتمن لا ينفك عن المبيع. ولو قال ألف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه قبل كالمتمصل لأن إقراره تعلق بالبيع والأصل عدم القبض. ولو قال له علي ألف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم أقبضه لم يقبل. وكذا لو قال: له عندي مائة وديعة بشرط الضمان فإنه يلغو وصفه لها بالضمان وبقيت على الأصل. (وإن قال له عندي ألف وفسره بدين أو وديعة قبل منه) لانعلم فيه خلافاً ذكره في «الشرح» سواء فسره متصلاً أو منفصلاً لأنه فسر لفظه بأحد مدلوليه فقبل كما لو قال له علي ألف وفسره بدين فعلى هذا تثبت أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها أو ردها قبل. فرع: إذا قال له عندي ألف أو هلك المبيع قبل قبضه صدق نص عليه. ويحتمل أن يلزمه لظهور مناقضته. قال ابن حمدان إن قاله منفصلاً وكذا ظننته تالفاً ثم علمت تلفه. وقال الأزرعي: لا يقبل هنا واختاره المؤلف لما فيه من مناقضة الإقرار والرجوع عما أقر به.

(10/372)

وقدم في «الشرح» أنه إذا قال: له عندي وديعة رددتها إليه أو تلفت أنه يلزمه ضمانها. (وإن قال له علي ألف وفسره بوديعة لم يقبل) ذكره معظم الأصحاب وقاله أكثر العلماء لأن «علي» للإيجاب في الذمة والإقرار فيه بظاهر اللفظ بدليل ما لو قال ما على فلان علي كان ضامناً فإذا فسره بالوديعة لم يقبل لأن تفسيره يناقض ظاهر إقراره وهذا إذا كان التفسير متصلاً لأن الكلام بأخيه وقيل: يقبل المنفصل كالمتمصل كما لو صدق المقر له وقاله مضاربه أو وديعة فإن زاد بالتمصل وقد تلفت لم يقبل ذكره القاضي وغيره لأن قوله: «له علي» يقتضي أنها عليه. وقوله: وقد تلفت يقتضي أنها ليست عليه وهو تناقض فلم يقبل منه بخلاف ما لو قال كان له علي ألف وديعة وتلفت فإنه مانع من لزوم الأمانة لأنه أخبر عن زمن ماض فلا تناقض وإن أحضره وقال هو هذا وهو وديعة فقال المقر له هذا وديعة والمقر به غيره وهو دين عليك صدق المقر له وذكر الأزرعي عن الأصحاب. وقال القاضي وصححه في «الرعاية» يصدق المقر (ولو قال له في هذا المال ألف لزمه تسليمه) جزم به الأكثر لأنه اعترف أن الألف مستحق في المال المشار إليه وكذا إن قال له في هذا العبد ألف وفي هذه الدار نصفها فلا يقبل تفسيره بإنشاء هبة (ولو قال له من مالي، أو في

مالي أو في ميراثي من أبي أو نصف داري هذه) صح على الأصح وفي «الترغيب»: المشهور لا التناقض فلو زاد بحق لزمني ونحوه صح عليهما قاله القاضي وغيره وعلى الأول (إن فسره بالهبة وقال: قد بدا لي من تقيضه قبل ذكره جماعة لأن التفسير يصلح أن يعود إليها من غير تناف. وكما لو قال له علي ألف ثم فسره بدين. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 336

(10/373)

وقال للقاضي وأصحابه لا يقبل وعلى الأول إن مات ولم يفسره أو رجع عنه لم يلزمه شيء وذكر الأزجي في له ألف في مالي يصح لأن معناه استحقه بسبب سابق. ومن مالي وعد قال: وقال أصحابنا لافرق بين من والفاء في أنه يرجع في تفسيره إليه ولا يكون إقراراً إذا أضافه إلى نفسه ثم أخبر لغيره بشيء منه (وإن قال له: في ميراث أبي ألف فهو دين على التركة) لأن ذلك في قوة قوله له على أبي دين كذا. وفي «الترغيب» له في هذا المال أو في هذه التركة ألف صح قال ويعتبر أن لا يكون ملكه.

