

[1]

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

[2]

بسم الله الرحمن الرحيم (باب البيع علي أنه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما) (قال رحمه الله) وإذا اشترى المأذون جارية بالف درهم علي أنه ان لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو جائز منه بمنزلة اشتراط الخيار ثلاثة أيام كما يجوز من الحر وقد بيناه في كتاب البيوع وبيننا أنه لو كان الشرط ان لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بينهما كان البيع فاسدا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد رحمه الله هو جائز علي ما اشترطا ووقع في بعض النسخ وقال أبو يوسف هو جائز علي ما اشترطا وهو غلط والصحيح أن أبا يوسف فرق بين هذا وبين اشتراط الخيار أربعة أيام وبيننا ذلك في البيوع وكذلك لو اشترها وقبضها ونقد الثمن علي أن البائع ان رد الثمن علي المشتري ما بينه وبين ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو جائز علي ما اشترطا وهو بمنزلة اشتراط الخيار للبائع ولو اشترها علي أنه ان لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فقبضها وباعها نفذ بيعه لان خيار المشتري لا يمنعه من التصرف فيها والبيع تام لازم من جانب البائع فان مضت الايام الثلاثة قبل أن ينقده الثمن فلا سبيل للبائع علي الجارية ولكنه يتبع المشتري بالثمن لان من ضرورة نفوذ بيعه فيها سقوط خياره ولان امتناعه من ايفاء الثمن في آخر جزء من الايام الثلاثة بمنزلة فسخ البيع منه وفسخه للبيع فيها بعد ما باعها باطل فإذا جاز البيع والجارية ملك المشتري الثاني علمنا أنه لا سبيل للبائع عليها ولكنه يتبع المشتري منه بالثمن وكذلك لو قتلها المشتري أو ماتت في يده أو قتلها أجنبي آخر حتى غرم قيمتها في الايام الثلاثة لان حدوث هذه المعاني في يد المشتري في مدة خياره يكون مسقطا خياره لما فيه من فوات محل الفسخ وهذا في الموت ظاهر وكذلك في قتل الأجنبي لان القيمة الواجبة علي القاتل لاجل ملك المشتري والعقد فيها فلا ينتهي بالقبض فلا يتحول العقد إلى ملك القيمة (ألا ترى) أنه يجوز الفسخ بالتحالف والرد بالعيب باعتبار القيمة الواجبة علي القاتل بعد قبض المشتري فكذلك الفسخ بخيار الشرط فان كان المشتري

وطئها وهى بكر أو ثيب في الايام الثلاثة أو جنى عليها جناية أو أصابها عيب من غير فعل أحد ثم مضت الايام الثلاثة قبل أن ينقد الثمن فالبايع بالخيار ان شاء أخذها ولا شئ له غيرها وان شاء سلمها للمشتري لان امتناع المشتري من نقض الثمن حتى مضت الايام الثلاثة فسخ منه للبيع ولو فسخ البيع قصدا تخير البائع لحدوث ما حدث فيها عند المشتري فكذلك إذا لم ينقد الثمن حتى مضت الايام ولو كان الواطئ أو الجاني أجنبيا فوجب العقر أو الارش لم يكن للبائع على الجارية سبيل لحدوث الزيادة المنفصلة المتولدة في يد المشتري فان ذلك يمنع الفسخ بعد تمام البيع في جانب البائع حق للشرع وانما له الثمن على المشتري ولو كان حدث فيها عيب من فعل الجاني الاجنبي بعد مضي الايام الثلاثة فالبايع بالخيار ان شاء أخذ الجارية واتبع الجاني بموجب ما أحدثه فيها من وطئ أو جناية وان شاء سلمها للمشتري بالثمن فان سلمها للمشتري بالثمن كان للمشتري أن يتبع الاجنبي بذلك لان بمضي الايام الثلاثة قبل نقد الثمن انفسخ البيع فبقيت الجارية في يد المشتري مضمونة بعد الفسخ فيكون بمنزلة الجارية التى في يد البائع قبل التسليم إذا حدث فيها بفعل الاجنبي شئ من ذلك وهناك يتخير المشتري بين أن يأخذها بالزيادة وبين أن ينقض البيع فيها فكذلك بعد الفسخ يتخير البائع وهذا إذا كان الاجنبي وطئها وهى بكر حتى تمكن نقصان في ماليتها بالوطئ فان كانت ثيبا لم ينقصها الوطئ أخذها البائع وأخذ عقرها من الاجنبي ولا خيار له في تركها لان ثبوت الخيار باعتبار النقصان في المالية في ضمان المشتري ولم يوجد وقد طعن عيسى رحمه الله في هذا الجواب وقال للبائع أن لا يقبلها لان الوطئ كالجناية والمستوفى بالوطئ في حكم جزء من العين وقيل في تخريجه ان قياس قول أبى حنيفة رحمه الله بناء على أن المشتري لو كان هو الواطئ بعد مضي الايام لم يلزمه شئ ولم يتخير البائع فإذا كان الواطئ أجنبيا فوجب العقر وتمكن البائع من أخذها مع العقد أولى ان لا يثبت له الخيار وأصل المسألة في المبيعة إذا وطئها البائع قبل التسليم وهى ثيب لم يتخير المشتري عند أبى حنيفة وكذلك ان وطئها أجنبي أخذها المشتري مع عقرها ولم يتخير فكذلك البائع في هذا الفصل ولو كان المشتري هو الذى قطع يد الجارية أو افتضاها وهى بكر بعد مضي الايام الثلاثة فالبايع بالخيار ان شاء سلمها للمشتري بالثمن وان شاء أخذها ونصف ثمنها في القطع لتغير الجارية في ضمان المشتري بعد الفسخ والاصناف تضمن بالتناول مقصودة فيتقرر على المشتري حصة اليد من الثمن وكذلك كل جناية جنى عليها

أخذ نقصانها من الثمن إذا اختار البائع أخذها وان كان افتضاها لم ينظر إلى عقرها ولكن ينظر إلى ما نقصها الوطئ من قيمتها فيكون على المشتري حصة ذلك من ثمنها في قول أبى حنيفة وعندهما ينظر إلى الاكثر من عقرها ومما نقص الوطئ من قيمتها فيكون على المشتري حصة ذلك من ثمنها وان كان لم ينقصها الوطئ شيئا أخذها البائع ولا شئ على المشتري في الوطئ في قول أبى حنيفة وعندهما يقسم الثمن على قيمتها وعلى

عقرها فيأخذها البائع وحصه العقر من ثمنها وأصل المسألة في البائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض وقد بينا ذلك في البيوع فحال المشتري ههنا بعد الفسخ كحال البائع قبل التسليم هناك لأنها في ضمان ملكه حتى لو هلكت قبل الرد كان هلاكها على ملكه كما في المبيعة قبل القبض فيستوى تخريج الفصلين على الاختلاف الذي بينا ولو كانت ولدت ولدا في الايام الثلاثة ثم مضت الايام وهما حيان ولم ينقد الثمن فالجارية وولدها للمشتري بالثمن ولا خيار للبائع في ذلك لاجل الزيادة المنفصلة المتولدة في يده قبل الفسخ ولو لم تلد ولكنها قد ازدادت في يده كان للبائع أن يأخذها بزيادتها لان الزيادة المتصلة لا معتبر بها في البيع ولا يمنع الفسخ لاجلها كما في الفسخ بسبب العيب وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة الزيادة المتصلة هنا كالزيادة المنفصلة وهو نظير ما بينا من اعتبار الزيادة المتصلة في المنع من الفسخ بسبب التحالف وفي المنع من التصرف في الصداق بالطلاق ولو كانت ولدت بعد مضي الايام ونقصتها الولادة فالبائع بالخيار للنقصان الحادث فيها من يد المشتري كما لو تعيبت بعيب آخر وهذا لان الزيادة المنفصلة بعد الفسخ لا تمنع من استردادها وتأثير نقصان الولادة في اثبات الخيار للبائع لا في تعذر الرد به ولو ماتت بعد مضي الايام الثلاثة ولم تلد فعلى المشتري الثمن لان العقد وان انفسخ فقد تعيب في ضمان المشتري فإذا هلكت بطل ذلك الفسخ كما إذا هلكت المبيعة قبل القبض بطل البيع ولو كانت ولدت بعد مضي الايام الثلاثة ثم ماتت وبقي ولدها فالبائع بالخيار ان شاء سلم الولد للمشتري وأخذ منه جميع الثمن وان شاء أخذ الولد ورجع على المشتري بحصة الام من الثمن وهو لان الولد لما صار مقصودا بالاسترداد كان له حصه من الثمن وهو بمنزلة المبيعة إذا ولدت قبل القبض ثم ماتت الام وبقي الولد فكما يتخير المشتري هناك يتخير البائع هنا ولو كان اشترى الجارية بعرض بعينه على انه ان لم يعط البائع ذلك إلى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما فهو جائز بمنزلة شرط الخيار فان حدث بالجارية عيب في يد المشتري أو فقا عينها أو وطنها وهى بكر

[5]

أو تيب أو فعل ذلك أجنبي ثم مضت الايام قبل أن يعطه البائع فهذا وما وصفنا من الدراهم سواء لا ستوائهما في المعنى ولو مضت الايام قبل أن يعطى المشتري البائع ما شرطه ثم هلكت الجارية في يد المشتري أو قتلها كان للبائع على المشتري قيمتها ولا سبيل له على ثمنها لان بمضي الايام الثلاثة انفسخ البيع وهلاك أحد العوضين في المقابضة بعد الفسخ لا يمنع بقاء الفسخ لبقاء العرض الآخر وإذا بقي الفسخ تعذر على المشتري رد عينها فيرد قيمتها بخلاف البيع بالدراهم ولو ذهبت عينها أو فقاها المشتري أخذ البائع الجارية ونصف قيمتها ولا سبيل له على الثمن لان العين من الأدمى نصفه فقوات نصفها بعد الفسخ معتبر بقوات كلها ولو كان أجنبي فقا عينها أو قتلها كان البائع بالخيار ان شاء أخذ قيمتها في القتل من مال المشتري حالا وان شاء رجع بها على عاقلة القاتل في ثلاث سنين فان أخذها من المشتري رجع بها على عاقلة القاتل لانها بعد الفسخ مملوكة للبائع مضمونة في يد المشتري بنفسها كالمغصوبة وأما في فق العين فان البائع يأخذ الجارية ويتبع بارش العين المشتري أو الجاني أيهما شاء حالا كما في المغصوبة إذا فقا انسان عينها في يد الغاصب فان أخذه من المشتري رجع به المشتري على الجاني ولا سبيل للبائع في شئ من هذه الوجوه على الثمن لانه لا يتمكن من أخذ ذلك الا بفسخ ذلك العقد وبقاء أحد العوضين يمنعه من ذلك بخلاف ما إذا كان حدوث هذه المعاني

قبل مضي الثلاثة لان هناك العقد قائم بينهما حين حدث ما حدث ومضى الايام الثلاثة بمنزلة الفسخ من المشتري قصدا وفسخه بعد ما تعيب في يده لا يكون ملزما للبائع فمن هذا الوجه وقع الفرق ولو باع المأذون أو الحر جارية بالف درهم فتقابضا على أن البائع ان رد الثمن على المشتري إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ثم ان المشتري وطئ الجارية أو فقا عينها في الايام الثلاثة فان رد البائع الثمن على المشتري كان له أن يأخذ جاريته ويضمن المشتري بالوطئ عقرها وفي الفق ء نصف قيمتها لان هذا الشرط بمنزلة خيار البائع والمبيعة قائمة على ملك البائع في يده على خياره فإذا تقرر ملكه بفسخ البيع ظهران جناية المشتري ووطأه حصلا في ملك الغير فعليه العقر والارش وان مضت الايام الثلاثة قبل أن يرد الثمن تم البيع ولا شئ على المشتري من العقر والارش لان خيار البائع إذا سقط ملكها المشتري من وقت العقد بزيادتها فلا يلزمه العقر والارش لان فعله حصل في ملكه حكما ولو كان أجنبي فعل ذلك ثم رد البائع الثمن في الايام الثلاثة أخذ جاريته ونصف قيمتها ففى فق ء العين

[6]

ان شاء من المشتري ويرجع به المشتري على الفاقئ وان شاء من الفاقئ لانها كانت مملوكة للبائع مضمونة بنفسها في يد المشتري كالمغصوبة وفي الوطئ ان كانت بكرا فكذلك الجواب لان الوطئ ينقص ماليتها وهى مضمونة في يد المشتري بنفسها وان كانت ثيبا لم ينقصها الوطئ أخذها البائع واتبع الواطئ بعقرها ولا سبيل له على المشتري لان المضمون على المشتري ماليتها ولم يتمكن نقصان في ماليتها بهذا الوطئ وهى كالمغصوبة إذا وطئها أجنبي في يد الغاصب وهى ثيب ولو لم يرد البائع الثمن حتى مضت الايام الثلاثة تم البيع واتبع المشتري الفاقئ أو الواطئ بالارش والعقر لانه عند سقوط الخيار للبائع ملكها من وقت العقد بزوائدها المنفصلة ولو كان البائع هو الذى وطئها وفقا عينها فقد انتقص البيع رد الثمن بعد ذلك أولم يرد ويأخذ جاريته لان فعله ذلك تقرير لملكه حين عجز نفسه عن تسليمها كما باعها ولو فعل ذلك بعد مضي الثلاث ولم يرد الثمن فعليه الارش والعقر للمشتري لان بمضي الثلاث تم البيع وتأكد ملك المشتري بكونها في يده ففعل البائع فيها كفعل أجنبي آخر فيلزمه عقرها وأرشها للمشتري والله أعلم (باب الشفعة في بيع المأذون وشراؤه) (قال رحمه الله) ولا شفعة للمولى فيما باع عبده المأذون أو اشتراه إذا لم يكن عليه دين لانه يبيع ملك المولى له ولا شفعة في البيع لمن وقع البيع له ولا فائدة في أخذ ما اشتراه بالشفعة لانه متمكن من أخذه لا بطريق الشفعة فانه مالك لكسبه إذا لم يكن عليه دين والاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراؤه كسب عبده إذا لم يكن عليه دين باطل وكذلك لا شفعة للعبد فيما باع مولاه أو اشتراه لانه إذا لم يكن عليه دين فانما يأخذ ما باعه المولى بالشفعة له ولا شفعة للبائع ولا يفيد أخذه بما اشتراه المولى بالشفعة لان المولى متمكن من استرداد ما في يده منه فيكون متمكنا من منعه من اثبات اليد عليه أيضا فان كان على العبد دين فالشفعة واجبة لكل واحد منهما في جميع هذه الوجوه لان كسبه حق غرمائه والمولى كالأجنبي منه فيكون أخذ كل واحد منهما من صاحبه في هذه الحالة مفيدا بمنزلة شراؤه ابتداء لا في وجه واحد وهو ما إذا باع العبد دارا باقل من قيمتها بما يتغابن الناس أو بغير ذلك لم يكن للمولى فيها الشفعة لانه لو وجبت له الشفعة أخذها من العبد قبل التسليم إلى المشتري فيكون متمكنا

عليه الدار بأقل من قيمتها ولو باع العبد منه بالغبن لم يجر لحق غرمائه ويستوى في حقهم الغبن اليسير والفاحش كما في تصرف المريض في حق غرمائه ولا يمكن الاخذ بمثل القيمة لان ما لم يكن ثمنا في حق المشتري لا يثبت ثمنا في حق الشفيع ولو باع العبد من مولاه دارا ولا دين عليه والاحنبي شفيعها فلا شفعة له لان ما جرى بينهما ليس ببيع حقيقة فالبيع والتمن كلاهما خالص ملك المولى ومبادلة ملكه بملكه لا تجوز وقد كان متمكنا من أخذها بدون هذا البيع فلا يكون هذا البيع مفيدا والاسباب الشرعية تلغو إذا كانت خالية عن فائدة فإذا كان عليه دين وكان البيع بمثل القيمة أو أكثر فله الشفعة لان هذا بيع صحيح بينهما فالدار كانت حقا لغرمائه وكان المولى ممنوعا من أخذه قبل الشراء وبالشراء يصير هو أحق بها وباعتبار البيع الصحيح تجب الشفعة للشفيع وان باعها بأقل من قيمتها فلا شفعة للشفيع فيها في قول أبي حنيفة لان عنده بيع المأذون من مولاه بأقل من قيمته باطل كبيع المريض من وارثه وهذا لان المولى يخلفه في كسبه خلافة الوارث المورث فتمتكن التهمة بينهما في حق الغرماء والشفعة لا تستحق بالبيع الباطل وعندهما للشفيع أن يأخذها بقيمتها أو يتركها لان من أصلهما ان المحاباة لا تسلم للمولي ولكن لا يبطل أصل البيع بسبب المحاباة بل يتخير المولى بين أن يزيل المحاباة فيأخذها بقيمتها وبين أن يتركها فكذلك الشفيع يتخير في ذلك وهذا لان الاستحقاق بحكم هذا البيع ثابت للمولى بمثل القيمة إذا رضى به فيثبت ذلك للشفيع لان الشرع قدم الشفيع على المشتري في الاستحقاق الثابت بالبيع فان تركها الشفيع أخذها المولى بتمام القيمة ان شاء وان كان المولى هو البائع من غيره بمثل قيمته ولا دين عليه فلا شفعة فيها لان ما جرى بينهما ليس ببيع مفيد وان كان عليه دين كان البيع صحيحا لكونه مفيدا والشفعة واجبة للشفيع وان باعها منه بأكثر من قيمتها فعند أبي حنيفة البيع باطل لاجل الزيادة وكون العبد متهما في حق مولاه (الأتري) ان اقراره لمولاه لا يجوز بشئ إذا كان عليه دين فكذلك المحاباة والزيادة منه لمولاه وإذا بطل البيع لم تجب الشفعة للشفيع وعندهما المولى بالخيار ان شاء سلم الدار للعبد بقدر القيمة وان شاء استردها لان التزام العبد الزيادة لمولاه لم تصح وأما أصل البيع بمثل القيمة فصحيح فثبوت الخيار للمولى لانعدام الرضا منه بذلك فان سلمها له بالقيمة أخذها الشفيع بذلك لان الاستحقاق ثابت بالقيمة عند رضاه بها وان أبي كان للشفيع أن يأخذها من المولى بجميع الثمن ان شاء لان رهنا المولى قد تم بالبيع بجميع الثمن وذلك يكفي

لوجوب الشفعة كما لو أقر ببيعها وأنكر المشتري ثم عهده الشفيع على المولى لانه تملكها عليه بالاخذ من يده فهو بمنزلة مالو اشتراها منه ابتداء وإذا سلم المأذون شفيعته وجبت له وعليه دين أو لادين عليه فتسليمه جائز لانه يملك الاخذ بالشفعة فيملك تسليمها لان كل واحد منهما من صنيع التجار كما أن الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمها بمنزلة ترك الشراء والاقالة بعد ذلك والمأذون مالك كذلك وان سلمها مولاه جاز تسليمها ان

لم يكن عليه دين بمنزلة الاقالة فيما اشتراه العبد لانه لو باعها ابتداء من هذا الرجل أو من غيره بعدما أخذها العبد جاز فكذلك إذا سلم شفيعها له وان كان على العبد دين فتسليم المولى باطل بمنزلة اقالته وبيعه ابتداء وهذا لان كسبه حق غرمائه والمولى جعل كالأجنبي بالتصرف فيه فكذلك في اسقاط حقه فان لم يأخذه العبد حتى استوفى الغرماء دينهم أو أبرأوا العبد من دينهم سلمت الدار للمشتري بتسليم المولى الشفعة لان تسليم المولى الشفعة بمنزلة سائر تصرفاته في كسب العبد المديون وذلك كله ينفذ بسقوط حق الغرماء التبرعات والمعاضات فيه سواء ولو حجر المولى عليه بعد وجوب الشفعة له وفى يده مال وعليه دين أو لا دين عليه لم يكن له أن يأخذها بالشفعة كما لا يكون له أن يشتريها ابتداء بما في يده من المال بعد الحجر عليه وان لم يحجر عليه وأراد المولى الاخذ بالشفعة فله ذلك إذا لم يكن على العبد دين لان العبد انما يأخذ للمولى ولان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وللمولى أن يشتري بكسب عبده إذا لم يكن عليه دين كما يكون ذلك للعبد فكذلك حكم الاخذ بالشفعة وان كان عليه دين لم يكن له ذلك الا أن يقضى الغرماء دينهم فان قضاهم ديونهم كان له أن يأخذ بالشفعة لزوال المانع وان كان عليه دين فأراد الغرماء أن يأخذوا بالشفعة لم يكن لهم ذلك لان حق الاخذ بالشفعة باعتبار الجواز وذلك ينبنى على ملك العين والغرماء من ملك عين الدار التى هي كسب العبد كالأجانب حتى لا يكون للغرماء استخلاصها لهم وأما حقم في ماليتها فيمنزلة حق المرتهن ولا يستحقون الشفعة بخلاف المولى فانه مالك للعين إذا لم يكن على العبد دين فيكون له أن يأخذها بالشفعة لتقرر السبب في حقم ولو حجر عليه بعد وجوب الشفعة ثم أراد المولى أن يأخذها بالشفعة ولا دين على العبد فله أن يأخذها ان سلم العبد بعد الحجر أو لم يسلم لان التسليم انما يصح ممن يملك الاخذ والعبد بعد الاخذ لا يملك الاخذ بالشفعة الا أن يقضى الغرماء دينهم فان فعل ذلك كان له أن يأخذها بالشفعة لزوال المانع سواء سلم العبد الشفعة بعد الحجر أو لم يسلم

[9]

وهذا على أصل أبى حنيفة ومحمد ظاهر لان عندهما المولى مالك لكسبه مع قيام الدين عليه وان كان هو ممنوعاً منه وعند أبى حنيفة وان لم يكن مالكا فهو أحق بكسبه إذا قضى الدين والشفعة تستحق عليه كالتركة المستغرقة بالدين إذا بيعت دار بجنب منها كان للوارث أن يأخذها بالشفعة بعد ما قضى الدين وإذا اشترى المأذون داراً ولها شفيع يريد أخذها فوكل الشفيع مولى العبد يأخذها له وبالخصوصية فيها وعلى العبد دين أو لا دين عليه فالوكالة باطلة لانه لو صح التوكيل ملك الوكيل التسليم في مجلس الحكم وفي ذلك منفعة للمولى وهذا لا يصلح أن يكون وكيلاً في استيفاء حق الغير من عبده فلهذا النوع من المنفعة له في ذلك كما لو وكله غريم العبد باستيفاء دينه من العبد فان كان عليه دين فسلمها العبد للمولى بالشفعة صارت الدار للشفيع ولا يجوز قبض المولى الدار من العبد على الشفيع حتى يقبضها الشفيع من المولى والعهدة فيما بين العبد والشفيع ولا عهدة فيما بين المولى وعبده لان الوكالة لما لم تصح صار المولى بمنزلة الرسول للشفيع فإذا سلمها العبد إليه ملكها الشفيع بمنزلة مالو أخذها الشفيع بنفسه وهو نظير مالو وكله بقبض دين له على العبد فانه لا يبرأ العبد بقبض المولى حتى يدفع ذلك إلى الغريم فإذا دفعها إليه برئ العبد بمنزلة مالو قبضها الغريم بنفسه وكذلك لو كان الوكيل بعض غرمائه لان منفعة الغريم في ذلك أظهر من منفعة المولى فان حقه في كسب

العبد مقدم على حق المولى ولو كان العبد هو الشفيع فوكل مولاه ان يأخذه بالشفعة له أو بعض غرمائه جازت الوكالة كان عليه دين أو لم يكن بمنزلة ماله وكله العبد بقبض دين له على أجنبي وهذا لان في تسليمه واقاراره اضرار بالمولى والغريم ولا منفعة لهما فيه فان سلم المولى الشفعة للمشتري عند القاضى جاز تسليمه وان سلمها عند غير القاضى جاز ان لم يكن على العبد دين وان كان على العبد دين فتسليمه باطل في قول أبى حنيفة رحمه الله وليس له أن يأخذ بالشفعة ولكن العبد هو الذى يأخذها وفي قول أبى يوسف الآخر تسليمه جائز عند القاضى وعند غير القاضى وعند محمد تسليمه باطل عند القاضى وعند غير القاضى إذا كان على العبد دين وأصل المسألة ما بيننا في الشفعة ان عند أبى حنيفة وأبى يوسف من ملك الاخذ بالشفعة ملك تسليمها وان كان نائباً كالأب والوصى وعند محمد لا يملك ثم عند أبى حنيفة رحمه الله اقرار الوكيل على موكله يجوز في مجلس القاضى ولا يجوز في غير مجلسه فكذلك تسليمه وفي قول أبى يوسف الآخر كما يجوز اقراره عليه في غير مجلس القاضى فكذلك

[10]

يجوز تسليمه فإذا عرفنا هذا فنقول عند أبى حنيفة إذا سلمها في مجلس القاضى جاز لانه مالك للاخذ وإذا سلمها في غير مجلس القاضى فان لم يكن عليه دين جاز باعتبار ان الحق واجب له لا باعتبار الوكالة وان كان عليه دين لا يجوز تسليمه في حق العبد والغرماء ولكن يخرج من الخصومة بمنزلة ماله أقر على موكله في غير مجلس القاضى وإذا خرج من الخصومة كان العبد على حقه يأخذها بالشفعة ان شاء وفي قول أبى يوسف الآخر يصح تسليمه على كل حال لانه بنفس التوكيل قام مقام الموكل في الاخذ فكذلك التسليم وعند محمد هو قائم مقام الموكل في الاخذ بالشفعة والتسليم اسقاط وهو ضد ما وكله به فلا يصح منه الا إذا لم يكن عليه دين فحينئذ يصح باعتبار ملكه ولو كان وكيل العبد بالاخذ بعض غرمائه فتسليمه في مجلس القاضى جائز في قول أبى حنيفة وكذلك في غير مجلس القاضى عند أبى يوسف وفي قول محمد هو باطل وان أقر عند القاضى ان العبد قد سلمها قبل أن يتقدم إليه فاقراره في مجلس القاضى جائز في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله اقراره بذلك جائز في مجلس القاضى وفي غير مجلس القاضى بمنزلة اقرار وكيل المدعى عليه بوجوب الدين واقرار وكيل المدعى بانه مبطل في دعواه وانه قد أبراه عن الدين * رجل مات وعليه دين فباع الوصي دارا للميت لها شفيع فوكل الشفيع بعض غرماء الميت أن يأخذ له لم يكن وكيلاً في ذلك لان الدار انما بيعت له وكما ان من بيعت له لا يأخذها لنفسه فكذلك لا يأخذها لغيره بوكالته وبهذا الطريق قلنا فيما باعه العبد ان المولى أو الغريم لا يكون وكيلاً للشفيع في الاخذ لان تصرفه لغرمائه من وجه ولمولاه من وجه ولو كان الميت اشترى في حياته دارا وقبضها ثم مات وعليه دين وطلب الشفيع شفيعته ووكل في الخصومة فيها بعض غرماء الميت لم يكن وكيلاً لانه لو صح التوكيل ملك التسليم والاقرار على موكله بالتسليم في مجلس الحاكم وفيه منفعة له فان سلمها الوصي بغير خصومة كانت للشفيع ولم يكن للغريم أن يقبضها ولكن الشفيع هو الذى يقبضها وتكون العهدة فيما بينه وبين الوصي لان الوكالة لما بطلت صار هو بمنزلة الرسول للشفيع وكذلك لو وكل وارثنا بذلك فان في التسليم أو الاقرار به على الموكل منفعة الوارث بعد سقوط حق الغريم ولو باع

المأذون دارا وسلمها ولها شفيع فوكل الشفيع بخصومة المشتري مولى العبد وعليه دين أو لادين عليه أو وكل بعض غرماء العبد فالوكالة باطلة لان العبد بائع للدار لغرمائه من وجه فان ماليتها حقهم وللمولى من وجه فان كسبه ملك مولاه إذا

[11]

فرغ من الدين ومن بيع له لا يأخذ بالشفعة لغيره كما لا يأخذ لنفسه (ألا ترى) ان الوكيل إذا باع دار الرجل بأمره فوكل الشفيع الأمر بخصومة المشتري في ذلك لم يكن وكيلا لأنها بيعت له وكذلك المضارب إذا باع دارا من المضاربة فوكل شفيعها رب المال بالخصومة والاخذ بالشفعة لم يكن وكيلا في ذلك فان سلمها المشتري له بغير خصومة جاز والشفيع هو الذى قبضها والعهدة بينه وبين المشتري لان رب المال بمنزلة الرسول له حين يطلب الوكالة وعبارة الرسول كعبارة المرسل فكان للشفيع أخذها بنفسه والله أعلم (باب بيع المأذون المكيل أو الموزون من صنفين) (قال رحمه الله) وإذا باع المأذون من رجل عشرة أقفرة حنطة وعشرة أقفرة شعير فقال أبيعك هذه العشرة الاقفرة حنطة وهذه العشرة الاقفرة شعير كل قفيز بدرهم فالبيع جائز لان جملة المبيع معلوم والتمن معلوم وكل متى أضيفت إلى ما يعلم منتهاه تتناول الجميع فان تقابضا ثم وجد بالحنطة عيبا ردها بنصف الثمن علي حساب كل قفيز بدرهم لانه كذلك اشترى وعند الرد بالعيب انما يرد المعيب بالثمن المسمى بمقابلته فإذا كان المسمى بمقابلة كل قفيز من الحنطة درهما ردها بذلك أيضا وكذلك لو قال القفيز بدرهم لان الالف واللام للجنس إذا لم يكن هناك معهود فيتناول كل قفيز من الحنطة وكل قفيز من الشعير بمنزلة قوله كل قفيز ولو قال كل قفيز منهما بدرهم وتقابضا ثم وجد بالحنطة عيبا فانه يردّها علي حساب كل قفيز منهما النصف من الحنطة والنصف من الشعير بدرهم وذلك بان يقسم جميع الثمن عشرين درهما على قيمة الحنطة وقيمة الشعير فان كانت قيمة الحنطة عشرين درهما وقيمة الشعير عشرة رد الحنطة بثلثي الثمن لانه أضاف القفيز الذى جعل الدرهم بمقابلته اليهما بقوله منهما ومطلق هذه الاضافة يقتضى التسوية بينهما فيكون نصف كل قفيز بمقابلة الدرهم من الحنطة ونصف من الشعير فلهذا يقسم جملة الثمن علي قيمتها بخلاف الاول فهناك ذكر القفيز مطلقا واطلاقه يقتضى أن يكون بمقابلة كل قفيز من الحنطة درهم وبمقابلة كل قفيز من الشعير درهم وكذلك لو قال القفيز منهما بدرهم فهذا وقوله كل قفيز منهما بدرهم سواء كما بينا ولو قال أبيعك هذه الحنطة وهذا الشعير ولم يسم كيلهما كل قفيز بدرهم فالبيع فاسد في قول أبى حنيفة رحمه الله لان من أصله انه إذا لم تكن الجملة معلومة فان ما يتناول هذا اللفظ قفيزا واحدا وقد بينا له

[12]

هذا الاصل في البيوع ولا يعلم ان ذلك القفيز من الحنطة أو من الشعير ففسد البيع في ذلك أيضا للجهالة حتى يعلم الكيل كله فان علمه فهو بالخيار ان شاء أخذ كل قفيز حنطة بدرهم وكل قفيز شعير بدرهم وان شاء

ترك وهكذا يكشف الحال عنده إذا صارت جملة الثمن معلومة له الآن فيتخير بين الاخذ والترك وعندهما البيع جائز كل قفيز من الحنطة بدرهم وكل قفيز من الشعير بدرهم لان جهالة الجملة لا تفضي إلى تمكن المنازعة ولو قال كل قفيز منهما بدرهم كان البيع واقعا في قول أبي حنيفة رحمه الله علي قفيز واحد نصفه من الحنطة ونصفه من الشعير بدرهم لان هذا معلوم وثمنه معلوم وفيما زاد على القفيز الواحد إذا علم بكيل ذلك فهو بالخيار ان شاء أخذ كل قفيز منهما بدرهم وان شاء ترك وفي قول أبي يوسف ومحمد البيع لازم له في جميع ذلك كل قفيز منهما بدرهم نصفه من الحنطة ونصفه من الشعير ولو قال أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كرا فاشترها على ذلك فوجدها أقل من كرا فالبيع جائز لان المعقود عليه صار معلوما بالإشارة إليه ووجده علي شرطه الذي سماه في العقد والثمن معلوم بالنسبية فيجوز العقد وان وجدها كرا أو أكثر من كرا فالبيع فاسد لان العقد انما يتناول بعض الموجود وهو أقل من كرا كما سمي وذلك مجهول لانه لا يدري ان المشتري أقل من الكرا بقفيزا وقفيزين وهذه الجهالة تقتضي المنازعة وكذلك لو قال على أنها أكثر من كرا فان وجدها أكثر من كرا بقليل أو كثير فالبيع جائز لانه وجدها على شرطه والبيع يتناول جميعها وان وجدها أقل من كرا وكرا فالبيع فاسد لانه لا يدري ما حصة ما نقص منها مما شرط له فانه لا بد من اسقاط حصة النقصان من الثمن وذلك مجهول جهالة تفضي إلى المنازعة ولو قال على أنها كرا وأقل منه فان وجدها كرا أو أقل منه فهو جائز لانه وجدها على شرطه وان وجدها أكثر من كرا لزم المشتري من ذلك كرا وليس للبائع أن ينقصه من ذلك شيئا لانه لو وجدها كرا كان الكل مستحقا للمشتري فان وجدها أكثر أولى أن يكون مقدار الكرا مستحقا للمشتري والزيادة على الكرا للبائع لان البيع لا يتناولها ولو قال على أنها كرا أو أكثر فوجدها كذلك جاز البيع وان وجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن إذا قسم على كرا وان شاء ترك لان استحقاقه انما يثبت في مقدار الكرا بدليل انه لو وجدها كرا لزمه جميع الثمن ولا خيار له فإذا كان أنقص من كرا فقد النقصان معلوم وحصته من الثمن معلومة فيسقط ذلك عن المشتري و يتخير لتفرق الصفقة عليه والحاصل ان حرف أو للتخيير

[13]

فانما يثبت الاستحقاق عند ذكر حرف أو في المقدار المعلوم في نفسه سواء ردد الكلام بين ما هو معلوم في نفسه والزيادة عليه أو النقصان عنه الا أن في ذكر النقصان للبائع فائدة وهو أن لا يخاصمه ان وجده أقل فهو بمنزلة البراءة من العيب وفي ذكر الزيادة للمشتري فائدة وهو ان لا يلزمه رد شيء إذا وجده أكثر ولو قال أبيعك هذه الدار على أنها أقل من ألف ذراع فوجدها أقل من ذلك أو ألفا أو أكثر فالبيع جائز لان الذراعان في الدار صفة والثمن بمقابلة العين لا بمقابلة الوصف فان وجدها أزيد مما قال وصفا لا يتغير حكم البيع ولو قال علي أنها أكثر من ألف ذراع فان وجدها أكثر من ألف بقليل أو كثير فالبيع لازم لانه وجدها على شرطه وان وجدها ألف ذراع أو أقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك لانه وجدها أنقص مما سمي البائع له من الوصف فيتخير لذلك فإذا اختار الاخذ لزمه جميع الثمن لان الثمن بمقابلة العين درن الوصف ولو اشترى ثوبا من رجل بعشرة دراهم على انه عشرة أذرع فوجده ثمانية فقال البائع بعثك على انه ثمانية فالقول قول البائع مع يمينه لان المشتري يدعى زيادة وصف شرطه ليثبت له الخيار لنفسه عند فوته فان

الذرعان في الثوب صفة والبائع منكر لذلك والقول قوله مع يمينه وعلى المشتري اليقينة على ما ادعاه من الشرط كما لو قال اشتريت العبد علي أنه كاتب أو خباز ولو قال المشتري اشتريته بعشرة على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فوجده ثمانية أذرع فقال البائع بعثك على أنه ثمانية أذرع بعشرة دراهم ولم اشترط كل ذراع بدرهم تحالفا وترادا لان الاختلاف ههنا بينهما في مقدار الثمن فانه إذا لم يقل كل ذراع بدرهم كان الثمن عشرة دراهم سواء كان ذرعان الثوب عشرة أو ثمانية فإذا كان كل ذراع بدرهم فالثمن ثمانية إذا كان ذرعان الثوب ثمانية فعرفنا أن الاختلاف بينهما في مقدار الثمن والحكم فيه التحالف والتراد فأما في الاول فلم يختلفا في مقدار الثمن وانما ادعى المشتري اثبات الخيار لنفسه لغوت وصف شرطه فهو بمنزلة مالو ادعى انه شرطه كابتا أو ادعى شرط الخيار لنفسه ولا تحالف في ذلك بل يكون القول قول المنكر للشرط والله أعلم (باب عتق المولى عبده المأذون ورقيقه) (قال رحمه الله) وإذا أعتق المولى عبده المأذون وعليه دين أكثر من قيمته وهو يعلم أو لا يعلم فعتقه نافذ لبقاء ملكه في رقبته بعد ما لحقه الدين والمولى ضامن لقيمته بالغة

[14]

ما بلغت وان كانت قيمته عشرين ألفا أو أكثر لانه أتلف المالية بالاعتاق وهذه المالية حق الغرماء فيضمنها لهم بالغة ما بلغت كالراهن إذا أعتق المرهون والدين مؤجل ولم يكن عليه دين ولكنه قتل حرا أو عبدا خطأ فأعتقه المولى فان كان يعلم بالجناية فهو مختار للفداء والفداء الدية ان كان المقتول حرا وقيمة المقتول ان كان عبدا الا أن يزيد على عشرة آلاف درهم فينقص منها عشرة لان بدل نفس المملوك بالقتل لا يزيد على عشرة آلاف الا عشرة وان لم يعلم بالجناية غرم قيمة عبده الا أن تبلغ قيمته عشرة آلاف فينقص منها عشرة لان المستحق بالجناية نفس العبد بطريق الجزاء والمولى مخير بين الدفع والفداء فإذا أعتقه مع العلم بالجناية صار مختارا للفداء بمنع الدفع وان كان لا يعلم بالجناية فهو غير مختار للفداء ولكنه مستهلك للعبد الذي استحقه جزاء على الجناية فيغرم قيمته ولا يزداد قيمته على عشرة آلاف الا عشرة لان هذه قيمة لزمته باعتبار الجناية من المملوك فيقاس بقيمة تلزمه بالجناية على المملوك فإذا كان لا يزداد على عشرة آلاف الا عشرة فكذلك القيمة التي تلزمه بالجناية من المملوك وهذا يخالف فضل الدين من وجهين أحدهما أن هناك علم المولى وعدم علمه سواء لان المستحق مالية الرقبة تبعا في الدين واعتاق المولى اتلاف لذلك فيلزمه قيمته سواء كان عالما به أو غير عالم به بمنزلة اتلاف مال الغير وفي الجناية المستحق في حق المولى أحد شيئين وهو مخير بينهما وفي حكم الاختيار يخلف العلم وعدم العلم والثاني أن هناك يغرم قيمته بالغة ما بلغت لان استحقاق تلك القيمة عليه باعتبار سبب يستحق به المالية من غصب وشراء فيتقدر بقدر القيمة وهاهنا وجوب القيمة باعتبار الجناية وقيمة العبد بالجناية لا تزيد على عشرة آلاف الا عشرة وان كان المقتول عبد أغرم المولى الاقل من قيمة عبده ومن قيمة المقتول الا أن يبلغ عشرة آلاف فينقص منها عشرة لان الاقل هو المتيقن به فلا يلزم المولى أكثر منه ولا يزداد الواجب على عشرة آلاف الا عشرة لان الواجب باعتبار الجناية على المملوك فان أعتقه وعليه دين وجنایات أكثر من قيمته وهو لا يعلم بالجناية غرم لاصحاب الدين قيمته بالغة ما بلغت لاتلاف المالية التي هي حقهم (ألا ترى) أن قبل العتق كان يدفع بالجنايات ثم يباع بالدين فيسلم المالية للغرماء بكما لها ويغرم لا

صحاب الجنایات الاقل من قيمته ومن عشرة آلاف الا عشرة لان المستحق نفسه بالجنایات حر (ألا ترى) أن قبل العتق كان يتخلص المولى من جنایاته بدفعه فإذا تعذر الدفع باعتاقه لم يصر مختاراً كان عليه قيمته وقيمته بسبب الجنایة لا تزيد علي عشرة آلاف

[15]

الا عشرة ولا شركة بين الغرماء ولا بين أصحاب الجنایات لانعدام المشاركة بينهما في سبب وجوب حقهما وفي المحل الذي ثبت فيه حق كل واحد منهما (ألا ترى) أن قبل العتق لم يكن بينهما شركة ولكنه كان يدفع بالجنایات كلها أو لا ثم يباع للغرماء في ديونهم وان أعتقه وهو يعلم بالجنایات صار مختاراً للقداء في الجنایات فيضمنها كلها وصار ضامناً القيمة للغرماء باتلاف المالية ولا شركة لبعضهم مع البعض في ذلك ولو كان المأذون مدبراً أو أم ولد فأعتقه المولى وعليه دين كبير لم يغرم للمولى شيئاً لان حق الغرماء هاهنا ما تعلق بمالية الرقبة بل بالكسب وبالاعتاق لم يثبت شئ من كل حقهم فلا يغرم المولى لهم شيئاً لانه ما أفسد عليهم شيئاً بخلاف القن وان كان على المأذون دين كثير أو قليل فأعتق المولى أمة من رقيقه فعتقه باطل في قول أبي حنيفة الاول وفي قول الآخر نافذ الا أن يكون الدين محيطاً برقبته وبجميع ما في يده فحينئذ عتقه باطل ما لم يسقط الدين وفي قولهما عتقه نافذ على كل حال كما ينفذ في رقبته وهذا بناء على اختلافهم في ملك المولى كسب عبده المديون وقد بيناه فيما سبق فان كان في رقبته وكسبه فضل على دينه حتى جاز عتق المولى لامته فالمولى ضامن قيمة الامة للغرماء لان الدين يشغل كل جزء من أجزاء الكسب والمولى يفسد عليهم مالية المعتقة فيضمن قيمتها لهم فان كان معسراً كانت القيمة ديناً على الجارية المعتقة لان المالية التي هي حق الغرماء سلمت لها واحتسبت عندها بالعتق فعليها السعاية في قيمتها ويرجع بذلك على المولى لان السبب الموجب للضمان وجد من المولى وكان الضمان ديناً في ذمة المولى وانما أخرجت هي على قضاء دين المولى ويرجع عليه بذلك كما لو أعتق الراهن المرهون وهو معسر والتدبير في ذلك بمنزلة الاعتاق وذكر في المأذون الصغير ان المولى إذ أعتق جارية العبد المأذون بعد موت المأذون فهو كاعتاقه اباها في حياته وهذا ظاهر في قول أبي حنيفة وعلى قول أبي يوسف ومحمد عتقه وتديبره جائز وان كان الدين محيطاً والمولى ضامن قيمة الامة باتلاف ماليتها على الغرماء فان كان معسراً فللغرماء أن يضمنوها القيمة ويرجع بذلك على المولى كما هو مذهب أبي حنيفة إذا لم يكن الدين محيطاً وكذلك الوارث إذا أعتق جارية من التركة وفيها دين غير مستغرق لها فان الوارث مالك للتركة هاهنا فينفذ عتقه ويكون التحريح في حكم الضمان على نحو ما بينا في اعتاق المولى كسب عبده المأذون ولو وطئ المولى أمة المأذون فجاءت بولد فادعى نسبه ثبت نسبه منه عدهم جميعاً وصارت الامة أم ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها لان حق