فلو قال الشاهد: أقر وكان ملكه إلى أن أقر أو قال هذا ملكي إلى الآن وهو لفلان فباطل ولو قال هو لفلان وما زال ملكي إلى أن أقرت لزمه بأول كلامه (وإن قال: له نصف هذه الدار فهو مقر بنصفها) لأنه أقر بذلك (وإن قال له هذه الدار عارية ثبت لها حكم العارية) لإقراره بذلك فعارية بدل من الدار ولا تكون إقراراً بالدار لأنه رفع بآخر كلامه ما دخل في أوله وهو بدل اشتمال لأن الأول مشتمل على الثاني. كقوله تعالى: {يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه} (البقرة: 217) فالشهر يشتمل على القتال. فعلى هذا لا تثبت له الدار وإنما تثبت له منفعتها فكأنه قال له الدار منفعتها. وإن قال له: هذه الدار هبة عمل بالبدل. وفيه نظر لأن الدار لا تشتمل على الهبة لكن يوجه بالنسبة إلى الملك لأن قوله له الدار إقرار بالملك والملك يشتمل على ملك الهبة فقد أبدل من الملك بعض ما يشتمل عليه وهو الهبة فكأنه قال له ملك الدار هبةً وحينئذٍ تعتبر شروط الهبة وقيل لا يصح لكونه من غير الجنس.

قال في «الفروع» ويتوجه عليه أي على القول بأنه لا يصح منع له هذه الدار ثلثها.

وذكر المؤلف صحته لأنه لا يجعله استثناء بل بدلا وإن قال هبة سكتى أو هبة عارية عمل بالبدل.

(10/374)

وقال ابن عقيل قياس قول أحمد بطلان الاستثناء هنا لأنه استثنى الرقبة وبقاء المنفعة وهو باطل عندنا فيكون مقراً بالرقبة والمنفعة (وإن أقر أنه وهب ورهن وأقبض أو أقر بقبض ثمن أو غيره ثم أنكر وقال: ما قبضت ولا أقبضت وسأل إحلاف خصمه فهل يلزمه اليمين؟ على وجهين) هما روايتان في «المغني».

إحداهما: نصره القاضي وأصحابه لأن دعواه مكذب لإقراره فلا تسمع ولأن الإقرار أقوى من البينة ولو شهدت البينة به ثم قال: أحلفوه لي لم يستحلف فكذا هنا.

والثانية بلى قدمها في «المحرر» وصححها في «الرعاية» وجزم بها في «الوجيز» لأن العادة جارية بالإقرار بالقبض قبله لأنها تكون شهادة زور. رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 336
فعلى الأولى: قال الشريفي وأبو الخطاب ولا يشبهه من أقر ببيع وادعى تلجئة إن قلنا: يقبل لأنه ادعى معنى آخر لم ينف ما أقر به.
قال الشيخ تقي الدين فيمن أقر بملك ثم ادعى شراؤه قبل إقراره: إنه لا يقبل ما يناقض إقراره إلا مع شبهة معتادة.

(10/375)

فرع: إذا أقر ببيع أو هبة أو إقباض ثم ادعى فساده، وأنه أقر يظن الصحة لم يقبل. وله تحليف المقر له فإن نكل حلف هو بطلانه. وكذا إن قلنا برد اليمين فحلف المقر قائلها بن حمدان (وإن باع شيئاً ثم أقر أن المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشتري) لأنه يقر على غيره ولأنه متهم فيه (ولم يفسخ البيع) لأن الإقرار الذي صدر بعده مردود والمردود وجوده كعدمه ولأن حق المشتري قد تعلق بالمبيع فلم يفسخ بغير رضاه مالم يوجد ما يوجب ذلك (ولزمته غرامته للمقر له) لأنه فوته عليه بالبيع (وكذلك إن وهبه أو أعتقه ثم أقر به) فهو كما لو باعه ثم أقر به لغيره (وإن قال: لم يكن ملكي ثم ملكته بعد لم يقبل قوله إلا بيينة) لأن الأصل أن الإنسان إنما يتصرف فيما له التصرف فيه ولأن التهمة هنا أكثر (وإن كان قد أقر أنه ملكه أو قال قبضت ثمن ملكي ونحوه لم يسمع بينته أيضاً) لأنها تشهد بخلاف ما أقر به فهو مكذب لها وذكر الشيخ تقي الدين فيما إذا ادعى بعد البيع أنه كان وقفاً عليه فهو بمنزلة أن يدعي أنه قد ملكه الآن: تنبيه. إذا قال: ملكت هذه العين من زيد فقد أقر له بملكها ولا يحكم له إلا بيينة: أو تصديق زيد وإن قال أخذتها من يده فقد اعترف له باليد ويلزمه ردّها إليه، فإن قال ملكتها على يده لم يكن مقراً له باليد ولا بالملك لأنه يريد معاونته وسفارته.