[16]

المولى في كسب عبده المديون أقوى من الاب في جارية ابنه (ألا ترى) ان المولى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر والاب لا يملك ذلك في جارية ابنه ثم هناك استيلاده صحيح ويجب عليه ضمان قيمتها دون العقر فكذلك هاهنا وبهذا فرق أبو حنيفة بين الاستيلاد والاعتاق والتدبير وذكر في المأذون الصغير أن صحة دعوته استحسان يعنى على قول أبي حنيفة وفى القياس لا يصح لانه لا يملك كسب عبده المديون إذا كان الدين محيطا كما لا يملك كسب مكاتبه ثم دعواه ولد أمة مكاتبه لا تصح الا بتصديق المكاتب فكذلك دعواه ولد أمة عبده المديون ولكنه استحسان فقال هناك لا يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فيعتبر بالاستيلاد كانه استخلصها لنفسه بالتزام قيمتها ولا اشكال على قول أبي حنيفة في انتفاء العقر عنه لانه ما كان يملكها ما دامت مشغولة بحق الغرماء فيقدم تملكها منه بضمن القيمة واسقاط حق الغرماء عنها على الاستيلاد ليصح الاستيلاد كما يفعل ذلك في استيلاد جارية الابن وعلى قولهما انما لا يجب العقر لانه يملكها حقيقة والوطئ في ملك نفسه لا يلزمه العقر وانما يكون ضامنا لحق الغرماء وحق الغرماء في المالية وقد ضمن لهم جميع قيمة المالية والمستوفى بالوطئ ليس بمال ولا حق للغرماء فيه فلماذا لا يغرم عقرها وكذلك لو كان الوطئ بعد موت المأذون وان أعتق المولى جارية المأذون وعليه دين يحيط بقيمته وما في يده ثم قضى الغرماء الدين أو أبراه الغرماء أو بعضهم حتى صار في قيمته وفيما في يده فضل على الدين جاز عتق المولى الجارية لانه حين أعتقها كان سبب الملك له فيها تاما وحق الغرماء كان مانعا فإذا زال المانع بعد العتق كالوارث إذا أعتق عبدا من التركة المتسخرقة بالدين ثم سقط الدين نفذ العتق لهذا المعنى ولو أعتق المولى جارية المأذون وعليه دين محيط فبطل العتق في قول أبي حنيفة ثم وطئها المولى بعد ذلك فجاءت بولد فادعاه فدعواه جائزة وهو ضامن قيمتها للغرماء لما بينا في الاستيلاد لامته إذا كان قبل الاعتاق ثم الجارية حرة لسقوط حق الغرماء عنها والاستيلاد (ألا ترى) أنه لو سقط حقهم عنها بالابراء من الدين كانت حرة باعتاق المولى اياها فكذلك ههنا وعلى المولى العقر للجارية لان الاعتاق من المولى كان سابقا على الوطئ الا أن قيام الدين كان مانعا من نفوذ ذلك العتق فإذا سقط حق الغرماء عنها زال المانع عنها بعد العتق من ذلك الوقت فتبين أنه وطئها بالشبهة وهي حرة فيلزمه العقر لها لان الوطئ في غير الملك لا يخلو عن حد أو عقر وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر فإذا ادعى المولى بعض رقيق

[17]

المأذون أنه ولده ولم يكن ولد في ملك المأذون فدعواه باطلة في قول أبي حنيفة وهي جائزة في قول صاحبيه ويضمن قيمته للغرماء فان كان معسرا ضمن الولد ورجع به على أبيه لان دعوته دعوة التحرير فان أصل العلوق لم يكن في ملكه ودعوة التحرير كالا عتاق وقد بينا هذا الحكم في الاعتاق وقال ابن زياد إذا أعتق المولى أمة من كسب عبده المديون ثم سقط الدين لم ينفذ ذلك العتق وكذلك الوارث في التركة المستخرقة بالدين لان ملكه حدث بعد الاعتاق وهو بمنزلة المضارب إذا أعتق عبد المضاربة ولا فضل فيه على رأس المال ثم ظهر الفضل فيه لا ينفذ ذلك العتق وكذلك المولى إذا أعتق كسب مكاتبه ثم عجز المكاتب لا ينفذ ذلك العتق ولكننا نقول هناك انما أعتق قبل تمام السبب وهو الملك لان مال المضاربة مملوك لرب المال وانما يملك المضارب حصة من الربح والمكاتب

بمنزلة الحر من وجه فيمنع ذلك تمام سبب الملك للمولى في كسبه فأما سبب الملك فتمام للوارث في التركة بعد موت المورث وللمولى في كسب العبد فيتوقف عتقه على أن يتم بتمام الملك (ألا ترى) أنه لو مات نصراني وترك ابنين نصرانيين وعليه دين مستغرق فأسلم أحد الابنين ثم سقط الدين كان الميراث للابنين جميعا ولو كان تمام سبب الملك عند سقوط الدين كان الميراث كله للابن النصراني لان المسلم لا يرث الكافر فهذا الحرف يظهر الفرق والله أعلم (باب جنابة المأذون على عبده والجنابة عليه) (قال رحمه الله) وإذا جنى المأذون على حر أو عبد جنابة خطأ وعليه دين قيل لمولاه ادفعه بالجنابة أو افده لانه على ملك مولاه بعد ما لحقه الدين وفي البداء بالدفع بالجنابة مراعاة الحقين وفي البداء بالبيع بالدين ابطال حق الجنابة فيجب المصير إلى ما فيه مراعاة الحقين وإذا اختار الفداء فقد طهر العبد من الجنابة فيبقى حق الغرماء فيه فيباع في دينهم وان دفعه بالجنابة اتبعه الغرماء في أيدي أصحاب الجنابة فباعوه في دينهم الا أن يفديه أولياء الجنابة لان أولياء الجنابة انما يستحقون ملك المولى فيه بطريق الجزاء الا أن يثبت لهم فيه سبب متجدد فهم بمنزلة الوارث يخلفونه في ملكه والعبد المديون إذا مات مولاه اتبعه الغرماء في ملك الوارث فباعوه في دينهم الا أن يقضى الوارث دينهم فكذلك يتبعونه في يد صاحب الجنابة فيباع في دينهم الا أن يقضى صاحب الجنابة ديونهم وان كان للمأذون

[18]

جارية من تجارته فقتل قتيلا خطأ فان شاء المأذون دفعها وان شاء فداها ان كان عليه دين أو لم يكن لان التدبير في كسبه إليه وهو في التصرف بمنزلة الحر في التصرف في ملكه فيخاطب بالدفع أو الفداء بخلاف جنابته بنفسه فالتدبير في رقبته ليس إليه (ألا ترى) أنه لا يملك بيع رقبته ويملك بيع كسبه فان كانت الجنابة نفسا وقيمة الجارية ألف درهم ففداه المأذون بعشرة آلاف فهو جائز في قياس قول أبي حنيفة ولا يجوز في قولهما لان من أصلهما أن المأذون لا يملك الشراء بما لا يتغابن الناس في مثله وعند أبي حنيفة يملك ذلك فيطهرها من الجنابة باختيار الفداء بمنزلة شرائها بما يفديها به على القولين أو بمنزلة مالو دفعها إلى أولياء الجنابة ثم اشتراها منهم بمقدار الفداء وان كانت الجنابة عمدا فوجب القصاص عليها فصالح المأذون عنها جاز وان كان المأذون هو القاتل فصالح عن نفسه وعليه دين أو ليس عليه دين لم يجر الصلح لما بينا أنه في التدبير في كسبه بمنزلة الحر في ملكه وفي التدبير في نفسه هو بمنزلة المحجور عليه فلا يجوز صلحه في حق المولى لانه يلتزم المال بما ليس بمال وهو غير منفك الحجر عنه في ذلك ولكن التزامه في حق نفسه صحيح فيسقط القود بهذا الصلح ويجب المال في ذمته ويؤاخذ به بعد العتق بمنزلة مال التزمه بالكفالة أو بالنكاح ولو كان للمأذون دار من تجارته فوجد فيها قتيلا وعليه دين أو لادين عليه فالدية على عاقلة المولى في قول أبي يوسف ومحمد لانه مالك لهذه الدار وان كان على عبده دين ودية المقتول الموجود في الملك على عاقلة صاحب الملك باعتبار أنه بمنزلة القاتل له بيده وعند أبي حنيفة رحمه الله ان لم يكن على العبد دين محيط فكذلك وان كان على العبد دين محيط ففي القياس لا شيء على عاقلة المولى لانه غير مالك للدار عنده ولكن يخاطب بدفع العبد أو الفداء لان حق العبد في كسبه في حكم الجنابة كملك المالك في ملكه فهذا الطريق يجعل كان العبد قتله بيده ولكنه استحسن وجعل الدية على عاقلة المولى لان العبد ليس من

أهل الملك والمولى أحق الناس بملك هذه الدار على معنى أنه يملكها إذا سقط الدين ويملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فيكون بمنزلة القاتل بيده باعتبار اقامة سبب الملك التام له فيها مقام الملك ونظيره التركة المتسرفة بالدين إذا وجد في دار منها قتيل كانت الدية على عاقلة الوارث وهذا لان المانع من الملك بعد تمام السبب حق الغرماء وفي حكم الجناية الغرماء كالأجانب ويجعل في القتل الموجود فيها كان المولى مالك لها لما تعذر اعتبار جانب الغرماء في ذلك وعلى هذا لو شهد على المأذون في حائط من هذه الدار

[19]

مائل فلم ينقضه حتى وقع على انسان فقتله فالدية على عاقلة المولى وقالوا هذا بمنزلة القتل يوجد في هذه الدار ولم يذكر فيه قول أبي حنيفة وقيل هو كذلك على جواب الاستحسان عند أبي حنيفة لما قلنا وهو بخلاف ما إذا وقع على دابة فقتلها فان قيمتها في عتق العبد يباع فيها أو يفديه لان حق صاحب الدين يتعلق بالمالية والمولى من ماليته أجنبي لحق غرمائه فلهذا كان ذلك في عتق العبد بمنزلة جنايته على المال بيده وأما حق أولياء الجناية فلا يثبت في المالية التي هي حق الغرماء ولهذا كان موجب جنايته بيده على مولاة يخاطب بالدفع أو الفداء ففي جناية يترك هدم الحائط المائل أو يترك صيانة داره حتى وجد فيها قتيل يستحق موجه على المولى أيضا وإذا كان موجب الجناية على المولى صار المولى فيه كالمالك للدار وكان الأشهاد وجد عليه بطريق أن جناية مملوكه كجنايته فتكون الدية على عاقلة المولى ولو كان على المأذون دين فجنى جناية فباعه المولى من أصحاب الدين بدينهم ولا يعلم بالجناية فعليه قيمته لأصحاب الجناية لان حق أولياء الجناية لا يمنع المولى من بيع الجاني فإذا نفذ بيعه كان مفوتا على أولياء الجناية حقهم فان كان عالما بالجناية فعليه الارش وان لم يكن عالما فعليه قيمته كما لو أعتقه ولو لم يبعه من الغرماء ولم يحضروا ولكن حضر أصحاب الجناية فدفعه إليهم بغير قضاء قاض فالقياس فيه أن يضمن قيمته للغرماء لانه صار متلفا على الغرماء محل حقهم بأخراجه عن ملكه باختياره فيكون بمنزلة ما لو أعتقه وفي الاستحسان لا ضمان عليه لان حق أولياء الجناية ثابت في عتقه والمولى فعل بدون قضاء القاضى غير ما يأمر به القاضى ان لو رفع الامر إليه فيستوى فيه القضاء وغير القضاء بمنزلة الرجوع في الهبة ثم هو ما فوت على الغرماء محل حقهم فان العبد محل للبيع في الدين في ملك أولياء الجناية كما لو كان الدفع إليهم بقضاء قاض وانما يضمن القيمة باعتبار تفويت محل حقهم فان جعلنا هذا تسليما لما هو المستحق بالجناية لا يفوت به محل حقهم وان جعلناه تملكيا مبتدأ لا يفوت به محل حقهم أيضا لانهم يتمكنون من بيعه كما لو باعه أو وهبه ثم لا فائدة في هذا القبض لان بعد القبض يجب دفعه إليهم بالجناية ثم يبعه في الدين فلهذا لم يضمن المولى شيئا بخلاف ما سبق من بيعه اياه في الدين ففيه تفويت محل حق أولياء الجناية على معنى أن البيع تملكيا مبتدأ ولا سبيل لأولياء الجناية على نقص ذلك ولو لم يدفع بالجناية حتى طالبه الغرماء بدينهم ولم يحضر صاحب الجناية وقد أقر به المولى والغرماء عند القاضى لم يبعه في الدين حتى يحضر صاحب الجناية فيدفعه إليه المولى أو يفديه ثم يبعه الغرماء لان في بيعه

في الدين من القاضى ابطال حق أولياء الجناية أصلا فانه يفوت به محل حقهم ولا يكون المولى ضامنا شيئا إذا كان القاضى هو الذى يبيعه وفى التأخير إلى أن يحضر صاحب الجناية اضرار بالغرماة من حيث تأخر حقهم للانتظار وضرر التأخير دون ضرر الانتظار فلهذا يصير إلى الانتظار وان قضى القاضى أن يباع لهم وصاحب الجناية غائب فالبيع جائز لان حق الغريم ثابت في ماليته وهو طالب بحقه ولا يدري أن صاحب الجناية هل يحضر فيطلب حقه أولا يحضر فلا بمنع نفوذ قضاء القاضى يبيعه لهذا ثم لا شئ لاصحاب الجناية أيضا أما على المولى فلان القاضى هو الذى باعه وبيع القاضى لا يصير المولى مفعوتا محل حق صاحب الجناية والقاضى فيما يقضى مجتهد فلا يكون ضامنا شيئا والعبد بعد العتق ليس عليه من موجب جنايته شئ فان باعه القاضى من اصحاب الدين أو من غيرهم باكثر من الدين كان الفضل عن الدين لصاحب الجناية لان الثمن بدل العبد وكان حقهم ثابتا في العبد فيثبت في بدله (ألا ترى) أن العبد الجاني إذا قتل ثبت حق أولياء الجناية في قيمته فكذلك يثبت حقهم في الثمن الا أنه لا فائدة في استرداد مقدار الدين من الغرماة لحقهم فيجعل الفضل على ذلك لهم وان كان ذلك الفضل أكثر من قيمة العبد الا أن يكون أكثر من أرش الجناية فحينئذ حق أولياء الجناية في مقدار الارش وما فضل عن ارش الجناية فهو للمولى لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق الغير وكذلك ان باعه المولى بامر القاضى فهذا وبيع القاضى سوا وان باعه بغير أمر القاضى بخمسة آلاف درهم وهو لا يعلم بالجناية وقيمته ألف درهم ودينه ألف وجنايته قتل رجل خطأ فانه يدفع من الثمن إلى صاحب الدين مقدار دينه وهو ألف والى صاحب الجناية مقدار قيمته وهو ألف درهم والباقي للمولى لانه قد أوفى صاحب الدين كمال حقه ولم يلتزم لصاحب الجناية الا قيمة العبد ليفوت محل حقه يبيعه بنفسه اختيارا فإذا دفع إليه مقدار قيمته كان الباقي للمولى فإذا قتل المأذون عمدا وعليه دين أو لادين عليه فعلى قاتله القصاص للمولى لانه باق على ملكه بعد ما لحقه الدين ووجوب القصاص له باعتبار ملكه ولا شئ للغرماة لان حقهم في ماليته وقد فات ولم يخلف بدلا فالقصاص ليس ببديل عن المالية وحقهم في محل تمكن ايفاء الدين منه وايفاء الدين من القصاص غير ممكن فان صالح المولى القاتل من دمه على مال قليل أو كثير جاز وأخذه الغرماة بدينهم ان كان من جنسه وان كان من غير جنسه بيع لهم لان القصاص بدل العبد وقد كانوا أحق به وذلك يوجب كونهم أحق ببذله

الا انه لم يكن البديل محلا صالحا لا يفاء حقهم منه فإذا وقع الصلح عنه على مال صار محلا صالحا لذلك فيثبت حقهم فيه بمنزلة الموصى له بالثلث والغريم لا يثبت حقه في القصاص فان وقع الصلح عنه على مال ثبت حقه فيه ونفذ الصلح من المولى على أي قدر من البديل كان لانه لا ضرر فيه على الغرماة بل فيه توفير المنفعة عليهم بتحصيل محل هو صالح لا يفاء حقهم منه ولو لم يقتل المأذون ولكن قتل عبدا له ولا دين على المأذون فعلى القاتل القصاص للمولى دون المأذون لان كسبه خالص ملك المولى وولاية استيفاء القصاص باعتبار الملك ولانه خرج بالقتل من أن يكون كسبا للعبد لان كسبه مما يتمكن هو من التجارة فيه وذلك لا يتحقق في

العبد المقتول ولا في القصاص الواجب فكان المولى أخذه منه فيكون القصاص للمولى وان كان على المأذون دين كثير أو قليل فلا قصاص على القاتل وان اجتمع على ذلك المولى والغرماء لان المولى ممنوع من استيفاء شئ من كسبه ما بقي الدين عليه قل الدين أو كثر فلا يتمكن هو من استيفاء القصاص بدلا عن كسبه والغرماء لا يتمكنون من ذلك لان حقهم في المالية والقصاص ليس بمال فلا نعدام المستوفى لا يجب القصاص وإذا لم يجب القصاص باصل القتل لا يجب وان اجتمعا على استيفائه وهو نظير عبد المضاربة إذا قتل وفي قيمته فضل على رأس المال لا يجب القصاص وان اجتمع المضارب ورب المال على استيفائه لهذا المعنى وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين لان القصاص لما لم يجب لا شتبه المستوفى وجب المال ووجوبه بنفس القتل فيكون مؤجلا في ثلاث سنين ولكنه في مال الجاني لانه وجب بعمد محض فلا تعقله العاقلة الا أن تبلغ القيمة عشرة آلاف فحينئذ ينقص منها عشرة لان بدل نفس المملوك بالجنابة لا يزيد على عشرة آلاف الا عشرة ويكون ذلك لغرماء العبد لانه بدل المقتول وهو محل صالح لا يفاء حقهم منه وإذا جنى عبد لرجل جنابة خطأ فأذن له في التجارة وهو يعلم بالجنابة أو لا يعلم فلحقه دين لم يصر المولى مختارا ويقال له ادفعه أو افده لان بالاذن له في التجارة ولحقوق الدين اياه لا يمنع دفعه بالجنابة (ألا ترى) أنه لو أقر أن ذلك بالجنابة لم يمنع دفعه بها فكذلك إذا اعترض وانما يصير المولى مختارا للدفء باكتساب سبب يعجزه عن الدفع بالجنابة بعد العلم بها ولم يوجد فان دفعه بالجنابة اتبعه الغرماء فبيع لهم الا أن يفديه صاحب الجنابة بالدين لان ماليته صارت حقا للغرماء فان فدها صاحب الجنابة بالدين أو بيع في الدين رجع صاحباً لجنابة على المولى بقيمة العبد فسلمت له لانهم استحقوا

[22]

بجنابتهم عبدا فارغا وانما دفع إليهم عبدا هو مستحق المالية بالدين فإذا استحق من دينهم بذلك السبب كان لهم حق الرجوع على المولى بقيمته بخلاف ما إذا كانت الجنابة من العبد بعد ما لحقه دين فان هناك ما استحقوا العبد الا وهو مشغول بالدين مستحق المالية وقد دفعه إليهم كذلك وهو نظير من اغتصب عبدا مديونا ثم رده على المولى فبيع في الدين لم يرجع على الغاصب ولو غصبه فارغا فلحقه دين عند الغاصب بان أفسد متاعا ثم رده فبيع في الدين رجع المولى على الغاصب بقيمته * يوضحه ان استحقاق المالية بالدين كان بسبب باشره المولى بعد تعلق حق أولياء الجنابة به وهو الاذن له في التجارة فصار كانه أتلف عليهم ذلك ولا يقال حق أولياء الجنابة في نفس العبد لا في ماليته فكيف يغرم المولى لهم باعتبار اكتساب سبب استحقاق المالية وهذا لان استحقاق نفس العبد بالجنابة لا يكون الا باعتبار ماليته (ألا ترى) أن الجاني الذي ليس بمال لا يستحق نفسه باعتبار المالية وكذلك إذا كان مديرا أو أم ولد وانما يستحق نفس القن الذي هو محتمل للتملك باعتبار المالية وكذلك ان كان المولى اذن له في التجارة فلم يلحقه دين حتى جنى جنابة ثم لحقه الدين لان استدامة الاذن بعد الجنابة من المولى بمنزلة انشائه وكذلك لو راه يشتري ويبيع بعد الجنابة فلم ينهه فسكوته عن النهى بمنزلة التصريح بالاذن له في التجارة وكذلك لو كان الدين لحقه قبل الجنابة لم يرجع ولى الجنابة على المولى بالقيمة لانه ما استحقه بالجنابة الا وهو مشغول بالدين وان كان له قبل الجنابة بالقيمة لانه ما استحقه بالجنابة الا وهو مشغول بالدين وان كان له قبل الجنابة وألف

درهم بعد الجناية وقيمته ألف درهم ثم دفع العبد بالجناية بيع في الدينين جميعا فان بيع أو فداه أصحاب الجناية بالدينين فانهم يرجعون على المولى بنصف القيمة وهو حصة أصحاب الدين على الآخر اعتبارا لكل واحد من الدينين بما لو كان هو وحده وهذا لان نصف الثمن الذي أخذه صاحب الدين الآخر انما أخذه باستدامة الاذن من المولى بعد الجناية لانه كان متمكنا من الحجر عليه ولو حجر عليه لم يلحقه الدين الآخر في حال رقه فلهذا صار المولى ضامنا لما وصل إلى صاحب الدين الآخر من مالية العبد * فان قيل كيف يستقيم هذا ولو لم يلحقه الدين الآخر لم يسلم لاولياء الجناية شئ من ماليته أيضا لان الدين الاول محيط بماليته فينبغي أن لا يضمن المولى لهم شيئا * قلنا نعم ولكن ما أخذه أصحاب الدين الآخر لا يسلم لهم الا بعد سقوط حق صاحب الدين الاول عن ذلك وباعتبار سقوط حقه عنه هو

[23]

سالم لصاحب الجناية لولا استدامة المولى الاذن له حتى لحقه الدين الآخر فلهذا ضمن المولى ذلك لصاحب الجناية وإذا قتل العبد المأذون أو المحجور رجلا خطأ ثم أقر عليه المولى بدين يستغرق رقبته فليس هذا باختيار منه لان اقرار المولى عليه لا يمنعه من الدفع بالجناية فان هذا الدين لا يكون أقوى من الدين الذي يلحقه بتصرفه فان دفعه بيع في الدين الا أن يفديه ولي الجناية لان الدين ثبت عليه باقرار المولى فاشتغلت ماليته بالدين كما لو رهن عبده الجاني ثم يرجع ولي الجناية على المولى بقيمته لما بينا أنه أتلف عليه ماليته باكتسابه سبب اشتغاله بحق المقر له بعدما ثبت فيه حق ولي الجناية ولو كان المولى أقر عليه بقتل رجل خطأ ثم أقر عليه بقتل رجل خطأ وكذبه في ذلك أولياء الجناية الاولى فانه يدفعه بالجنايتين أو يفديه لان اقراره عليه بالجناية بمنزلة التصرف منه فيه وحق ولي الجناية فيه لا يمنع نفوذ تصرف المولى فما ثبت باقراره من الجناية بمنزلة الثابت بالبينة أو بالمعينة في حقه فيدفعه بالجنايتين فان دفعه اليهما نصفين رجع أولياء الجناية الاولى على المولى بنصف قيمته لانهم كانوا استحقوا جميع العبد بالجناية حين أقر لهم المولى بذلك ثم صار المولى متلفا عليهم نصف الرقبة باقراره بالجناية الاخرى وقد تم ذلك الاتلاف بدفع النصف إلى المقر له فلهذا يغرم له نصف قيمته ولا يغرم للمقر له الثاني شيئا لانه ما ثبت حقه الا في النصف فانه حين أقر له بالجناية كانت الجناية الاولى ثابتة وهي مزاحمة للاخرى فيمنع ثبوت حق المقر له الثاني فيما زاد على النصف وقد سلم نصف العبد وان كان عليه دين يستغرق رقبته فأقر لمولى عليه بجناية لم يحز اقراره لان استغراق رقبته بالدين يمنع المولى من التصرف فيه والافرار بالجناية تصرف فلا يصح الا أن يفديه من الدين فيزول المانع به ويصير كالمحدود لا قراره بعد ما سقط الدين فيؤمر بأن يدفعه بالجناية أو يفديه ولو قتل العبد رجلا عمدا وعليه دين فصالح المولى صاحب الجناية منها على رقبة العبد فان صلحه لا ينفذ على صاحب الدين لانه يملك رقبته عوضا عما لا يتعلق به حق صاحب الدين ولو ملكه عوضا عما يتعلق به حقهم لم ينفذ عليهم كالباع فهذا أولى ولكن ليس لصاحب الدم أن يقتله بعد ذلك لان صلحه كعفو وأكثر ما فيه ان البدل مستحق لصاحب الدين ولكن استحقاق البدل في الصلح من دم العمد لا يمنع سقوط القود ثم يباع العبد في دينه فان بقى من ثمنه شئ بعد الدين كان لأصحاب الجناية لان حكم البدل حكم المبدل وهم قد استحقوا نفس العبد بالصلح متى سقط صاحب الدين عنه (ألا ترى) أنه لو أبراه عن الدين كان العبد

سالمًا لأصحاب الجناية فلذلك لم يسلم لهم ما يفرغ من بدله من حق صاحب الدين فإن لم يبق من ثمنه شيء فلا شيء لصاحب الجناية على المولى ولا على العبد في حال رقه ولا بعد العتق لأن المولى ما التزم لصاحب الجناية شيئاً في ذمته بالصلح وإنما سلم للعبد القصاص بالعقد وهو لا يضمن المال عند الاتلاف فكذلك لا يضمنه العبد باحتباسه عنده أو سلامته له ولو لم يصالح ولكن عفا أحد أولياء الدم فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخر أو يفديه لأن حق الذي أسقط لم يظهر في حق الذي لم يعف فهذا وما لو كانت الجناية خطأ في الابتداء سواء فيدفع المولى إليه نصيبه أو يفديه ثم يباع جميع العبد في الدين لأن حق الغريم لا يسقط عن مالية العبد بدفع جميعه بالجناية فكذلك يدفع نصفه ولو أقر العبد أنه قتل رجلاً عمداً وعليه دين كان مصدقاً في ذلك صدقه المولى أو كذبه لأن موجب إقراره استحقاقه دمه ودمه خالص حقه فإن العبد يبقى فيه على أصل الحرية ثم حق الغريم في ماليته لا يكون أقوى من ملك مولاه وملك المولى لا يمنع استحقاق دمه بإقراره على نفسه بالقود فكذلك حق الغريم وإن عفا أحد أولياء الجناية بطلت الجناية كلها لأن نصيب العاقب قد سقط بالعقر ولو بقي نصيب الذي لم يعف لكان موجبة الدفع بمنزلة جناية الخطأ وإقرار العبد بالجناية خطأ باطل إذا كذبه المولى فيه فبإقراره في الدين إلا أن يفديه المولى بجميع الدين فإن فداه وقد صدق العبد بالجناية قيل له ادفع النصف إلى الذي لم يعف وإن كان كذبه في ذلك كله فالعبد كله للمولى إذا فداه بالدين لأن حق الذي لم يعف غير ثابت في حق المولى إذا كذب العبد فيه وإذا وجد المأذون في دار مولاه قتيلاً ولا دين عليه قدمه هدر وإن كان عليه دين كان على المولى في ماله حالاً الأقل من قيمته ومن دينه بمنزلة ماله قتل المولى القتل بيده (ألا ترى) أنه لو وجد عند الغير قتيلاً في داره جعل كأنه قتله بيده فكذلك إذا وجد عنده قتيلاً فيه ولو قتله بيده عمداً أو خطأ كان عليه الأقل من قيمته ومن الدين في ماله حالاً لأن وجوب الضمان عليه باعتبار حق الغريم في المالية ولو وجد عبداً من عبيد المأذون قتيلاً في دار المولى ولا دين على المأذون قدمه هدر لأنه مملوك للمولى بمنزلة رقبة المأذون ولأنه كالقاتل له بيده وإن كان على المأذون دين محيط بقيمته وكسبه فعلى المولى قيمته في ماله في ثلاث سنين في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما عليه قيمته حالاً وإن كان الدين لا يحيط

بجميع ذلك كانت القيمة حالة في قولهم جميعاً بمنزلة ماله قتل المولى بيده وهذا بناء على ما تقدم أن الدين إذا لم يكن محيطاً بالمولى مالك لكسبه كما هو مالك لرقبته فيكون الضمان عليه لحق الغريم في ماليته وإن كان الدين محيطاً فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة هو لا يملك كسبه في هذه الحالة فقتله إياه بمنزلة قتله عند الأجنبي فتكون القيمة مؤجلة في ثلاث سنين لأن وجوبها باعتبار القتل ولكنها عليه في ماله لأنه من وجه كالمالك على معنى أنه يتمكن من استخلافه لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فلا تعقله العاقلة لذلك وإن قتل المولى مكاتبه أو عبداً مكاتبه

عمداً أو خطأ أو وجد المكاتب قتيلاً في دار مولاه يجب علي المولى قيمة القتل في ماله في ثلاث سنين لان وجوب القيمة هاهنا باعتبار القتل فان كسب المكاتب غير مملوك للمولى رقبته من وجه كالأزائلة عن ملك المولى على ما عرف ان المكاتب صار بمنزلة الحر يدا فتجب علي المولى القيمة بنفس القتل فتكون مؤجلة ولكنها تجب في ماله لان رقبته مملوكة له من وجه ان له في كسبه حق الملك علي معنى أنه يملكه حقيقة عند عجز المكاتب فلا تعقله العاقلة كذلك وهذا إذا كان في القيمة وفي تركته وفاء لمكاتبه لانه حينئذ يبقى عقد الكتابة ويؤدى البدل من كسبه وبدل نفسه فيحكم بحريته فان لم يكن وفاء فيهما فلا شيء علي المولى في قتل مكاتبه لان الكتابة انفسخت بموته عاجزا فتبين انه قتل عبده ولا دين عليه ولو وجد المولى قتيلاً في دار العبد المأذون كانت دية المولى علي عاقلته في ثلاث سنين لورنته في قياس قول أبي حنيفة وفي قولهما دمه هدر لان هذه الدار في حكم القتل الموجود فيها بمنزلة دار أخرى للمولى حتى لو وجد فيها أجنبي قتيلاً كانت دية علي عاقلة المولى فإذا وجد المولى قتيلاً فيها فهذا رجل وجد قتيلاً في دار نفسه وهذا الخلاف معروف فيما إذا وجد قتيلاً في دار نفسه وسنينه في كتاب الديات ولو وجد العبد قتيلاً في دار نفسه ولا دين عليه فدمه هدر لان داره مملوكة للمولى فكأنه وجد قتيلاً في دار المولى وان كان عليه دين فعلى المولى الاقل من قيمته ومن دية حالاً في ماله بمنزلة ماله وجد قتيلاً في دار أخرى للمولى لان دار العبد في حكم القتل الموجود فيها بمنزلة دار المولى فكذلك إذا وجد العبد فيها قتيلاً وذكر في المأذون الصغير ان هذا استحسان سواء كان عليه دين أولم يكن ولو وجد الغريم الذي له الدين قتيلاً في دار العبد المأذون كانت دية علي عاقلة مولاه في ثلاث سنين لانه في ملك داره كغيره من الاجانب وانما حقه في دين دمه متعلق بمالية كسبه

[26]

وبذلك لا يختلف حكم جنائبه عليه ثم لا يبطل دية علي العبد بمنزلة ماله وجد قتيلاً في دار أخرى للمولى وكذلك لو كان القتل عبداً للغريم كانت قيمته علي عاقلة المولى في ثلاث سنين عبده في ذلك كعبد غيره وإذا أذن المكاتب لعبده في التجارة فوجد في دار المأذون قتيلاً وعليه دين أو لادين عليه فعلى المكاتب قيمة رقبته لأولياء القتل في ماله حالاً بمنزلة ماله وجد قتيلاً في دار أخرى من كسب المكاتب لان المكاتب في كسبه بمنزلة الحر في ملكه فيصير كالجاني بيده وجناية المكاتب توجب الاقل من قيمته ومن ارش الجنابة فهذا مثله ولو كان الذي وجد قتيلاً في دار العبد هو المكاتب كان دمه هدراً كما لو وجد قتيلاً في دار أخرى له وهذا لانه يصير كالجاني علي نفسه وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بين المكاتب والحر في ذلك لان موجب جنابة الحر علي العاقلة وموجب جنابة المكاتب علي نفسه فلا يستقيم أن يجب له علي نفسه وسنقر هذا الفرق في كتاب الديات ان شاء الله تعالى ولو كان المأذون هو الذي وجد قتيلاً في داره كان علي المكاتب الاقل من قيمته ومن قيمة المأذون في ماله حالاً لغير المأذون لان هذه الدار في حكم القتل الموجود فيها كدار أخرى للمكاتب ولو وجد العبد قتيلاً في دار أخرى للمكاتب كان المكاتب كالجاني عليه بيده فيلزمه أقل القيمتين في ماله حالاً لغرمائه فكذلك إذا وجد في هذه الدار قتيلاً والله أعلم بالصواب (باب ما يجوز للمأذون أن يفعله وما لا يجوز) (قال رحمه الله) وليس للمأذون أن يكاتب عبده لانه منفك الحجر عنه في التجارة والكتابة ليست بتجارة ولكنها عقد ارقاق يقصد بها الاعتاق والمأذون فيما

ليس بتجارة كالمحجور كالتزويج ثم الفك بالكتابة فوق الفك الثابت بالاذن ولا يستفاد بالشئ ما هو فوقه في محل فيه حق الغير فان كاتبه وأجاز مولاه الكتابة جاز إذا لم يكن عليه دين لان هذا عقد له منجز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ان كسب المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك فيه الاجازة ثم لا سبيل للعبد على قبض البديل بل كل ذلك إلى المولى لان العبد نائب عنه كالوكيل والكتابة من العقود التي يكون العاقد فيها معتبرا فيكون قبض البديل إلى من نفذ العقد من جهته وان دفعها المكاتب إلى العبد لم يبرأ الا أن يوكله المولى بقبضها لان العبد في حكم قبض

[27]

بذل الكتابة كاجنبي آخر وكذلك ان لحقه دين بعد اجازة المولى الكتابة لان باجازته صار المملوك مكاتبا له وخرج من أن يكون كسبا لعبد فالدین الذي يلحق العبد فيه ذلك لا يتعلق برقبته ولا بكسبه كما لو أخذه المولى من يده وكاتبه أو لم يكاتبه ولو كان عليه دين كثير أو قليل فمكاتبته باطلة وان أجازة المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسبا للعبد وقيام الدين عليه يمنع المولى من ذلك قل الدين أو كثر كما لو أخذه من يده وعليه دين فان لم يرد الكتابة حتى أداها فان كان المولى لم يجرها لم يعتق ورد رقيقا للمأذون فيبيع في دينه وصرف ما أخذه منه من المكاتبه في دينه لان الكتابة بدون اجازة المولى لغو وهو موقوف على اجازته فاداء بدل الكتابة في حال توقف العتق لا يوجب العتق له والعبد حين قبض البديل منه يصير كالمعتق له واعتاقه لغو والمقبوض من اكسابه يصرف إلى دين المأذون مع رقبته بطريق البيع فيه وان كان المولى أجاز المكاتبه وأمر العبد بقبضها وعلى العبد دين يحيط برقبته وبما في يده فادي المكاتب المكاتبه فهذا والاول سواء في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك كسبه حتى لا ينفذ منه مباشرة الكتابة والاعتاق فيه فلا يعمل اجازته أيضا ولا يعتق بقبض البديل منه كما لو أعتقه قصدا وفي قولهما هو حر لان المولى يملك كسبه وان كان دينه محيطا حتى لو أعتقه ينفذ عتقه فكذلك إذا أجاز مكاتبته وقبض البديل هو أو العبد بأمره يجعل كالمعتق له فيكون حرا والمولى ضامن لقيمه للغرماء لان ماليته كانت حقا لهم وقد أتلفها المولى عليهم وكذلك المكاتبه التي قبضها المولى تؤخذ منه فتصرف إلى الغرماء لانه أدى المكاتبه من كسبه والغرماء أحق بكسبه من المولى فلا يسلم ذلك للمولى ما بقى من دينهم ولو كان دين المأذون لا يحيط به وبماله عتق عندهم جميعا لان اجازة المولى الكتابة كمباشرة ولو كاتبه وقبض البديل عتق فان الدين إذا لم يكن محيطا لا يمنع ملكه ولا اعتاقه ثم بضمن قيمته للغرماء ويأخذ الغرماء المكاتبه التي قبضها المولى أو المأذون من دينهم لان حقهم في كسبه ومالية رقبته مقدمة على حق المولى وقد أتلف المولى مالية رقبته بالاعتاق وليس للمأذون أن يكفل بنفس ولا مال لان الكفالة من عقود التبرعات باعتبار أصل الوضع والتبرع ضد التجارة وانفكاك الحجر عنه في التجارة خاصة وهذا بخلاف التوكيل في الحجر بالشراء لانه ليس بتبرع باعتبار أصل الوضع بل هو من عمل التجارة (ألا ترى) ان التجار لا يتحرزون عن ذلك ويتحرزون عن الكفالة غاية التحرز وكذلك لا يهب ولا

يتصدق بالدرهم والثوب وما أشبه ذلك ولا يعوض ما وهب له بغير شرط لان هذا كله تبرع باعتبار أصل الوضع ولا يقرض لانه تبرع قال عليه السلام قرض مرتين صدقة مرة فان أجاز المولى هذه التبرعات منه فان لم يكن عليه دين فلا بأس به وان كان عليه دين لم يجز شئ من ذلك لان كسبه إذا لم يكن عليه دين فمالية رقبته ومنافعه كلها لمولاه فإجازته كمباشرته وان كان عليه دين فحق الغرماء في ذلك مقدم على حق المولى فلهذا لا يجوز شئ من ذلك وإذا أهدى العبد المأذون هدية أو دعا رجلا إلى منزله فعداه أو أعاره دابة يركبها أو ثوبا يلبسه فلا بأس به ولا ضمان فيه على الرجل ان هلك شئ من ذلك عنده كان على العبد دين أو لم يكن وفي القياس هذا كله باطل لانه تبرع والعبد ليس من أهله ولكنه استحس فقال وهذا مما يصنعه التجار ولا يجدون منه بدا في التجارة فانهم يحتاجون إلى استجلاب قلوب المهاجرين الي أنفسهم واعارة موضع الجلوس والوسادة ممن يأتيهم ليعاملهم فلو لم نجوز ذلك من المأذون لادى إلى الحرج والحرج مدفوع وأيد هذا الاستحسان ما روينا أن النبي عليه السلام كان يجيب دعوة المملوك وان سلما رضي الله عنه أهدى إلى النبي عليه السلام وهو مملوك فقبله وأكل أصحابه رضي الله عنهم وأتاه بصدقة فأمر أصحابه باكلها ولم يأكل منها وعن عمر رضي الله عنه انه سئل عن العبد يتصدق بشئ فقال بالرغيف ونحوه وبه نأخذ فنقول يتصدق المأذون بالطعام ولا يتصدق بالدراهم والكسوة ونحو ذلك لان أمر الطعام ميبتي على التوسع ولهذا جاز للمرأة أن تتصدق بمثل ذلك من مال الزوج بدون استطلاع رأى الزوج فان الناس لا يمتنعون من ذلك عادة والمكاتب في جميع ذلك كالعبد لان الرق الحاجز له عن التبرعات قائم فيه الا أن في حق المكاتب لا يجوز ذلك الا باذن المولى بخلاف المأذون إذا لم يكن عليه دين لان كسب المأذون خالص ملك المولى والمولى ممنوع من كسب المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن ولو أعتق المأذون أمته على مال لم يجز لان هذا التصرف ليس بتجارة فان أجازة المولى جاز ان لم يكن عليه دين كما لو باشره بنفسه والمال دين للمولى عليها ولا يجوز قبض المأذون له منها لانه في العقد كان معبرا عن المولى فهو في قبض البديل كاجنبي آخر وان لحقه دين بعد اجازة المولى لم يكن للغريم في ذلك المال حق لانه كسب حر فلا يتعلق به حق غرماء المأذون وان كان على المأذون دين لا يحيط برقبته وبما في يده جاز العتق باجازة المولى أيضا لكونه مالكا فيها وعليه قيمتها للغرماء

لان حقهم في ماليتها وقد تلفها المولى بالاجازة ثم المال عليها للمولى لاحق لغرماء المأذون في ذلك بخلاف ما تقدم من الكتابة لان الامة هاهنا تعتق بنفس القبول وما تكتسب بعد ذلك خالص ملكها فانما يؤدي بدل الكتابة من كسب اكتسبه في حال رقه وحق الغرماء فيه مقدم على حق المولى وان كان الدين يحيط بالمأذون وبما في يده فكذلك في قولهما وفي قول أبي حنيفة لا تعتق لانه لا حق للمولى في كسب المأذون في هذه الحالة ولو تزوج المأذون امرأة حرة بغير اذن مولاه ودخل بها يفرق بينهما لان النكاح ليس بتجارة فالمأذون فيه كالمحجور ولكن يلزمه المهر بالدخول بشبهة العقد الا انه لا يؤخذ بالمهر حتى يعتق لان هذا دين لزمه بسبب عقد هو غير مأذون فيه من جهة المولى فيؤخر الي ما بعد العتق

كدين الكفالة وقد بينا في النكاح أن المأذون لا يزوج عبده وإن في تزويجه أمته خلافا وللمأذون أن يدفع المال مضاربة بالنصف لأن له أن يستأجر أجيرا يعمل في ماله باجر مضمون في ذمته والاستئجار للعمل ببعض الربح يكون أنفع له وهو من صنيع التجار وكذلك يأخذ مالا مضاربة بالنصف لأنه يشتري بثمن في ذمته ولا يرجع به على غيره ليستفيد الربح فلان يملك الشراء على وجه يرجع فيه بالعهد على غيره ويحصل الربح لنفسه كان أولي وإذا اشترك العبدان المأذون لهما في التجارة شركة عنان على أن يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجر من ذلك النسيئة وجاز النقد لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة فهو بمنزلة ما لو اشتركا شركة مفاوضة فان الشركة بينهما تكون عنانا لا مفاوضة لما فيها من معنى الكفالة فان أذن لهما المولى في الشركة على الشراء بالنقد والنسيئة ولا دين عليهما فهو جائز كما لو أذن لكل واحد منهما مولاه بالكفالة أو التوكل بالشراء بالنسيئة وإذا اشترى المأذون وعليه دين أو لادين عليه ثوبا بعشرة وباعه من مولاه بخسمة عشر لم يبعه المولى مرابحة الا على عشرة لتمكن تهمة المسامحة في المعاملة بينه وبين المولى ولو كان المولى اشتراه بعشرة ثم باعه من العبد بخسمة عشر أو باعه من أمة لعبد مأذون لها في التجارة فتهمة المسامحة بينهما متمكنة وكذلك لو كان المأذون اشتراه ثم باعه من مكاتب للمولى أو عبد آخر له أو من عبد لمكاتب المولى أو من مضارب للمولى أو من مضارب المكاتب لم يبعه مرابحة الا على أقل الثمنين ولو باعه من ابن المولى أو أبيه أو امرأته فكذلك في قول أبي حنيفة لتمكن التهمة بينه وبين من لا تجوز شهادته له وفي قولهما يبيعه مرابحة على خمسة عشر لانه ليس للمولى

[30]

في مال هؤلاء ملك ولا حق ملك وقد بينا هذا في البيوع والله أعلم (باب الغرور في العبد المأذون له) (قال رحمه الله) وإذا جاء الرجل بالعبد إلى السوق فقال هذا عبدي فباعوه فقد أدنت له في التجارة فباعوه وباعه أيضا من لم يحضر هذا القول ولم يعلم فالحقه دين ثم علم انه كان حرا أو استحقه رجل فعلى الذي أمرهم بمبايعته الاقل من قيمته ومن الدين للذين أمرهم بمبايعته ولسائرهم لانه بما صنع صار غارا لهم فان أمره اياهم بالمبايعه معه يكون تنصيما على انه يصرف ماليته إلى ديونهم إذا لحقه دين ويصير الأمر بمنزلة الكفيل لهم بذلك (الأ ترى) ان العبد لو كان مملوكا له كما قاله كان حقهم ثابتا في ماليته وكان المولى كالكفيل لهم عن عبده بقدر مالية الرقبة فإذا تحقق معنى الغرور ثبت لهم حق الرجوع عليه بما وجد فيه الغرور أو الكفالة وهو الاقل من قيمته ومن ديونه ومن خاطبه بكلامه ولم يحضر مقالته ولم يعلم به في ذلك سواء لان هذا حكم يبنى على ثبوت الاذن والاذن إذا كان عاما منتشرا يكون ثابتا في حق من علم به وفي حق من لا يعلم فكذلك الاذن وما يبنى عليه من الغرور والكفالة ويستوى ان كان قال فقد أدنت له في التجارة أو لم يقل لانه لما قال هذا عبدي فباعوه فالغرور والكفالة تثبت باضافته إلى نفسه وأمره اياهم بمبايعته فمن ضرورة ذلك الاذن له في التجارة ولا يضمن لم شيئا من مكسوبه لان الكسب لم يكن موجودا عند مقالة المولى ولا يدرى يحصل أم لا يصلح فلا يثبت فيه حكم الكفالة والغرور وان شاؤا رجعوا بدينهم على الذي ولى مبايعتهم ان كان حرا لانه باشر سبب التزام الدين وهو من أهله وان كان عبدا لم يرجعوا عليه بشئ حتى يعتق لان مولاه لم يرض بصرفه وتعلق الدين بماليته وان اختاروا ضمان المولى ثم توى ما عليه اتبعوا العبد

بجميع دينهم إذا عتق لان التزامه في ذمته صحيح والمولى كان كفيلا عنه بقدر مالية الرقبة فإذا لم يصل إليهم من جهة الكفيل كان لهم أن يرجعوا على الاصيل بجميع دينهم إذا عتق ولو لم يكن هذا ولكن العبد أقام البينة ان مولاه الذي أذن له كان دبره قبل ان يأذن أو كاتب أمه فان قامت البينة انها أم ولد له فهذا بمنزلة المستحق لانه تعذر عليهم استيفاء ديونهم من مالية الرقبة لثبوت حق عتقه لهم عند مقالة المولى فنزل ذلك منزلة حق المستحق أو حقيقة الحرية إذا قامت البينة علي حرمتهم

[31]

وإذا اختاروا أن يضمّنوا المولى قيمة المدبر وأم الولد فلا سبيل لهم عليهما فيما بقى من دينهم حتى يعتقا لان كسبهما ملك المولى وقد غرم المولى لهم مالية الرقبة فلا يبقى لهم سبيل على كسب هو مملوك له ولو جاء به إلى السوق فقال عبدي هذا وقد أذنت له في التجارة ولم يقل بايعوه والمسألة بحالها لم يكن هذا غرورا ولم يلزم هذا الأذن ضمان شئ لانه أخبرهم بخبر وما أمرهم بمباشرة عقد الضمان معه وحكم الغرور والكفالة لا يثبت بمجر الخبر (ألا ترى) أنه لو أخبر انسانا بحرية امرأة فتزوجها فاستولدها ثم استحققت لم يرجع المغرور علي الخبر بشئ ولو زوجها منه على أنها حرة ثم استحققت رجع على المزوج بما غرم من قيمة أولادها فالامر بالمبايعه ههنا في حكم الغرور نظير التزويج هناك والاختار بالملك والأذن ها هنا نظير الاختار بالحرية هناك وان قال هذا عبدي فبايعوه في البز فان قال قد أذنت له في التجارة فبايعوه في غير البز والمسألة بحالها كان الأمر ضامنا للغرماء الاقل من دينهم ومن قيمة العبد لان التقييد بالبز في الامر بالمبايعه لغو علي ما بينا ان فك الحجر لا يقبل التخصيص بنوع من التجارة فكان هذا والامر بالمبايعه مطلقا سواء بخلاف ما إذا قال لحرما بايعت به من البز فلانا فهو على فبايعه غيره في البز لا يجب على الكفيل منه شئ لان الكفالة تقبل التخصيص وفك الحجر الثابت بالامر بالمبايعه مع العبد لا يقبل التخصيص فلهذا كان ضامنا (أرأيت) لو بايعوه في البز فاستقرض ثمن البز من رجل فقضى به الذين بايعوه أما كان للمقرض أن يرجع بدينه علي الذي أمره بالمبايعه وهو مغرور في ذلك بمنزلة الذين بايعوه في البز (أرأيت) لو اشترى بزا علي أن يضمّن الثمن عنه رجل فادى الكفيل الذين بايعوه في البز أما كان للكفيل أن يرجع عليه بذلك وإذا أذن لعبد في التجارة ولم يأمر بمبايعته ثم ان المولى أمر رجلا بعينه أو قوما بايعانهم بمبايعته فبايعوه مرة أخرى وقد علموا بأمر المولى فلحقه دين ثم استحق أو وجد حرا أو مدبرا فللذين أمرهم المولى عليه بمبايعته الاقل من حصتهم من قيمة العبد ومن دينهم وأما الآخرون فلا شئ لهم علي المولى من ذلك لان الغرور ثبت باعتبار الامر بالمبايعه دون الأذن في التجارة والامر بالمبايعه كان لخاص فلا يتعدى حكمه إلى غيره بخلاف الاول فالامر بالمبايعه هناك عام منتشر وهذا نظير الحجر بعد الأذن العام فانه إذا نهى واحدا أو اثنين عن مبايعته لا يثبت حكم ذلك النهى في حق سائر الناس وإذا كان النهى عاما منتشرا يثبت حكمه في حق كل من علم به وفي حق من مل يعلم به إذا ثبت هذا

[32]

فنقول انما يغرّم الذين أمرهم بمبايعته مقدار ما كان يسلم لهم لو كان ما أخبر به حقا وذلك الاقل من حصتهم من القيمة ومن ديونهم فانما يتحقق الغرور في حقهم في ذلك القدر ولو كان أمر قوما باعيانهم بمبايعته في البز فبايعوه في غيره وفيه فهو سواء والضمان واجب لهم علي الغار لان التقييد في حقهم في البز لغو فان الامر بالمبايعه في حقهم بمنزله الامر العام في حق الجماعة وقد بينا أن هناك لا يعتبر التقييد بالبز فهذا مثله وان أتى به إلى السوق فقال بايعوه ولم يقل هو عبيد فلحقه دين ثم استحق أو وجد حرا أو مدبرا لم يكن على الأمر شيء لان هذه مشتورة أشاره بها عليهم فلا يثبت بها الغرور وهذا لانه لم يصفه إلى نفسه بالملك والغرور والكفالة تبنى على ذلك فانه بالامر بالمبايعه انما يصير ضامنا لهم ماله مملوكة لهم وانما يكون مطمعا لهم في سلامة ماله مملوكة له وذلك لا يتحقق الا باضافته إلى نفسه بالملكية ولو كان أتى به إلى السوق وقال هذا عبيد فبايعوه ثم دبره ثم لحقه دين لم يضمن المولى شيئا لانه لم يغرهم في شيء فانه كان عبدا له قنا كما أخبرهم به وبمجرد الاذن لا يتعلق حق أحد بماله رقبته ما لم يجب عليه دين فيكون هو بالتدبير متصرفا في خالص ملكه لاحق لغيره فيه فلا يضمن شيئا ولكن الغلام يسعى في الدين وكذلك لو كان أعتقه بعد الاذن ثم لحقه الدين لان اعتاقه لاقى خالص ملكه ولا حق لاحد فيه ولو باعه بعد الاذن ثم بايعوه فلحقه دين لم يكن على الأمر منه شيء لانه لم يغرهم في شيء ولكن ما أخبر به كان حقا فلا يضمن لاجل الغرور ولا يضمن للتصرف لانه حين تصرف لم يكن حقهم متعلقا بمالته ولو جاء به إلى السوق فقال هذا عبيد فبايعوه وقد أذنت له في التجارة فبايعوه ثم استحق أو وجد حرا والذي أمرهم بمبايعته عبد مأذون أو مكاتب أو صبي مأذون له في التجارة فلا ضمان على الأمر في ذلك علم الذين بايعوه بحال الأمر أو لم يعلموا لان ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة وهو في هذا الموضع أمين فالأمر يصير كالكفيل للغرماء عنه بقدر ماله الرقبة وكفالة الصبي المأذون له في التجارة لا يلزمه شيء بحال علم المكفول له بحاله أو لم يعلم وكفالة العبد والمكاتب لا تلزمهما شيئا حتى يعتقا فإذا عتقا رجع عليهما غرماء العبد بالاقل من دينهم ومن قيمة الذي بايعهم لان التزامهما بالكفالة صحيح في حقهما قال (الأتري) ان الذي اشترى المغرور منه لو كان فيه ربح لم يكن للأمر من ذلك قليل ولا كثير وهذا اشارة بمنزلة الكفالة في حقه لا بمنزلة

[33]

الوكالة بالشراء فان كان الأمر مكاتبا جاء بامته إلى السوق فقال هذه أمتى فبايعوها فقد أذنت لها في التجارة فلحقها دين ثم علم انها قد ولدت في مكاتبته قبل أن يأذن لها فللغرماء أن يضمنوا المكاتب الاقل من قيمتها أمة ومن دينهم لانه صار غارا لهم بما أخبرهم به فصار ضامنا لهم عنها بمقدار ماله رقبته وضمان المكاتب عن أم ولده مالا يكون صحيحا لان كسبها للمكاتب فيجوز ضمانه عنها بخلاف ما إذا استحققت أو وجدت حرة لان المكاتب لا يكون مالكا لكسبها ولا يجوز ضمانه عنها وقد بينا ان ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة وإذا أتى الرجل بالعبد إلى السوق فقال هذا عبيد فبايعوه فقد أذنت له في التجارة فبايعوه فلحقه دين ثم استحقه رجل وقد كان المستحق أذن له في التجارة قبل أن يأتي به الآخر إلى السوق فانه يباع في الدين ولا ضمان علي الذي أمرهم بمبايعته لان بما ظهر من الاستحقاق لم يمنع سلامة شيء مما ضمن سلامته لهم فانه انما ضمن لهم سلامة ماله لرقبة وذلك سالم لهم سواء كان مأذونا له في

التجارة من جهة المستحق أو من جهة الأمر ولو كان مدبرا للمستحق مأذونا له في التجارة ضمن له الغار والاقبل من قيمته غير مدبر ومن دينهم لانه لم يسلم لهم ما ضمن الأمر سلامته لهم وهو مالية الرقبة (ألا ترى) انه لو ظهر انه كان مدبرا للأمر بضمن لهم الاقل من قيمته غير مدبر ومن دينهم فإذا ظهر انه كان مدبرا لغيره أولى ولو كان عبدا محجورا عليه لغيره فأتى به هذا الي السوق وقال هذا عبدي فبايعوه ثم أذن له مولاه في التجارة فلحقه دين بعد ذلك لم يكن على الغار ضمان لان مالية الرقبة سلمت لهم بالاذن الصادر من المالك بعد الامر بالمبايعه كما سلم لهم بالاذن الموجود منه وقت الامر بالمبايعه ولو كان لحقه دين ألف درهم قبل اذن مولاه في التجارة وألف درهم بعد اذنه فان على الغار الاقل من الدين الاول ومن نصف قيمة العبد لان صاحب الدين الاول لا يسلم له شئ من مالية الرقبة بالاذن الصادر من المولى بعد وجوب دينه ولو كان ما أخبر به الغار حقا كان سلم له نصف مالية الرقبة فلهذا كان على الغار له الاقل من دينه ومن نصف قيمة العبد فإذا أتى الرجل بعبد إلى السوق فقال هذا عبد فلان قد وكلني بان أذن له في التجارة وان أمركم بمبايعته وقد أذنت له في التجارة فبايعوه فاشترى وباع فلحقه دين ثم حضر مولاه وأنكر التوكيل فالوكيل ضامن الاقل من الدين ومن القيمة لان الغرور تحقق منه بما أخبرهم به فان في معنى الغرور عبده وعبده غيره سواء لان ما أخبرهم به لو كان حقا كان يسلم لهم مالية الرقبة فيصير هو بالاخبار

[34]

ضامنا لهم سلامة مالية الرقبة ولم يسلم حين أنكر المولى التوكيل وحلف وكان لهم أن يضمنوا المخبر قيمته (ألا ترى) ان مشتري الارض إذا بنى فيها ثم استحققت رجع على البائع بقيمة البناء للغرور سواء باعه لنفسه أو لغيره بوكالته إذا أنكر المالك التوكيل ولو وجد العبد حرا أو استحقه رجل أو كان مدبرا لمولاه فالوكيل ضامن أيضا لانه ضمن لهم سلامة ماليته ولم تسلم ويرجع به علي الموكل ان كان أقر بالتوكيل الذي ادعاه لانه كان عاملا للموكل فيما باشره فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وان أنكر التوكيل لم يرجع عليه بشئ الا أن يثبتها بالبينة وان قال هذا عبدا بنى وهو صغير في عيالي فبايعوه فلحقه دين ثم استحق أو وجد حرا ضمن الاب الاقل من قيمة العبد ومن الدين لانه بما أخبرهم به صار ضامنا لهم سلامة ماليته (ألا ترى) ان ما أخبر به لو كان حقا كان يسلم لهم مالية الرقبة باعتبار كلامه وكذلك وصى الاب والجد فأما الام والاخ وما أشبههما فان فعلوا شيا من ذلك لم يكن غرورا ولم يلحقه ضمان لان ما أخبر به لو كان حقا لم تسلم لهم مالية الرقبة باعتبار كلامه فان هؤلاء لا يملكون الاذن لعبد اليتيم فكذلك هو بالاخبار لا يصير ضامنا لهم شيا وإذا أتى الرجل بصبي إلى السوق فقال هذا ابن ابني فبايعوه فلحقه دين ثم أقام رجل البينة انه ابنه فان الدين يبطل عن الصبي أبدا لانه تبين انه كان صبيا محجورا عليه فلا يلزمه دين بالمبايعه أبدا وترجع الغرماء على الذي غرهم بجميع الدين لان ما أخبرهم به لو كان حقا كان لهم حق مطالبة الصبي بجميع دينهم في الحال أو بعد البلوغ وكان على الصبي أن يقضى ذلك من ملكه فيصير الأمر بمبايعته ضامنا لهم سلامة ديونهم وان أخبرهم بحريته فإذا لم يسلموا رجعوا عليه بذلك كما لو زوج رجلا امرأة علي أنها حرة وكذلك وصى الاب والجد أب الاب وهذا إذا لم يكن أب ولا وصى أب ولو أتى بعبده الي السوق فقال هذا عبدي وهو مدبر فبايعوه فلحقه دين ثم أقام رجل البينة انه مدبر له بطل عن المدبر الدين حتى يعتق لانه ظهر انه كان محجورا عليه ولا

ضمان على الغار من قيمة رقبته ولا من كسبه لانه ما ضمن لهم سلامة مالية الرقبة حين أخبرهم انه مدير والغرور لا يتحقق في الكسب لانه لم يكن موجودا حين أخبرهم به ولم يدر أبحصل أو لا يحصل ولو قتل المدير في يد الذي استحقه ضمن الغار قيمته مديرا للغرماء لانه باضافته إلى نفسه بالملكية ضمن لهم سلامة بدل نفسه مديرا إذا قتل (ألا ترى) ان ما أخبرهم به لو كان حقا كان يسلم لهم ذلك وحكم البديل حكم الاصل فوجود الاصل عند الامر بالمبايعه

[35]

كوجود البديل فلهذا يثبت حكم الغرور فيه بخلاف الكسب ولو أتى بجارية إلى السوق فقال هذه أمتى فبايعوها فلحقها دين يحيط برقبته ثم ولدت ولدا فاستحقها رجل وأخذها وولدها ضمن الغار قيمتها وقمية ولدها لان الولد جزء متولد من عينها وهو يسلم للغرماء لو كان ما أخبر به حقا كنفستها وهذا بخلاف الكسب فان الكسب غير متولد من عينها فلا يجعل وجودها كوجود الكسب عند الامر بالمبايعه كوجود ما يتولد منها في ثبوت حكم الغرور في ذلك فأما الولد فمتولد من عينها فوجودها عند الامر بالمبايعه كوجود ما يتولد منها في ثبوت حكم الغرور في ذلك (ألا ترى) انها لو كانت مديرة كان ولدها كنفستها لانه لا يتعلق حق الغرماء بماليتها بخلاف كسبها فان كانت قيمتها يوم استحققت أكثر من قيمتها يوم أمرهم بمبايعتها أو أقل ضمن قيمتها يوم استحققت لانه انما امتنع سلامة المالية لهم حين استحققت وقد صار الغار بالامر بالمبايعه ضامنا لهم سلامة ذلك ولو أقام الغار البينة على انه قد أذن لها في التجارة قبل أن يغرمهم أو بعد ما غرهم قبل أن يلحقه دين برئ من الضمان لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم (ألا ترى) ان مالية الرقبة تسلم للغرماء في الوجهين فكذلك الضمان ينفي عن الغار في الوجهين والله أعلم (باب الشهادة على المأذون) (قال رحمه الله) وشهادة الشهود على العبد والصبي والمعتوه المأذون بغصب أو ببضاعة مستهلكة أو باقراره بذلك أو ببيع أو شراء جائز وان كان مولاه غائبا ويقضى القاضى عليه بذلك لانه بالاذن صار منفك الحجر عنه في التجارة وتوابعها فالتحق في ذلك بالحر العاقل البالغ فيكون الخصم فيما يدعى أو يدعى قبله هو ولا حاجة إلى حضور مولاه إلى القضاء بذلك استدلالا بالمكاتب ولو شهدوا على العبد المحجور عليه بغصب أو وديعة مستهلكة والمولى غائب لم يقض على العبد بذلك حتى يحضر المولى لان المستحق به مالية رقبته والمولى هو الخصم في استحقاق مالية الرقبة عليه فلا يقضى ما لم يكن حاضرا في الاول وان كان المستحق مالية رقبته أيضا ولكن المولى بالاذن قد صار راضيا بكونه خصما في استحقاق مالية رقبته بجهة التجارة (ألا ترى) انه مستحق باقراره وبمباشرته التجارة وان كان المولى غائبا فكذلك يستحق ببينة تقوم عليه بالدين بخلاف ما نحن فيه وكما يشترط حضرة المولى هاهنا

[36]

يشترط حضرة العبد لان المدعى قبله والمستحق به دين في ذمته وكان يتعلق بمالية رقبته فلا بد من حضوره فإذا حضر قضى على العبد بالقيمة

فبإيعاز فيه لأن الحجر لا يؤثر في الأفعال الموجبة للضمان وأما الوديعة وما أشبهها فلا يقضى عليه بها حتى يعتق وهذا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يقضى عليه بما استهلك من الأمانات في الحال فإن كانوا شهدوا عليه بأقراره بذلك ومولاه حاضر أو غائب لم يقض على العبد بشئ من ذلك حتى يعتق فإذا عتق لزمه ما شهدوا به عليه لأنه محجور عن التزام الدين بالقول لحق مولاه والأقرار الثابت عليه بالبينة كالثابت بالمعينة فلا يلزمه شيئاً ما لم يسقط حق المولى عنه بقبضه ولو شهدوا عليه بقتل رجل عمداً أو قذف أو شرب خمر لم يقم عليه حد حتى يحضر مولاه في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يقضى عليه بذلك وإن لم يحضر مولاه وكذلك لو شهدوا عليه بأقراره بذلك ومولاه غائب ففيما يعمل فيه الرجوع عن الأقرار لا تقبل هذه الشهادة وفيما لا يعمل فيه الرجوع عن الأقرار كالأقصاص وحد القذف فهو على الخلاف الذي بينا ولا خلاف أنه لو أقر به قضى القاضي به عليه فأبو يوسف يقول المستحق بهذه الأسباب هو خالص حقه وهو دمه فإن وجوب العقوبات عليه باعتبار معنى النفسية دون المالية وهو في حكم النفسية مبقى على أصل الحرية ولهذا تقام عليه هذه العقوبات بأقراره وإن كان المولى غائباً أو مكذباً له ولا يقبل أقرار المولى بشئ من ذلك فلا يشترط حضور المولى لقبول البينة عليه بذلك وهما يقولان في القضاء بهذه البينة مع غيبة المولى إبطال حقه من أوجه أحدهما أنه يستوفى هذه العقوبة فتفوت به مالية المولى أو تنتقص والثاني أنه يخرج من يد المولى إذا حضر مجلس الحكم لإقامة الحد عليه بذلك واليد مستحقة للمولى والثالث أن له حق الطعن في الشهود لو كان حاضراً فبالقضاء عليه قبل حضوره يبطل حق الطعن الثابت له وإبطال حقه بالقضاء حال غيبته لا يجوز بخلاف الأقرار فإن الأقرار موجب للحق بنفسه وليس للمولى حق الطعن في أقراره فلا تفوت به يده ولا حقه في الطعن ثم لا تهمة في أقراره على نفسه لأن ما يلحقه بالضرر بذلك فوق ما يلحق مولاه وقد بينا هذه المعاني في كتاب الأبق وأما الصبي والمعتوه المأذون لهما فلا يلزمهما شئ من ذلك في الأقرار ولا في الشهادة على الفعل لأنهما غير مخاطبين والأهلية للعقوبة تنبني على كون المباشر مخاطباً إلا في القتل خاصة إذا كان أب الصبي أو المعتوه أو وصيهم حاضراً فإنه يقضى بالدية على عاقلتهما

[37]

وفي حالة غيبة المولى لا يقضى بذلك ولو شهدوا عليهما بالأقرار بالقتل فالشهادة باطلة لأن القتل ليس من التجارة وفيما ليس من التجارة المأذون والمحجور سواء ولا قول له في ذلك والخصم في إثبات البينة عليه الولي فبدون حضرة المولى لا يقضى بشئ وبعد حضوره الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة وأنه مما يوجب الدية على العاقلة ولو شهدوا على العبد المأذون بسرقة عشرة دراهم أو أكثر فإن كان مولاه حاضراً قطع وإن كان غائباً فكذلك عند أبي يوسف وفي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يقطع ولكن يضمن السرقة لأن المسروق منه يدعى المال ولكنه متى ثبت السبب الموجب للعقوبة عند القاضي استوفى العقوبة في حال غيبة المولى ولا يثبت السبب الموجب للعقوبة عليه بالبينة فتبقي دعوى المال والعبد خصم فيما يدعى قبله من المال كما لو كانت الدعوى بسبب الغصب وشهدوا عليه ولو شهدوا عليه بسرقة أقل من عشرة ضمن السرقة لأن فيما دون النصاب الأخذ بجهة السرقة كالأخذ بجهة الغصب ولو شهدوا على صبي أو معتوه مأذون لهما بسرقة عشرة دراهم أو أكثر قضى عليه

بالضمان وان كان وليه غائبا لان جهة السرقة كجهة الغصب في حقهما إذ لا عقوبة عليهما بسبب السرقة وقد بينا أن المأذون خصم فيما يتهم بذلك عليه من الاخذ الموجب للضمان وان كان وليه غائبا وان شهدوا على اقرار واحد منهم بذلك قضى القاضى عليه بالضمان حضر مولاه أو وليه أو لم يحضر لان الرجوع عامل في حق العقوبة فإذا كان هو جاحدا والشهود يشهدون على اقراره بذلك كانت هذه شهادة على ما يوجب ضمان المال ولو شهدوا على عبد محجور بسرقة عشرة أو أكثر ومولاه غائب لم يقض عليه بشئ حتى يحضر المولى لان دعوى السرقة عليه كدعوى الغصب وقد بينا انه يشترط حضرة المولى فيما يدعى على المحجور من الغصب فكذلك فيما يدعى قبله من السبب الموجب للعقوبة فان كان مولاه حاضرا قطعت يده لان السبب الموجب للعقوبة ظهر بشهادته وهو مخاطب وان شهدوا على اقرار العبد بذلك وهو يجحد بالشهادة باطلة لان اقرار المحجور عليه في حق المال باطل حتى يعتق وفي حق القطع الاقرار يبطل بالرجوع عنه ثم قد بينا أن اقرار المحجور بسرقة مال مستهلك أو قائم بعينه في يده وما في ذلك من الاختلاف بينه أصحابنا في كتاب السرقة قال وإذا أذن المسلم لعبده الكافر في التجارة فاشترى خمرا أو خنزيرا فهو جائز كان عليه دين أو لم يكن لانه يتصرف لنفسه بفك الحجر عنه فيراعى حاله في ذلك ثم المولى انما يملكه عليه بطريق

[38]

الخلافة كما يملك الوارث مال مورثه والمسلم من أهل أن يملك الخمر بالميراث ولو اشترى ميتة أو دما أو بايع كافرا بربا فهو باطل لان انفكاك الحجر عنه بالاذن كانفكاك الحجر عنه بالعتق وتصرف الحر الكافر في الميتة والدم باطل وهو في جميع بياعاته بمنزلة المسلم الا في الخمر والخنزير فكذلك العبد المأذون ولو شهد عليه كافرين بغصب أو وديعة مستهلكة أو بيع أو اجارة أو شهدوا على اقراره بذلك وهو ومولاه ينكران ذلك فشهادتهما جائزة استحسانا ذكره في كتاب المأذون الصغير وفي القياس لا تقبل هذه الشهادة لان المسلم يتضرر بها فان الكسب ومالية الرقبة انما يستحق على المولى بهذه الشهادة والمولى مسلم وشهادة الكافر فيما يتضرر به المسلم لا تكون حجة * وجه الاستحسان أن المولى فك الحجر عنه بالاذن فيجعل ذلك في اقامة الحجة عليه بمنزلة فك الحجر عنه بالعتق والمولى وان كان يتضرر به ولكنه قد صار راضيا بالتزام هذا الضرر حين اذن له في التجارة مع علمه ان شهادة الكفار حجة على الكافر (ألا ترى) ان العبد الكافر لو أقر بذلك صح اقراره وان كان المولى يتضرر لوجود الرضا منه بذلك فكذلك إذا شهد الشهود عليه بذلك وكذلك الصبي الكافر بأذن له وصيه المسلم أو جده أب أبيه في التجارة لان انفكاك الحجر عنه بالاذن كانفكاك الحجر عنه بالبلوغ فشهادة الكافر تكون حجة عليه وان كان العبد المأذون مسلما ومولاه كافرا لم تجز شهادة الكافرين على العبد بشئ من ذلك وان لم يكن عليه دين لان العبد هو الخصم فيما يشهد به الشهود عليه وهو مسلم جاحد لذلك فلا تقبل شهادة الكفار عليه وان شهد الكافرين على العبد المحجور الكافر بغصب ومولاه مسلم فشهادتهما باطلة لان الخصم فيما يدعى على العبد المحجور مولاه (ألا ترى) ان الشهادة عليه لا تقبل الا بمحضر من مولاه فإذا كان المولى مسلما لم تكن شهادة الكفار حجة عليه بخلاف المأذون فان كان مولاه كافرا فشهادتهما جائزة قال وإذا أذن المسلم لعبده الكافر في التجارة فشهد عليه كافرين بجناية خطأ أو يقتل عمدا أو يشرب خمر أو يقذف أو شهد عليه أربعة من

الكفار بالزنا وهو ومولاه منكران لذلك فالشهادة باطلة لان الخصم هاهنا المولى (ألا ترى) ان البينة لا تقبل على العبد بشئ من ذلك الا بمحض من المولى أما في جنابة الخطأ فغير مشكل وفي الاسباب الموجبة للعقوبة كذلك عند أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف المولى يتضرر بذلك ولم يوجد منه الرضا بالتزام هذا الضرر بالاذن له في التجارة فلهذا لا تقبل شهادتهم عليه وكذلك لو كان العبد مسلما ومولاه

[39]

كافرا لان الثابت بهذه البينة فعل العبد وشهادة الكفار لا تكون حجة في اثبات فعل المسلمين وإذا أذن المسلم لعبد الكافر في التجارة فشهد عليه كافرين بسرقة عشرة دراهم أو أقل قضى عليه بضمان السرقة وان كان المولى حاضرا أو غائبا لم يقطع لان هذه البينة لا تكون حجة في اثبات العقوبة لاسلام المولى فكانت شهادتهما عليه بالاخذ بجهه السرقة بمنزلة الشهادة بجهة الغصب ولو كان العبد مسلما والمولى كافرا كانت شهادتهما باطلة لانها تقوم لاثبات فعل المسلم فإذا أذن المسلم لعبد الكافر في التجارة فشهد عليه كافرين لكافر أو لمسلم بدين ألف درهم والعبد يجحد وعليه ألف درهم دين لمسلم أو كافر فشادتهما عليه جائزة وان كان صاحب الدين الاول مسلما لان هذه البينة تقوم لاثبات الدين في ذمة الكافر وقد بينا ان انفكاك الحجر عنه بالاذن كهو بالعتق والحر الكافر يثبت عليه الدين بشهادة الكافر وان كان له عبد مسلم فهذا مثله فان كان صاحب الدين الاول كافرا بيع في الدينين وان كان مسلما بيع العبد وما في يده في الدين الاول حتى يستوفى جميع دينه فان فضل فهو للذي شهد له الكافران الآن لان الاول استحق كسبه ومالية رقبته فلو قبلنا شهادة الكافر في اثبات المزاحمة للثاني معه تضرر المسلم بشهادة الكافر وذلك لا يجوز* فان قيل حق الغريم المسلم في رقبته وكسبه لا يكون أقوى من حق المولى المسلم وقد بينا ان شهادة الكفار عليه مقبولة في حق مولى المسلم فكذلك في حق الغريم المسلم* قلنا المولى المسلم رضى بالتزام هذا الضرر حين أذن له في التجارة فاما الغريم المسلم فلم يوجد منه الرضا بالتزام هذا الضرر وفي اثبات هذه المزاحمة عليه ضرر ولو ادعى عليه مسلمان كل واحد منهما ألف درهم فشهد لاحدهما مسلمان وشهد للآخر بدينه كافرين فان القاضى يقضى بالدين كله عليه فيبدأ بالذى شهد له المسلمان فيقضى دينه فان بقي شئ كان للذى شهد له الكافران لان الذى شهد له المسلمان أثبت دينه بما هو حجة على العبد خاصة وثبوت الحق بحسب السبب فكان دين الذى شهد له المسلمان ثابتا في حق الذى شهد له الكافران ودين الذى شهد له الكافران غير ثابت في حق الذى شهد له المسلمان فلماذا يبدأ من كسبه وثمانه بقضاء دينه الذى شهد له المسلمان فان بقي شئ فهو للذى شهد له الكافران ولو صدق العبد الذى شهد له الكافران اشتركا في كسبه وثمان رقبته لان دينه ثبت باقرار العبد والثابت باقرار المأذون من الدين كالثابت بالبينة فيظهر وجوبه في حق الغريم الذى شهد له المسلمان ويتحصان فيه ولو كان الذى شهد له الكافران مسلمان والذى شهد له المسلمان كافرا

[40]

والعبد يحدد ذلك كله ببيع العبد واقتساما ثمنه نصفين لان كل واحد منهما أثبت دينه بما هو حجة على العبد وعلى خصمه فاستوى الدينان في القوة ولو كان الغرماء ثلاثة كل واحد منهم يدعى ألف درهم أحدهم مسلم شهد له كافران والثاني مسلم شهد له مسلمان فانه يقضى عليه بجميع الدين ويباع فيه لان البيئات كلها حجة عليه ثم يقسم ثمنه بين المسلم الذي شهد له المسلمان والكافر الذي شهد له المسلمان نصفين لان كل واحد منهما أثبت دينه بما هو حجة على العبد وعلى الخصمين الآخرين فأما الثالث الذي شهد له كافران فقد أثبت دينه بما ليس بحجة على المسلم الذي شهد له المسلمان فلا يستحق المزاحمة معه في ثمنه وإذا لم تثبت المزاحمة صار كالمعدوم واستوى دين الآخرين في القوة فالثمن بينهما نصفان سلم للمسلم نصفه والنصف الذي صار للكافر بينه وبين المسلم الذي شهد له الكافران نصفين لانه أثبت دينه بما هو حجة على هذا الكافر وانما كان محجورا لحق المسلم ولم يبق في هذا النصف للمسلم حق وبينهما مساواة في قوة دين كل واحد منهما في حق صاحبه فيقسم هذا النصف بينهما نصفين ثم لا يكون للمسلم أن يأخذ من يد هذا الذي شهد له الكافران ما يأخذه من صاحبه لان ذلك لا يفيد شيأ إذا أخذ ذلك أتاه الكافر الذي شهد له المسلمان فاسترد ذلك منه لانه يساويه في الثمن فلهذا لا يشغل بذلك ولو كان أحد الغرماء مسلما شهد كافران والآخران كافران شهد لكل واحد منهما كافران بدئ بالمسلم لان دينه ثبت بما هو حجة على خصمه ودينهما ثبت بما ليس بحجة عليه فان بقى بعد دينه كان بين الكافرين لاستوائهما في ثبوت دين كل واحد منهما في حق صاحبه ولو كان العبد مسلما والمولي كافرا والغرماء رجلين أحدهما مسلم شهد له كافران والآخر كافر شهد له مسلمان والعبد يحدد ذلك فان القاضى يبطل دعوى المسلم الذي شهد له كافران ويباع العبد الآخر في دينه فيوفيه حقه فان بقى شئ من ثمنه فهو للمولى لان المسلم انما أقام شهودا كفارا على دينه وشهادة الكفار لا تكون حجة على العبد المسلم فما لم يثبت دينه على العبد لا يستحق شيأ من ثمنه فلا يكون لهذا المسلم أن يراحم الغريم الكافر فيما يأخذه ولا ان يأخذ من المولى شيأ مما بقى من ثمنه في يده بخلاف ما سبق فهناك الديون كلها تثبت على العبد وكذلك لو كان العبد محجورا عليه في هذا الفصل لان أصل الدين لا يثبت عليه بشهادة الكافر وان كان محجورا عليه وما لم يثبت عليه أصل الدين في ذمته لا يتعلق بمالية رقبته ولو كان العبد كافرا محجورا ومولاه مسلما والغرماء رجلين أحدهما مسلم شهد له كافران والآخر كافرا

[41]

شهد له مسلمان بانه غصب منه ألف درهم فانه يقضى عليه بدين الكافر ولا يقضى عليه بدين المسلم حتى يعتق لان مولاه مسلم وقد بينا ان شهادة الكفار على العبد الكافر المحجور عليه بالغصب لا تكون حجة في حق المسلم فما لم يسقط حقه بالعتق لا يقضى عليه بدين المسلم ولكن إذا أخذ الكافر دينه من ثمنه شاركه المسلم لان أصل دين المسلم ثابت على العبد بشهادة الكفار هاهنا (ألا ترى) انه يؤخذ به بعد العتق وانما لا يظهر ذلك في حق المولى وقد سقط حق المولى عما أخذه الكافر من ثمن العبد وانما بقى المعتبر فيه حق الكافر ودين المسلم ثابت بما هو حجة على الكافر وعلى العبد كدين الكافر ولهذا شاركه فيما أخذه وإذا أذن المسلم لعبد الكافر فشهد عليه كافران بدين ألف درهم لمسلم أو كافر باقرار أو غصب وقضى القاضى بذلك فباع العبد بالف درهم فقضاها

الغريم ثم ادعى على العبد ديناً ألف درهم كانت عليه قبل أن يباع فإن أقام على ذلك شاهدين مسلمين فإن القاضى يأخذ الألف من الغريم الذى شهد له الكافران فيدفعها إلى هذا الغريم الذى شهد له المسلمان ولو كان الثانى كافراً أخذ منه نصف ما أخذه الاول لانه أثبت دينه بتاريخ سابق على البيع فيلتحق بالدين الظاهر عليه بشهادة المسلمين قبل أن يباع ولو قامت البينة قبل البيع كان الحكم فيه ما ذكرنا فكذلك هاهنا قال ولو كان الاول كافراً وشاهداه مسلمين والثانى مسلماً أو كافراً وشاهداه كافرين فانه يأخذ من الاول نصف ما أخذه لان دين الثانى ثبت بما هو حجة على العبد وعلى الغريم الاول ودين الاول كذلك فلاستوائهما في القوة يجعل ثمنه بينهما نصفين (ألا ترى) ان الكافر لو هلك وترك ألف درهم فأسلم وارثه وأقام كافر شاهدين مسلمين على الميت بالف درهم فقضى له القاضى ثم ان مسلماً أو كافراً أقام على الميت شاهدين كافرين بدين ألف انه يأخذ من الاول نصف ما أخذ للمعنى الذى بينا واستحقاق تركه الميت بدينه كاستحقاق كسب العبد وثمان رقبته بدينه قال وإذا أذن الرجل لعبد الكافر في التجارة فباع واشترى ثم أسلم فادعى عليه رجلان ديناً فجاء أحدهما بشاهدين كافرين عليه بالف درهم ديناً كانت عليه في حالة كفره وجاء الآخر بشاهدين مسلمين عليه بمثل ذلك والمدعيان مسلمان أو كافران والمولى مسلم أو كافر فشهادة المسلمين جائزة ولا شئ للذى شهد له الكافران لان العبد مسلم حين قامت البينة عليه وشهادة الكافر على المسلم لا تقبل سواء أطلق الشهادة أو أرخ بتاريخ سابق على اسلامه ولو كان العبد مسلماً ومولاه كافراً أو مسلماً فارتد العبد عن الاسلام والعياذ بالله فشهد عليه مسلمان لكافر أو لمسلم

[42]