فلو أقر له بشيء ثم جاءه به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لأنه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس عنده سواء فإن رجع المقر له فادعاءً لزمه دفعه لأنه لامنازع له فيه.
وإن قال المقر له: صدقت والذي أقررت به آخر عندك لزمته تسليم هذا ويحلف على نفي الآخر.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 336
فصل

(10/376)

(وإن قال غصبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو) لزمه دفعه إلى زيد لإقراره له به ولم يقبل رجوعه عنه لأنه حق لأدمي على ما سبق ويغرم قيمته

لعمرو. ولأنه حال بينه وبين ملكه لإقراره به لغيره فلزمه ضمانه كما لو أتلفه ولأنه أضرب عن الأول. وأثبت للثاني فلا يقبل الإضرار بالنسبة إلى الأول لأنه إنكار بعد إقرار ويقبل بالنسبة إلى الثاني لأنه لا دافع له فإذا تعذر تسليمه إليه من أجل تعلق حق الأول به تعين دفع القيمة إليه وقيل لا يغرم لعمرو شيئاً (أو ملكته لعمرو وغصبته من زيد لزمه دفعه إلى زيد) لإقراره له باليد (ويغرم قيمته لعمرو للحيلولة وهذا هو الأشهر).

والثاني: لا يلزمه لعمرو شيئاً قالها القاضي وابن عقيل وقدمه في «الكافي» لأنه لا تفريط منه إذ يجوز أن يكون ملكه لعمرو وهو في يد زيد بإجارة أو غيرها. وقيل يلزمه دفعه إلى عمرو ويغرم قيمته لزيد لأنه لما أقر به لعمرو أولاً لم يقبل إقراره باليد لزيد. قال المؤلف: وهذا وجه حسن.

وفي «المحرر» هو الأصح ولا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل ذكره في «الشرح».

قال في «المحرر» و«الرعاية» وإن قال غصبته من زيد وملكته لعمرو وأخذه زيد ولم يضمن المقر لعمرو شيئاً زاد في «الرعاية» في الأشهر.

(10/377)

فائدة: قال أحمد في رجل قال: لآخر استودعتك هذا الثوب قال: صدقت ثم قال استودعني رجل آخر فالثوب للأول ويغرم قيمته للآخر (وإن قال غصبته من أحدهما أخذ بالتعيين)، لأنه إقرار بمجمل ومن أقر بمجمل لزمه البيان ضرورة أن الحكم لا يقع إلا على معلوم (فيدفعه إلى من عينه له) لأنه هو المستحق (ويحلف للآخر) إن ادعاه لتكون اليمين شيئاً لثبوت رد العبد أو بدله ولا يغرم له شيئاً لأنه لم يقر له بشيء (وإن قال: لأعرف عينه فصدقه أنتزع من يده) لأنه ظهر بإقراره أنه لاحق له فيه ولم يتعين مستحقه (وكانا خصمين فيه) لأن كلا منهما يدعيه (وإن كذبا فالقول قوله مع يمينه) أنه لا يعلم لأنه منكر وبتنزع من يده فإن كان لأحدهما بينة حكم له به وإن لم تكن بينة أقرنا بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلم إليه وإن بين الغاصب بعد ذلك ماله قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه إذا ادعى كل واحد أنه المغصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم يغصبه فإذا حلف لأحدهما لزمه دفعه للآخر لأن ذلك يجري مجرى تعيينه وإن نكل عن اليمين لهما سلمت إلى أحدهما (وإن أقر بألف في وقتين لزمه ألف واحد). لأن الأصل براءة الذمة من الزائد والعرف شاهد بذلك ولأنه لو قال: رأيت زيدا ثم قال رأيت زيدا كان الثاني هو الأول والرؤية إنما هي الرؤية أولاً.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 346

ونظير ذلك إن الله تعالى لما أخبر عن إرسال نوح وهود وصالح وشعيب وإبراهيم وموسى وعيسى وكرر ذلك في مواضع لم تكن القصة الثانية غير الأولى (وإن أقر بألف من ثمن عهد ثم أقر بألف من ثمن فرس أو قرض لزمه ألفان) لاختلاف سببهما. كقوله رأيت زيدا الطويل ثم قال: رأيت زيدا القصير لم يكن الثاني الأول البتة وكذا إن ذكر ما يقتضي التعدد كأجلين لهما أو سكينين أو صفتين لزمه ألفان.

(10/378)

كمن قال قبضت ألفا يوم السبت وألفا يوم الأحد بخلاف تعدد الأشهاد فلو قيد أحدهما بسبب وأطلق الآخر حمل المطلق على المقيد ولزمه ألفٌ واحدة مع اليمين.

ولو شهد بكل إقرار شاهدٌ جمع قولهما لاتحاد المخبر عنه ولا جمع في الأفعال (وإذا ادعى رجلان داراً في يد غيرهما شركة بينهما بالتسوية فأقر لأحدهما بنصفها فالمقر به بينهما) في قول أبي الخطاب وقدمه في «الرعاية» و«الفروع» وجرّم به في «الشرح» لاعترافهما أن الدار لهما مشاعة فالنصف المقر بينهما كالباقي.