بمال وشهد عليه كافران لمسلم أو كافر بمال فشهادة المسلمين جائزة وشهادة الكافرين باطلة لان المرتد مجبر على العود إلى الاسلام وحكم الاسلام باق في حقه ولهذا لا ينفذ تصرفه في الخمر والخنزير فشهادة الكافر لا تكون حجة أصلاً وإذا أذن الرجل لعبد الكافر في التجارة ومولاه مسلم أو ذمى فشهد عليه مسلمان لمسلم بدين وشهد عليه ذميان لمسلم بدين وشهد عليه مستأمنان لمسلم بدين فإن القاضى يبطل شهادة المستأمنين لان العبد ذمى وشهادة المستأمن لا تكون حجة على الذمي باعتبار ان الذمي من أهل دارنا ويقضى بشهادة الذميين والمسلمين لانها حجة عليه ثم يبيع العبد فيبدأ بدين الذى شهد له المسلمان لانه أثبت دينه بما هو حجة على العبد وعلى العبد وعلى خصمه الآخر انما أثبت دينه بما هو حجة على العبد لا على خصمه فإذا أخذ المسلم حقه وبقي شئ كان للذى شهد له الذميان لان دينه كان ثابتاً على العبد ولكن كان محجوراً لحق المسلم وقد زال الحجر حين استوفى المسلم حقه فان بقي شئ بعد دينه كان للمولى لان دين الذى شهد له المستأمنان غير ثابت في حق العبد وكذلك لو كان المولى حربياً لان الدين بشهادة الحربيين لا يثبت على العبد الذمي وما لم يثبت الدين على العبد لا يتعلق بماليته التى هي حق مولاه فلو كان المولى وعبده حربيين والمسألة بحالها قضى بالدين كله على العبد وبيع فيه فيبدأ بالذى شهد له المسلمان ثم بالذى شهد له الذميان لما قلنا ثم ما فضل يكون للذى شهد له الحربيان لان دينه ثابت في حق العبد ههنا وانما كان محجوراً بحق الآخرين فإذا زال الحجر كان الباقي له فان كان أصحاب الدين كلهم أهل الذمة والمسألة بحالها يخاص في ثمنه الذى شهد له المسلمان والذي شهد له الذميان لان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد

وعلى الخصمين الآخرين ودين الثالث انما ثبت بما هو حجة على العبد خاصة فلا يزاحمهما في ثمنه ولكن يقدمان عليه ويتحصان للمساواة بينهما في القوة فان فضل شئ فهو للذي شهد له الحربان ولو كان أصحاب الدين كلهم مستأمنين تحاصوا جميعا في دينهم لان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد وعلى الخصمين الآخرين ولو كان المولى مسلما أو ذميا والعبد حربيا دخل بأمان فاشتراه هذا المولى وأذن له في التجارة والمسألة بحالها لم تجز شهادة الحربين عليه بشئ لان العبد قد صار ذميا حين دخل في ملك مسلم أو ذمى فلا تكون شهادة أهل الحرب بالدين عليه حجة وإذا دخل الحربى دارنا بأمان ومعه عبد له فأذن له في التجارة جازت شهادة المستأمنين عليه بالدين كما تجوز علي مولاه لانه حربى مستأمن (الأثرى) ان لمولاه أن يعيده إلى دار الحرب ولو كان الغرماء ثلاثة

[43]

مسلم شهد له حربيان بدين ألف درهم وذمى شهد له ذميان بدين ألف درهم وحربى شهد له مسلما بدين ألف درهم ثم بيع العبد بالف درهم فانه يقسم الالف بين الذمى الذى شهد له الذميان والحربى الذى شهد له المسلمان نصفين لان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد وعلى صاحبه فأما المسلم فانما يثبت دينه بما ليس بحجة على الذمى وهو شهادة الحربين فلهذا لا يزاحمهما وإذا اقتسما ثمنه نصفين أخذ المسلم من الحربى نصف ما صار له لان دينه ثابت بما هو حجة في حق الحربى وانما كان ممنوعا لحق الذمى وقد سقط حق الذمى عن هذا النصف فكان بينهما نصفين وقال عيسى بن أبان رحمه الله هذا خطأ وينبغى أن يكون الالف بينهم أثلاثا لان المسلم الذى شهد له الحربيان والذمى الذى شهد له الذميان استويا من حيث ان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد دون صاحبه فليس جعل المسلم محجوبا عن المزاومة لاجل الذمى باولى من جعل الذمى محجوبا عن المزاومة لاجل المسلم وقد ثبت دين كل واحد منهما بما هو حجة على الحربى ودين الحربى بما هو حجة عليهما فينبغى أن يكون بينهم أثلاثا وهذا ذكره الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمهما الله وقيل في تصحيح جواب الكتاب انه وان كان كذلك فشهادة الذمى أقوى من شهادة الحربى لان شهادة أهل الحرب انما تقبل بعقد الامان والامان يثبت للحربى بهذا المسلم أو من يقوم مقامه من المسلمين أما عقد الذمة فليس يثبت من جهة الذمى فكانت شهادة أهل الذمة للذمى أقوى وأبعد عن التهمة من شهادة المستأمنين للمسلم فترجح جانبه لهذا ولو كانت شهود الذمى حربيين وشهود المسلم ذميين والمسألة بحالها كان الثمن بين المسلم والحربى نصفين لان الذمى انما أثبت دينه بما ليس بحجة على المسلم والمسلم أثبت دينه بما هو حجة على المسلم فكان الذمى محجوبا به بقى المسلم والحربى وقد أثبت كل واحد منهما دينه بما هو حجة على العبد وعلى صاحبه فكان الثمن بينهما نصفين ثم يأخذ الذمى نصف ما أصاب الحربى لان بينته حجة عليه وانما كان محجوبا عن المسلم وقد سقط حق المسلم عن هذا النصف ولو كان الذى شهد له المسلمان ذميا والذى شهد له الذميان حربيا والذى شهد له الحربيان مسلما فان الثمن بين الحربى والذمى نصفين لان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على صاحبه ودين المسلم ثبت بما ليس بحجة على الذمى فكان هو محجوبا وليس في هذا الفصل طعن فان الدين ثبت بما هو حجة على المسلم لان شهود الذمى مسلمون فلهذا كان الثمن بين الحربى والذمى نصفين ثم

[44]

قال فإذا لحق العبد دين فقال مولاه هو محجور عليه وقال الغرماء هو
مأذون له فالقول قول المولى لانه متمسك بالأصل وهو الحجر بسبب الرق
ولان الغرماء يدعون عليه بسبب استحقاق كسبه ومالية رقبته والمولى
ينكر ذلك فعليهم اثبات هذا السبب بالبينة فان جاؤا بشاهدين على الاذن
فشهد أحدهما أن مولاه أذن له في شراء البر وشهد آخر انه أذن له في
شراء الطعام فشهادتهما جائزة وان كان الدين من غير هذين الصنفين لان
المشهود به انما هو أصل الاذن فاما هذا التقيد بالبر والطعام فلغو لان
الاذن في التجارة لا يقبل التخصيص وقد اتفقا على ما هو المقصود
والمشهود به فان شهد أحدهما انه أذن له في شراء البر وشهد آخر انه رآه
يشترى البر فلم ينهه فشهادتهما باطلة لانهما اختلفا في المشهود به فان
أحدهما شهد بمعينة فعل والآخر شهد يقول ولو شهد أحدهما انه رآه
يشترى البر فلم ينهه وشهد الآخر انه رآه يشترى الطعام فلم ينهه
فشهادتهما باطلة لان كل واحد منهما شهد بمعينة فعل غير الفعل الذي
شهد الآخر بمعينته فلم يثبت بما شهد بمعينة كل فعل الا شاهد واحد ولو
شهد انه رآه يشترى البر فلم ينهه كان الشراء جائزا وكان العبد مأذونا له
في التجارة لانهما اتفقا على الشهادة بمعينة فعل واحد والثابت بشهادة
شاهدين كالثابت بالمعينة ولو عاينا المولى رآه يبيع البر فلم ينهه كان
مأذونا له في التجارة في الاشياء كلها فكذلك إذا شهد عليه الشاهدان بذلك
والله أعلم (باب الاختلاف بين المأذون ومولاه) (قال رحمه الله) وإذا كان
العبد المأذون في يده مال وعليه دين فقال هو مالى وقال مولاه بل هو
مالى فالقول قول العبد لان يده في كسبه معتبرة لحق الغرماء والمولى
ممنوع من أخذ ما في يده لحقهم فيكون المال في يده ككونه في يد
غرمائه لان انفكاك الحجر عنه بالأذن بمنزلة انفكاك الحجر عنه بالعتق أو
بالكتابة الا أن يده قبل أن يلحقه الدين ما كانت لازمة وبلحوق الدين اياه
صارت لازمة فالمنازعة بينه وبين المولى فيما في يده كالمنازعة بين
المولى ومكاتبه فيما في يده وان كان المال في يد المولى وفي يد العبد
فهو بينهما نصفان لان المولى من كسب عبده في هذا الحالة كاجنبي آخر
وقد استويا في دعوى اليد والعين ظهرت في يديهما فكان بينهما نصفين
فان كان في يد المولى ويد العبد ويد اجنبي فادعاه كل واحد منهم فهو
بينهم أثلاثا لان يد العبد فيه كيد غريمه فتكون معارضة ليد المولى ويد
الاجنبي في

[45]

المزاحمة وان كان العبد لادين عليه فالمال بين المولى والاجنبي نصفان
ولا شئ للعبد فيه لان ما في يد العبد ويد مولاه واحد إذا لم يكن عليه دين
فان كسبه خالص ملك مولاه ويده فيه كيد مولاه وفي حق الاجنبي لان الحق
لا يعدو هما فهو بمنزلة مالى تنازع اثنان في شئ وأحدهما متمسك له بيديه
والآخر بيد واحدة فانه يقضى بذلك نصفان هذا ولو كان ثوب في يد حر

وعبد مأذون وكل واحد منهما يدعيه ومعظمه في يد أحدهما والآخر متعلق بطرفه فهو بينهما نصفان لان الاستحقاق باعتبار اليد ويده على جزء من الثوب كيده على جميعه (ألا ترى) انه لو كان في يده طرف من الثوب وليس في يد الآخر منه شئ فتنازعا فيه كان ذو اليد أولى بجميعه سواء كان الطرف الذي في يده معظم الثوب أو شياً يسيراً منه فان كان أحدهما متزراً به أو مرتدياً أو لابساً والآخر متعلقاً به أو كانت دابته أحدهما راكب عليها والآخر متمسكاً باللجام فهي للراكب واللابس لانه مستعمل للعين واليد بالاستعمال تثبت حقيقة دون التعلق به (ألا ترى) انه لا يتمكن من الركوب واللبس في العادة الا صاحب اليد ويتمكن الخارج من التعلق به لان الملبوس تبع للابس والمركوب تبع للراكب لان قيامه به وكانت يده فيما هو تبع له من وجه أقوى من يد المتعلق به والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى ولو لم يكن هذا راكبها وكان الآخر متعلقاً بها لا يستحق الترجيح بتعلقه بها ولو كان هذا راكبها ولم يكن الآخر متعلقاً بها كان الراكب أولى فإذا كان لأحدهما سبب يستحق به عند الانفراد وليس للآخر مثله كان هو أولى ولو أن حراً أو مأذوناً أجر نفسه من رجل يبيع معه البز أو يخيط معه ثم اختلفا في ثوب في يد الاجير فان كان في حانوت الذي استأجره فهو للمستأجر لان الآخر مع ما في يده في يده المستأجر فان حانوت المستأجر وبده ثابتة عليه فما في الحانوت يكون في يده فالظاهر شاهد للمستأجر فان الاجير لا ينقل أمتعته إلى حانوت المستأجر عادة خصوصاً ما ليس من اداة عمله وان كان في السكة أو في منزل الاجير فهو للاجير لانه لا يد للمستأجر على هذا الموضع حقيقة ولا حكماً ويد الاجير ثابتة على الثوب حقيقة وبعقد الاجارة لا يخرج من أن يكون له يد معتبرة في أمتعته والصغير والكبير في هذا سواء لان كل واحد منهما له يد معتبرة دافعة لاستحقاق الغير ولو أن عبداً محجوراً عليه أجره مولاه لرجل وكان مع العبد ثوب فقال المستأجر هو لى وقال مولاه هو لى كان للمستأجر سواء كان في السكة أو في السوق أو في حانوت المستأجر أو كانت المنازعة

[46]

في دابة والعبد راكبها لان مولاه حين أجره فقد حول يده فيه إلى المستأجر وصار المستأجر بمنزلة المالك في ثبوت يده وعلى ما معه لانه صار أحق بالانتفاع به فيكون القول في جميع ما في يده قوله بخلاف الحر فان المستأجر وان صار أحق بمنافعه فقد بقيت له يد معتبرة في أمتعته لانه مالك للامتعة بعد الاجارة كما كان قبله والعبد المحجور عليه مملوك ليست له يد معتبرة فكان هو وما في يده لمولاه قبل الاجارة وقد حوله بالاجارة إلى يد المستأجر ولو كان على العبد قميص أو قباء فقال المستأجر هو لى وقال المولى هو لعبدى فالقول قول المولى لان الظاهر يشهد له لان الظاهر ان العبد لا ينقل إلى يد المستأجر عرباناً (ألا ترى) انه لو باعه من انسان دخل في البيع ما عليه من لباسه وان لم يذكر باعتبار الظاهر والعادة ولا يدخل في البيع متاع آخر في يده الا ما يذكر فلا ينظر إلى قول العبد في شئ من ذلك لانه محجور عليه وليس للمحجور عليه قول ولا يد معتبرة فيما معه ولو كان العبد في منزل المولى وفي يده ثوب فقال المستأجر هو لى وقال المولى هو لى فهو للمولى لان المنزل في يد المولى فما فيه يكون في يده أيضاً لانه ليس للعبد يد معتبرة في معارضة يد المولى والمستأجر إذا كانت يده لا تظهر في منزل المولى كان المتاع للمولى ولو كان العبد مأذوناً له وعليه دين وهو في منزل المولى وفي يده ثوب فقال المولى هو لى وقال العبد هو لى فان كان الثوب من تجارة

العبد فهو له لان ما يكون من تجارته فهو كسبه والحق في كسبه لغرمائه فيده فيه كيد الغريم وان لم يكن من تجارته فهو للمولى لانه في ملك المولى وبده ثابتة على ما في ملكه وحق الغرماء لا يثبت في شئ من ذلك ما لم يثبت كونه كسبا للعبد ولو كان العبد راكبا على دابة أو لا بسا ثوبا فقال العبد هولي وقال المولى هولي فهو للعبد يقضى به دينه كان ذلك من تجارته أو لم يكن لان الملبوس تبع للابس والمركوب تبع للراكب وحق الغرماء يتعلق بمالية رقبته فيكون متعلقا بما هو تبع له والله أعلم (باب المأذون بأسره العدو أو يرتد) (قال رحمه الله) قد بينا في السير ان العبد إذا أسره العدو فأحرزوه بدارهم ثم عاد إلى قديم ملك المولى فانه يعود ما كان فيه من الدين والجنابة وان لم يعد إلى قديم ملك المولى فان لم يأخذه من يد من وقع في سهمه أو من يد المشتري أو أسلم أهل الحرب عليه فان الدين

[47]

يعود عليه كما كان والجنابة لا تعود لان المستحق بالجنابة الملك القائم وقت الجنابة (ألا ترى) ان المولى لو أعتقه بعد الجنابة لا يبقى حق ولى الجنابة فكذلك إذا زال ذلك الملك ولم يعد إليه بخلاف الدين فانه ثابت في ذمته (ألا ترى) أنه يبقى عليه بعد العتق فسواء عاد ذلك الملك أولم يعد بقي الدين في ذمته كما كان والدين في ذمة العبد لا يجب الا شاعلا مالية رقبته فلماذا بيع في الدين في ملك من كان وان ارتد المأذون وعليه دين أو جنابة خطأ ولحق بدار الحرب ثم أسره المسلمون فمولاه أحق به قبل القسمة وبعدها بغير شئ في قول أبي حنيفة لانه لم يحزره المشركون انما هو أبق إليه فإذا بقي على ملك مولاه بقي الدين والجنابة عليه بحالهما يدفع بالجنابة ثم يباع في الدين قال وإذا ادان المسلم ديننا ثم ارتد ولحق بدار الحرب ثم أسر فان أبي أن يسلم فقتل بطل الدين الا أن يؤخذ ماله في دار الاسلام فيقضى به دينه لان ماله الذي خلفه في دار الاسلام مصروف الي حاجته وهو خلف عن ذمته في وجوب قضاء الدين كما بعد موته وان لم يكن له مال في دار الاسلام فقد فات محل الدين حين قتل فيبطل دينه وليس هذا بأول مديون بملك مفلسا ولو كانت مرتدة فسبيت وأسلمت فهي أمة للذي استولدها وقد بطل الدين عنها لان نفسها تبدلت بالاسر فصارت كالهالكة لا إلى خلف فان الحرية حياة والرق تلف وهذا لان حكم الدين تغير يحدث الرق فيها لانه حين وجب الدين كان في ذمتها ولا تعلق له بمحل آخر وبعد ما صارت أمة فالدين عليها يكون شاعلا مالية رقبته ان لو بقي وهذه مالية حادثة لا يمكن شغلها بالدين والدين لا يجب على المملوك الا شاعلا مالية رقبته فيسقط بهذه المنافاة وكذلك كل حد وقصاص كان عليها فيما دون النفس قبل الردة لتغير حكمه برقها فالرق ينصف الحدود وينافى وجوب القصاص فيما دون النفس فأما القصاص في النفس فهو على حاله عليها لان ذلك لا يتغير بالرق والامة والحرية فيه سواء وكذلك الرجل الذمي أو المرأة الذمية ينقض العهد ويلتحق بدار الحرب وعليه دين يوم يوسر فهو رقيق وقد بطل الدين وكل حد أو قصاص دون النفس كان عليه يتغير حكمه برقه ويؤخذ بالقصاص في النفس لان الحر والرقيق فيه سواء وإذا استدان الحر المستأمن في دار الاسلام ثم رجع إلى بلاده ثم عاد البنا مسلما أو ذميا أو مستأمنا أخذ بذلك الدين لبقاء دينه على رجوعه إلى بلاده وبعد عوده البنا ولم يصر محجورا متمكنا لما في ذمته لان الاحراز في الدين لا يتحقق ولو لم يرجع البنا حتى أسر فصار عبدا بطل الدين لتبدل نفسه بالرق ولو دخل المسلم دار الحرب بأمان فادان حربيا ثم

أسر المسلمون الحربى فصار عبدا بطل الدين عنه لان نفسه تبدلت بما حدث فيه من الرق وخرج من أن يكون أهلا للمالكية والاسر لم يخلغه في ملك الدين فسقط عمن عليه لانعدام المطالبة والمستوفى له فان الدين ليس الا مجرد المطالبة هذا إذا كان الدين له على المسلم وان كان للمسلم عليه فقد سقط بقوات محله بتبدل نفسه بالرق فان جاء مستأمنا لم يؤخذ به ان كان الدين عليه ولم يؤخذ به المسلم ان كان الدين على المسلم لان هذه المعاملة جرت بينهما في دار الحرب وهو بالخروج اليها بامان لم يصر من أهل دار الاسلام فلا تسمع الخصومة في ذلك الدين بينهما الا أن يسلم أو يصير ذميا فحينئذ يؤخذ بذلك كل واحد منهما لانه التزم أحكام الاسلام وصار منا دارا ودينا والدين ببقاء ذمته على حاله وبقاء الطلب أهلا للمالكية فيؤخذ كل واحد منهما به وقد بينا ما فى هذه الفصول من الخلاف في كتاب الصلح والله أعلم (باب اقرار المأذون في مرض مولاه) (قال رحمه الله) وإذا أقر المأذون في مرض مولاه بدين أو غصب أو ودیعة قائمة أو مستهلكة أو غير ذلك من ديون التجارات فان كان المولى لادين عليه ومات من مرضه ذلك فاقرار العبد جائز بمنزلة اقرار المولى به لان الدين على العبد يشغل كسبه ومالية رقبته وذلك حق مولاه وصحة اقراره اعتبار اذن المولى به واستدامة الاذن بعد مرضه بمنزلة انشائه وإذا كان صحة اقراره بسبب يضاف إلى المولى صار اقراره كإقرار المولى واقرار المولى في مرضه بدين أو عين للاجنبي صحيح إذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين في صحته بدئ بدين الصحة من تركته ومن رقبة العبد وكسبه فان فصل من رقبته وكسبه شئ فهو للذى أقر به العبد لان كسبه ورقبته ملك مولاه فاقراره فيه كإقرار المولى ولو أقر المولى بذلك كان دين الصحة مقدما عليه وكان الباقي بعد قضاء دين الصحة مصروفا إليه فهذا مثله وان كان مال المولى غائبا فقضى القاضى دين المولى من ثمن العبد وما في يده ثم حضر مال المولى فان القاضى يأخذ منه ثمن العبد وما كان في يده فيقضى به دين العبد وما أقر به لان حق غريم العبد كان متعلقا به وقد قضى به دين المولى فيقوم غريم العبد مقام غريم المولى في الرجوع به في تركته إذا ظهر ماله ليأخذه قضاء من دينه وان كان دين العبد أكثر من ذلك فما زاد على ثمن العبد ومالية كسبه من تركة المولى لو ارثه لا حق فيه لغريم العبد لان دينه ما كان ثابتا في ذمة المولى وانما كان في

كسب العبد ومالية رقبته وان كان على المولى دين الصحة وعلى العبد دين الصحة وأقر العبد في مرض المولى كما وصفنا بدئ من كسب العبد ومالية رقبته بدين العبد الذي كان في صحة المولى لان ذلك أسبق تعلقا به في حق غريم المولى وانما يثبت فيه من جهة المولى وقد كان حق غريم العبد فيه مقدما على حق المولى فكذلك يكون مقدما على حق غريم المولى ثم يقضى منه دين المولى الذى كان في الصحة لان ذلك أسبق تعلقا به مما أقر العبد به في مرض المولى لما بينا ان اقرار العبد فيه كإقرار المولى فان فصل شئ فهو للذى أقر له العبد في مرض مولاه ولا يكون للذى أقر له العبد في مرض المولى مزاحمة غريم العبد في صحة المولى فيما

يستوفيه لان حقه يتأخر عن حق غريم المولى وغريم العبد في صحة المولى حقه مقدم على حق غريم المولى فكيف يزاحمه من كان حقه متأخراً عن حق غريم المولى وهذا لانه لو زاحمه فاستوفى منه شيئاً لم يسلم له ذلك بل يأخذه غريم المولى منه لكونه مقدماً عليه في ذلك ثم يأخذ ذلك منه غريم العبد في صحة المولى لان حقه مقدم على حقه فلخلوه عن الفائدة لا يشتغل به ولو لم يكن على المولى دين يخاص غرماء العبد الاولين والآخرين فيما في يده لان صحة اقرار العبد في حق غرمائه بكونه مأذوناً له في التجارة وقد جمع الاقرارين حالة واحدة وهى حالة الاذن فيجعل كل واحد منهما مزاحماً لصاحبه في كسب العبد ورقبته بمنزلة مالو أقر لهما بالدين معا الا أن يكون أقر بشئ يعينه لانسان فانه يبدأ فيسلم للمقر له لان اقراره بذلك صحيح مادام مأذوناً له في التجارة وتبين باقراره أن تلك العين ليست من كسبه وانما يتعلق حق غرمائه بكسبه والحاصل انه إذا لم يكن علي المولى دين فجال مرضه في اقرار العبد كحال صحته ولو لم يقر العبد بذلك في مرض مولاه ولكنه التزمه بسبب عاينه الشهود لزمه ذلك مثل ما يلزمه في صحة مولاه لانه مأذون على حاله ولا تهمة في السبب الذى وجب به الدين (ألا ترى) أن المولى لو باشر هذا الدين كان الدين الواجب به مساوياً لدين الصحة فكذلك إذا باشره العبد ودين العبد في كسبه ومالية رقبته مقدم على دين المولى فما لم يقضى ديونه لا يسلم لغريم المولى شئ من ذلك ولو مرض المولى ولا دين على واحد منهما وقيمة العبد ألف درهم فافر المولى على نفسه بدين ألف درهم ثم مات المولى فان العبد يباع فيتحاص الغريمان في ثمنه لان ما أقر به العبد على نفسه بمنزلة مالو أقر به المولى على نفسه ولو أقر المولى في مرضه بدين ثم بدين يخاص الغريمان فيه لان الاقرارين جميعهما حالة واحدة

[50]

فهذا مثله ولو كان اقرار العبد أو لابدئ به لان حق المقر له بنفس الاقرار تعلق بمالية رقبته فكان في حق المولى بمنزلة الاقرار بالعين ولو أقر المولى في مرضه بعين ثم بدين كان المقر له أولى بالعين بخلاف ما إذا أقر بدين ثم بعين يتحاصان فيه فاقرار العبد مع اقرار المولى بمنزلة ذلك في المعنى وهذا لانه إذا سبق اقرار المولى فقد تعلق حق المقر له بمال المولى فلا يصدق العبد على ابطال حق غريم المولى عنه بعد ذلك لان صحة اقراره نادر فكما لا يبطل حق غريم المولى باقرار المولى برقبته لانسان فكذلك لا يبطل باقرار العبد بخلاف ما إذا سبق اقرار العبد لانه حين أقر لم يكن لاحد حق في مالية رقبته وثبت فيه حق المقر له فلا يصدق المولى بعد ذلك في اثبات المزاحمة لمن يقر له مع غريم العبد ولو بدأ المولى فافر بدين ألف ثم بالف اقراراً متصلاً أو منقطعاً ثم أقر العبد بدين ألف ثم مات المولى فان الغرماء الثلاثة يتحاصون في ثمنه فيكون الثمن بينهم أثلاثاً لان اقرار المولى لما جمعتهما حالة واحدة جعلاً كأنهما واحد معاً ولا حق لغريم العبد حين وجد الاقرار من المولى ثم أقر العبد بعد ذلك وهو مأذون فيكون اقراره كاقرار المولى بالف قدر ماليته فيتحاصون في ثمنه فكذلك لو كان العبد أقر بالف ثم بالف اقراراً متصلاً أو منقطعاً ضربوا بجميع ذلك مع غرماء المولى لان اقرار العبد حصلت وهو مأذون له فجعل في الحكم كاقرار المولى وقد جمع الكل حالة واحدة ولو أقر المولى بدين ألف درهم ثم أقر العبد بدين ألف ثم أقر المولى بدين ألف يتحاصون جميعاً لان اقرار المولى لما سبق كان مانعاً من سلامة مالية الرقبة للذى أقر له العبد فنزل اقراره بعد اقرار المولى بمنزلة اقرار المولى وقد جمع

الاقارير حالة واحدة فيتخاصون في ثمنه ولو كان العبد أقر بدين ألف قبل اقرار المولى ثم أقر المولى على نفسه بدين ثم أقر العبد بدين ألف ثم مات المولى فان ثمن العبد لغريمه دون غريم المولى لان حق الغريم الاول للعبد لما تعلق بمالية رقبته كان ذلك مانعا صحة اقرار المولى في حق مالية الرقبة بعد ذلك لانه لافضل في قيمته على ما أقر به العبد أولا فكان اقرار المولى في حق مالية الرقبة وجوده كعدمه وانما بقى الاقرار من العبد وقد جمعها حالة واحدة فكان ثمن العبد بينهما ولو كانت قيمته ألفى درهم فأقر العبد بدين ألف درهم ثم أقر المولى بدين ألف درهم ثم مات فانه يباع فيوفى غريم العبد حقه وغريم المولى حقه لان في الثمن المقبوض وفاء بالدين وان نقصت قيمته فبيع بالف درهم فهي لغريم العبد خاصة لان حقه في ماليته مقدم على حق غريم المولى لتقدم اقراره وانما ثبت حق غريم المولى في الفصل ولم

[51]

يفضل شئ وان بيع بالف وخمسائة كانت ألف منها لغريم العبد والباقي لغريم المولى لان حقه في الفاضل وصار هذا نظير حق رب المال مع حق المضارب فان حق رب المال في رأس المال أصل وحق المضارب في الربح تبع فانما يثبت في الفضل فإذا لم يظهر الفضل فلا شئ له فان قل الفضل كان حقه بقدر ذلك ولو كان أقر بدين ألف وقيمته ألفان ثم أقر المولى بدين ألف ثم أقر العبد بدين ألف ثم مات المولى فبيع العبد بالدين اقتسمه الغرماء أثلاثا لانه كان في مالية الرقبة عند اقرار المولى فضلا عن دين العبد بقدر ألف فيثبت حق الغريم فيه ثم الاقرار من العبد صحيح لبقاء الاذن وان اشتغل جميع ماليته بالدين فإذا كانت الديون كلها ثابتة عليه اقتسم الغرماء ثمنه أثلاثا وان بيع بالف وخمسائة اقتسموه اخماسا لان حق غريم المولى انما ثبت فيه بقدر الفضل وقد ظهر أن الفضل كان بقدر خمسمائة حين أقر المولى بالف درهم فانما يثبت من دين غريمه في حق مزاحمة غريمي العبد مقدار خمسمائة فإذا ضرب هو بخمسمائة وكل واحد من غريمي العبد بالف كان الثمن بينهم اخماسا لانك تجعل كل خمسمائة سهما وان بيع بالف كانت لغريمي العبد خاصة لان حق غريم المولى ثبت باعتبار الفاضل ولم يفضل من ماليته شئ على الدين الاول الذي أقر به العبد حين بيع بالف وخمسمائة ولو بدأ المولى فأقر عليه بدين ألف درهم وقيمة العبد ألفان ثم أقر العبد بدين ألف ثم أقر المولى بدين ألف فان الثمن يقسم بين الغرماء بالحصص أثلاثا لان حق غريم المولى الاول ثبت في ماليته وكذلك حق غريم العبد لان اقراره بعد اقرار المولى كاقرار المولى وكذلك حق الذي أقر له المولى أخرا قد ثبت فيه لان الاقرارين جميعا من المولى جميعهما حالة واحدة فيتخاصون في ثمنه ولو بدأ العبد فأقر بدين ألف درهم ثم أقر المولى بدين ألف ثم بالف اقرارا متصلا أو منقطعا ثم أقر العبد بدين ألف ثم مات المولى فبيع بالفى درهم ضرب فيه غرماء العبد كل واحد منهما بجميع دينه وضرب فيه غرماء المولى كلهم بالف فقط لان مقدار الالف من ماليته قد اشتغل بدين الذي أقر له العبد أولا ثم الاقراران من المولى جمعها حالة واحدة فكأنهما وجدا معا والفاضل من المالية عند اقرار المولى مقدار ألف فيثبت حق غرماء المولى في ذلك المقدار خاصة فلماذا ضرب غرماء المولى بالف درهم وكل واحد من غريمي العبد بجميع دينه ولو بيع بالف وخمسمائة ضرب فيه غرماء العبد بجميع دينهم وغرماء المولى كلهم بخمسمائة لان الفاضل عن اقرار المولى بقدر خمسمائة فيكون

الثلث مقسوما بينهم اخماسا لكل واحد من غريمي العبد خمسا ستمائة ولغريم المولى خمسة ثلثمائة فان اقتسموه على ذلك ثم خرج بعد ذلك دين كان للسيد على الناس فخرج منه ألف أو ألفان وخمسمائة فغرماء المولى أحق بذلك لانه قد بقي من دينهم ذلك القدر وزيادة ولا حق لغرماء العبد في تركة المولى وهم ما ضربوا مع غرماء العبد في ثمنه بقدر ألفين وخمسمائة فلهذا كانوا أحق بجميع ما خرج منه فان خرج منه ثلاثة آلاف أخذ غرماء المولى من ذلك ألفين وسبعمائة وأخذ غرماء العبد من ذلك ثلثمائة لانه بقي من حق غرماء المولى ألفان وسبعمائة فيأخذون ذلك وقد كان يقضى بقدر ثلثمائة من ثمن العبد دين المولى فيكون ذلك دينا لغرماء العبد في تركة المولى فيأخذون هذه الثلثمائة بحساب ذلك فان كان الذي خرج من ذلك ألفان وستمائة يأخذ غرماء المولى من ذلك ألفين وخمسمائة وخمسين وأخذ غرماء العبد من ذلك خمسين لان ما تأخر خروجه من دين المولى معتبر بما لو تقدم خروجه على قسمة ثمن العبد ولو تقدم خروج هذا المقدار كان كله لغرماء السيد ثم بقي من دينهم أربعمائة ودين غريمي العبد ألفي درهم فيضرب كل واحد منهم في ثمن العبد وهو ألف وخمسمائة بمقدار دينه وإذا ضرب غرماء العبد بألفين وغرماء المولى بما بقي من دينهم وهو أربعمائة كان السبيل أن يجعل كل أربعمائة سهما فيصير حق غريمي العبد خمسة وحق غرماء المولى سهما فتبين أن الذي سلم لهم سدين ثمن العبد وذلك مائتان وخمسون وقد استوفوا ثلثمائة فعليهم رد ما أخذوه زيادة على حقهم وذلك خمسون درهما ولو كان العبد لم يقر بالدين الاول والمسألة بحالها أخذ غرماء السيد ما خرج من دين السيد وهو ألفان وستمائة ثم يباع العبد فان بيع بألف ضرب فيه غرماء المولى بما بقي لهم وغريم العبد بجميع دينه وهو ألف فكان الثمن بينهم اسبعا خمسة اسبعا لغريم العبد وسبعاه لغرماء المولى ولو كانت قيمة العبد ألفي درهم فأقر العبد في مرض المولى بدين ألف درهم ثم أقر المولى بدين ألف ثم اشترى العبد عبدا يساوي ألفا بالف وقبضه بمعينة الشهود فمات في يديه ثم مات السيد ولا مال له غير العبد فبيع بالفى درهم اقتسمه غرماء العبد بينهم ولا شئ فيه لغريم المولى لان الذي وجب على العبد بمعينة الشهود بمنزلة دين الصحة وصاحبه أحق بمالية العبد ممن أقر له المولى في مرضه وقد أقر له العبد أولا بدين ألف فظهر انه لا فضل في ثمنه على دين المعينة وعلى الذي أقر به العبد أولا وصحة اقرار المولى باعتبار الفضل فإذا لم يظهر بطل دين المولى فصار كالمعدوم

وكان ثمن العبد بين غرمائه ولو لم يشتر العبد المأذون ولكن المولى هو الذي اشترى عبدا يساوي ألفا وقبضه بمعينة الشهود فمات في يده ثم مات المولى من مرضه والمسألة بحالها وبيع العبد بالف فانه يبدأ بدين البائع لان ما وجب على المولى بمعينة الشهود في مرضه بمنزلة دين الصحة وقد بينا ان دين الصحة على المولى مقدم على ما أقر به العبد في مرض مولاه لان صحة اقرار العبد باستخدام المولى الاذن له فلهذا بدئ بدين البائع وما بقي بعد ذلك فهو بين غرماء العبد ويستوى ان كان الاذن

في صحة المولى أو في مرضه لان استدامة الاذن بعد المرض كاكْتسابه (ألا ترى) انه لو أذن له في التجارة في صحته ثم مرض فأقر العبد لبعض ورثة المولى بدين ثم مات المولى أن اقراره باطل سواء كان على المولى دين محيط أولم يكن لاقرار العبد بقدر ما أذن له في مرضه واستدامة اذنه في مرضه بمنزلة اقرار المولى به ثم اقرار المريض لو ارثه باطل ولو مات المولى فصار العبد المأذون محجورا عليه بموته ثم أقر بدين لم يجر اقراره لان الملك فيه انتقل إلى الوارث فهو بمنزلة مالو انتقل الملك فيه الي غيره في حياته ببيع أو هبة فان أذن له الوارث في التجارة جاز اذنه لانه علي ملكه فان أقر العبد بعد اذنه بدين جاز اقراره وشارك المقر له أصحاب الدين الاولين لان ملك الوارث خلف عن ملك المورث فيجعل بمنزلة ملك المورث في حياته ولو حجر عليه بعد ما لحقه ديون ثم أذن له فأقر بدين آخر شارك المقر له أصحاب الدين الاولين لان الاقرار له حصل في حال انفكاك الحجر عنه بخلاف من أقر له في حالة الحجر فهذا مثله ولو كان على المولى الميت دين لم يجر اذن الوارث له في التجارة ولا اقرار العبد بالدين لان دين المولى يمنع ملك الوارث وتصرفه * فان قيل في هذا الموضوع مالية العبد مستحقة لغرماء العبد ولا حق فيه لغرماء المولى فيجعل دين المولى كالمعدوم ودين العبد لا يمنع ملك الوارث فينبغي أن يصح اذنه في التجارة * قلنا دين المولى لا يظهر في مزاحمة غرماء العبد فأما في حق وارث المولى فهذا ظاهر (ألا ترى) انه لو سقط دين العبد كان مالية العبد لغرماء المولى دون ورثته فلماذا لا يصح تصرف الوارث بالاذن في التجارة في هذه الحالة والله أعلم (باب بيع المأذون وشرائه واققراره في مرض المولى) (قال رحمه الله) وإذا أذن المولى لعبد في التجارة ثم مرض المولى فباع العبد بعض

[54]

ما كان في يده من تجارته واشترى شيئاً فحابه في ذلك ثم مات المولى ولا مال له غير العبد وما في يده فجميع ما فعل من ذلك مما يتغابن الناس فيه أو ما لا يتغابن الناس فيه فهو جائز في قول أبي حنيفة من ثلث مال المولى لان العبد بانفكاك الحجر عنه بالاذن صار مالكا للمحابة مطلقا في قول أبي حنيفة حتى لو باشره في صحة المولى كان ذلك صحيحا منه والمولى حين استدام الاذن بعد مرضه جعل تصرف العبد باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وحابه يعتبر من ثلث ماله المحابة اليسيرة والفاحشة في ذلك سواء فكذلك إذا باشره العبد وفي قول أبي يوسف ومحمد محاباته بما يتغابن الناس فيه كذلك فأما محاباته بما لا يتغابن الناس فيه فباطلة وان كان يخرج من ثلث المولى لان العبد عندهما لا يملك هذه المحابة في الاذن في التجارة حتى لو باشره في صحة المولى كان باطلا وكذلك ان كان على العبد دين لا يحيط برقبته وجميع ما في يده كان قولهم في امضاء محابة العبد بعد الدين من ثلث مال المولى على ما بينا لان قيام الدين على العبد لا يغير حكم انفكاك الحجر عنه بالاذن وان كان على المولى دين محيط برقبة العبد وبما في يده ولا مال له غيره لم يجر محابة العبد بشئ لان مباشرته كمباشرة المولى وقيل للمشتري ان شئت فانقص البيع وان شئت فأد المحابة كلها لانه لزمه زيادة في الثمن لم يرض هو بالتزامها فيتخير لذلك وان لم يكن على المولى دين وكان على العبد دين يحيط برقبته وجميع ما في يده فمحابة العبد جائزة على غرمائه من ثلث مال المولى لان حكم الاذن لم يتغير بلحوق الدين اياه والمحابة وان جازت على الغرماء فانما هي من مال المولى ولو كان الذي حابه العبد

بعض ورثة المولى كانت المحاباة باطلة في جميع هذه الوجوه لان مباشرة العبد كمباشرة المولى والمريض لا يملك المحاباة في شئ مع وارثه ولو أن رجلا دفع إلى هذا العبد جارية يبيعها له في مرض المولى فباعها من وارث المولى وحاباه فيها جاز ذلك لان هذه المحاباة ليست من مال المولى ولا شئ على ورثة المولى وهذا التصرف من العبد لم يكن نفوذه باذن المولى بل هو ثابت عن الموكل وانما ينفذ بوكالته وكأنه باشره بنفسه ولو باع العبد في مرض مولاه شياً ولم يحاب فيه ولا دين على واحد منهما أو اشترى ولم يحاب فيه ثم أقر بقبض ما اشترى أو بقبض ثمن ما باع ثم مات المولى فإقراره جائز بمنزلة مالو كان المولى هو الذي باشر هذا التصرف وأقر بقبض الثمن وكذلك ان كان على العبد دين كبير ولو كان على المولى دين كثير يحيط برقبته وما في يده لم يصدق على القبض الا بالبينة لان إقراره بالقبض في المعنى إقرار

[55]

بالدين فانه يقول وجوبه على بالقبض مثل ما كان لى عليه ثم صار قصاصا ودين العبد يمنع صحة إقراره على نفسه بالدين في مرضه فكذلك يمنع صحة إقراره بالقبض وأما دين المولى في صحته فيمنع إقرار العبد على نفسه بالدين في مرضه فكذلك يمنع صحة إقراره بالقبض ويقال للمشتري ان شئت فأد الثمن مرة أخرى وان شئت فانقض البيع لانه لزمه زيادة في الثمن لم يرض بالتزامها وإقرار العبد في اثبات الخيار للمشتري زيادة في الثمن صحيح وان لم يكن صحيحا في وصول الثمن إليه لتمكنه من اقالة العقد معه ولو كان الذي بايعه بعض ورثة المولى لم يجز إقرار العبد بالقبض منه كان عليه أو على المولى دين أو لم يكن كما لا يجوز إقراره له بالدين وكما لا يجوز إقرار المولى بالقبض منه في مرضه لو كان هو الذي عامله والله أعلم (باب إقرار العبد في مرضه) (قال رحمه الله) وإذا مرض العبد فأقر بوديعة أو بدين أو بشراء شئ أو غيره من وجوه التجارات ثم مات من مرضه ولادين عليه في الصحة فأقراره جائز وهو بمنزلة الحر في ذلك لان انفكاك الحجر عنه بالاذن كأنفكاك الحجر عنه بالعتق والمرض لا ينافيه وان كان عليه دين الصحة بدئ بدين الصحة لانه لا يكون انفكاك الحجر عنه بالاذن فوق انفكاك الحجر عنه بالعتق وفي حق الحر دين الصحة مقدم على ما أقر به في مرضه من دين أو عين فكذلك في حق العبد * فان قيل في حق الحر الحكم يتغير بمرضه من حيث تعلق حق الغرماء والورثة بماله وذلك لا يوجد في حق العبد فان الدين الذي في صحته كان متعلقا بكسبه ومالية رقبته قبل مرضه والحق في كسبه ومالية رقبته بعد الدين لمولاه وهو المسلط له على الإقرار فينبغي أن يسوى بين ما أقر به في الصحة وبين ما أقر به في المرض قلنا نعم ولكن انفكاك الحجر بالاذن فرع انفكاك الحجر عنه بالعتق والفرع يلتحق بالأصل في حكمه وان لم توجد فيه علته ولانه منع ثبوت الحكم في البيع بثبوتها في الأصل ثم لو أعتقه المولى بعد ما مرض ثم أقر بدين كان حق غرماء الصحة مقدما في ماله على ما أقر به في مرضه بعد العتق فلا يكون مقدما على ما أقر به في مرضه قبل العتق كان أولى ولو كان الذي لحقه من الدين ببينة شاركوا أصحاب دين الصحة لانتفاء التهمة فيما ثبت عليه بالبينة وهو في ذلك بمنزلة الحر في العين والدين جميعا وكذلك في الإقرار بالدين والوديعة في تقديم أحدهما على الآخر

وفيما يلحقه من ذلك بينة وعليه دين الصحة هو كالحرق وقد بينا هذه الفصول في الحرق في كتاب الاقرار فكذلك في العبد وإذا لم يكن عليه دين في الصحة فاقرب في مرضه على نفسه بدين ألف درهم وأقر باستيفاء ألف درهم ثمن مبيع وجب له في مرضه على رجل لم يصدق على قبضه ولكن يقسم ما كان عليه بينه وبين الغريم الآخر نصفين لان اقراره بالقبض بمنزلة اقراره له بالدين وذلك صحيح منه الا انه قضاه ذلك الدين بماله في ذمته فكأنه قضاه ذلك بعين في يده والمريض المأذون لا يملك تخصيص أحد الغريمين بقضاء الدين وهو في ذلك بمنزلة الحر فلهذا كان ما على الغريم بينه وبين الآخر نصفين وادا مرض المأذون وعليه دين الصحة فقضى بعض غرمائه دون بعض لم يجز لانه لو قضى بعضهم في صحته لم يجز وكان للآخرين حق المشاركة معه لتعلق حق الكل بكسبه فإذا قضاه في مرضه أولى وهذا لان في ايثاره بعض الغرماء بقضاء الدين اسقاط حق الباقيين عن ذلك المال وهو لا يملك اسقاط حق الغرماء عن شئ من كسبه ولو اشترى في مرضه شياً بمعينة الشهود وقبضه ثم نقد ثمنه وهلك الشئ في يده ثم مات العبد لم يكن لغرمائه على البائع سبيل فيما قبض من الثمن لانه في ذلك بمنزلة المولى وهذا التصرف من الحر صحيح مطلقاً فمن العبد كذلك (أرأيت) لو استقرض منه ألف درهم ثم ردها عليه بعينها أكان للغرماء على ذلك سبيل فكذلك اذا رد مثلها وإذا ثبت هذا فيما إذا فعله العبد في مرضه فهو أولى فيما إذا فعله في صحته ولو كان هذا أجزأ أو مهر امرأة في صحة أو مرض كان للغرماء أن يشاركوا المرأة والاجر فيما قبض وهذا فرق قد بيناه في الحر انه إذا لم يدخل في ملك نفسه ظاهراً اما أن يكون مثلاً لمال أخرجه من ملكه في حق الغرماء فلا يسلم للقابض ما قبض لتحقق معنى ايثار بعض الغرماء فيه بخلاف ما إذا دخل في ملكه مثل ما أخرج من ملكه فيما قبض يتعلق به حق الغرماء قال وإذا حابى العبد في مرضه ولا دين عليه ثم مات فالمحابة جائزة لان كسبه لمولاه والمولى راض بتصرفه وهو الذي سلطه على هذه المحابة بخلاف الحرفان ماله لورثته بعد موته ولم يوجد منهم الرضا بمحاباته وكان معتبراً من ثلث ماله وكذلك ان كان عليه دين فوفى ماله في الدين ولم يف ماله بالدين لم تجز المحابة لان كسبه حق غرمائه ولم يوجد منهم الرضا بتصرفه ومحاباته فهو في حقهم بمنزلة الحر المرض وإذا مرض المأذون فوجب له على رجل ألف درهم من ثمن بيع أو غيره فاقرب باستيفائها له لزمته ولا دين على المأذون ولا مال له غير ذلك الدين ثم أقر بعد ذلك على نفسه بدين ألف ثم مات فاقراره بالاستيفاء جائز لانه حين أقر

بالاستيفاء لم يكن لاحد في تركته حق سوى مولاه والمولى هو المسلط له على هذا الاقرار فيصح اقراره في حقه وترك ذلك بمنزلة ماله أقر بدين ثم قضاه وذلك صحيح منه وان أقر بالدين بعد ذلك لان ما قضاه يخرج من أن يكون كسباً له ودينه انما يتعلق بكسبه ولو لم يقر بالدين ولكنه لحقه دين بمعينة الشهود بطل اقراره بالاستيفاء لان ما وجب عليه بالمعينة بمنزلة الدين الظاهر عليه حين أقر بالاستيفاء إذ لاثمة في شهادة الشهود فلهذا يبطل اقراره بالاستيفاء والله أعلم بالصواب (ومن كتاب المأذون الصغير) (قال رحمه الله) ولو أن عبيد تاجرين كل واحد منهما لرجل اشترى كل

واحد منهما صاحبه من مولاہ فان علم أيهما أول وليس عليه دين فشاء الأول لصاحبه جائز لان المولى مالك لبيعه ولو باعه من اجنبي جاز بيعه فكذلك إذا باعه من عبد مأذون لغيره ثم قد صار هذا المشتري ملكا لمولى المشتري وصار محجورا عليه فشاءه الثاني من مولاہ باطل لكونه محجورا عليه ولانه يشتري عبد مولاہ من مولاہ ولا دين عليه وهذا الشراء من المأذون لا يصح لكونه غير مفيد وان لم يعلم أي البيعين أول فالبيع مردود كله بمنزلة مالو حصلا معا ولان الصحيح أحدهما وهو مجهول والبيع في المجهول لا يصح أبدا وان كان علي واحد منهما دين لم يجز شراء الأول الا أن يجيز ذلك عرماؤه لان بيع مولاہ آياه من عبد مأذون كبيعه من حر وذلك لا يجوز بدون اجازة العرماة لان ماليته حقهم ولو اشترى المأذون أمة فوطئها فولدت له فادعى الولد وأنكر ذلك مولاہ صحت دعواه وثبت نسبه منه لان الدعوى تصرف منه وهو في التصرف في كسبه بمنزلة الحر وليس من شرط صحة الدعوى وثبوت النسب كون الامة حلالا له (ألا ترى) ان المكاتب لو ادعى نسب ولد جاريته ثبت النسب وكذلك الحر لو ادعى نسب ولد جاريته وهى ممن لا تحل له ثبت نسبه منه فكذلك العبد فان كانت جارية لمولاہ من غير تجارة العبد لم يثبت النسب منه بالدعوى لانه لاحق له في التصرف فيها ودعواه تصرف منه وهو في سائر أموال المولى كاجنبي آخر فلا تصح دعواه ما لم يصدق المولى فان أقر انه وطئها ولم تلد ثم استحقها رجل فلا مهر له علي العبد حتى يعتق أما في جارية المولى فلانه لم يآذن له في جماعها ففعله بها يكون زنا والزنا لا يوجب المهر

[58]

وبالاستحقاق يتقرر معنى الزنا وأما في الجارية التى هي من كسبه فأقراره بوطئها صحيح وذلك ليس بزنا يوجب الحد حتى يتعلق به ثبوت النسب إذا ادعاه فإذا استحققت أخذه بالعقر في الحال بمنزلة مالو باشر وطأها بمعابنة الشهود ولان وجوب المهر هاهنا باعتبار سبب هو تجارة فيؤاخذ به في الحال وقد بينا الفرق بينه وبين النكاح وإذا آذن الراهن للعبد المرهون في التجارة فتصرف ولحقه دين فهو مرهون علي حاله لان قيام حق المرتهن يمنع المولى من اكتساب سبب يثبت الدين به عليه في مزاحمة المرتهن فكذلك إذا آذن له في التصرف فلحقه دين فإذا استوفى المرتهن ماله بيع في الدين لان المانع حق المرتهن وقد سقط فان فضل من دينه شئ فلا سبيل للعرماة حتى يعتق كما لو لم يكن العبد مرهونا وان كان العبد تاجرا وله علي رجل ألف درهم ثم ان مولى العبد وهب العبد للغريم وقبضه جازت الهبة والدين لازم عليه لمولى العبد علي حاله لانه وهب العبد دون المال والمال كسب العبد في ذمة المديون فهو نظير مال هو عين في يده فلا تتناوله الهبة ولكنه سالم لمولاہ بعد اخراجه العبد من ملكه بالهبة ولو كان على العبد المأذون دين خمسمائة وقيمته ألف فكفل لرجل عن رجل بالف درهم باذن مولاہ ثم استدان ألفا أخرى ثم كفل بالف أخرى ثم بيع العبد بالف فيقول أما الكفالة الأولى فيبطل نصفها ويضرب صاحبها بنصفها في ذمته لان الفارغ عن ماليته عند الكفالة الأولى كان بقدر خمسمائة وكفالاته باذن المولى انما تصح فيما هو فارغ عن ماليته عن حق غريمه وقت الكفالة فيثبت من دين المكفول له الأول مقدار خمسمائة درهم والكفالة الثانية باطلة لانه حين كفل بها لم يكن شئ من ماليته فارغا فيضرب صاحب الدين الأول بخمسمائة وصاحب الدين الثاني بجميع دينه وهو ألف وصاحب الكفالة الأولى بخمسمائة فيصير ثمن العبد وهو ألف درهم بينهم ارباعا غير انك تجعل كل خمسمائة سهما بقدر مائتين

وخمسين يسلم لصاحب الدين الاول ومثله لصاحب الكفالة الاولى ومقدار
خمسمائة لغريم العبد الآخر وعلى هذا جميع الواجه وقياسه والله أعلم
(كتاب الديات) (قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد
بن أبي سهل السرخسي رحمه الله) اعلم بان القتل بغير حق من أعظم
الجنايات بعد الاشرار بالله تعالى قال الله تعالى

[59]

من أجل ذلك كتبنا على بني اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد
في الارض فكانما قتل الناس جميعا وقال النبي عليه السلام الا أن اعباء
الناس ثلاثة رجل قتل غير قاتل أبيه ورجل قتل قبل أن يدخل الجاهلية
ورجل قتل في الحرم وقال في خطبته بعرفات ألا ان دماءكم ونفوسكم
محرمة عليكم كحرمة يومى هذا في شهري هذا في مقامي هذا ولما قتل
محلّم بن جنامة رجلا من أهل الجاهلية قال النبي عليه السلام لا يرحم
فدفن بعد موته فلفظته الارض ثم دفن فلفظته الارض فقال أما انها تقبل
من هو أعظم جرما منه ولكن الله أراكم حرمة القتل وفي قتل النفس
افساد العالم ونقض البنية ومثل هذا الفساد من أعظم الجنايات ومعلوم
ان الجاني مأخوذ عن الجناية الا انه لو وقع الاقتصار على الزجر بالوعيد
في الآخرة ما انزجر الاقل القليل فان أكثر الناس انما ينزجرون مخافة
العاجلة بالعقوبة وذلك بما يكون متلفا للجاني أو مجحفاه فشرع الله
القصاص والدية لتحقق معنى الزجر وهذا الكتاب لبيان ذلك وقد سماه
محمد رحمه الله كتاب الديات لان وجوب الدية بالقتل أعم من وجوب
القصاص فان الدية تجب في الخطأ وفي شبه العمد وفي العمد عند تمكن
الشبهة وكذلك الدية تتنوع أنواعا والقصاص لا يتنوع فلهذا رجع جانب الدية
في نسبة الكتاب إليها واشتقاق الدية من الاداء لانها مال مؤدى في مقابلة
متلف ليس بمال وهو النفس والارث الواجب في الجناية على ما دون
النفس مؤدى أيضا وكذلك القيمة الواجبة في سائر المتلفات الا أن الدية
اسم خاص في بدل النفس لان أهل اللغة لا يطردون الاشتقاق في جميع
مواضعه لقصد التخصيص بالتعريف وسمى بدل النفس عقلا أيضا لانهم
كانوا اعتادوا ذلك من الابل فكانوا يأتون بالابل ليلا إلى فناء أولياء المقتول
فيعقلونها فتصبح أولياء القليل والابل معقولة بفنائهم فلهذا سموه عقلا
* ثم بدأ الكتاب فقال قال أبو حنيفة رحمه الله القتل على ثلاثة أوجه عمد
وخطأ وشبه العمد والمراد به بيان أنواع القتل بغير حق فيما يتعلق به من
الاحكام كان أبو بكر الرازي يقول القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد
وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ وما ليس بعمد ولا خطأ ولا أجرى مجرى
الخطأ أما العمد فهو ما تعمدت ضربه بسلاح لان العمد هو القتل وقصد
ازهاق الحياة وهى غير محسوسة لقصد أخذها فيكون القصد إلى ازهاق
الحياة بالضرب بالسلاح الذى هو جارح عامل في الظاهر والباطن جميعا ثم
المتعلق بهذا الفعل أحكام منها المأثم وذلك منصوص عليه في قوله ومن
يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا

[60]

فيها الآية ومنها القصاص وهو ثابت في قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وما أخبر الله تعالى أنه كتبه على من قبلنا فهو مكتوب علينا ما لم يقدّم دليل النسخ فيه وقد نص على أنه مكتوب علينا فقال كتب عليكم القصاص في القتلى ثم بين وجه الحكمة فيه بقوله ولكم في القصاص حياة وفيه معنيان أحدهما أنه حياة بطريق الزجر لأن من قصد قتل عدوه فإذا تفكر في عاقبة أمره أنه إذا قتله قتل به انزجر عن قتله فكان حياة لهما والثاني أنه حياة بطريق دفع سبب الهلاك فإن القاتل بغير حق يصير حرباً على أولياء القتيل خوفاً على نفسه منهم فهو يقصد إفناءهم لإزالة الخوف عن نفسه والشرع مكنهم من قتله قصاصاً لدفع شره عن أنفسهم وأحياء الحي في دفع سبب الهلاك عنه وقال عليه الصلاة والسلام العمد قود أي موجه القود فإن نفس العمد لا يكون قوداً وقال صلوات الله عليه وسلامه كتاب الله القصاص أي حكم الله والقصاص عبارة عن المساواة وفي حقيقة اللغة وهو اتباع الأثر قال الله تعالى وقالت لاخته قصيه واتباع أثر الشيء في الاتيان بمثله فجعل عبارة عن المساواة لذلك ومن حكمه حرمة الميراث ثبت ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل عبد صاحب البقرة وفي رواية لا شيء للقتل أي من الميراث ومن حكمه وجوب المال به عند التراضي أو عند تعذر إيجاب القصاص للشبهة ثبت ذلك بقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شيئاً فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان أي فمن أعطى له من دم أخيه شيئاً لأن العفو بمعنى الفضل قال الله تعالى يسئلونك ماذا ينفقون قل العفو والمراد به إذا رغب القاتل في أداء الدية فالمولى مندوب إلى مساعدته على ذلك وعلى القاتل أداءه إليه بإحسان إذا ساعده الولي وهذه الدية تجب في مال القاتل إذا كان بطريق الصلح والتراضي فكأنه هو الذي التزمه بالعقد وأما إذا كان عند تعذر استيفاء القصاص فلان في الدية الواجبة عليه معنى الزجر ومعنى الزجر إنما يتحقق فيما يكون أداءه محققاً به وهو الكثير من ماله ويختلفون في وجوب الدية بهذا لافضل عند وجوب القصاص به فالمذهب عندنا أنه لم تجب الدية بالعمد الموجب للقصاص إلا أن يصالح الولي القاتل على الدية وللشافعي رضى الله عنه فيه قولان في أحد القولين موجب العمد أحد شينين القصاص أو الدية يتعين ذلك باختيار المولى وفي القول الآخر موجه القصاص إلا أن للولي أن يختار أخذ الدية من غير رضا القاتل واحتج في ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية فهذا تنصيص

[61]

علي إن كل واحد منهما موجب القتل وإن الولي مخير بينهما ولما أتى بالقاتل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه السلام للولي أتعفو فقال لا فقال أتأخذ الدية فقال لا فقال القتل فقال نعم ففي هذا بيان أن الولي يستبد بأخذ الدية كما يستبد بالعفو والقتل والمعنى فيه إن هذا اتلاف حيوان متقوم فيكون موجبا ضمان القيمة كاتلاف سائر الحيوانات وقيمة النفس الدية وهذا لأن الحيوان ليس من ذوات الأمثال واتلاف المقوم مما لا مثل له يوجب القيمة وقيمة النفس الدية بدليل حالة الخطأ فإن الدية إنما تجب بالاتلاف لا بصفة الخطأ لأنه عذر مسقط والمتلف في حالة العمد ما هو المتلف في حالة الخطأ إلا أن الشرع أوجب القصاص بمعنى الانتقام وشفاء الصدر للولي ودفع الغيظ عنه فكان ذلك بخلاف القياس لأنه اتلاف والاتلاف لا يكون واجبا بمقابلة الاتلاف وهو ليس بمثل (ألا ترى) إن الجماعة يقتلون بالواحد ولا مماثلة بين العشرة والواحد

فعرفنا أنه ممنوع بمعنى زيادة النظر للولى وذلك في أن لا يسقط حقه في الواجب الاصلى بل يكون متمكنا فيه كما لو قطع يد انسان وبد القاطع شلاء أو ناقصة باصبع فان القصاص واجب ولصاحب الحق أن يأخذ الارش بغير رضا الجاني لهذا المعنى ولان النفس محترمة بحرمتين وفى اتلافها هنك الحرمتين جميعا حرمة حق الله تعالى وحرمة حق صاحب النفس وجزاء حرمة الله تعالى العقوبة زجرا وجزاء هنك حرمة العبد الغرامة جبرا ولكن تعذر الجمع بينهما هاهنا لان كل واحد منهما يوجب حقا للعبد حتى يعمل فيه اسقاطه ويورث عنه ويسقط باذنه ولا يجوز الجمع بين الحقين لمستحق واحد بمقابلة محل واحد فانبتنا الجميع بينهما على سبيل التخيير وقلنا ان شاء مال إلى جانب هنك حرمة حق الله تعالى واستوفى العقوبة وان شاء مال إلى جهة حرمة حق العباد فاستوفى الدية ولا خلاف ان أحد الشريكين في الدم إذا عفا ان للاخران يستوفى المال ولو لم يكن المال واجبا له بنفس القتل لما وجب بالعفو لان العفو مسقط ولو وجب بالعفو لوجب على العافى وان كان محسنا كضمان الاعتاق يجب على المعتق إذا كان موسرا ولما وجب المال للآخر على القاتل عرفنا انه كان واجبا بنفس القتل ولما ظهر ذلك عند العفو في حق من لم يعف فكذلك يظهر في حق العافى إذا عفا عن القصاص فقلنا يتمكن من أخذ المال ولان القاتل في الامتناع من أداء الدية بعد ما استحققت نفسه قصاصا ملق نفسه في التهلكة فيكون ممنوعا شرعا كالمضطر إذا وجد طعاما يشتره ومعه ثمنه يفترض عليه شراؤه شرعا لهذا المعنى

[62]

فكذا هاهنا * وحثنا في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود فقد أدخل الالف واللام في العمد وذلك للمعهود فان لم يكن فللجنس وليس هاهنا معهود فكان للجنس وفيه تنصيص على ان جنس العمد موجب للقود فمن جعل المال واجبا بالعمد مع القود فقد زاد على النص وإلى هذا أشار ابن عباس رضى الله عنه في قوله العمد قود ولا مال له فيه وعن على وابن مسعود رضى الله عنهما قالا في دم عمد بين شريكين عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا فتخصيصهما غير العافى بوجوب المال له دليل على أن العافى لا شئ له فأما ماروى من قوله فأهله بين خيرتين فقد اختلفت الرواية فيه فان في بعض الروايات ان أحبوا قتلوا وان أحبوا فادوا والمفاداة على ميزان المفاعلة يقتضى وجود القتل بين اثنين بالتراضى وذلك أخذ الدية بطريق الصلح وتأويل الرواية التى قال وان أحبوا أخذوا الدية من جهتين احدهما انه انما لم يذكر رضا القاتل لان ذلك معلوم ببديهة العقل فان من أشرف على الهلاك إذا تمكن من دفع الهلاك عن نفسه باداء المال لا يمتنع من ذلك الا من سفهت نفسه لان امتناعه لا بقاء منفعة المال سفه ولا يتصور ذلك بعد ما تلغت نفسه وهو نظير قوله عليه الصلاة والسلام خذ سلمك أو رأس مالك وهو في أخذ رأس المال يحتاج الي رضا المسلم إليه ولم يذكره لا لانه غير محتاج إليه بل لانه معلوم بطريق الظاهر والثانى ان المراد ان لا يجبر الولى على أخذ الدية شاء أو أبى لان له أن يجبر غيره على أداء الدية بدليل قصة الحديث فانه روى ان رجلا من خزاعة قتل رجلا من هذيل يوم فتح مكة بعد ما أمر رسول الله صلى اله عليه وسلم بالكف عن القتل فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أما أنتم يا معاشر خزاعة فقد قتلتم هذا القليل من هذيل وأنا والله عاقلته فوداه بمائة من الابل من الابل من عند نفسه ثم قال فمن قتل له بعد اليوم قتل فأهله بين خيرتين فقد أجبر الولى على أخذ الدية ثم تبين بهذا اللفظ

ان الحكم قد انتسخ وان الولي لا يجبر على أخذ الدية بعده وفي الحديث الآخر عرض الدية على الولي وهذا لا ينفي كون رضا القاتل مشروطا فيه ولكنه اما أن يكون قصد التبرع باداء الدية من عنده ولم يعتبر رضا القاتل في هذه الحالة أو أراد أن يعلم رغبة المولى في أخذ الدية ثم يشتغل باسترضاء القاتل كمن سعى بالصلح بين اثنين يسترضى أحدهما فإذا تم له ذلك حينئذ استرضى الآخر والمعنى في المسألة انه أئلف شيأ مضمونا فيتقدر ضمانه بالمثل ما أمكن كاتلاف المال وتفويت حقوق الله تعالى من الصوم والصلاة والزكاة يكون الواجب فيها

[63]

المثل إذا أمكن وهذا لان ضمان المتلفات مقدر بالمثل بالنص قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان الزيادة على المثل ظلم على المتعدى وفي النقصان يحسن بالمتعدى عليه والشرع انما يأمر بالعدل وذلك بالمثل إذا ثبت هذا فنقول الدية ليست بمال للمتلف والقصاص مثل أما بيان أن الدية ليست بمثل فلان المماثلة بين الشيتين تعرف صورة أو معنى ولا مماثلة بين المال والأدمى صورة ولا معنى والنفس مخلوقة لامانة الله تعالى والاشتغال بطاعته ليكون خليفة في الارض والمال مخلوق لاقامة مصالح الأدمى به ليكون مبتدلا في حوائجه فاما القصاص من حيث الصورة فلانه قتل بازاء قتل وازهاق احياء بازهاق حياة ومن حيث المعنى فالمقصود بالقتل ليس الا الانتقام والثاني في معنى الانتقام كالاول وبهذا سمي قصاصا ثم المثل واجب بطريق الجبر ولا يجعل جبران الحياة بالمال وانما جبران الحياة بحياة مثلها وذلك في القصاص فان الله تعالى نص على أن في القصاص حياة فعلينا أن نعتقد هذا المعنى في القصاص عقلائه أو لم نعقله ثم هو معقول من الوجه الذي ذكرنا انه حياة بطريق دفع سبب الهلاك ولكن للولى الذي هو قائم مقام المقتول كما ان المال في الموضوع الذي يجب انما ينتفع به الذي هو قائم مقام المقتول ولا حاجة بنا الي اثبات المماثلة في القصاص لان ذلك واجب بالقصاص وهو محض حق العبد ولا حق للعبد الا في المثل فاما أجزية الافعال المحرمة فتجب حقا لله تعالى وانما حاجتنا الي أن يثبت ان المال ليس بمثل للنفس وقد أثبتنا ذلك فقلنا لا يجب بمقابلة النفس المتلفة قتلا الا في الموضوع الذي يجب بتعذر ايجاب المثل فحينئذ يجب المال بالنص بخلاف القياس وهو في حالة الخطأ لان المثل نهاية في العقوبات المعجلة في الدنيا والخاطئ معذور فتعذر ايجاب المثل عليه ونفس المقتول محرمة لا يسقط جزء منها بعذر الخاطئ فوجب صيانتها عن الهدر فأوجب الشرع المال في حالة الخطأ لصيانة النفس المحرمة عن الاهدار لا بطريق انه مثل كما أوجب القدية علي الشيخ الفاني عند وقوع اليأس به عن الصوم وذلك لا يدل على أن الاطعام مثل الصوم وإذا ثبت أن وجوب المال بهذا الطريق ففي الموضوع الذي يتمكن فيه من استيفاء مثل حقه لا معنى لايجاب المال وكما ثبت هذا المعنى في الخطأ قلنا في كل موضع من مواضع العمد بتحقق هذا المعنى نوجب هذا المال أيضا لان المخصوص من القياس بالنص يلحق به ما يكون في معناه من كل وجه فالاب إذا قتل ابنه عمدا يجب المال لتعذر ايجاب القصاص لحرمة الابوة وإذا

عفى أحد الشريكين يجب للآخر المال لانه تعذر عليه استيفاء القصاص لمعنى في القاتل وهو انه حتى يقص نفسه بعفو الشريك فكان ذلك في معنى الخطأ فوجب المال للاخر ولا يجب للعافي لانه انما تعذر استيفاء القصاص على العافي باسقاطه من جهته لا بمعنى في القاتل ثم اقدام العافي على العفو يكون تعيينا منه لحقه في القصاص لان العفو يعترف فيه بالاسقاط وذلك لا يكون الا بعد تعيين حقه فيه ومع تعيين حقه في القصاص لا يجب له المال وإذا مات من عليه القصاص انما لا نوجب المال لان هذا ليس في معنى الخاطئ من كل وجه فان تعذر ايجاب استيفاء القصاص بعد موته كان لغوات المحل فلو ألحقنا هذا بالخاطئ لمعنى التعذر كان قياسا والمخصوص من القياس لا يقاس عليه غيره وإذا كانت يد القاطع שלא فالمجني عليه هاهنا عاجز عن استيفاء مثل حقه بصفته لا لغوات المحل بل لمعنى في الجاني فان شاء تجوز بدون حقه وان شاء مال إلى استيفاء الارش بمنزلة من أتلف على آخر كر حنطة ولم يجد عنده الا كرا رديئا فانه يتخير بين أن يتجاوز بدون حقه وبين أن يطالب بالقيمة لتعذر استيفاء المثل بصفته بخلاف ما إذا قطعت يد القاطع ظلما لان تعذر الاستيفاء هاهنا لغوات المحل فلم يكن في المعنى الاول وهو بخلاف ما إذا قطعت يده في سرقة أو قصاص فانه يجب الارش لان المحل هناك في معنى القائم حكما حين قضي به حقا مستحقا عليه فيكون كالسالم له حكما فمن هذا الوجه هو في معنى الخطأ وما قال ان في النفس حرمتين فنقول في نفس القاتل حرمتان كما في نفس المقتول فإذا أو جينا القصاص بحصل به مراعاة الحرمتين جميعا ثم القصاص لا يجب الا باعتبار الحرمتين جميعا وإذا اعتبرناهما لايجاب القصاص لا يبقى حرمة أخرى تعتبر لايجاب المال ولو كان المعنى الذي قاله صحيحا لوجب ان يجمع بينهما استيفاء كمن قتل صيدا مملوكا في الحرم يجمع بين وجوب الكفالة لحرمة حق الله تعالى ووجوب الضمان لحق المالك وفيما قررنا جواب عما قال ان القصاص واجب بخلاف القياس فانه لما كان المثل صورة ومعنى هو القصاص علم أنه هو الموجب الاصلي والذي قال انه بالامتناع من اداء الدية يسلم نفسه في التهلكة ضعيف فان القاء النفس في التهلكة انما كان بالقبيل السابق فأما بالامتناع من اداء الدية يسلم نفسه لا يفاء حق مستحق عليه ويمتنع من اداء ما ليس عليه فلا يكون به ملقيا نفسه في التهلكة وأما شبه العمد فهو ما تعمدت ضربه بالعصاء أو السوط أو الحجر أو اليد فان في هذا الفعل معينين العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب ومعنى الخطأ باعتبار

انعدام القصد منه إلى القتل لان الآلة التي استعملها آلة الضرب للتأديب دون القتل والعافل انما يقصد كل فعل بالته فاستعماله آلة التأديب دليل على انه غير قاصد إلى القتل فكان في ذلك خطأ لشبه العمد صورة من حيث انه كان قاصدا إلى الضرب وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه وكان مالك رحمه الله يقول لا أدري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ وهذا فاسد فان شبه العمد ورد الشرع به على ما رواه النعمان بن بشير رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها خلقة في بطونها أولادها

والصحابه اتفقوا علي شبه العمد حيث أوجبوا الدية فيه مغلطة مع اختلافهم في صفة التغليظ على ما نبينه وقال على رضي الله عنه شبه العمد الضربة بالعصا والعزقة بالحجر العظيم فاما بيان أحكام شبه العمد فنقول انه لا قصاص فيه لتمكن الشبهة والخطأ من حيث انعدام القصد إلى القتل والقصاص عقوبة تدرئ بالشبهات وهي تعمد المساواة ولا مساواة بين قتل مقصود وقتل غير مقصود ثم هذا القتل لما اجتمع فيه معنيان أحدهما يوجب القصاص والآخر يمنع ترجح المانع على الموجب لان السعي في ابقاء النفس واجب ما أمكن فان الابقاء حياة حقيقة وفي القصاص حياة حكما فلهذا لا يوجب القود في شبه العمد وإذا تعذر ايجاب القود وجبت الدية وهي مغلطة كما أشار إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله أربعون خلفه في بطونها أولادها وهو مروى عن ابن عمر وابن مسعود وأبي موسى الأشعري والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم أنهم أوجبوا الدية مغلطة في شبه العمد وهذا التغليظ انما يظهر في أسنان الابل إذا وجبت الدية منها لا في شئ آخر وهذه الدية على عاقلة القاتل بمنزلة الدية في الخطأ وهو قول عامة العلماء وكان أبو بكر الاصم يقول لا تجب الدية على العاقلة بحال لظاهر قوله ولا تزر وازرة وزر أخرى ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لابي رمثة حين دخل عليه مع ابنه أما انه لا يحنى عليك ولا تحنى عليه أي لا يؤخذ بجنائتك ولا تؤخذ بجنائته ولان ضمان الاتلاف يجب على المتلف دون غيره بمنزلة غرامات الاموال وهذا أولى لان جناية المتلف في اتلاف النفس أعظم من جنائته في اتلاف الاموال ولكننا نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عقل جناية كل بطن من الانصار عليهم وفي حديث حمدان بن مالك ابن نابغة قال كنت بين جاريتين لى فضربت احدهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام

[66]

لاولياء الضاربة دوه فقال أخوها عمران بن عويمر الاسلامي أيدي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل فقال عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه تنصيص علي ايجاب الدية على القاتل ثم هو معقول المعنى من أوجه أحدها ان مثل هذا الفعل انما يقصده القاتل بزيادة قوة له وذلك انما يكون بالتناصر الظاهر بين الناس ولهذا التناصر أسباب منها ما يكون بين أهل الديوان باجتماعهم في الديوان ومنها ما يكون بين العشائر وأهل المحال وأهل الحرف فانما يكون تمكن الفاعل من مباشرتهم بنصرتهم فيوجب المال عليهم ليكون زجرا لهم عن غلبة سفهائهم وبعنا لهم على الاخذ على أيدي سفهائهم لكيلا تقع مثل هذه الحادثة هذا في شبه العمد وكذلك في الخطأ لان مثل هذا الامر العظيم قلما يتلى به المرء من غير قصد الا لضرب استهانة وقلة مبالاة تكون منه وذلك بنصره من ينصره ثم الدية مال عظيم وفي ايجاب الكل على القاتل اجحاف به فأوجب الشرع ذلك على العاقلة دفعا لضرر الاجحاف عن القاتل كما أوجب النفقة على الاقارب بطريق الصلة لدفع ضرر الحاجة ولهذا أوجب عليهم مؤجلا على وجه يقل ما يؤديه كل واحد منهم في كل نجم ليكون الاستيفاء في نهاية من التيسير عليهم ولان كل واحد منهم يخاف على نفسه أن يتلى بمثل ذلك فهذا يواسي ذلك إذا ابتلى به وذلك يواسي هذا فيدفع ضرر الاجحاف من كل واحد منهم ويحصل معنى صيانة دم المقتول عن الهدر ومعنى

الاعسار لورثته بحسب الامكان وبهذا يتبين أنا لا نجعل وزر أحد على غيره وانما نوجب ما نوجه على العاقلة بطريق الصلة في المواساة و بهذا لا نوجب ذلك ان كان المتلف مالا لان الواجب قل ما يعظم هناك بل يتقدر بقدر المتلف فلا يؤدي إلى الاحفاف بالمتلف ان لو صن به وهذا لا نوجب القليل من الارش وهو ما دون ارش الموضحة على العاقلة ومن موجب شبه العمدة أيضا حرمان الميراث لانه جزاء أصل الفعل وهو مالا يندرى بالشبهات ومن موجه الكفارة أيضا باعتبار هذا المعنى لانه جزاء أصل الفعل وهو مما لا يندرى بالشبهات وبهذا ثبت في الخطأ المحض ففي شبه العمدة أولى وأما الخطأ فهو ما أصبت مما كنت تعمدت غيره والخطأ نوعان أحدهما أن يقصد الرمي إلى صيد أو هدف أو كافر فيصيب مسلما فهذا خطأ من حيث انه انعدم منه القصد الي المحل الذي أصاب والثاني أن يرمى شخصا يظنه حربيا فإذا هو مسلم أو يظنه صيدا فإذا هو مسلم فهذا خطأ باعتبار ما في قصده وان كان هو قاصدا الي المحل الذي أصابه وحكم

[67]

الخطأ انه لا يجب فيه القصاص لان الخطأ موضوع عنا رحمة من الشرع قال الله تعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به وقال ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا وقال عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فإذا تعذر ايجاب القصاص وجبت الدية بالنص قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله وبيننا المعنى فيه لصيانة دم المقتول عن الهدر فاستحقاق صيانة نفسه لا يسقط بعذر الخاطئ ومن موجه الكفارة فانها تثبت بهذا النص أيضا والمعنى فيه معقول فان القتل أمر عظيم قل ما يتلى به المرء من غير قصد ما لم يكن به تهاون في التحرز وعلى كل أحد المبالغة في التحرز لكيلا يتلى بمثل هذا الامر العظيم فإذا ترك ذلك كان هو ملتزما بترك التحرز فنوجب عليه الكفارة جزاء على ذلك ولان مثل هذا الامر العظيم لا يتلى به المرء الا بنوع خذلان وهذا الخذلان لا يكون الا عن ذنوب سبقت منه والحسنة تذهب السيئة قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات فنوجب عليه الكفارة لتكون ماحية للذنوب السابقة فلا يتلى بمثل هذا الامر العظيم بعدها وفي سبئة العمدة معنى ايجاب الكفارة أظهر لما يلحقه من المأثم بالقصد إلى أصل الفعل وفيه حديث وأتته ابن الاسقع حيث قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب النار بالقتل فقال عليه السلام اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو عضوا منه من النار وايجاب النار لا يكون الا بالاقدام على قتل محرم وقد قامت الدلالة على ان الكفارة لا تجب في العمدة المحض فعرفنا ان المراد شبه العمدة ثم قال الشافعي المعنى في وجوب الكفارة بالقتل انه نقص من عدد المسلمين أحدهم ممن كان يحضر الجمع والجماعات فعليه اقامة نفس مقام ما أتلف ولا يمكنه ذلك احياء فعليه اقامة مقام النفس المتلفة تحريرا لان الحرية حياة والرق تلف وبهذا أوجب الكفارة على العامد وقتلنا نحن انما أوجب الكفارة عليه لان الشرع سلم له نفسه شكر لله حين أسقط عنه القود بعذر الخطأ مع تحقق اتلاف النفس منه فعليه اقامة نفس مقام نفسه شكرا لله وذلك في أن تحرز نفس منه لتشتغل بعبادة الله وان عجز عن ذلك فعليه صوم شهرين متتابعين شكرا لله حيث سلم له نفسه وبهذا لا نوجب الكفارة على العامد لان الشرع أوجب عليه القصاص ونوجبها في شبه العمدة لان الشرع سلم له نفسه تخفيفا عليه وترجيح أحد المعنيين على الآخر بين في مسألة كفارة العمدة إذا انتهينا إليها ان شاء الله تعالى وليس في هذه

[68]

الظهار وهو بناء علي أصله ان قياس المنصوص على المنصوص يجوز فان المطلق والمقيد في حادثين يحمل أحدهما على الآخر وذلك غير جائز عندنا وموضع بيانه أصول الفقه فاما ما أجرى مجرى الخطأ على ما ذكره الرازي فهو النائم إذا انقلب على انسان فقتله وهذا ليس بعمد ولا خطأ لانه لا تصور للقصد من النائم حتى يتصور منه ترك القصد أو ترك التحرز ولكن الانقلاب الموجب لتلف ما انقلب عليه يتحقق من النائم فيجرى هذا مجرى الخطأ حتى تحب الدية على عاقلته والكفارة وينتبه به حرمان الميراث ليوهم أن يكون متهاونا ولم يكن نائما قصدا منه إلى استعجال الميراث وأظهر من نفسه القصد إلى محل آخر فاما ما ليس بعمد ولا خطأ ولا أجرى مجرى الخطأ فهو حافر البئر وواضع الحجر في الطريق فليس بمباشر للقتل لان مباشرة القتل بايصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد وانما اتصل فعله بالارض فعرفنا انه ليس بقاتل عمدا ولا شبه عمدا ولا خطأ ولا ما أجرى مجرى الخطأ بل هو بسبب متعد فنوجب الدية على عاقلته للحاجة إلى صيانة النفس المتلفة عن الهدر ولا يجب عليه الكفارة ولا يحرم الميراث على ما يأتيك بيانه في بابه قال وفي النفس الدية معناه بسبب اتلاف النفس فان حرف في اللظرف حقيقة والنفس لا تكون طرفا للدية بل قتلها سبب لوجوب الدية كما يقال في النكاح حل وفي الشراء ملك وهذا لقوله تعالى ودية مسلمة إلى أهله وقال عليه السلام في النفس مائة من الابل وقال علي رضي الله عنه في النفس الدية ومالا يعرف بالرأى والمنقول عنه فيه كالمرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الانف الدية والحاصل ان مالا ثانيا له في البدن من اعضاء أو معان مقصودة فاتلافها كاتلاف النفس في انه يجب بها كمال الدية والاعضاء التي هي افراد ثلاثة الانف واللسان والذكر وذلك مروى في حديث سعيد ابن المسيب ان النبي عليه السلام قال في الانف الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وهكذا روى عن علي بن ابي طالب ثم قطع الانف تغويت جمال كامل ومنفعة كاملة وامتياز الأدمى من بين سائر الحيوانات فأت بهما فتغويتهما في معنى تغويت النفس فكما تحب الدية بقطع جميع الانف بحيث يقطع المارن لان تغويت الجمال به يحصل وكذلك تغويت المنفعة لان المنفعة في الانف اجتماع الروائح في قصبه الانف لنقله منها إلى الدماغ وذلك تغويت بقطع المارن والمارن ما دون قصبه الانف وهو مالان منه وكذلك في اللسان الدية لان الأدمى قد امتاز من بين سائر الحيوانات باللسان وقد من الله تعالى به على عباده فقال تعالى خلق الانسان علمه البيان

[69]

وذلك يفوت بقطع اللسان ففيه تغويت أعظم المقاصد في الأدمى وكذلك في قطع بعض اللسان إذا منع الكلام وان كان بحيث يمنع بعض الكلام دون البعض فالجواب الظاهر ان فيه حكومة عدل لانه لم يتم تغويت المقصود

بهذا القدر وانما تمكن فيه نقصان فيجب باعتباره حكومة عدل وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان الدية تقسم على الحروف فحصة ما يمكنه ان يصححه من الحروف تسقط عنه وحصة ما لا يمكنه ان يصححه من الحروف تجب عليه ولكن على هذا القول لا يعتبر في القسمة الا الحروف التي تكون باللسان فاما الهاء والحاء والعين لا عمل للسان فيها فلا يعتبر ذلك في القسمة وفي الكتاب روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في اللسان بالدية وفي الانف بالدية قال وفي الذكر دية لان في الذكر تفويت منفعة مقصودة من الآدمي وهي منفعة النسل ومنفعة استمساك البول والرمى به عند الحاجة وكذلك في الحشفة الدية كاملة لان تفويت المقصود يحصل بقطع الحشفة كما يحصل بقطع جميع الذكر ووجوب الدية الكاملة باعتباره والمعاني التي هي افراد في البدن العقل والسمع والبصر والذوق والشم ففي كل واحد منها دية كاملة هكذا روى عن عمر رضي الله عنه انه قضى لرجل على رجل بربع ديات بضربة واحدة كان ضرب على رأسه فأذهب عقله وسمعه وبصره ومنفعة ذكره وكان المعنى فيه ان العقل من أعظم ما يختص به الآدمي وبه ينتفع بنفسه في الدنيا والآخرة وبه يمتاز من البهائم فالمفوت له كالمبدل لنفسه الملحق له بالبهائم وكذلك منفعة السمع فانها منفعة مقصودة بها ينتفع المرء بنفسه وكذلك منفعة البصر فانها مقصودة (ألا ترى) أن الناس يقولون للذي لا بصر له بمنزلة الميت الذي لم يدفن وكذلك منفعة الشم منفعة مقصودة في البدن ومنفعة الذوق كذلك فتفويتها من وجه استهلاك باعتبار ان فيه منفعة مقصودة فيوجب كمال الدية وكذلك في الصلب الدية كاملة إذا منع الجماع لما فيه من تفويت منفعة مقصودة وهي منفعة النسل وكذلك إذا حدث فان فيه تفويت جمال كامل لان الجمال للآدمي في كونه منتصب القامة قيل في معنى قوله تعالى لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم منتصب القامة وذلك يفوت إذا حذب والجمال للآدمي مطلوب كالمنفعة فتفويت الجمال الكامل بوجوب دية كاملة فان عاد الي حاله ولم ينقصه ذلك شيئا الا ان فيه أثر الضربة ففيه حكومة عدل لانه نقى بعض الشينين ببقاء أثر الضربة فيجب باعتباره حكم عدل ومن هذه الجملة الافضاء في المرأة إذا كانت بحيث لا تستمسك البول فانه يوجب كمال الدية لان فيه تفويت منفعة كاملة