وقال القاضي - وجزم به في «الوجيز» - إن أضافا الشركة إلى سبب واحد من إرث أو غنيمية أو شراء ونحوه. ولم يكونا قبضاً بعد الملك لها فكذلك وإلا اختص المقر له بالمقر به لأن نصيب كل منهما يتعلق بنصيب الآخر بدليل ما لو كان الميراث طعاماً فهلك بعضه أو غصب كان الذاهب بينهما والباقي بينهما فكذا الإقرار.

مسألة: إذا قال من العين في يده النصف لي والباقي أجهل ربه أخذ ما ادعى وفي الباقي أوجه.

(10/379)

ومن ادعى عيناً في يد ربي فأقر بها لعمرو وكذبه عمرو وإن أقر له بكلها فالمقر له مقر لشريكه في الدعوى بالنصف وإن كان ما أقر له بالشركة بل ادعى كلها خاصته في النصف فإن ادعى على عمرو وبكر عيناً في أيديهما فصدقه أحدهما فنصيبه له فإن صالحه عنه بمال صح فإن طلب المنكر الشفعة أخذها إن تعدد سبب ملكيها وإن اتحد فوجهان. (وإن قال في مرض موته هذه الألف لقطعة فتصدقوا به ولا مال له غيره لزم الورثة الصدقة بثلثه) قال أبو الخطاب و قدمة في «الرعاية» وجرّم به في «الوجيز» لأنه جميع ماله فالأمر بالصدقة به وصية بجميع المال فلا يلزم منه إلا الثلث. وظاهره لا فرق بين أن يصدقوه أو يكذبوه (وحكي عن القاضي أنه تلزمهم الصدقة بجميعة) هذا رواية لأنه أمره بالصدقة به يدل على تعديه فيه على وجه يلزمهم الصدقة بجميعة فيكون ذلك إقراراً منه لغير وارث فيجب امتثاله وكالإقرار في الصحة.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 346

ولو قال فيها لو كيله هذه الألف لقطعة فتصدق لزماً فكذا إذا قال في مرضه. والأول أصح لأن الإقرار في المرض يفارق الإقرار في الصحة في أشياء. والفرق بين الوكيل والورثة لأنه مأمور بخلاف الورثة فإن تصدقهم بذلك يستلزم لزوم ضمانه عليهم وجزم السامري ب: إن قلنا: قلنا لا يملك اللقطة فبكله وإلا بثلثه إن ملكه بعد الحول.

فرع: إذا اعتق عبداً أو وهبه وليس له سواه ثم أقر بدين نفذ عتقه وهبته ولم ينقضا بإقراره، نص عليه وقيل بلية وبيع فيه وإن أقر مريض بدين ثم بوديعة أو بالعكس فرب الوديعة أحق بها.

رقم الجزء: 10 رقم الصفحة: 346

فصل

(إذا مات رجل وخلف مائة فادعها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعها آخر فأقر له فهي للأول) لأنه قد أقر له بها ولا معارض له فوجب كونها له عملاً بالإقرار السالم عن المعارض ويغرمها للثاني لأنه حال بينه وبينها فلزمت غرامتها له كما لو شهد بمال ثم رجع بعد الحكم (وإن أقر به لهما معاً فهي بينهما) لتساويهما (وإن أقر لأحدهما وحده فهي له) لإقراره له فاختص بها (وبحلف للآخر) في الأصح قاله في «الرعاية» لأنه يحتمل أنه المستحق واليمين طريق ثبوت الحق أو بدله وإن نكل قضى عليه لأن النكول كالإقرار ولو أقر لزمه الغرم فكذا إذا نكل عن اليمين (وإن ادعى رجل على الميت مائة ديناً) أي: بدين يستغرق التركة قاله في «المحرر» و«الفروع» (فأقر له ثم ادعى آخر مثله ذلك فأقر له ولم يخلف الميت إلا مائة فإن كان في مجلس واحد فهي بينهما) لأن حكم المجلس الواحد حكم الحالة الواحدة (وإن كان في مجلسين فهي للأول ولا شيء للثاني) ذكره الخرقى والسامري والمؤلف في «الكافي» وجرّم به في «الشرح» و«الوجيز» لأن الأول استحق تسلمه كله بالإقرار فلا يقبل إقرار الوارث بما يسقط حقه لأنه إقرار على غيره. وقيل: يقدم الأول مطلقاً وأطلقاً لأزجي احتمالاً يشتركان بإقرار مريض لهما قال في «المحرر» وظاهر كلام أحمد يتشاركان إن تواصل الكلام بالإقرارين وإلا قدم الأول. وقال الشافعي رضي الله عنه يتشاركان مطلقاً بإقرار الموروث.