[70]

لا ثانی لها في البدن وهي منفعة استمساك البول وذكر المبرد أن النبي عليه السلام قال في الصعر الدية وفسر المبرد ذلك بتعويج الوجه وفيه تفويت جمال كامل وأما ما يكون زواجا في البدن ففي قطعهما كمال الدية وفي أحدهما نصف الدية وأصل ذلك في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه السلام قال في العينين الدية وفي أحدهما نصف الدية وفي اليدين الدية وفي أحدهما نصف الدية وهكذا روى عن علي رضي الله عنه قال الاعضاء التي هي أزواج في البدن العينان والاذنان الشاخصتان والحاجبان والشفتان واليدان وثديا المرأة والانثيان والرجلان أما في العينين إذا فقئا الدية كاملة بتفويت الجمال والمنفعة المقصودة وأما في الاذنين الشاخصتين فالدية كاملة لان في قطعهما تفويت الجمال الكامل وتفويت المنفعة أيضا فان الاصوات تجتمع فيها وتنفذ إلى الدماغ وبهما تقى الاذى عن الدماغ ففيهما الدية وفي أحدهما نصف الدية وكذلك في الحاجبين إذا حلقهما على وجه أفسد المنبت أو نتفهما فأفسد المنبت لان فيه تفويت جمال كامل فيجب فيهما الدية وفي أحدهما نصف الدية عندنا

خلافًا للشافعي رضى الله عنه على ما نبينه في فصول الشعرا ن شاء الله
وفى الشفطين معنى الجمال الكامل والمنفعة الكاملة فبقطعها نجب
الدية كاملة وبقطع احدهما نصف الدية والعليا والسفلى فى ذلك سواء
وعن زيد بن ثابت رضى الله عنه قال فى السفلى ثلثا دية وفى العلىا ثلث
الدية لان فى العلىا جمالا فقط وفى السفلى جمالا ومنفعة وهى
استمساك الرىق بها وكذلك فى الدين فان منفعة البطش فى الادمى
منفعة مقصودة وفى قطعها تفويت هذه المنفعة وفى قطع احدهما
تنقيصه وكذلك فى تديى المرأة منفعة مقصودة كاملة وهى منفعة رضاع
الولد وكما نجب الدية بقطع تدييها نجب بقطع حلمتها لان تفويت المنفعة
يحصل بقطع الحلمة كما يحصل بقطع جميع الثدي فهو نظير ما ذكرنا فى
الحشفة مع الذكر والمارن مع الانف وفى الانثيين منفعة مقصودة وهى
منفعة الامناء والنسل ففيهما الدية وفى احدهما نصف الدية وفى
الرجلين منفعة مقصودة وهى منفعة المشى وانتفاع المرء بنفسه انما
يكون اذا تمكن المرء من المشى فقطع الرجلين بمنزلة استهلاكه حكما
وأما ما يكون ارباعا فى البدن فهو اشغار العينين نجب فى كل شفر ريع
الدية ويستوى ان نتف الاهداب فأفسد المنبت أو قطع الجفون كلها
بالاشغار لان تفويت الجمال يتم بذلك وكذلك تفويت المنفعة لان الاهداب
والجفون تقى الاذى عن العينين وتفويت ذلك بنقص من البصر ويكون
آخره العمى فيجب فيها كمال الدية وهى ارباع فى البدن فتوزع الدية
عليها

[71]

فى كل واحدة منها ربع الدية فأما ما يكون اعشارا فى البدن كالاصابع
يعنى اصابع اليدين أو الرجلين فان قطع اصابع اليد يوجب كمال الدية لما
فيها من تفويت منفعة البطش والبطش بدون الاصابع لا يتحقق وفى كل
أصبع عشر الدية هكذا روى فى حديث سعيد بن المسيبه أن النبي عليه
السلام قال وفى كل أصبع عشر من الابل وجميع ما ذكرنا مذكور فيما كتب
رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم وفيها وفى كل أصبع عشر
من الابل وفى كل سن خمس من الابل وهكذا رواه عبد الله بن عمر رضى
الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان عمر رضى الله عنه فى
الابتداء يقول فى الخنصر ست من الابل وفى البنصر تسع من الابل وفى
الوسطى عشر وفى السبابة والابهام خمس وعشرون ثم لما بلغه حديث
رسول الله صلى الله عليه وسلم رجع إلى الحديث فقال الاصابع كلها سواء
والذى تبيناه فى اصابع اليد كذلك فى اصابع الرجل لان فى قطعها تفويت
منفعة المشى ومنفعة المشى كمنفعة البطش والصغير والكبير فى جميع
ما ذكرنا سواء لان فى اعضائه عرضة لهذه المنافع ما لم يصيبها آفة وفى
تفويتها تفويت المنفعة كما فى حق الكبير وأما ما يزيد على ذلك فى البدن
فهى الاسنان نجب فى كل سن نصف عشر الدية لما رويناه من الحديث
ويستوى فى ذلك الانياب والنواجذ والضواحك والطواحين ومن الناس من
فضل الطواحين على الضواحك لما فيها من زيادة المنفعة ولسنا نأخذ
بذلك لان النبي عليه الصلاة والسلام قال فى كل سن خمس من الابل من
غير تفصيل ثم ان كان فى بعضها زيادة منفعة وفى بعضها زيادة جمال
والجمال فى الادمى كالمنفعة حتى قيل إذا قلع جميع أسنانه فعليه ستة
عشر ألفا لان الاسنان اثنان وثلاثون سنا فإذا الواجب فى كل نصف عشر
الدية خمسمائة بلغت الجملة ستة عشر ألفا وليس فى البدن جنس نجب
بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الاسنان فان قلع جميع أسنان الكوسج

فعليه أربعة عشر ألفا لان أسنانه ثمانية وعشرون هكذا حكى أن امرأة قالت لزوجها يا كوسج فقال إن كنت كوسجا فأنت طالق فسئل أبو حنيفة رحمه الله عن ذلك فقال تعد أسنانه فان كانت اثنين وثلاثين فليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج قال وبلغنا عن علي رضي الله عنه قال في الرأس إذا حلق ولم ينبت الدية كاملة وبهذا أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال إذا حلق شعر رأس انسان حتى أفسد المنبت فعليه كمال الدية الرجل والمرأة في ذلك سواء وقال الشافعي في شعر الرأس حكومة عدل وكذلك في اللحية إذا حلفت فلم تنبت كمال الدية عندنا

[72]

وقال الشافعي رضي الله عنه حكومة عدل لانه شعر مستمد من البدن بعد كما الخلقة فلا يتعلق بحلقه كما الدية كشعر الصدر والساق وهذا لانه ليس في حلق الشعر تفويت منفعة كاملة انما فيه فقط تفويت بعض الجمال فانه يلحقه نوع شين على الوجه الذي لغير الكوسج بقلة شعره ووجوب كمال الدية يعتبر بتفويت منفعة كاملة والدليل عليه ان ما يوجب في الحر كمال الدية يوجب في العبد كمال القيمة وبالاتفاق لو حلق لحية عبد انسان لا يلزمه كمال القيمة وان أفسد المنبت وانما يلزمه النقصان فكذلك في حق الحر * وحدثنا في ذلك حديث علي رضي الله عنه فان ما نقل عنه في هذا الباب كالمرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لان ذلك لا يستدرك بالرأى والمعنى فيه انه فوت عليه جمالا كاملا فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الاذنين الشاخصتين وبيان ذلك ان في اللحية جمالا كاملا في أوانه وكذلك في شعر الرأس جمال كامل (ألا ترى) ان من عدم ذلك خلقة تكلف لستره واخفائه ولا شك ان في شعر الرأس جمالا كاملا وبعض المنفعة أيضا فما يحصل لها بالجمال من المنفعة أعظم وجوه المنفعة وكذلك في اللحية والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان لله تعالى ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالقرون والذوائب تم تفويت المنفعة يوجب كمال الدية كما إذا ضرب على ظهره حتى انقطع ماؤه فكذلك تفويت الجمال الكامل يوجب كمال الدية لان الغرض للعقلاء في الجمال أكثر مما هو في المنفعة بخلاف شعر الصدر والساق فليس في حلقه تفويت جمال كامل فلهذا لم يؤثر ذلك في النقصان فلا يجب شئ فأما في لحية العبد فروايتان روى الحسن عن أبي حنيفة انه يجب كمال القيمة وفي ظاهر الرواية يجب نقصان القيمة وهو نظير الروايتين في قطع الاذنين الشاخصتين من العبد ففي رواية الحسن قال القيمة في العبد كالدية في الحر فما يجب بتفويته كمال الدية في الحر يجب بتفويته كمال القيمة في العبد وفي ظاهر الرواية قال الجمال غير مقصود للمولي من عبده وانما المقصود منفعة الاستخدام وبحلق لحيته أو قطع الاذنين الشاخصتين منه لا يفوت هذا المقصود فلهذا لا يجب به كمال القيمة فأما الجمال فمقصود في الاحرار وبتفويته يجب كمال الدية وتكلموا في حلق لحية الكوسج والاصح في ذلك ما فصله أبو جعفر الهندواني رحمه الله ان كان الثابت على ذقنه شعرات معدودة فليس في حلق ذلك شئ لان وجود ذلك لا يزينه وربما يشينه وان

[73]

كان أكثر من ذلك فكان على الذفن والخذ جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان في هذا بعض الجمال ولكنه ليس بكامل فيجب بتفويته حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي لحيته معنى الجمال الكامل وهذا كله إذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب فيه شئ لانه لم يبق لفعل الجاني أثر فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى أثرها في البدن ولكنه يؤدب علي ذلك لارتكاب ما لا يحل له وان نبتت بيضاء فقد ذكر في النوادران عند أبي حنيفة لا يلزمه شئ لان الجمال يزداد بيباض شعر اللحية وعندهما يجب حكومة عدل لان بياض الشعر جمال في أوانه فاما في غير أوانه فيشينه فيجب حكومة العدل باعتباره وقد بينا ان في أحد العينين نصف الدية ويستوى الجواب ان انخسفت أو ذهب بصرها وهي قائمة أو أبيضت حتى ذهب البصر لان المنفعة المقصودة من العين تفوت في هذا كله وقيل ذهب البصر بمنزلة فوات العين فلا معتبر ببقائها بعد ما ذهب البصر (ألا ترى) أن من خنق انسانا حتى مات عليه كمال الدية وان كالت النفس باقية على حالها وكذلك اليد إذا شلت حتى لا ينتفع بها ففيها أرشها كاملا أما لان الشلل دليل موتها أو لان ما هو المقصود وهو منفعة البطش تحقق فواته بصفة الكمال فهو ومالو قطعت اليد سواء في إيجاب الارش قال وفي الموضحة نصف عشر الدية والكلام في معرفة الشجاج ان يقول الشجاج الحارصة وهي التي تشق الجلد ومنه يقال حرص القصار الثوب ثم الدامغة وهي التي يخرج منها قدر الدمع من الدم ثم الدامية وهي التي يخرج منها قدر الدمع من الدم ثم الباضعة وهي التي تبضع بعض اللحم ثم المتلاحمة وهي التي تقطع أكثر اللحم وروى عن محمد رحمه الله ان المتلاحمة قبل الباضعة وهو اختلاف في ماخذ الكلم لا في الحكم فمحمد رحمه الله ذهب إلى أن المتلاحمة مأخوذة من قولك النحم الشبان إذا اتصل أحدهما بالآخر والمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها وفي ظاهر الرواية المتلاحمة ما تعمل في قطع أكثر اللحم فهي بعد الباضعة ثم السمحاق وهي التي تقطع اللحم وتظهر الجلد الرقيقة بين اللحم والعظم فتلك الجلدة تسمى سمحاقا ومنه سمي العظم الرقيق سماحيق ثم الموضحة وهي التي توضح العظم حتى يبدو ثم الهاشمة وهي التي تكسر العظم ثم المنقلة وهي التي يخرج منها العظم أو تجعل العظم كالنقلة وهي كالحصى ثم الآمة وهي التي تظهر الجلد بين العظم والدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الرأس ثم الدامغة وهي التي تجرح الدماغ الا أن محمدا رحمه الله لم يذكر الدامغة لان النفس لا تبقى

[74]

بعدها عادة فيكون ذلك قتلا لا شجة ولم يذكر الحارصة والدامية لان الظاهر انه لا يبقى لهما أثر وبدون بقاء الاثر لا يجب شئ فاما بيان الاحكام فنقول أما في الموضحة فيجب نصف عشر الدية هكذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في الموضحة خمس من الابل وهكذا روى في حديث عمرو بن حزم وفيما يرويه سعيد بن المسيب وهذا إذا كانت الموضحة خطأ فان كانت عمدا ففيها القصاص لان اعتبار المساواة فيها ممكن فان عملها في اللحم دون العظم والجنايات فيما دون النفس توجب القصاص إذا أمكن اعتبار المساواة فيها فاما قبل الموضحة من الشجاج ففيها حكومة عدل إذا كانت خطأ وكذلك ان كانت عمدا في رواية الحسن عن أبي حنيفة فانه لا قصاص فيما دون الموضحة لانه يتعذر اعتبار المساواة فيها من حيث المقدار فربما يبقى من أثر فعل الثاني فوق ما يبقى من أثر فعل الاول وفي ظاهر الرواية يقول فيها القصاص لان عملها في الجلد أعظم

والمساواة فيها ممكنة بان يسبر فورها بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع واجياب حكومة العدل في هذه الشجاج مروى عن ابراهيم الخعى وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله قالا ما دون الموضحة من الشجاج بمنزلة الخدوش ففيها حكومة عدل وقد جاء في الحديث ان عليا رضى الله عنه قضى في السمحاق بربع من الابل فانما يحمل على ان ذلك كان مقدار حكومة عدل ثم اختلف المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله في معرفة حكومة العدل فقال الطحاوي السبيل في ذلك ان يقوم لو كان مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم مع هذا الاثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين كم هو فان كان بقدر نصف العشر يجب نصف عشر الدية وان كان بقدر ربع العشر يجب ربع عشر الدية وكان الكرخي يقول هذا غير صحيح فربما يكون نقصان القيمة بالشجاج التي قبل الموضحة أكثر من نصف العشر فيؤدى هذا القول إلى أن يوجب في هذه الشجاج من الدية فوق ما أوجبه الشرع في الموضحة وذلك لا يجوز ولكن الصحيح ان ينظر كم مقدار هذه الشجة من نصف عشر الدية لان وجوب نصف فعشر الدية ثابت بالنص وما لائنص فيه يرد إلى المنصوص عليه باعتبار المعنى فيه فاما في الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر ونصف عشر الدية وفي الأمة ثلث الدية وتسمى المأمومة أيضا وذلك فيما كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم قال في الهاشمة عشر من الابل وفي المنقلة خمسة عشر وفي الأمة ثلث الدية والجائفة كالأمة يجب فيها ثلث الدية لان الجائفة واصله إلى أحد الجوفين وهو جوف البطن فتكون كالواصلة

[75]

إلى جوف الرأس وهى الدماغ وان نغذت الجائفة ففيها ثلث الدية لانها بمنزلة الجائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر فيجب في كل واحدة منهما ثلث الدية وفي كل مفصل من الاصابع ثلث دية الاصبع إذا كان فيها ثلاثة مفاصل وان كان فيها مفصلان ففي كل مفصل نصف دية الاصبع لان المفاصل للاصبع كالاصابع لليد فكما ان دية اليد تتوزع على الاصابع على التساوى فكذلك دية الاصبع تتوزع على المفاصل على التساوى فالاصبع إذا كانت ذات مفصلين كالابهام فانه يجب في كل مفصل نصف دية الاصبع وإذا كانت ذات ثلاث مفاصل ففي كل مفصل ثلث دية الا اصبع وذلك مروى عن علي وابن عباس قالا لا يفضل شئ منها على شئ وابن مسعود قال في دية الخطأ احماسا عشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض والكلام هاهنا في فصول احدها انه لا خلاف أن الدية من الابل مائة على ما قال رسول الله عليه السلام في النفس المؤمنة مائة من الابل واختلفوا في أن الدراهم والدنانير في الدية أصل أم باعتبار قيمة الابل فالمذهب عندنا انهما أصل وفي قول الشافعي يدخلان على وجه قيمة الابل وتتفاوت بتفاوت قيمة الابل ويحكى عن أبى بكر الرازي انه كان يقول أولا وجوبهما على سبيل قيمة الابل ولكنهما قيمة مقدرة شرعا بالنص فلا يزداد عليها ولا ينقص عنها ثم رجع عن ذلك وقال هما أصلان في الدية واحتج الشافعي رضي الله عنه بحديث الزهري قال كانت الدية على عهد رسول الله عليه السلام مائة من الابل قيمة كل بغير أوقية ثم غلب الابل فصارت قيمة كل بغير أوقية ونصفا ثم غلبت فصارت قيمة كل بغير أوقيتين فمازالت تعلوا حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو ألف دينار وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه السلام قضى في الدية بمائة من الابل قيمتها أربعة آلاف درهم أو أربعمائة دينار وحجتنا في ذلك حديث

سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام قال دية كل ذى عمد في عمده ألف دينار وذكر الشعبي عن عبيدة السلماني أن عمر بن الخطاب لما دون الدواوين جعل الدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وقضاؤه ذلك كان بمحض من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فحل محل الإجماع منهم والمعنى فيه أن للقاضي أن يقضى بالدية من الدراهم أو الدنانير مؤجلا في ثلاث سنين فلو كان الاصل في الدية الإبل وهى دين والدراهم والدنانير بدل عنها كان هذا دينا بدين ونسيئة بنسيئة وذلك حرام شرعا

[76]

يوضحه ان الأدمى حيوان مضمون بالقيمة كسائر الحيوانات والاصل في القيمة الدراهم والدنانير الا أن القضاء بالإبل كان بطريق التيسير عليهم لانهم كانوا أرباب الإبل وكانت النقود تتعسر منهم ولا نهم كانوا يستوفون الدية على أظهر الوجوه ليندفع بها بعض البشر عنهم وذلك في الإبل أظهر منه في النقود فكانت بخلاف القياس بهذا المعنى ولكن لا يسقط بها ما هو الاصل في قيمة المتلفات * ثم لا خلاف ان الدية في الخطأ من الإبل تجب اخماسا كما ذكره ابن مسعود والسن الخامس عندنا ابن مخاض وعند الشافعي ابن ليون فمذهبنا مروى عن عمر وزيد وابن مسعود رضى الله عنهم واحتج الشافعي بما روى أن النبي عليه السلام قضى في الدية بمائة من ابل الصدقة يعنى من الاسنان التى تؤخذ في الصدقة وابن مخاض لامدخل له في الصدقة ولابن الليون مدخل قال عليه السلام في خمس وعشرين بنت مخاض فان لم يكن فابن ليون وحجتنا في ذلك حديث حذيفة بن مالك الطائى عن ابن مسعود رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال دية الخطأ أخماس عشرون جذعة وعشرون بنت ليون وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وقال عليه السلام في النفس المؤمنة مائة من الإبل واسم الإبل مطلقا يتناول أدنى ما يكون منه وابن المخاض أدنى من ابن الليون ولان الشرع جعل ابن الليون بمنزلة بنت المخاض في الزكاة فايجاب ابن الليون ها هنا في معنى ايجاب أربعين من بنت المخاض وذلك لا يجوز بالاجماع فأما الحديث الذي رواه فالمراد اعطاء الدية من ابل الصدقة على وجه التبرع عن عاقلة القاتل لحاجتهم لا ان يكون المراد من الاسنان التى توجد في الصدقة ثم ابن المخاض يدخل في الصدقة عندنا على الوجه الذى يدخل ابن الليون لان ابن الليون عندنا يستوفى باعتبار القيمة فكذلك ابن المخاض وأما في شبه العمدة فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف تجب مائة من الإبل ارباعا خمسة وعشرون ابنة مخاض وخمس وعشرون بنت ابن ليون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة وهو قول ابن مسعود وقال الشافعي ومحمد تجب أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ما بين ثنية إلى بازل وكلها خلفه والخلفه هي الحامل وهو قول عمر وزيد بن ثابت والمغيرة بن شعبة وأبى موسى الأشعري وقال على رضى الله عنه تجب أثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفه وقال عثمان رضى الله عنه تجب أثلاثا من هذه الاسنان من كل سن ثلاثة وثلاثون واحتج محمد والشافعي لحديث النعمان بن بشير ان النبي عليه السلام قال في خطبة عام حجة الوداع

ألا ان قتيلاً خطأ العمد قتيلاً السوط والعصا فيه مائة من الأبل أربعون منها في بطونها أولادها وعن عمر أنه قضى بذلك في شبه العمد وقضاؤه كان بمحضر من الصحابة وأبو حنيفة وأبو يوسف احتجاً بحديث السائب بن يزيد أن النبي عليه السلام قضى في الدية بمائة من الأبل أرباعاً ومعلوم أنه لم يرد به الخطأ لأنها في الخطأ تجب أخماساً فعرفنا أن المراد به شبه العمد وقال في النفس المؤمنة مائة من الأبل والمراد به أدنى ما يكون منه وما قلناه أدنى والمعنى فيه أنه إنما تجب الدية عوضاً عن المقتول والحامل لا يجوز أن تستحق في شيء من المعاوضات فلذلك لا تستحق في الدية لوجهين أحدهما أن صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها والثاني أن الجنين من وجه كالمفصل فيكون هذا في معنى إيجاب الزيادة على المائة عدداً وبالاتفاق صفة التغليب ليست من حيث العدد بل من حيث السن ثم الديات تعتبر بالصدقات والشرع نهى عن أخذ الحوامل في الصدقات لأنها كرائم أموال الناس فكذلك في الديات وهذا لأن شبه العمد يجب على العاقلة يطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات فأما الحديث الذي روى فلا يكاد يصح لأن ما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع كان بمحضر من جماعة من الصحابة ولم يرو هذا الحديث إلا النعمان بن بشير وهو في ذلك الوقت. كان في عداد الصبيان وقد خفي الحديث على كبار الصحابة حتى اختلفوا بينهم على أقاويل كما بينا ولم تجر المحاجة بينهم بالحديث فلو كان صحيحاً لما اختلفوا مع هذا النص ولا احتج به بعضهم على بعض ومن أصل أبي حنيفة أن العام المتفق على قبوله أولى بالأخذ به من مثل هذا الخاص ولا خلاف أن صفة التغليب في الدية لا تثبت إلا في أسنان الأبل وبه يستدل الشافعي على أن الأصل في الدية الأبل فقط ولكننا نقول ما عرفنا صفة التغليب إلا بالنص فإن الدية بدل عن المتلف ولا يختلف التلف بالخطأ وشبه العمد وإنما تثبت صفة التغليب بما ورد به الشرع خاصة قال وبلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جعل الدية على أهل الأبل مائة وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الشاة ألفى شاة وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الحلل مائتي حلة والحلة اسم لثوبين وبه نأخذ فنقول الدية من الدراهم تتقدر بعشرة آلاف درهم مما تكون الفضة فيها غالبية على العيش وقد بينا ذلك في كتاب السرقة وقال مالك والشافعي من الدراهم اثنا عشر ألف درهم لحديث أبي هريرة أن النبي عليه السلام قال من سبح في كل يوم وليلة مثل ديتة اثني عشر ألف تسبيحة

فكأنما حرر رقبة من ولد اسماعيل وفي كتاب عمرو بن حزم أن النبي عليه السلام جعل الدية من الدراهم اثني عشر ألفاً ولأنه لا خلاف أنها من الدينار ألف دينار وكانت قيمة كل دينار على عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهماً بيانه في حديث السرقة فإنه قطع في مائة قيمته ثلاثة دراهم بعدما قال القطع في ربع دينار وإنما يكون ثلاثة دراهم ربع دينار إذا كانت قيمة كل درهم اثني عشر درهماً وحجتنا في ذلك حديث دحيم أن رجلاً قطع يد رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى عليه بنصف الدية خمسة آلاف درهم وقضى عمر رضي الله عنه في تقدير الدية بعشرة آلاف وقد كان بمحضر من الصحابة ولم يحتج عليه أحد منهم بحديث

بخلاف ذلك فلو كان فيه حديث صحيح خلاف ما قضى به عمر لما خفى عليهم ولما تركوا المحاجة به ثم المقادير لا تعرف بالرأى فما نقل عن عمر من التقدير بعشرة آلاف درهم ومساعدة الصحابة معه على ذلك بمنزلة اتفاق جماعتهم على رواية هذا المقدار عن صاحب الشرع عليه السلام ولان الدية من الدنانير ألف دينار وقد كانت قيمة كل دينار على عهد رسول الله عليه السلام عشرة دراهم بدليل النص المروي في نصاب السرقة حيث قال لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم وقال علي رضي الله عنه حين صجر من أصحابه ليت لى بكل عشرة من أهل العراق واحدا من أهل الشام صرف الدنانير بالدرهم ونصاب الزكاة منهما على أن قيمة كل دينار كان عشرة دراهم ثم أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أخذوا بظاهر حديث عمر وقالوا الدية من الاصناف الستة فان عمر رضي الله عنه جعلها من هذه الاصناف وقدر كل صنف منه بمقدار ومعلوم انه ما كان يتفق القضاء بذلك كله في وقت واحد فعرفنا ان المراد بيان المقدار من كل صنف وأبو حنيفة قال الدية من الابل والدرهم والدنانير وقد اشتهرت الآثار بذلك عن رسول الله عليه السلام وانما أخذ عمر من البقر والغنم والحلل في الابتداء لانها كانت أموالهم فكان الاداء منها أيسر عليهم وأخذها بطريق التيسير عليهم فظن الراوي أن ذلك كان منه على وجه بيان التقدير للدية في هذه الاصناف فلما صارت الدواوين والاعطآت جل أموالهم الدراهم والدنانير والابل ففضي بالدية منها ثم لا مدخل للبقر والغنم في قيمة المتلفات أصلا فهي بمنزلة الدور والعبيد والجواري وهكذا كان ينبغي أن لا تدخل الابل الا أن الآثار اشتهرت فيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فتركنا القياس بذلك في الابل خاصة وقد ذكرنا في كتاب المعامل ما يدل على أن قول أبي حنيفة كقولهما فانه قال لو صالح

[79]

الولي من الدية علي أكثر من ألفى شاة أو علي أكثر من مائتي بقرة أو علي أكثر من مائتي حلة لا يجوز الصلح فهذا دليل على أن هذه الاصناف في الدية أصول مقدره عنده كما هي عندهما قال وبلغنا عن علي أنه قال في دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وما دونها وبه تأخذ وقال ابن مسعود هكذا الا في ارش الموضحة وارش السن فانها تستوى في ذلك بالرجل وكان زيد بن ثابت يقول انها تعادل الرجل إلى ثلث ديتها يعني إذا كان الارش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه علي النصف من حال الرجل وبيانه فيما حكى عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع أصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثة أصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربعة أصابع منها قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل ارشها قال أعرابي أنت فقلت لا بل جاهل مسترشد أو عاقل مستفت فقال انه السنة فهذا أخذ الشافعي وقال السنة إذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ويروون حديثا أن النبي عليه السلام قال تعادل المرأة الرجل إلى ثلث الدية وحجتنا في ذلك ما ذكره ربيعة فانه لو وجب بقطع ثلاثة أصابع منها ثلاثون من الابل ما سقط بقطع الاصبع الرابع عشر من الواجب لان تأثير القطع في ايجاب الارش لا في اسقاطه فهذا معنى يحيلة العقل ثم بالاجماع بدل نصفها على النصف من بدل نفس الرجل والاطراف تابعة للنفس وانما تكون تابعة إذا أخذنا حكمها من حكم النفس الا إذا أفردناها بحكم آخر

وقول سعيد انه السنة يعنى سنة زيد وقد أفتى كبار الصحابة بخلافه والحديث الذى رووا نادر ومثل هذا الحكم الذى يحيله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وأما ابن مسعود فكان يقول في التسوية بينهما في ارش السن والموضحة استدلالا بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجنين فانه قضى بغرة عبد أو أمة قيمتها خمسمائة ويسوى بين الذكر والانثى في ذلك وبذل الجنين نصف عشر الدية فلهذا سوى بينهما في مقدار نصف عشر الدية وذلك ارش السن والموضحة ولكننا نقول في الجنين انما قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه يتعذر الوقوف على صفة الذكورة والانوثة في الجنين خصوصا إذا لم يتم خلقه ولان الوجوب هناك باعتبار قطع السر فقط والذكر والانثى في ذلك سواء وهاهنا الوجوب باعتبار صفة المالكية وحال

[80]

الانثى فيه على النصف من حال الذكر فالذكر أهل لمالكية النكاح والمال جميعا والانثى أهل لمالكية المال دون النكاح على ما نبينه وفي هذا ارش الموضحة وما زاد على ذلك سواء قال وفي ذكر الخصى ولسان الاخرس واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين القائمة العور والسن السوداء وذكر العينين حكم عدل بلغنا ذلك عن ابراهيم وهذا لان ايجاب كمال الارش في هذه الاعضاء باعتبار تقويت المنفعة الكاملة وذلك لا يوجد لان منافع هذه الاعضاء كانت فائتة قبل جنايته (ألا ترى) ان من ضرب على يد انسان حتى شلت أو على عينه حتى ذهب بصره يجب عليه الارش فلو لا تقويت المنفعة لما حل بها لما لزمه كمال الارش فلو أوجبنا بالقطع بعد ذلك ارش كاملا مرة أخرى أدى إلى ايجاب ارشين كاملين عن عضو واحد وقال مالك رضى الله عنه يجب في هذه المواضع الارش كاملا ونقول في قطعها تقويت الجمال الكامل والجمال مطلوب من الأدمى كالمفعة بل الجمل يرغب فيه العقلاء فوق رغبتهم في المنفعة ولكننا نقول في الاعضاء التى يكون فيها المقصود المنفعة والجمال تبع فباعتباره لا تتكامل الجناية في الارش ثم في العين القائمة العوراء جمال عند من لا يعرف حقيقة الحال فأما عند من يعرف ذلك فلا نعرفنا أن معنى الحال في هذه الاعضاء غير كاملة بعد فوات المنفعة فلوجود بعض الجمال فيها أوجبنا حكم عدل فلا نعدم الكمال فيها لا يوجب كمال الارش وفي الصلح حكم عدل وفي الساعد إذا كسر أو كسر أحد الزندين حكم عدل وفي الساق إذا انكسرت حكم عدل وفي الترقوة حكم عدل على قدر الجراحة والحاصل انه لا قصاص في شئ من العظام إذا كسرت الا في السن خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في العظم لان القصاص يبنى على المساواة ولا تتحقق المساواة في كسر العظم لانه لا ينكر من الموضع الذى يراد كسره وبدون اعتبار المماثلة لا يجب القصاص فإذا تعذر ايجاب القصاص وليس فيها ارش مقدر كان الواجب فيها حكم عدل فأما في السن فيجب القصاص وهو مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى في القصاص في السن وبين الاطباء كلام في السن انه عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكر كون السن عظما لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالحل فعلى هذا لا حاجة إلى الفرق بينه وبين سائر العظام متى ثبت انه ليس بعظم ولئن قلنا انه عظم وفي سائر العظام لتعذر اعتبار المساواة لا يجب القصاص وذلك لا يوجد هاهنا لانه يمكن أن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذلك ان كان قلع السن فانه لا يقلع منه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما تفسد

به لهاته ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن فأما إذا كان خطأ فالواجب فيه الارش كما بينا وهو المعنى في الفرق بينه وبين سائر العظام لانه ليس لسائر العظام ارش مقدر وانما يجب القصاص فيما يكون له ارش مقدر شرعا ولهذا قلنا في أصح الروايتين على ما ذكره الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنهما انه لا قصاص فيما دون الموضحة لانه ليس فيه ارش مقدر شرعا ثم ان ضرب على سنه حتى اسودت أو احمرت أو اخضرت فعليه ارش السن كاملا لان الجمال والمنفعة يفوت بذلك وقال السواد في السن دليل موتها فإذا اصغرت فقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن فيها حكم عدل وذكر هشام في نوادره عن محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله ان فيها حكم عدل وفي الحر لا شئ وفي المملوك حكم عدل وعن محمد رحمه الله فيها حكم عدل وهو قول أبي يوسف لان الجمال على الكمال في بياض السن فبالصغرة ينقص معنى الجمال فيها ولهذا يجب في المملوك حكم عدل فكذلك في الحر وأبو حنيفة رحمه الله يقول الصغرة من ألوان السن فلا يكون دليل موت السن والمطلوب بالسن في الاحراز المنفعة وهى قائمة بعدما اصغرت فأما حق المولى في المملوك فالمالية وقد تنتقص باصفرار السن وعلى هذا لو قلع سن فنبئت صفراء أو نبئت كما كانت فلا شئ عليه في ظاهر الرواية لان وجوب الارش باعتبار فساد المنبت وحين نبئت كما كانت عرفنا انه ما فسد المنبت ثم وجوب الارش باعتبار بقاء الاثر ولم يبق أثر حين نبئت كما كانت وقد روى عن محمد في الجراحات التى تندمل على وجه لا يبقى لها أثر تجب حكومة بقدر ما لحقه من الالم وعن أبي يوسف رحمه الله يرجع على الجاني بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الاطباء حتى اندملت وأبو حنيفة رحمه الله قال لا يجب شئ لانه لا قيمة لمجرد الالم (ألا ترى) ان من ضرب ضربة تألم بها ولم يؤثر فيه شئ لا يجب شئ أرأيت لو شتمه شتيمة أكان عليه ارش باعتبار ايلام حل فيه قال وفى اليد إذا قطعت من نصف الساعد دية اليد وحكم عدل فيما بين الكف إلى الساعد وان كان من المرفق كان في الذراع بعد دية اليد حكم عدل أكثر من ذلك وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجب فيه الا ارش اليد إذا قطعها من نصف الساعد وكذلك روى ابن سماعه عن أبي يوسف فيما إذا قطعها من المنكب انه لا يجب الا ارش اليد واحتج في ذلك بقوله عليه السلام وفى اليدين الدية وفى أحدهما نصف الدية واليد اسم للجراحة من رؤس الاصابع إلى الأباط وقد روينا في حديث عمران بن حارثة أن النبي عليه السلام قضى

على قاطع اليد بنصف الدية خمسة آلاف من غير تفصيل وقد روى في بعض الروايات انه قطعها من نصف الساعد ولان الساعد ليس له ارش مقدر فيكون تبعا لماله ارش مقدر كالكف فان بالاجماع يجب نصف الدية بقطع الاصابع ثم لو قطع الكف مع الاصابع لا يلزمه الا نصف الدية وتجعل الكف تبعا للاصابع لهذا المعنى فكذلك إذا قطع من نصف الساعد أو المرفق أو المنكب لانه ليس من هذه الاعضاء بدل مقدر سوى الاصابع (ألا ترى) انه لو قطع المارن أو الحشفة يلزمه الدية ولو قطع جميع الانف أو

جميع الذكر لا يجب عليه أكثر من دية واحدة وأبو حنيفة ومحمد قالا ما زاد علي الكف من الساعد اما أن يجعل تبعاً للأصابع أو الكف ولم يمكن جعله تبعاً للأصل لان الكف حائل بينه وبين الاصابع والتابع ما يكون متصلاً بالأصل ولا يمكن جعله تبعاً للكف لان الكف في نفسه تبع للأصابع ولا تبع للتبع فإذا تعذر جعله تبعاً ولا يجوز اهداره عرفنا أنه أصل بنفسه وليس فيه ارش مقدر فيجب حكم عدل كما لو قطع يده من المفصل أو لا فبرأت ثم عاد فقطع الساعد ولا حجة في الحديثين لان اليد إذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند بدليل آية السرقة والذي روى أن القطع كان من نصف الساعد شاذ لا يعتمد على مثله في الاحكام فإذا كسر الانف ففيه حكم عدل لما ان كسر الانف جناية ليس فيها ارش مقدر فيجب فيها حكم عدل ككسر الساعد والساق فان قطع اليد وفيها ثلاثة أصابع فعليه ثلاثة اخماس دية اليد ويدخل ارش الكف في ارش الاصابع هاهنا بالاتفاق لان أكثر الاصابع لما كانت قائمة جعل كقيام جميعها فيكون الكف تابعاً لها واقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع فاما إذا كان على الكف أصبعان أو أصبع فقطع الكف فعند أبي حنيفة رحمه الله يلزمه ارش ما كان قائماً من الاصابع ويدخل ارش الكف في ذلك وعند أبي يوسف ومحمد ينظر إلى ارش ما بقي من الاصابع وإلى ارش الكف وهو حكومة عدل فابهما كان أكثر يدخل الأقل فيه لان أكثر الاصابع هاهنا فائتة فيجعل ذلك كفوات الكل ولو قطع الكف وليس عليها شيء من الاصابع كان عليه حكم عدل فهذا مثله وهذا لان بقاء أكثر الاصابع تبقي منفعة البطش وان كان يتمكن فيها نقصان فيعتبر تغويت ذلك في ايجاب الارش وأما بقاء أصبع واحد فلا يبقى منفعة البطش ولا يمكن اعتبار ذلك في ايجاب الارش فيجب حكم عدل الا انه لا بد من اعتبار ارش الاصبع المقطوعة بالنقص ومن اعتبار حكومة العدل في الكف لما قلنا ولا

[83]

وجه إلى الجمع بينهما بالاتلاف فاعتبرنا الأكثر منهما فجعلنا الأقل تابعاً للأكثر وهو أصل في الشرع في باب الارش وأبو حنيفة يقول ارش الاصبع مقدر شرعاً وليس للكف ارش مقدر شرعاً وما ليس بمقدر شرعاً يجعل تبعاً لما هو مقدر شرعاً ولهذا جعل الكف تبعاً لجميع الاصابع وهذا لمعنيين أحدهما ان المقدر شرعاً ثابت بالنص وما ليس فيه تقدير فهو ثابت بالرأى والرأى لا يعارض النص والمصير إلى الترجيح بالكثرة عند المساواة في القوة والثاني ان المصير إلى الرأى والتقويم لا جل الضرورة وهذه الضرورة لا تتحقق عند امكان ايجاب الارش المقدر بالنص وسوى هذا عن أبي يوسف روايتان احدهما انه كان يقول أولاً عليه ارش الاصبع وحكومة العدل في الكف يجمع بينهما لان جعل الكف تبعاً للأصابع باعتبار ان معنى البطش يكون بهما وذلك لا يوجد في الاصبع الواحد ولا يمكن جعل الاصبع تبعاً للكف لان للاصبع ارشاً مقدرًا شرعاً فلا يجوز النقصان عن ذلك بالرأى فإذا لم يكن اتباع أحدهما الآخر كان كل واحد منهما أصلاً فيجب ارشهما وعنه في رواية أخرى انه يلزمه ارش الاصبع القائمة وموضعها من الكف يكون تبعاً له ويلزمه حكومة عدل فيما وراء ذلك من الكف لان الاصابع لو كانت قائمة كان موضع كل أصبع من الكف تبعاً لذلك الاصبع فعند قيام البعض يعتبر البعض بالكل ثم في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة وان لم يبق الا مفصل من أصبع فانه يجب ارش ذلك المفصل ويجعل الكف تبعاً له لان ارش ذلك المفصل مقدر شرعاً وما بقي شيء من الاصل فان قل فلا حكم للتبع كما إذا بقي واحد من أصحاب الخطة من المحلة لا يعتبر السكان

وروى الحسن عن أبي حنيفة قال إذا كان الباقي دون أصبع فإنه يعتبر فيه الأقل والأكثر فيدخل الأقل في الأكثر لأن إرش الأصبع منصوص عليه فأما إرش كل مفصل فغير منصوص عليه وإنما اعتبرنا ذلك بالمنصوص عليه بنوع رأى وكونه أصلاً باعتبار النص فإذا لم يرد النص في إرش مفصل واحد اعتبرنا فيه الأقل والأكثر لما بينا ولكن الأول أصح قال وفى ثدى الرجل حكم عدل ويسمى التندوة أيضاً لأنه ليس فيه منفعة مقصودة ولا جمال كامل فإنه مستور بالثياب عادة لكن فيه بعض الجمال وفيما يبقى من أثره بعد القطع بعض الشين فيجب بحكم عدل باعتباره وفى الأذن إذا يبست أو انخسفت وربما تقول انخسفت حكم عدل لأن المنفعة المقصودة لا تفوت به وهو إيصال الصوت إلى الصمخ وكذلك لا يفوت به الجمال كله بل يتمكن فيه النقصان لاجله يجب حكم عدل قال وبلغنا عن إبراهيم أنه لا تعقل العاقلة

[84]

الا خمسمائة درهم فصاعداً وبه تأخذ وكل شئ من الخطأ يبلغ نصف عشر دية الرجل خمسمائة أو نصف عشر دية المرأة مائتين وخمسين فهذا على العاقلة في شبه العمد وما دون ذلك في مال الجاني حالاً لحديث ابن عباس موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون إرش الموضحة ولأن ما دون إرش الموضحة في معنى ضمان المال فإنه لا يجب إلا باعتبار التقويم وهو غير مقدر شرعاً وضمنان الجناية إنما يفارق ضمان المتلفات في كونه مقدر شرعاً وأدنى ذلك إرش الموضحة فما دون ذلك بمنزلة ضمان المتلفات فيكون عليه حالاً في ماله وإرش الموضحة فما زاد عليه إلى ثلث الدية يكون على العاقلة مؤجلاً في سنة واحدة فإن زاد على ذلك أخذ الفضل في سنة أخرى إلى تمام الثلثين فإن زاد على الثلثين أخذ ذلك الفضل في السنة الثالثة إلى تمام الدية بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أول من فرض العطاء وجعل الدية في ثلاث سنين الثلث في سنة والنصف في سنتين والثلثين في سنتين وقد ثبت باتفاق العلماء التأجيل في جميع الدية إلى ثلاث سنين وأنه يستوفى كل ثلث في سنة ولما ثبت التأجيل في ثلث الدية سنة واحدة ثبت في أبعاض ذلك الثلث مما يكون في معناه اعتبار للبعض بالكل وكذلك الثلث الثاني لما ثبت التأجيل في جميعه السنة الثانية فكذلك في أبعاضه قال ودية أهل الذمة من أهل الكتاب وغيرهم مثل دية المسلمين رجالهم ورجالهم ونسأؤهم كنسأؤهم وكذلك جراحاتهم وجنایاتهم بينهم وما دون النفس في ذلك سواء فإن كانت لهم معاقل يتعاقلون على عواقلهم وإن لم يكن لهم معاقل وفى مال الجاني وهذا لأنهم بعقد الذمة التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات فيثبت فيما بينهم من الحكمة ما هو ثابت بين المسلمين وديتهم مثل دية أحرار المسلمين عندنا وقال مالك دية الكتابى على النصف من دية المسلم وهو أحد قولى الشافعي وقال في قول آخر دية الكتابى على الثلث من دية المسلم ودية المجوسى ثمانمائة درهم استدلالاً بالآيات الدالة على نفي المساواة بين المسلمين والكفار لقوله تعالى لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة ولقوله أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون وقال عليه السلام المسلمون تتكافؤ دماءهم فدل أن دماء غيرهم لا تكافئ دماءهم وفي حديث سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام قضى في دية الكتابى بثلث دية المسلم وفى رواية بنصف دية المسلم وعن عمر أنه قضى في دية المجوسى بثمانمائة درهم ولأن

[85]

انتقصت بصفة الانوثة لنقصان دين النساء كما وصفهن به رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله انهن ناقصات عقل ودين وتأثير عدم الدين فوق تأثير نقصان الدين يدل عليه ان بدل النفس ينتقص بالرق والرق أثر من آثار الكفر وأثر الشيء دون أصله فلان ينتقص بأصل الكفر كان أولى ويتفاحش النقصان إذا انضم إلى كفره عدم الكتاب نسبة فتناهى النقصان نسبة حتى لا يوجب إلا ما قضى به عمر رضى الله عنه وهو ثمانمائة درهم * وحثنا في ذلك قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله والمراد منه ما هو المراد من قوله في قتل المؤمن ودية مسلمة إلى أهله وفي حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ودى العامر بين اللذين قتلها عمرو بن أمية الضمري وكانا مستأمنين عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية حرين مسلمين وقال عليه السلام دية كل ذى عمد في عمده ألف دينار وعن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما انهما قالوا دية الذمي مثل دية الحر المسلم وقال على رضى الله عنه انما أعطيناهم الدمة وبذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وما نقلوا فيه من الآثار بخلاف هذا لا يكاد يصح فقد روى عن معمر رضى الله عنه قال سألت الزهري عن دية الذمي فقال مثل دية المسلم فقلت ان سعيدا يروى بخلاف ذلك قال ارجع إلى قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله فهذا بيان أن الرواية الشاذة لا تقبل فيما يدل على نسخ الكتاب ثم تأويله انه قضى بثلث الدية في سنة واحدة فظن الراوى أن ذلك جميع ما قضى به وعند تعارض الاخبار يترجح المثبت للزيادة وقوله المسلمون تكافأ دماؤهم لا يدل على أن دماء غيرهم لا تكافئهم فتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه والمراد بالآثار نفي المساواة بينهما في أحكام الآخرة دون أحكام الدنيا فانا نرى المساواة بيننا وبينهم في بعض أحكام الدنيا ولا يجوز أن يقع الخلف في خبر الله تعالى والكلام من حيث المعنى في المسألة من وجهين أحدهما ان أهل الدمة يستوون بالمسلمين في صفة المالكية فيستوون بهم في الدية كالفساق مع العدول وهذا لان نقصان الدية باعتبار نقصان المالكية ولهذا تنصفت بالانوثة لتنصف المالكية فان المرأة أهل ملك المال دون ملك النكاح وانتقص عن ذلك بصفة الاجتنان في البطن لانه ليس بأهل للمالكية في الحال وان كان فيه عرضة أن يصير أهلا في الثاني وانتقص بنقصان الرق بخروجه من أن يكون أهلا للمالكية المال ومالكية النكاح بنفسه وهذا لان وجوب الدية لظهور خطر المحل وصيانتة عن الهدر وهذا الخطر

[86]

باعتبار صفة المالكية وبصفة المملوكية يصير متبدلا إذا ثبت هذا فنقول لا تأثير للكفر وعدم الكتاب في نقصان المالكية فتستوي دية الكافر بدية المسلم والثانى ان وجوب الدية باعتبار معنى الاحراز والاحراز يكون بالدار

لا بالدين والاحراز بالدين من حيث اعتقاد الحرمة وانما ظهر ذلك في حق من نعتقه دون مالا نعتقد فاما الاحراز بقوة أهل الدار فيظهر في حق أهل الكتاب وأهل الذمة ساووا المسلمين في الاحراز بالدار ولهذا يستوى بينهم وبين المسلمين في قيمة الاموال فكذلك في قيمة النفوس ولا يدخل عليه الاناث فانهم في الاحراز يساوين الذكور ولكن تنصف الدية في حقهن باعتبار نقصان المالكية ولانهن تباع في معنى الاحراز لان النصره لا تقوم بهن وقصدنا بالتسوية بين أهل الذمة والمسلمين وقد سوينا في حق الرجال والنساء جميعا وجنايات الصبي والمعتوه والمجنون عمدتها وخطؤها كلها على العاقلة إذا بلغت خمسمائة فان كانت أقل من خمسمائة ففي أموالهم لان ما دون الخمسمائة في معنى ضمان المال والاتلاف الموجب للمال يتحقق من هؤلاء كما يتحقق من العقلاء البالغين فأما الخمسمائة فصاعدا فهي على عاقلتهم العمد والخطأ في ذلك سواء بلغنا ان مجنوننا سعي على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فجعله على عاقلته وقال عمدته وخطؤه وسواء وهو على أحد قولي الشافعي وفي قوله الثاني قال عمدته عمد حتى تجب الدية عليه في ماله لان العمد لغه القصد لانه ضد الخطأ فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد الا انه يبنى على هذا القصد حكمان أحدهما القود والآخر الدية في ماله حالا والصبي ليس من أهل أحد الحكمين وهو العقوبة لان ذلك يبنى على الخطاب وهو غير مخاطب وهو من أهل الحكم الآخر وهو وجوب الضمان في ماله كما في غرامات الاموال فيلزمه ذلك بمنزلة فعل السرقة يتعلق به حكمان أحدهما عقوبة وهي القطع والصبي ليس بأهل له والآخر غرامة وهو الضمان والصبي أهل لذلك فيسوى بالبالغ * وحجتنا في ذلك ان العمد في باب القتل ما يكون محظورا محضا ولهذا علق الشرع به ما هو عقوبة محضة لقوله عليه السلام العمد قود وفعل الصبي لا بوصف بذلك لانه يبنى على الخطاب فلا يتحقق منه العمد شرعا في باب القتل والثاني ان العمد عبارة عن قصد معتبر في الاحكام شرعا فأصل القصد يتحقق من البهيمة ولا يوصف فعلها بالعمدية وقصد الصبي كذلك لانه غير صالح لبناء أحكام الشرع عليه فاعتبار قصده شرعا فيما ينفعه لا فيما يضره ولهذا كان عمدته بمنزلة الخطأ دون خطأ البالغ لان البالغ انعدم منه القصد مع

[87]

قيام الاهلية للقصد المعتبر شرعا وفي حق الصبي والمجنون انعدمت الاهلية لذلك ثم خطأ البالغ انما كان على عاقلته لمعنى النظر والتخفيف على القاتل بعذر الخطأ والصبي في ذلك أقوى من صفة الخطأ ولكون فعل الصبي دون خطأ البالغ في الحكم قلنا لا يلزمه الكفارة بالقتل ولا يحرم الميراث على ما يأتيك بيانه وإذا ضرب الرجل بطن المرأة فالقتل حينئذ ميتا فيه غرة عبد أو أمة يعدل ذلك بخمسمائة والغرة عند بعض أهل اللغة المملوك الابيض ومنه غرة الفرس وهو البياض الذي على جنبه ومنه قوله عليه السلام أمتي غرمحلون يوم القيامة وعند بعضهم الغرة الجيد يقال هو غرة القبيلة أي كبير أهلها ثم القياس في الجنين أحد شيئين إما ان لا يجب فيه شئ لانه لم تعرف حياته وفعل القتل لا يتحقق الا في محل هو حي والضمان بالشك لا يجب ولا يقال الظاهر انه حي أو معد للحياة لان الظاهر حجة لدفع الاستحقاق دون الاستحقاق به وبهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان تمكن فيها نقصان وان لم يتمكن لا يجب شئ والقياس ان يجب كمال الدية لان الضارب منع حدوث منفعة الحياة فيه فيكون كالمزهق للحياة فيما يلزمه من البدل كولد المغرور فانه

حر بالقيمة لهذا المعنى وهو انه منع حدوث الرق فيه ثم الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كالحى في ايجاب الضمان بانلاقه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره ولكننا تركنا القياس بالسنة وهو حديث حمل بن مالك كما روينا وروى ان عمر رضى الله عنه خوصم إليه في املاص المرأة فقال أنشدكم بالله هل سمع أحد منكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيئاً فقدم المغيرة بن شعبة وروى حديث الضرتين فقال عمر من يشهد معك فشهد معه محمد بن سلمة بمثل ذلك فقال عمر رضى الله عنه لقد كدنا أن نقضى ما رأينا فيما فيه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قضى بالغرة وعن عبد الرحمن بن فليح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عيد أو أمة قيمته خمسمائة ثم هذه الآثار دليل لنا على ان الدية تنقدر بعشرة آلاف لان بدل الجنين بالاتفاق نصف عشر الدية وقد قدر ذلك بخمسمائة فعرفنا أن جميع الدية عشرة آلاف وفيه دليل على ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة ثبوتاً صحيحاً بل باعتبار صفة المالية لانه كما أوجب في الجنين عبداً أو أمة نص على مقدار المالية وهو خمسمائة وفيه دليل ان الواجب بدل نفس الجنين وان الاصل في الابدال المقدره النفوس وان ما يجب في بدل الجنين بمنزلة ما يجب في بدل المنفصل حيا لانه قضى بذلك على العاقلة

[88]

ولهذا قال عامة العلماء ان بدل الجنين يكون موروثاً عنه لورثته الا ان الضارب ان كان أباه لم يرث شيئاً لانه قاتل وقال الليث بن سعد يكون لامه لانه في حكم جزء من أجزائها والدليل عليه انه يكون مؤجلاً في سنة وبدل الطرف هو الذى يتأجل في سنة وأما بدل النفس وفيكون في ثلاث سنين قل أو كثر كما لو اشترك عشرون رجلاً في قتل رجل يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث * سنين وحجتنا في ذلك قوله عليه السلام دوه أي أدوا ديته فقد جعله في حكم النفوس وسمى الواجب في بدله دية وهو اسم لبذل النفس والدليل عليه أن بدل الجزء لا يجب بدون بقاء النقصان حتى لو قلع سناً فنبت مكانه سن أخرى لم يجب شيئاً وهاهنا يجب بدل الجنين وان لم يكن في الام نقصان دل ان وجوبه باعتبار معنى النفسية وبدل النفس يكون موروثاً عن صاحبها وهى في الحقيقة نفس مودعة في الام حتى تنفصل عنها حية فالجناية عليها قبل الانفصال معتبرة بالجناية عليها بعد الانفصال الا انه من وجه نسبة الجزء فلا يثبت من التأجيل فيه الا القدر المتيقن به وعلى هذا الاصل قلنا لا تجب الكفارة على الضارب الا أن يتبرع بها احتياطاً هكذا نقل عن محمد رحمه الله وعند الشافعي تجب الكفارة لانه في حكم النفوس واتلاف النفس موجب الكفارة ولكننا نقول هو جزء من وجه واعتبار صفة الجزئية يمنع وجوب الكفارة ومع الشك لا تجب الكفارة ولكن اعتبار معنى الجزئية لا يمنع وجوب الضمان فأوجبنا الضمان وألحقناه في ذلك بالنفوس نم وجوب الكفارة بطريق السكر حيث سلم الشرع نفسه له فلم يلزمه القود بعدر الخطأ كما بينا وذلك لا يوجد ها هنا فاتلاف الجنين لا يوجب القصاص بحال فلماذا لا يلزمه الكفارة ومذهب الشافعي لا يستقر على شيئ في الجنين لانه يجعله في حكم الكفارة كالنفوس ثم يقول البدل الواجب فيه معتبر بامه لا بنفسه حتى يكون الواجب عشر بدل الام وعندنا هو معتبر بنفسه وانما تبين ذلك في جنين الامة فالواجب عندنا نصف عشر قيمته ان كان ذكراً وعشر قيمته ان كانت انثى وعند الشافعي الواجب عشر قيمة الام

ذكرنا كان أو أنثى قال لانه انم يجب البدل باعتبار معنى الجزئية دون النفسية (الأنثى) انه يتنصف بالانوثة وهذا لان اعتبار النفسية في الجنين ليس مبنى على سبب معلوم حقيقة فلا يجب المصير إليه عند الضرورة وذلك في حكم الكفارة لانها لا تجب باعتبار معنى الجزئية فأما في حكم البدل لا ضرورة فإيجابه ممكن باعتبار الجزئية وهى معلومة حقيقة فكان الواجب عشر دية الام إذا ثبت هذا في جنين الحرة فكذلك في جنين

[89]

الامة لان القيمة في حق المماليك كالدية في حق الاحرار وفيما ذهبتهم إليه تفضل الأنثى على الذكر في ضمان الجنائيات ولكننا نقول الجنين في حكم البدل بمنزلة النفوس حتى يكون بدله موروثا عنه وذلك يختص ببدل النفس وبدل النفس يعتبر بحال صاحب النفس والدليل عليه ان جنين أم الولد من المولى يجب فيه الغرة ولو كان الوجوب باعتبار صفة الام لم يجب لانها مملوكة وكذلك النصرانية إذا كانت في بطنها جنين من زوج مسلم فيضرب انسان بطنها يلزمه الغرة ولو كان المعتبر حالها لم يجب على أصله لان دية النصرانية عنده على الثلث من دية المسلم وكذلك لو كانت مجوسية وما في بطنها مسلم باسلام أبيه فثبت ان المعتبر حاله بنفسه الا انه يسوى بين الذكور والاناث لانه يتعذر في الجنين التمييز بين الذكر والأنثى خصوصا قبل أن يتم خلقه فان وجوب البدل لا يختص بما بعد تمام الخلقة وكما لا يجوز تفضل الأنثى على الذكر في ضمان الجنائيات لا تجوز التسوية باعتبار الأصل ثم جازت التسوية هاهنا باتلافاً فكذلك التفصيل وهذا لان الوجوب قطع التسوية لا باعتبار صفة المالكية لانه لامالكية في الجنين والأنثى في معنى النشو يسوى بالذكر وربما يكون الأنثى أسرع نشوا كما بعد الانفصال فلهذا جوزنا تفصيل الأنثى علي الذكر ثم وجوب البدل في جنين الامة قول أبى حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبى يوسف وعنه في رواية انه لا يجب إلا نقصان الام ان نمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب فيها شئ كما في جنين البهيمة ولكننا نقول وجوب بدل جنين الأدمية لتحقيق معنى الصيانة عن الهدر وجنين الامة في ذلك كجنين الحرة وهذا المسألة في الحقيقة تبنى على اختلافهم في ضمان الجنائيات على المماليك فان عند أبى يوسف هو بمنزلة ضمان المال يجب بالغاً ما بلغ وعند أبى حنيفة ومحمد هو بدل عن النفس ولهذا لا يزداد على مقدار الدية بحال على ما يأتيك بيانه وان خرج الجنين حيا بعد الضربة ثم مات ففيه الدية كاملة لانه لما انفصل حيا كان نفساً من كل وجه وقتل النفس المؤمنة يوجب الدية والكفارة قال الله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ولو قتلت الام ثم خرج الجنين بعد ذلك منها ميتاً ففي الام الدية ولا شئ في الجنين عندنا وعلي قول الشافعي تجب الغرة في الجنين لان في اتلاف الجنين لا فرق بين أن ينفصل ميتاً وهى حية أو وهى ميتة وقد تبين ان الضارب أتلف بفعله نفسين فيلزمه بدل كل واحد منهما ولكننا انما أوجبنا البدل في الجنين بالنص بخلاف القياس وورود النص به فيما إذا انفصل منها وهى حية لانه

[90]

قال فألفت جنينا ميتا وانما أضاف الالتقاء إليها إذا كانت حية فبقي ما إذا انفصل بعد موتها على أصل القياس ثم يتمكن الاشتباه في هلاكه إذا انفصل بعد موتها فربما كان ذلك بالضربة وربما كان بانحباس نفسه بهلاكها ومع اشتباه السبب لا يجب الضمان بخلاف ما إذا كانت حية حيي انفصل الجنين ميتا عنها ثم هذا على أصل أبي حنيفة ظاهر لأنه لا يجعل ذكاة الام ذكاة الجنين فكذلك لا يجعل قتل الام قتلا للجنين والشافعي جعل ذكاة الام ذكاة الجنين فكذلك يجعل قتل الام قتلا للجنين وأبو يوسف ومحمد قالا القياس ما قاله أبو حنيفة ولكننا تركنا ذلك في حكم الذكاة بالسنة ولان الذكاة تنبنى على الوسع فبقي القياس معتبرا في حكم القتل فلا يكون قتل الام قتلا للجنين وان كان في بطنها جنينان فخرج أحدهما قبل موتها وخرج الآخر بعد موتها وهما ميتان ففى الذي خرج قبل موتها خمسمائة درهم وليس في الذي خرج بعد موتها شئ اعتبارا لكل واحد منهما بمال لو كان وحده وهذا لأنه لا سبب لموت الذي خرج قبل موتها سوى الضربة واشتبه السبب في الذي خرج بعد موتها ومع اشتباه السبب لا يجب الضمان ثم الذي خرج قبل موتها ميتا لا يرث من دية أمه لان شرط التوريث بقاء الوارث حيا بعد موت المورث ولها ميراثها منه لأنها كانت حية بعد ما وجب بدل هذا الجنين بانفصاله ميتا فلها ميراثها منه وان كان الذي خرج بعد موتها خرج حيا ثم مات ففيه الدية أيضا لان الاشتباه زال حين انفصل حيا وقد مات بالضربة بعد ما صار نفسا من كل وجه فتجب فيه الدية كاملة وله ميراثه من دية أمه ومما ورثت أمه من أخيه وان لم يكن لأخيه أب حتى فله ميراثه من أخيه أيضا لأنه كان حيا بعد موتها فيكون له الميراث منهما ولا قصاص على الابوين والاجداد والجدات من قبل الآباء والامهات عندنا وقال مالك ان رمى الاب ولده بسيف أو سكين فقتله فلا قصاص عليه وان أخذه فذبحه فعليه القصاص لان وجوبا لقصاص باعتبار تغليب الجناية ولهذا اختص بالعمد وجناية الاب أغلظ من جناية الاجنبي لانها انضم إلى تعمده القتل بغير حق وارتكابه ما هو محظور مع قطيعة الرحم فإذا وجب القصاص على الاجنبي باعتبار تغليب جنايته فعلى الاب أولى وهو نظير من زنا بابنته فانه يلزمه من الحد ما يلزمه إذا زنا بالاجنبية لتغليب جنايته ها هنا بكونها محرمة عليه على التأبيد الا أن مع شبهة الخطأ لا يجب القود وعند الرمي يتمكن شبهة الخطأ فالظاهر انه قصد تأديبه لا قتله لان شفقة الابوة تمنعه من ذلك بخلاف الاجنبي فليس هناك بينهما ما يدل على الشفقة

[91]

فجعلنا الرمي من الاجنبي عمدا محضا فاما إذا أخذه فذبحه فليس ها هنا شبهة الخطأ بوجه والدليل عليه ان القصاص يجب على الابن بقتل أبيه فكذلك على الاب بقتل ابنه لان في القصاص معنى المساواة ومن ضرورة كون أحدهما مساويا للآخر أن يكون الآخر مساويا له وحجتنا في ذلك قوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده وقضى عمر بن الخطاب رضى الله في من قتل ابنه عمدا بالدية في ماله ومنهم من استدل بقوله عليه السلام أنت ومالك لا بيك فظاهر هذه الاضافة بوجوب كون الولد مملوكا لآبيه ثم حقيقة الملك تمنع وجوب القصاص كالمولى إذا قتل عبده فكذلك شبهة الملك باعتبار الظاهر وكان ينبغي باعتبار هذا الظاهر ان لا يلزمه الحد إذا زنا بها ولكن تركنا القياس في حكم الحد لان الحد محض حق الله تعالى وهو جزاء على ارتكاب ما هو حرام محض وبإضافة الولد إلى الوالد تزداد معنى الحرمة فلا يسقط الحد به ولهذا سقط الحد عنه إذا وطئ

جارية الابن لان اضافة الجارية إليه بالملكية وحقيقة الملك فيها توجب الحل بظاهر الاضافة ويوجب شبهة أيضا فاما حقيقة الملك في محل الحرمة لا يورث الحل فالاضافة لا تورث الشبهة * يوضحه ان الملك كما يبيح الوطئ يبيح الاقدام على القتل فان ولى الدم لما ملك نفس من عليه في حكم القصاص كان له أن يستوفى فالاضافة إليه بالملكية توجب شبهة في الفصلين فأما الملك في محل الحرمة فلا يوجب حل الوطئ فلا يصبر شبهة في اسقاط الحد والمعنى في المسألة ان القصاص يجب للمقتول أو لوليه علي سبيل الخلافة عنه والابن ليس من أهل أن يستوجب ذلك على أبيه وبدون الاهلية لا يثبت الحكم وبيان ذلك انه ليس للابن أن يقتل أباه شرعا بحال ابتداء سواء كان مشركا أو مرتدا أو زائنا وهو محض لان الاب كان سبب ايجاد الولد فلا يجوز للولد أن يكتسب سبب افئائه وفي وجوب القود عليه اتلاف حكما والمقصود منه الاستيفاء دون الوجوب بعينه وهذا لانه مأمور شرعا بالاحسان اليهما قال الله تعالى ووصينا الانسان بوالديه حسنا وعليه أن يصاحبهما بالمعروف وان كانا مشركين لقوله تعالى وان جاهداك علي أن تشرك بي وليسس القتل من الاحسان والمصاحبة بالمعروف في شئ فكل ذلك ثبت للوالد عليه شرعا ليعرف العاقل بحق الوالد عظيم حق الله تعالى فان الوالدين كانا سببين لوجوده وتربيته والله تعالى هو الخالق الرازق على الحقيقة فيعرف العاقل بهذا ان مراعاة حق الله أوجب عليه وإذا ثبت انه لا يجب القصاص علي الوالد بقتل الولد ثبت انه لا يجب

[92]

على الوالدة لان حقها أوجب فكذلك الاجداد والجدات من قبل الرجال والسناء لمعنى الولادة والحرية بينهم وبين المقتول فان كان بواسطة القصاص عقوبة تدرئ بالشبهات فعملت الشبهة فيه عمل الحقيقة بخلاف الولد إذا قتل والده فالولد ما كان سببا لا يجاد والده والولد يقابل ما عليه من مراعاة حرمة الوالد بضده فعليه القصاص وهو بمنزلة العبد إذا قتل مولاه يلزمه القصاص والمولي إذا قتل عبده لا يلزمه القصاص وان منع مالك هذا بغير الكلام فيه فنقول لو وجب القصاص انما يجب له كما لو قتله غيره ولا يجوز أن يجب له علي نفسه (ألا ترى) انه لو قتل عبده خطأ لم يجب عليه ضمان لانه لو قتله غيره كان الضمان للمولي فإذا قتله المولى لا يجوز أن يجب له علي نفسه ثم علي الآباء والاجداد الدية بقتل الابن عمدا في أموالهم في ثلاث سنين وقال الشافعي تجب الدية حالة وانما لا يعقله العاقلة لقوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا يعني الواجب بالعمد ثم قال الشافعي الاصل ان ضمان المتلف يكون علي المتلف في ماله حالا كسائر المتلفات الا ان التأجيل في الدية عند الخطأ ثبت للتخفيف علي الخاطئ وعلي عاقلته والعامد لا يستحق ذلك التخفيف فيكون الواجب عليه حالا (ألا ترى) ان الوجوب علي العاقلة لما كان للتخفيف علي القاتل بخلاف القياس لم يثبت ذلك في العمد وهذا لان وجوب الضمان بمعنى الجبران وحق صاحب النفس في نفسه كان ثابتا حالا فلا جبران في حقه الا ببدل هو حال ولان القود سقط شرعا إلى بدل فيكون ذلك البديل حالا كما لو سقط بالصلح علي مال وهذا علي أصله مستقيم فانه يجعل فعل الاب موجبا للقود علي ما نيينه * وحجتنا في ذلك ان هذا ما وجب بنفس القتل فيكون مؤجلا كما لو وجب بقتل الخطأ وشبه العمد وهذا لان المتلف ليس بمال وما ليس بمال لا يضمن بالمال أصلا وانما عرفنا تقوم النفس بالمال شرعا والشرع انما قوم النفس بدية مؤجلة في ثلاث سنين والمؤجل أنقص من الحال (ألا ترى) ان في العرف

يشترى الشيء بالنسيئة باكثر مما يشترى بالنقد فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع معنى وكما لا يجوز باعتبار صفة العمدية الزيادة في الدية على قدر الحال فكذلك لا يجوز اثبات الزيادة فيه وصفها وبهذا تبين ان التأجيل ليس لمعنى التخفيف على الخاطئ بل لان قيمة النفس شرعا دية مؤجلة بخلاف الايجاب على العاقلة لانه لافرق في قيمة النفوس بين أن تكون مستوفاة من العاقلة أو من القاتل فكان الايجاب على العاقلة لمعنى التخفيف على القاتل وهذا بخلاف المال الواجب بالصلح فان ذلك يجب بالعقد

[93]

ولهذا لا يتقدر بمقدار شرعا حتى لو وقع الصلح باكثر من الدية قدرا جاز فكذلك إذا التزمه بمطلق العقد يكون ذلك حالا بمنزلة الاعراض في سائر العقود وان كان الوالد قتل ولده خطأ فالدية على عاقلته وعليه الكفارة في الخطأ ولا كفارة عليه في العمد عندنا لان فعله محظور محض كفعل الاجنبي والمحظور المحض لا يصلح سببا لا يوجب الكفارة عندنا علي ما نبينه فان قيل فإين ذهب قولكم ان وجوب الكفارة بطريق السكر لما سلم الشرع له نفسه فاسقط القود عنه فقد وجد هذا المعنى هاهنا وقتلتم بانه لا تجب الكفارة قلنا اسقاط القود عنه شرعا متى كان بطريق العذر له والتخفيف عليه كان موجبا للكفارة وهاهنا امتناع وجوب القود عليه لانعدام الاهلية فيمن يجب له لا بطريق التخفيف والعذر للاب فيبقى فعله حراما محضا لا شبهة فيه فلا يكون موجبا للكفارة وكذلك ان كان المولى قتل مملوكه عمدا وكذلك ان كان الولد مملوكا لانسان فقتله أبوه عمدا فلا قصاص عليه لمولاه لان وجوب القصاص للمولى بطريق الخلافة عن المقتول فانه ينزل من المملوك منزلة وارث الحرمة فإذا اشترك الرجلان في قتل رجل أحدهما بعصا والآخر بحديدة فلا قصاص على واحد منهما هكذا نقل عن ابراهيم وهذا لان القتل بالعصا لا يصلح أن يكون موجبا للقصاص لان القصد به التأديب والآلة آلة التأديب فهو بمنزلة فعل الخاطئ والخاطئ والعامد إذا اشتركا في القتل لم يجب القصاص عليهما لانه اختلط الموجب بغير الموجب في المحل فقد انزهقت الروح عقيب فعيلين أحدهما ليس بسبب لوجوب العقوبة ولا يدري انه باى الفعلين أزهق الروح فيمكن التشبهة من هذا الوجه فالقصاص عقوبة تندري بالشبهات وبعد سقوط القصاص يجب المال فيتوزع عليهما نصفان وليس أحدهما باضافة القتل إليه باولى من الآخر ولا يقال ينبغي أن يضاف القتل إلى فعل من استعمل السلاح فيه لان السلاح آلة للقتل دون العصا وهذا لان الانسان قد يسلم من الجرح بالحديد ويتلف من الضرب بالعصا فهو بمنزلة ماله جرحه رجلان أحدهما جراحة واحدة والآخر عشرة جراحات فانه يجعل القتل مضافا اليهما على السواء لهذا المعنى ثم كل واحد منهما فيما لزمه من نصف الدية يجعل كالمنفرد به فنصف الدية على صاحب الحديد في ماله ونصفها على صاحب العصا علي عاقلته وكذلك لو قتلاه بسلاح وأحدهما صبي أو معتوه فلا قصاص عليهما عندنا وهو أحد قولي الشافعي وفي قوله الآخر يجب القود قياسا علي العاقل البالغ بناء علي قولين في عمد الصبي على ما بينا فاما الاب مع الاجنبي

أو المولى مع الاجنبي إذا اشتركا في قتل الولد والمملوك فلا قصاص على واحد منهما عندنا وقال الشافعي يجب القصاص على الاجنبي لانهما قاتلاه عمدا محضا مضمون فيجعل كل واحد منهما كالمنفرد به في حكم القصاص كالاجنبيين عفا عن أحدهما أو بسقوط القود عن أحدهما لمعنى يخصه لا يوجب سقوطه عن الآخر كالاجنبيين إذا عفا عن أحدهما وتفسير العمد من وجهين أحدهما انه عبارة عن فعل يترتب على قصد صحيح إليه وبالابوة والملك لا ينعدم القصد الصحيح إلى الفعل وهذا لان ضد العمد الخطأ فإذا كان الخطأ ما يكون عن غير قصد من الفاعل إليه بعينه عرفنا ان العمد ما يكون عن قصد وعلى هذا نقول يجب القصاص على شريك الصبي والمجنون لان للصبي والجمنون قصدا صحيحا فكان فعلهما عمدا وللعمد تفسير آخر في القتل شرعا وهو أنه محذور محض ليس فيه شبهة الاباحة لان المتعلق به شرعا العقوبة قال عليه السلام العمد قود ولا تجب العقوبة الاجزاء على فعل هو محذور محض وفعل الاب والمولى محذور محض ليس فيه شبهة الاباحة لان في حق الاب قد انضم إلى ارتكاب الفعل المحرم معنى قطعية الرحم وفي حق المولى انضم الي الفعل المحرم الاتيان بضدما أمر به من الاحسان إلى المماليك والقتل لا يحل بملك المالكية بحال فلا يتمكن بسببه شبهة فيه بمنزلة من شرب خمر نفسه يلزمه الحد لانه لا أثر للملك في اباحة شرب الخمر فلا يخرج الفعل باعتباره من أن يكون محظورا محضا وعلى هذا الطريق لا يجب القود علي شريك الصبي والمعتوه لان فعلهما لا يوصف بأنه محذور محض وفي الحقيقة الكلام ينبنى على أن فعل الاب موجب للقود عنده ثم سقط عنه القود بعفو الشرع منه عن الاب فلا يسقط عن الآخر لان عند أو ان السقوط أحد القاتلين متميز عن الآخر والدليل على ذلك ان سبب القود شرعا هو العمد وثبوت الحكم بثبوت السبب فإذا كانت الابوة لا توجب نقصانا في السبب لا يمنع ثبوت الحكم أيضا وانما لا يستوفى لكيلا يكون الولد سبب افناء الوالد بعد ان كان الوالد سبب ايجاده وهذا في حقيقة الاستيفاء دون الوجوب فيثبت الوجوب حكما للسبب ثم يتعذر الاستيفاء لهذا المعنى فيسقط شرعا والدليل عليه ان عندكم لا تجب الكفارة علي الوالد ولو لم يكن الفعل موجبا للقود لوجب الكفارة به وان الاب لو قتل ابنه عمدا كان الولد شهيدا لا يغسل وانما لا يغسل إذا كان القتل غير موجب للمال بنفسه وهذا بخلاف الخاطئ مع العامد لان فعل الخاطئ غير موجب فاختلط الموجب بغير الموجب في المحل فيمكن الشبهة لا تحاد المحل

يقرره ان الخطأ معنى في الفعل (ألا ترى) انه يوصف الفعل به فيقال قتل خطأ وقد اجتمع الفعلان في محل واحد فاما الابوة فمعنى في الفاعل (ألا ترى) ان الفاعل يوصف به فيقال أب قاتل فاجد الفاعلين متميز عن الآخر * وحثنا في ذلك ان هذا القتل ثم موجب للدية فلا يكون موجبا للقصاص كالخاطئ مع العامد إذا اشتركا وبيان الوصف أن الواجب على الاب بهذا الفعل الدية لا غير فانه هو الذي يستوفى منه وانما يراد بالوجوب الاستيفاء فإذا كان لا يستوفى منه الا الدية عرفنا انه موجب للدية والدليل علي أن وجوب الدية هو الحكم الاصلى في قتل الاب دون القصاص ان السبب لا ينعقد موجبا لحكمه الا في محل صالح له وبعد صلاحية المحل لا

يكون موجبا للحكم الابطاعبار الاهلية فيمن يجب له وفيمن يجب عليه (ألا ترى) ان الاتلاف كما لا يكون موجبا للضمان بدون محل صالح له وهو المال المتقوم لا يكون موجبا بدون الاهلية فيمن يجب له وفيمن يجب عليه حتى ان المسلم إذا أتلف مال مسلم لأمان له أو الحربى إذا أتلف مال المسلم لا يجب الضمان والبيع كما لا ينعقد شرعا الا في محل صالح لا ينعقد الا بعد وجوب الاهلية فيمن يباشره إذا عرفنا هذا فنقول العمدة موجب للقود بشرط الاهلية فيمن يجب له وعليه وذلك لا يوجد في قتل الصبي والمحنون لانعدام الاهلية فيمن تجب عليه العقوبة ولا في قتل الاب لانعدام الاهلية فيمن تجب له على ما بينا ان الولد لا يكون من أهل أن يجب له القتل على والده لان في الايجاب استحقاق نفسه شرعا وإذا لم يكن هو أهلا لمباشرة اتلافه حقيقة بصفة الاباحة لا يكون أهلا لا استحقاق اتلافه شرعا فلا يكون فعله موجبا للقصاص لانعدام الاهلية ولهذا كان موجبا الدية المغلظة في ماله لانه خرج من أن يكون موجبا للقود لانعدام الاهلية فيمن يجب له وذلك لا يوجد في الدية ولهذا لم يكن موجبا للكفارة لان انعدام وجوب القصاص لانعدام الاهلية فيمن تجب له الشبهة في أصل الفعل فلا يخرج من أن يكون محظورا و في غسله روايتان في احدى الروايتين عن أبى يوسف يغسل لان الغسل موجب للمال و في الرواية الاخرى لا يغسل لان امتناع وجوب القصاص لانعدام الاهلية فيمن تجب له وذلك لا يتعدى إلى حكم الغسل فان قيل هذا ممنوع فان الولد يرث القصاص على أبيه حتى يسقط وبدون الاهلية لا يجب الحق للوارث قلنا هذا فاسد لانه انما لم يكن أهلا لايجاب القود على الاب لما فيه من اتلافه حكما وهذا لا يوجد في الوارثة لان الاتلاف الحكمى كان ثابتا قبل أن يرثه الولد بل في ثبوت الارث للولد احياء

[96]

للاب حقيقة وحكما فانه يسقط القود إذا ورثه الابن ولا يسقط إذا لم يرثه وهو نظير الولد في أنه لا يسترق والده ثم يشتري والده المملوك فيعتق عليه والدليل عليه ان الابوة لو طرت على قصاص موجب أسقطته وإذا اقترنت بالنسب دفعت الوجوب بطريق الاولى لان تأثير الشئ في الحكم مقترنا بالسبب أقوى من تأثيره طارئا على السبب وإذا ثبت أن فعل الاب غير موجب عرفنا انه اختلط الموجب بغير الموجب في المحل فكان كالحاطئ مع العامد بخلاف ما إذا عفا عن أحد القاتلين وقوله الابوة معنى في الفاعل لا معتبر به فانه وان كان في الفاعل فقد تعدى إلى الفعل حتى أخرجه من أن يكون موجبا فهو نظير الخطأ في الفاعل بان رمى إلى انسان يظنه كافرا وهو مسلم فان الخطأ هاهنا باعتبار معنى في الفاعل ولكن لما تعدى إلى الفعل صار ذلك شبهة في حق شريكه في الفعل فكذلك هاهنا والدليل عليه أن مسلمين لو رميا إلى صيد أحدهما بسهم والآخر ببندقية لم يحل تناول الصيد وكذلك لو رمى مسلم ومجوسى إلى الصيد وفي أحد الموضوعين الحرمة باعتبار معنى في الفعل وفي الموضوع الآخر باعتبار معنى في الفاعل وهو كونه مجوسيا لكن لما تعدى إلى الفعل التحق بالمعنى الذى هو في الفعل في ايجاب الحرمة فهذا مثله ولو اشترك عشرة رهط في قتل رجل خطأ كانت الدية على عاقلتهم في ثلاث سنين لان وجوب الدية لصيانة المحل عن الهدر فالمحل واحد وبايجاب دية واحدة عليهم يتم معنى الصيانة ثم الواجب على كل واحد منهم جزء مما هو مؤجل في ثلاث سنين وهو بد النفس فهو بمنزلة مالو اشترى عشرة نفر شيئا بثمن مؤجل إلى ثلاث سنين فانه ثبت تمام الاجل في حق كل واحد منهم

وهذا لان كل ثلث من بدل النفس مؤجل في سنة والواجب على كل واحد منهم عشر كل ثلث الا أن يكون الواجب على بعضهم من الثلث الذي هو مؤجل إلى سنة أو من الثلث الثاني خاصة ولو أقر رجل بقتل خطأ أو شبه عمد كانت الدية عليه في ماله في ثلاث سنين لان العاقلة لا تعقل ما يجب بالاعتراف لقوله عليه السلام ولا اعترافا وهذا لان الاقرار خبر متمثل بين الصدق والكذب فانما يحمل على الصدق في حق المقر خاصة لانتهاء التهمة فاما في حق عاقلته فهو محمول على الكذب وله ولاية على نفسه في الالتزام قولاً دون عاقلته وكل جناية عمد فيما دون النفس لا يستطاع فيها القصاص أو شبه عمد فالارث في مال الجاني مغلظاً أما في العمد فلا يشكل وأما في شبه العمد فلان شبه العمد لا يتحقق فيما دون النفس وإنما يتحقق في النفس خاصة فان ذلك حكم ثابت بالنص وإنما ورد النص به في

[97]

حنيفة رحمه الله لا يكفي لان ذكر الصناعة ليس بشئ فقد يتحول الانسان من صناعة إلى صناعة فان كان قد عرفهم بالصلاح كتب بذلك وان لم عرفهم وأخبر بذلك عنهم كتب به لان المقصود اعلام عدالتهم للقاضي المكتوب إليه ليتمكن من القضاء بالقضاء يقع بشهادتهم وان حلاهم فحسن وان ترك التحلية لم يضر لان المقصود وهو التعريف قد حصل بذكر الاسم والنسب الا أنه إذا كان من رأى الكاتب أن يذكر التحلية فينبغي أن يذكر من ذلك ما لا يشينه ولا يعير به في الناس فينحرز عن ذكر ما يشينه وكذلك نوع غيبة فان أراد الذي جاء به من المكتوب إليه أن يكتب به إلى قاض آخر فعلة لان شهادة الشهود تثبت عنده بالكتاب فكانه تثبت بسماعه منهم وكما جوزنا الكتاب من القاضي الاول للحاجة فكذلك نجوزه من الثاني لان الخصم قد يهرب الي بلدة أخرى قبل قضاء المكتوب إليه بذلك عليه وإذا سمع القاضي شهادة الشهود وكتب بها الي قاض آخر فلم يخرج الكتاب من يده حتى حضر المدعى عليه لم يحكم بذلك عليه لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء كشاهد الفرع إذا استقصى بعد ما شهد الاصليان عنده وأشهداه على شهادتهما لم يجر له أن يقضي بذلك وهذا لان جواز القضاء بالبينة والذي سمع شهادة لا بينة فالبينة ما يحصل البيان بها ولا يكون ذلك الا بمحضر من الخصم بعد انكاره أو سكوته القائم مقام انكاره فان أعاد المدعى تلك البينة بمحضر من الخصم فالآن يقضي له بها لان شرط قبول البينة للقضاء انكار الخصم وقد وجد ذلك حين أعادها وما تقدم من الاداء وجوده كعدمه وإذا وصل الكتاب إلى المكتوب إليه وقرأه بحضور الخصم وشهد الشهود على الختم وما فيه وهو مما يختلف فيه الفقهاء لم ينفذه المكتوب إليه الا أن يكون من رأيه لان الاول لم يحكم به وإنما نقل الشهادة بكتابه إلى مجلسه فلا يحكم به الا إذا كان ذلك من رأيه كما إذا شهد الفروع عنده علي شهادة الاصول وهذا بخلاف ما إذا كان الاول قد قضى به وأعطى الخصم سجلاً فالثاني ينفذ ذلك وان لم يكن من رأيه لان قضاء القاضي في المجتهدات نافذ (ألا ترى) أنه ليس للاول أن يبطل قضاءه وان تحول رأيه فكذلك ليس للثاني أن يبطل ذلك فأما في الكتاب الاول ما قضى بشئ (ألا ترى) أن له أن يبطل كتابه قبل أن يبعث به إلى الثاني وان الخصم لو حضر مجلسه لم يلزمه من ذلك شيئاً فكذلك الثاني لا ينفذ كتابه الا أن يكون ذلك من رأيه ولا يقبل كتاب القاضي في شئ من الحدود والقصاص لان ذلك مما يندري بالشبهات

الشرع ما أمرنا بالانتظار اضراراً بالمضروب فلو لم يقبل قوله فيما يظهر في ذلك المحل أنه حادث بتلك الضربة لرجع ذلك إلى الاضرار به ولو شج رجلاً موضحة فصارت منقلة فقال المضروب صارت منقلة من ذلك وقال الضارب حدثت فيها من غير فعل أحد فالقول قول الضارب بخلاف السن على طريقة الاستحسان لأن هاهنا فعل المضارب إنما عمل في اللحم دون العظم والمنقلة ما يكون عاملاً في العظم فالضارب ينكر فعله في هذا المحل والظاهر يشهد له لأن الفعل في المحل لا يؤثر فعلاً آخر إلا نادراً فاما في الأول فانما اسودت السن التي حلت الضربة بها فالظاهر شاهد للمضروب هناك وإذا قلع الرجل سن رجل أو صبي ثم نبتت فلا شيء على القالع لأنه لم يبق لفعله أثر وعن أبي يوسف رحمه الله قال يلزمه حكومة عدل باعتبار الألم الذي لحقه وكذلك الطفر إذا قلعه فنبت فليس فيه حكومة عدل ولا إرش لأنه لم يبق فيه أثر وإن نبتت السن سوداء ففيها إرش كامل لأن الثابتة قائمة مقام المقلوعة فكان الأولى باقية قد اسودت وإن نبت الطفر أغور ومتغيراً ففيه حكومة عدل بمنزلة الأول لو أغور بالضربة أو تغير وهذا لأنه ليس في الطفر منفعة مقصودة وإنما يكون فيه مجرد الجمال فإذا اسود أو تغير ينتقص معنى الجمال ولا يكون السواد في الطفر دليل موت الطفر (ألا ترى) أن في أنواع بني آدم من يكون طفرهم أسود خلقه حتى قالوا إذا كان المضروب من ذلك النوع ينبغي أن لا يجب شيء لأنه لا ينتقص في حقه معنى الجمال قال وإذا قلع الرجل سن رجل خطأ فأخذ المقلوع سنه فأثبتها مكانها فثبتت فعلى القالع إرشها لأنها وإن ثبتت لا تصيرها كما كانت (ألا ترى) أنها لا تتصل بعروقها ولهذا جعل محمد رحمه الله تلك السن كالميتة حتى قال إذا كانت أكثر من قدر الدرهم لا تجوز صلاته معها و فرق أبو يوسف رحمه الله بين ما إذا أثبت في موضعها سن نفسه أو سن غيره في حكم جواز الصلاة وقال بينهما فرق ولا يحضرني وكذلك الأذن إذا أعادها إلى مكانها لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه في الأصل وإن التصقت فأما إذا أبيضت العين من ضربة رجل ثم ذهب البياض منها فأبصر فليس على الضارب شيء لأنه عاد إلى ما كان عليه في الأصل ولم يبق إلا الألم الذي لحقه بالضربة وباعتبارها لا يجب شيء وإنما يجب باعتبار الأثر في المحل ولم يبق ولو شج موضحة خطأ فسقط منها شعر رأسه كله فلم يثبت فعلى عاقلته الدية تامة لافساد المنبت ويدخل إرش الشجة في ذلك عندنا وقال زفر رحمه الله لا يدخل لأن الشجة موجبة للضمان بنفسها وكذلك افساد منبت الشعر جنابة على حدة ولا

تدخل في إرش الجنابات فيما دون النفس ولكننا نقول وجوب إرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر دليل أنه لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى كما كان لا يجب شيء وإذا وجب كمال بدل النفس باعتبار ذهاب الشعر لا يجب ما دونه باعتباره أيضاً فإن كان ذهب من الشعر بعضه فعلى الجاني الأكثر من إرش الشعر ومن إرش الشجة ويدخل الأقل في ذلك لأن إيجاب الأكثر يتحقق باعتبار السبب معنى كما بينا وكذلك إن كان في الحاجب فإن الموضحة في الوجه والرأس سواء والأمة لا تكون إلا في

الرأس أو الموضع الذى يتصل بالدماغ من الوجه والجائفة لا تكون الا في الظهر والبطن والجنب أو في الموضع الذى يتصل بالجوف حتى لو جرحه بين ذكره ودبره جراحة وأصلة إلى جوفه تكون جائفة فأما في الفخذ والعضد فلا تتحقق الجائفة وكذلك في العنق وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله قال إذا وصلت الجراحة إلى موضع يحصل الفطر للصائم بوصول المقطر إليه تكون جائفة وان كان لا يحصل له الفطر بوصول المقطر إليه لا تكون جائفة ولو شجه فذهب من ذلك عقله فانه يلزمه الدية باعتبار ذهاب العقل ويدخل فيه ارش الموضحة عندنا وعلي قول الحسن رضى الله عنه لا يدخل لاختلاف محل الجنابة فان محل الموضحة غير محل العقل بخلاف الشعر مع الموضحة ولكننا نقول ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهايم فيكون بمنزلة الموت ولو شجه موضحة فمات من ذلك لزمه كمال الدية ودخل فيه ارش الشجة فأما إذا ذهب من الشجة سمعه أو بصره أو كلامه يلزمه الدية باعتبار هذه الاشياء ولا يدخل ارش الشجة في ذلك الا في رواية عن أبى يوسف رحمه الله قال وفي السمع والكلام يدخل ارش الشجة في الدية وفي البصر لا يدخل لان البصر ظاهر كالموضحة فقد يباين المحل حقيقة وحكما فأما السمع والكلام فمعنى باطن بمنزلة العقل فكما يدخل ارش الموضحة في الدية الواجبة باذهاب العقل فكذلك فيما تجب باذهاب السمع والكلام ولكننا نقول محل السمع غير محل الشجة وكذلك محل الكلام وينفويتهما لا تتبدل النفس وانما تجب الدية لتفويت منفعة مقصودة منهما فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجة فان ذهب بالشجة العقل والسمع والكلام والبصر فانه يجب عليه أربع ديات وقد روينا عن عمر رضى الله عنه انه قضى على رجل بأربع ديات والمجنبي عليه حي * فان قيل كيف يستقيم هذا ولو مات من الشجة لا يلزمه الدية واحدة وبموته فانت هذه المنافع ثم لم يلزمه الدية واحدة فيفوات هذه

[100]

قد ذكروا أكثر الحدود واقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع ثم مقدار الطول بذكر الحدين صار معلوما ومقدار العرض بذكر أحد الحدين بعد اعلام الطول يصير معلوما أيضا وقد تكون الارض مثلثة لها ثلاثة حدود فإذا كانت بهذه الصفة فلا خلاف أنه يكتفى بذكر الحدود الثلاثة وهذا بخلاف ما إذا غلطوا في ذكر أحد الحدود لان المشهود به بما ذكروا صار شيئا آخر والفرق ظاهر بين المسكوت عنه وما إذا خالفوا في ذكره كما إذا ادعي شراء شئ بثمن منقود فان الشهادة على ذلك تقبل وان سكت الشهود عن ذكر جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل الشهادة فهذا مثله وان لم يحدوها ونسبوها إلى اسم معروف لم يجز ذلك في قول أبى حنيفة رحمه الله وجاز في قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان التعريف بالشهرة كالتعريف بذكر الحدود أو أبلغ وذكر الحدود في العقارات كذكر الاسم والنسب في الأدمى ثم هناك الشهرة تغنى عن ذكر الاسم والنسب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالشهرة يصير موضع الاصل معلوما فاما مقدار المشهود به لا يصير معلوما الا بذكر الحدود وجهالة المقدار تمنع من القضاء ومعنى هذا ان الدار المشهودة قد يزداد فيها وينقص منها ولا تتغير الشهرة بذلك بخلاف الأدمى فانه لا يزداد فيها ولا ينقص منه والحاجة هناك إلى اعلام أصله وبالشهرة يصر معلوما ولو جاء بكتاب قاض أن لفلان على فلان السدى عبد فلان بن فلان الفلاني كذا كذا أجرته لان المملوك يعرف بالنسبة إلى مالكة فالنسبة إلى الاب والقبيلة تتعطل بالرق وانما ينسب إلى مالكة (ألا ترى) ان الولاية على المملوك لمالكة دون أبيه

فإذا نسبه إلى مالك معروف بالشهرة أو بذكر الاسم والنسب فقد تم تعريفه بذلك وكذلك ان نسب العبد إلى عمل أو تجارة يعرف بها فالتعريف في الحر يحصل بذلك في ظاهر الرواية فكذلك في العبد وان جاء بالكتاب ان العبد له لم يحز ذلك وهما في القياس سواء وقد بينا هذه المسألة في كتاب الأبق ما يقبل فيه كتاب القاضى وما لا يقبل (قال) وقال محمد رحمه الله لا يجوز عندنا كتاب القضاة في شئ بعينه لا في العقار فانه لا يتحول عن موضعه فاما فيما سوى ذلك من الاعيان لا يقبل كتاب القاضى إلى القاضى لان الاشارة إلى عينه عند الدعوى والشهادة شرط ولهذا لا بد من احضاره بمجلس القضاء وإذا أتى كتاب القاضى الي القاضى وليس عليه عنوان وهو مختوم بخاتمه فشهدت الشهود أنه كتابه إليه وخاتمه فانه يفتحه لانه لو كان علي ظهره عنوان فيه لا يصير معلوما محكوما أنه كتاب القاضى إليه وانما يصير معلوما

[101]

المحلان من نفس واحدة في معنى نفسين فكما أنه إذا قطع يد انسان فأصاب السكين يد آخر فقطع يده يجب الارش للثاني والقصاص للاول فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذه جناية وسرايتها وقد تعذر ايجاب القصاص باعتبار سرايتها فلا يجب القصاص باعتبار أصلها كما لو قطع مفصلا فشلت الاصبع وهذا لان السراية أثر الجناية وهو مع أصل الجناية في حكم فعل واحد فالدليل على أنه سرايتان أن فعله أثر في نفس واحدة والسراية عبارة عن الام تتعاقب من الجناية على البدن وذلك يتحقق في نفس واحدة في موضعين منها كما يتحقق في الطرف مع أصل النفس إذا مات من الجناية بخلاف النفسين فان الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجناية الاولى إذ لا تتصور السراية من نفس إلى نفس فلا بد من أن يجعل ذلك في حكم فعل على حدة وهو خطأ ثم يعتبر حكم كل فعل بنفسه والدليل عليه أن منفعة كل أصبع تتصل بمنفعة الاخرى كما ان منفعة الاصابع تتصل بمنفعة الكف وكذلك هذا في اليدين من نفس واحدة بخلاف النفسين فلا اتصال لمنفعة احدهما بالاخرى وذكر في الجامع الصغير أنه لو شجه موضحة عمدا فذهب من ذلك بصره فلا قصاص عليه في الموضحة عند أبى حنيفة رحمه الله ولكن عليه الارش فيهما ونقل عن أبى يوسف ومحمد أن عليه القصاص في الموضحة والدية في البصر وهو نظير ما بينا وقد روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله في هذا الفصل أنه يجب القصاص فيهما لان اذهاب البصر عمدا يوجب القصاص وقد بينا ان سراية الفعل لا تخالف أصل الفعل في الصفة بخلاف الشلل فان الشلل غير موجب للقصاص فعلى هذه الرواية عن محمد لو قطع أصبعا منه عمدا فقطعت أصبع أخرى يجب القصاص فيها أيضا بخلاف ما إذا شلت أخرى لان في تفويت أصل الاصبعين عمدا القصاص والسراية بصفة أصل الفعل وليس في تفويت المنفعة بالشلل قصاص فمن هذا الوجه يقع الفرق ولو شجه موضحة فصارت منقلة أو كسر بعض سنه فاسود ما بقى أو قطع الكف فشل الساعد فلا قصاص في شئ من ذلك لان محل السراية هاهنا متصل بمحل الجناية فكان الفعل واحدا حقيقة وحكما وباعتبار ماله يتعذر ايجاب القصاص إذ لا قصاص في كسر العظم وسواد السن والشلل وقبل يلزمه الارش في جميع ذلك وإذا شجه منقلة عمدا وهو من أهل الابل غلط عليه في الاسنان فجعل عليه عشر من الابل ارباعا في قول أبى حنيفة وأبى يوسف وكذلك على هذا القياس في الأمة وغيرها اعتبار للجزء بالكل فان صفة التعليل

ثابتة في جميع الدية باعتبار صفة العمدية فثبت في ابعاضها وان كان ذلك خطأ وجب الارش اخماسا اعتبارا للبعض بالكل الا ان في العمد تجب في ماله وفي الخطأ يجب على عاقلته إذا بلغ الواجب ارش الموضحة وكذلك ينبغي على طريقة القياس منها دون ارش الموضحة ان يكون على العاقلة وبالقياس أخذ الشافعي رضي الله عنه لانه اعتبر الجزء بالكل واعتبر ضمان اتلاف النفس بضمن اتلاف المال فانه لا فرق فيه بين القليل والكثير في حق من يجب عليه ولكننا استحسنا فجعلنا ما دون ارش الموضحة عليه في ماله لما روينا من الاثر فيه وإذا كان القاتل خطأ من أهل الابل فصالح على أكثر من عشرة آلاف درهم أو أكثر من ألف دينار نقدا أو نسيئة لم يجر أن يعطى أكثر من الدية لان مقدار الواجب من الدية ثابت بالنص فلا تجوز الزيادة عليه لما في الصلح على الزيادة من معنى الربا وبان كان القاتل من أهل الابل لا تخرج الدراهم والدنانير من أن تكون أصلا في الدية في حقه وعند الصلح على الدراهم يجعل كأنهما عينا الدراهم أولا ثم صالحه على أكثر من ذلك فيكون ربا وكذلك لو كان من أهل الورق فصالح على أكثر من ألف دينار أو أكثر من مائة من الابل فالصلح باطل لان عند الاتفاق على أحد الاصناف يتعين ذلك الصنف الواجب منه مقدر شرعا فالزيادة عليه تكون ربا فأما في العمد الموجب للقود إذا أوقع الصلح على أكثر من الدية يجوز عندنا وفي أحد قولي الشافعي لا يجوز بناء على ما تقدم أن في أحد قوليه الواجب في العمد أحد شيئين يتعين ذلك باختيار الولي وإذا اختار الدية وهي مقدره شرعا لا تجوز الزيادة عليها بطريق الصلح وعندنا الواجب هو القود لا غير فالمال الذي يلتزمه يكون عوضا عن القود ولا ربا بين ما ليس بمال وبين ما هو مال والدليل على جواز هذا الصلح ما روى أن فارسا من فرسان المسلمين قتل رجلا فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص فلما خرج ليقتل رأت الصحابة الكراهة في وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجوا وصالحوا أولياء القاتل على ديتين دية يعطيها القاتل ودية يتبرع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بادائها فسر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو صالحه في الخطأ أو العمد على خمسين من الابل جاز أما في العمد فلا يشكل وفي الخطأ لانه أسقط بعض الواجب ولو أسقط الكل بالعفو لجاز فكذلك إذا أسقط البعض وكذلك لو صالحه على خمسمائة دينار قبل أن يقضى عليه بالدراهم وقال انما صالحتك عن الدية على ذلك فهو جائز بطريق الاسقاط كأنهما عينا الدنانير ثم أسقط عنه النصف ورضى بالنصف

ويكون الباقي مؤجلا في ثلاث سنين سواء ذكر الاجل أو لم يذكره أما إذا لم يذكر الاجل فلان هذا الصلح ابراء عن البعض وليس فيه تعرض لما بقى فيبقى ما بقى على الوجه الذي كان عليه الكل في الابتداء وهو أنه مؤجل في ثلاث سنين وكذلك ان شرط الاجل فيما بقى من ثلاث سنين لان هذا الشرط يقرر مقتضى مطلق العقد ولا يقال هذا في معنى نسيئة بنسيئة لان ذلك عند تمكن المبادلة ولا مبادلة هاهنا انما هو اسقاط نصف الواجب فقط فأما إذا كان من أهل الابل فقضى عليه بالابل فصالحه من ذلك على

شئ من العروض أو الحيوان بعينه بعد أن لا يكون مما فرض عليه الدية كان جائزا وإن كان أكثر من الدية أضعافا وبأخذه حالا لان هذا استبدال بدين لا يستحق قبضه في المجلس ولا هو في حكم المبيع فيكون ذلك صحيحا وينفس الاستبدال يملكه عينا والاجل في العين لا يتحقق وكذلك لو كان من أهل الورق أو الذهب فقضى عليه بشئ من ذلك ثم صالحه على عين من جنس آخر جاز وإن جعل لما وقع عليه الصلح أجلا بان صالحه على طعام موصوف في الذمة مؤجل لا يجوز لانه بدل عما قضى عليه به من الدراهم أو الدينانير فيكون هذا شراء دين بدين وذلك حرام وكذلك ان قضى عليه بدراهم ثم صالحه على دينانير بعينها أكثر من ألف دينار أو أقل من ألف دينار يجوز بعد أن يقبض ذلك في المجلس وإن صالحه على دينانير مؤجلة لا يجوز لانه صرف ولانه دين بدين وإذا أقر الرجل أنه قتل رجلا خطأ وادعى عليه العمد فله الدية في ماله استحسانا وفي القياس لا شئ له وهو قول زفر رحمه الله وجه القياس أن الولي ادعى عليه القود وهو منكر وهو أقر له بالمال وقد كذب الولي في ذلك فلا يجب شئ (ألا ترى) انه لو أقر بالعمد وادعى الولي الخطأ لم يجب شئ فكذلك هاهنا وجه الاستحسان أن الولي يتمكن من أخذ المال الذي أقر له به القاتل مع اصراره على دعواه بان يقول حقي في القصاص ولكنه طلب مني ان أخذ المال عوضا عن القصاص وذلك جائز فعرفنا أنه ما صار مكذبا له فيما أقر به فاما إذا ادعى الولي الخطأ وأقر القاتل بالعمد فان الولي لا يمكنه أن يأخذ المال لان القاتل يجحد موجب ذلك ولا يمكنه ان يأخذ القصاص مع اصراره على الدعوى لان استيفاء القصاص عوض عن المال * يوضح الفرق ان الولي حين ادعى العمد فقد ادعى أصل القتل والصفة والمقر بالخطأ صدقه فيما ادعى من أصل القتل وجحد ما ادعى من صفة العمدية فلا يعتبر تصديقه في أصل القتل بعد ما كذبه في الصفة لان موجب الاصل الذي صدقه فيه يخالف موجب الاصل بالصفة التي

[104]

كذبه فيها وكذلك هذا الحكم فيما دون النفس مما يجب في العمد منه القصاص وإذا قتل النائم انسانا بان سقط عليه أو كان بيده شئ فضربه وهو نائم فعلى عاقلته الدية وعليه الكفارة قال وهذا خطأ وقد بينا أنه في معنى الخطأ في الحكم دون الخطأ حقيقة فان النائم ليس من أهل القصد أصلا الا أنه أوجب عليه الكفارة وجعله محروما من الميراث لتوهم ان يكون تناوم ولم يكن نائما حقيقة وهذا معتبر في حرمان الارث واما الكفارة فلتركه التحرز في موضع يتوهم أن يصير قاتلا لانسان في نومه بهذه الطريق وقد بينا ان الكفارة في الخطأ انما وجبت لترك التحرز والله أعلم بالصواب (باب الشهادة في الديات) (قال رحمه الله) وإذا شهد شاهدان على رجل بالقتل خطأ وشهد الآخر على اقرار القاتل بذلك فهذا باطل لانهما اختلفا في المشهود به فان أحدهما شهد بفعل والآخر بقول والقول غير الفعل وواحد منهما لا يثبت عند القاضى الا باتفاق الشاهدين عليه وكذلك لو شهدا على القتل واختلفا في الوقت أو المكان فان الشهادة لا تقبل لان الفعل لا يحتمل التكرار خصوصا القتل في محل واحد فكل واحد منهما يشهد بفعل غير ما يشهد به صاحبه وذلك يمنع قبول الشهادة كشهود العصب إذا اختلفوا في المكان والزمان ثم هاهنا القاضى يوقن بكذب أحدهما لانه بعد ما قبل في يوم وفي مكان لا يتصور أن يقبله في مكان آخر في يوم آخر وبعد ما تيقن القاضى بكذب الشاهد لا يجوز له أن يقضى بشهادته وكذلك لو اختلفا فيما قتله به فقال أحدهما كان بحجر

وقال الآخر بعضا لانهما اختلفا في المشهود به فالقتل بالحجر غير القتل
بالعصا حقيقة وان كان حكمهما واحدا وكذلك لو قال أحدهما قتله عمدا
وقال الآخر قتله خطأ فقد اختلفا في المشهود به لان الخطأ غير العمد
وحكمهما مختلف وكذلك لو قال أحدهما قتله بعضا وقال الآخر لا أحفظ
الذى كان به القتل لان الذى قال لا أحفظ ضيع بعض شهادته ولانه شاهد
بفعل غير الفعل الذى شهد به صاحبه (ألا ترى) أنه يتمكن من أن يبين أنه
قتله بالسلاح ولا يكون هذا البيان منه مخالفا لاول كلامه ولو قال الآخر
مثل ذلك كان مناقضا في كلامه فعرفنا أنه شاهد بفعل غير الفعل الذى
شهد به صاحبه فلا تقبل الشهادة وان قال جميعا لا ندرى بم قتله فهو مثل
الاول في القياس لانهما أقرأ أنهما ضيعا شهادتهما

[105]

ولان شرط قبول الشهادة اتفاقهما على فعل واحد ولا يكون ذلك الا بان
يتفقا على آلة واحدة لان الفعل بدون الآلة لا يتحقق واتفاقهما على آلة
واحدة لا يثبت بدون التنصيص فأما إذا قال لا ندرى فيهذا اللفظ لا يثبت
الاتفاق على آلة واحدة لجواز أنهما إذا بين كل واحد منهما ولم يكن بيانه
ذلك مخالفا لاول كلامه والمحمتم لا يثبت الا بحجة ولكننا نستحسن أن نجيز
شهادتهما ونوجب عليه الدية في ماله لان الشرط اتفاقهما فيما صرحا به
في شهادتهما وذلك أصل القتل وقد ثبت بنص لاحتمال فيه وأصل القتل
موجب للدية فاتفاقهما عليه يكون اتفقا على هذا الموجب فأما القصاص
فانما يجب باعتبار صفة العمدية ولم يتعرض الشهود لذلك وباختلاف الآلة
انما يختلف حكم القصاص فتوهم اختلاف الآلة انما يعتبر في المنع من
الحكم بالقصاص لا في المنع من الحكم بالمال فانه لا أثر لاختلاف الآلة في
ذلك ولكن الدية هنا في ماله لان في تحمل العاقلة عنه معنى الشك
والاحتمال فانه إذا كان عمدا لاتتحملها العاقلة ومع الشك يتعذر ايجابها
على العاقلة فكانت في ماله * يوضحه ان الطاهر ان الشاهد بن عرفا الآلة
وان الفعل كان عمدا بسلاح لانهما شهدا بقتل مطلق والفعل المطلق
يكون بالته وآلة القتل السلاح وكذلك الفعل المطلق يكون من العامد الا
انهما سترا ذلك لدرء القود ويحمل الولي على أن يكتفى بالدية وقد ندبا
إلى ذلك بالشرع فلا يكون مبطلا لشهادتهما بل يقضى بالدية في مال
القاتل كما هو موجب لشهادتهما وشهادة امرأتين مع رجل جائزة في قتل
الخطأ وفي كل ما ليس فيه قصاص ولا تجوز فيما فيه قصاص وكذلك
الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى إلى القاضى لان القصاص عقوبة
تندرى بالشبهات وفي شهادة النساء ضرب شبهة لان الضلالة والنسيان
يغلب عليهن وكذلك في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الي القاضى
لانهما بدل وفي البدل القائم مقام الاصل ضرب شبهة فلا يثبت به ما
يندرى بالشبهات ويثبت به مالا يندرى بالشبهات وهو المال ثم بهذه
الشهادة إذا تعذر القضاء بالقصاص لا يقضى بالمال بخلاف مسألة الاقرار
فان القاتل إذا أقر بالخطأ بعد ما ادعى الولي العمد يقضى بالمال لان
ها هنا تعذر القضاء بالقود لمعنى من جهة الولي وهو اشتغاله باقامة حجة
فيها شبهة والولي لا ينفرد بأخذ المال بدون رضا القاتل وهناك تعذر
القضاء بالقود لمعنى من جهة القاتل وهو اقراره بالخطأ فينزل ذلك منزلة
الرضا منه بأخذ المال وللولي أن يأخذ المال مكان القصاص برضا القاتل *
يوضحه ان الاقرار موجب للحق بنفسه من غير قضاء القاضى فيتمكن
الولي من أخذ ما أقر به القاتل وهو

المال فاما الشهادة فلا توجب شيأ بدون قضاء القاضى والقاضى انما يقضى بما شهد به الشهود وقد تعذر عليه القضاء بذلك هاهنا لمكان التشبه فلا يقضى بشئ وان شهد عليه رجلان بالعمد حبس حتى يسأل عنهما لانه صار متهما بالدم والسييل في المتهم أن يحبس لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في التهمة وروى أن عمر رضى الله عنه رأى رجلا يعدو عليه ويقول أجرني يا أمير المؤمنين فقال من ماذا فقال من الدم فقال احبسوه الحديث وقد بينا في أول كتاب الحدود ان أخذ الكفيل في العقوبات غير ممكن لما في ذلك من معنى التوثق والاحتياط وانه يصار فيه إلى الحبس فان شهد عليه رجل واحد عدل حبسه أيضا أياما لانه صار متهما بالدم فان خبر الواحد وان كان لا يتم بالحجة فثبتت به التهمة خصوصا إذا كان المخبر عدلا ولان للشهادة شرطين العدد والعدالة وقد وجد أحد الشرطين هاهنا وهو العدالة فهو بمنزلة ما لو تم عدد الشهود ولم تظهر عدالتهم فكما يحبس هناك فكذلك يحبس هاهنا فان جاء شاهد آخر والاخلى سبيله والعمد في ذلك والخطأ وشبه العمد سواء وكان ينبغي في القياس أن لا يحبس في الخطأ وشبه العمد لان الواجب فيهما المال وفي الديون التى هي غير المؤجلة لا يحبس ما لم تتم الحجة لظهور عدالة الشهود فغيما يكون مؤجلا إلى العاقلة أولى ولكنه ترك القياس لما ذكرنا ان المتهم بالدم يحبس فان القتل أمر عظيم الي أن يتبين موجه لظهور عذر القاتل أو انتفاء عذره فإذا ادعى ولي القتل بينة حاضرة في المصر والقتل خطأ أخذ به من المدعى عليه كفيلا إلى ثلاثة أيام بخلاف ما إذا زعم ان بينته غيب لان الدعوى دعوى الدين فالخطأ موجب الدية دينا وأخذ الكفيل بالنفس في دعوى الديون صحيح إذا ادعى بينة حاضرة في المصر فاما في العمد فلا يصار إلى أخذ الكفيل قبل اقامة البينة ولا بعدها ولكن قبل اقامة البينة يلزمه المدعى وبعد اقامة البينة يحبسه علي سبيل التعزير فان ظهرت عدالة الشهود كان القتل موجبا للقود وقضى عليه بالقود والله أعلم بالصواب (باب القسامة) (قال رحمه الله) وإذا وجد الرجل قتيلا في محلة قوم فعليهم أن يقسم منهم خمسون رجلا بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية بلغنا هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا أحاديث مشهورة منها حديث سهل بن أبى حثمة أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن

ابن سهل وحوبيصة ومحبيصة خرجوا في التجارة إلى خيبر وتفرقوا بحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قليب خيبر يتشطح في دمه فجاؤا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل ان يتكلم فقال عليه الصلاة والسلام الكبر الكبر فتكلم أحد عميه حويصة ومحبيصة وهو الاكبر منهما وأخبره بذلك قال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود قال تبركم اليهود بايمانها فقالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه قال عليه السلام أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل

الصدقة وذكر الزهري عن سعيد بن المسيب ان القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل من الانصار وجد في حي ليهود وذكر الحديث إلى أن قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة وفي رواية فكتب إليهم اما أن يدوه أو يأذنوا بحرب من الله ورسوله وذكر الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الي أهل خيبر ان هذا قتل وجد بين أظهركم فما لذي يخرجكم عنكم فكتبوا إليه ان مثل هذه الحادثة وقعت في بنى اسرائيل فأنزل الله على موسى عليه السلام أمرا فان كنت نبيا فاسأل الله مثل ذلك فكتب إليهم ان الله تعالى أرانى أن أختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس يعنى بالوحي وروى حنيف عن زياد بن أبي مريم قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى وجدت أخي قتيلا في بنى فلان فقال اختر من شيوخهم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا قال وليس لى من أخي الا هذا قال نعم ومائة من الابل وفي الحديث ان رجلا وجد بين وادعة وأرحب وكان إلى وادعة أقرب فقضى عليهم عمر رضى الله عنه بالقسامة والدية فقال حارث بن الاصبع الوادعي يا أمير المؤمنين لا أيماننا تدفع عن أموالنا ولا أموالنا تدفع عن أيماننا فقال حقنتم دماءكم بايمانكم وأغرمكم الدية لوجود القتل بين أظهركم فهذه الآثار تدل على ثبوت حكم القسامة والدية في القتل الموجود في المحلة على أهلها ونوع من المعنى يدل عليه أيضا وهو ان الظاهر ان القاتل منهم لان الانسان قلما يأتي من محلة إلى محلة ليقتل مختارا فيها وانما تمكن القاتل منهم من هذا الفعل بقوتهم ونصرتهم فكانوا كالعاقلة فوجب الشرع الدية عليهم صيانة لدم المقتول عن

[108]

الهدر وأوجب القسامة عليهم لرجاء أن يظهر القاتل بهذا الطريق فيتخلص غير الجاني إذا ظهر الجاني ولهذا يستحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم على أهل كل محلة حفظ محلهم عن مثل هذه الفتنة لان التدبير في محلتهم إليهم فانما وقعت هذه الحادثة لتفريط كان منهم في الحفظ حين تغافلوا عن الاخذ على أيدي السفهاء منهم أو من غيرهم فوجب الشرع القسامة والدية عليهم لذلك ووجوب القسامة والدية على أهل المحلة مذهب علمائنا وقال مالك رضى الله عنه إذا كان بين أهل القتل وأهل المحلة عداوة ظاهرة ولوث وتأثيره وكان العهد قريبا بدخوله في محلتهم إلى أن وجد قتيلا يؤمر الولي بان يعين القاتل منهم باعتبار اللوث وتفسير اللوث أن يكون عليه علامة القاتلين أو يكون هو مشهورا بعداوته ثم يحلف الولي خمسين يمينا بالله انه قتله فإذا حلف اقتصر له من القاتل وهو قول الشافعي في القديم وقال في الجديد فإذا حلف قضى له بالدية في ماله وإذا انعدمت هذه المعاني أو أبى الولي ان يحلف فالحكم فيه ما هو الحكم في سائر الدعاوى واحتج مالك رضى الله عنه بقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سهل بن سهل بن أبي حثمة أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم وفي رواية تخلفون وتستحقون وهذا تنصيص على ان اليمين على الولي وانه يستحق القصاص وفي الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالقوقد في القسامة وقضى به أبو بكر وعمر رضى الله عنهم وعن بعض الصحابة قال قتلنا قاتل ولينا في القسامة بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يكن لنا حجة سوى اللوث وفي الحديث المعروف ان النبي

صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعى واليمين على من أنكر الا في القسامة ففي هذا الاستثناء تنصيص على ان في القسامة اليمين على المدعى فإذا حلف ترجح معنى الصدق في جانبه فيستحق المدعى وهو القود ثم قال الشافعي رضى الله عنه ترجح جانبه ولكن بحجة فيها ضرب شبهة والقصاص عقوبة يندرى بالشبهة فيجب المال وهذا لان اليمين حجة من يشهد له الظاهر كما في سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فاما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث وقرب العهد فيكون اليمين حجة له * وحثنا ما روينا من الآثار المشهورة وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث وقد بينا في كتاب الدعوى ان اليمين ليست بحجة صالحة لا ستحقاق فليس بها فكيف تكون حجة لاستحقاق نفس خصوصا في موضع يتيقن بان الحالف مجازف يحلف على ما لم يعاينه بحال محتمل في نفسه وهو اللوث وانما اليمين مشروعة لا بقاء ما كان على ما كان فلا

[109]

يستحق بها ما لم يكن مستحقا فاما قوله أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم فلا تكاد تصح هذه الزيادة وقد قال جماعة من أهل الحديث أو هم سهل بن أبى حنمة ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم ولو ثبت فانما قال ذلك على طريق الانكار عليهم لا على طريق الامر لهم بذلك فانه لو كان على سبيل الامر لكان يقول أتخلفون فتستحلون دم صاحبكم فاما قوله أتخلفون وتستحقون فعلي سبيل الانكار كقوله تعالى أتأتون الذكران من العالمين وتذرون ما خلق لكم ربكم من أزواجكم الآية وكذلك قوله تخلفون معناه أتخلفون كقوله تريدون عرض الدنيا معناه أتريدون وكان عليه الصلاة والسلام رأى منهم الرغبة في حكم الجاهلية حين أبو إيمان اليهود ويقولهم لا نرضى بيمين قوم كفار فقال ذلك على سبيل الزجر فلما عرفوا كراهة رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك رغبوا عنه بقولهم كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم يشاهد ثم يحتمل أن يكون اليهود ادعوا عليهم بنقل القتيل من محلة أخرى إلى محلتهم فصاروا مدعى عليهم فلماذا عرض عليهم اليمين والحديث الآخر لا يكاد يصح لما روي عن أبوب مولي أبى قلابة قال قلت عند عمر بن عبد العزيز وعنده رؤساء الناس فخوصم إليه في قتيل وجد في محلة وأبو قلابة جالس عند السرير أو خلف السرير فقال الناس قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقود في القسامة وأبو بكر وعمر والخلفاء بعدهم فنظر إلى أبى قلابة وهو ساكت فقال ما تقول قال عندك رؤساء الناس وأشرف العرب رأيتم لو شهدتم رجلا من أهل دمشق على رجل من أهل حمص انه سرق ولم يرباه أكنت تقطعه فقال لا قال رأيتم لو شهد أربعة من أهل حمص على رجل من أهل دمشق انه زنى ولم يروه أكنت ترجمه فقال لا فقال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم نفسا بغير نفس الا رجلا كفر بالله بعد ايمانه أو زنا بعد احصائه أو قتل نفسا بغير نفس وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة والدية على أهل خيبر في قتيل وجد بين أظهرهم فانقاد عمر بن عبد العزيز لذلك وهذا لان امراء بنى أمية كانوا يقضون بالقود في القسامة على ما روى عن الزهري قال القود في القسامة من أمور الجاهلية أول من قضى به معاوية فلماذا بالغ أبو قلابة في انكار ذلك وقوله أو عليه الصلاة والسلام الا في القسامة يعنى الايمان مكررة في القسامة بخلاف سائر الدعاوى معناه لا تنقطع الخصومة باليمين في القسامة بل يقضى بالدية بعدها بخلاف سائر

الدعاوى ثم انما يقضى بالدية على عاقلة أهل المحلة في ثلاث سنين لان حالهم هنا دون حال من باشر القتل خطأ

[110]

وإذا كانت الدية هناك على عاقلته في ثلاث سنين فها هنا أولى فان لم يكمل العدد خمسون رجلا كررت عليهم الايمان حتى يكملوا خمسين يمينا لما روى ان الذين جاؤا إلى عمر رضى الله عنه من أهل وادعة كانوا تسعة وأربعين رجلا منهم فحلفهم ثم اختار منهم واحدا فكرر عليه اليمين وهذا لان عدد اليمين في القسامة منصوص عليه ولا يجوز الاخلال بالعدد المنصوص عليه ويجوز تكرار اليمين من واحد كما في كلمات اللعان ولاولياء القتل ان يختاروا في القسامة صالحى العشيرة من الذين وجد بين أظهرهم القتل فيحلفونهم لان النبي عليه الصلاة والسلام قال لاخ القتل اختر منهم خمسين رجلا فدل أن الخيار إليه وهو حقه يستوفى بطلبه واليه تعيين من يستوفى منه حقه وله أن يختار الشبان والفسقة منهم لان تهمة القتل عليهم أظهر وله أن يختار المشايخ والصلحاء منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرز الفسقة فإذا علموا القاتل منهم أظهره ولم يحلفوا وفي ظاهر الرواية القسامة على أهل المحلة والدية على عواقلهم وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان علي قول زفر القسامة والدية على عاقلة أهل المحلة قياسا لاحد الموجبين على الآخر وعلى قول أبى يوسف لا قسامة على العاقلة لان التحمل يجري في الدية ولا يجرى التحمل في اليمين ولو اختاروا في القسامة أعمى أو محدودا في قذف كان ذلك لهم لانهم أسوة غيرهم في الاهلية لليمين والنكول والخيار فيه إليهم دون الامام لان الحق لهم وانما أراد بهذا الفرق بين هذا وبين اللعان فان اللعان شهادة والمحدود في القذف والاعمى ليس لهما شهادة الاداء فأما هذه فيمين محضة قال في الاصل وكل ما يلزم العاقلة يلزم أهل الديوان والمعاقلة من أهل الديوان ولا يلزم النساء والذرية من ذلك شئ ولا يؤخذ من الرجل في كل سنة الا ثلاثة دراهم أو أربعة لما روى أن عمر رضى الله عنه لما دون الدواوين وفرض الاعطيات جعل المعافل عليهم في اعطياتهم على كل رجل في كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة وهذا عندنا وعند الشافعي رضى الله عنه العاقلة هم العشيرة على ما كان عليه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم (ألا ترى) أنه قال في حديث الجنين لاولياء الضاربة قوموا فدوه ولكننا نقول ما كانت الدواوين في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما كانوا يتناصرون بالقرابة بعد الدين فلما دون عمر رضى الله عنه الدواوين جعل التعاقل بالديوان لانه باعتبار التناصر والتناصر بالديوان دون القبيلة فان أهل الديوان وان كانوا من قبائل شتى يقوم بعضهم بنصرة بعض وربما تظهر العداوة مع من هو من قبيلته من أهل ديوان آخر أكثر مما تظهر مع غيره على ما

[111]

روى أنه في الجمل وصفين كان يقوم أهل كل قبيلة من أحد الصفيين بمقاتلة تلك القبيلة من الصف الآخر ثم الاخذ من العاقلة على وجه لا يؤدي

إلى الاجحاف بهم وذلك في أن يؤخذ منهم في كل سنة القدر الذي سمي فان لم يسع ديوان أولئك القوم ضم إليهم أقرب القبائل إليهم في النسب حتى لا يقع على كل واحد منهم الا ثلاثة دراهم أو أربعة ولا يدخل في ذلك النساء والذراري لانهم أتباع لا تقوم النصره بهم وتمام بيان هذا الكلام في هذا الفصل في كتاب المعامل والقبائل والذي حلف في القسامه والذي لم يقبل ولم يشهد في ذلك كل سواء الدية عليهم على أهل الديوان لانها مأخوذة من أعطياتهم وقد استوى في الاعطيات من شهد منهم ومن غاب وكذلك في ظاهر الرواية من كان غائباً و من كان حاضراً من أهل المحلة في القسامه سواء وعن أبي يوسف رحمه الله قال من علمت أنه كان غائباً حين وقعت هذه الحادثة لا أدخله في القسامه لانه ليس عليه من تهمة القتل شيء ولم يكن قائماً في حفظ المحلة والتدبير فيها حين وقعت هذه الحادثة ووجه ظاهر الرواية أن السبب كونه من أهل المحلة لانهمة القتل فان الفقهاء والمشايخ وصالحى أهل المحلة يحلفون وليس عليهم من تهمة القتل شيء وهذا السبب لا ينعدم بكونه غائباً عن المحلة وإذا وجد القتل بين قريتين أو سكتين فالى أيهما كان أقرب كان عليهم القسامه والدية لحديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن قتيلاً وجد بين قريتين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر أن يمسح بينهما فوجد إلى احدى القريتين أقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامه والدية وعن عمر رضى الله عنه في القتل الموجود بين وادعة وأرحب أمر بان يقاس بين القبيلتين وكان إلى وادعة أقرب فجعلها عليهم ولان من يقرب من موضع فهو أحق بحفظ ذلك الموضع والتدبير فيه ممن يكون أبعد من ذلك الموضع فان نكلوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا لان الايمان في القسامه حق مقصود لتعظيم أمر الدم ومن لزمه حق مقصود لا تجرى النيابة في ايافته فإذا امتنع منه فانه يحبس ليوفى كما كلمات اللعان وإذا وجد القتل في قرية أصلها لقوم شتى فيهم المسلم والكافر فالقسامه على أهل القرية المسلم منهم والكافر فيه سواء لان رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب القسامه على أهل خيبر وكانوا من اليهود ثم يعرض عليهم الدية فما أصاب المسلمين من ذلك فعلى عواقلهم وما أصاب أهل الذمة فان كانت لهم معاقل فعليهم والا ففى أموالهم كما لو باشروا بأيديهم القتل خطأ وإذا وجد القتل في قبيلة بالكوفة وفيها سكان وفيها من قد اشترى من دورهم

[112]

فالقسامه والدية على أهل الخطة دون السكان والمشتريين وهذه فصول أحدها أنه ما بقى في المحلة أحد من أصحاب الخطة فليس على المشتريين من ذلك شيء في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبى يوسف وهو قول ابن أبى ليلى المشتريون في ذلك كأصحاب الخطة لانهم قاموا مقام البائع ولانهم ملاك لبعض المحلة كأصحاب الخطة وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سبب الملك كاستحقاق الشفعة (ألا ترى) أن في القتل الموجود في دار رجل لا فرق بين أن يكون صاحب الدار مشترياً أو صاحب خطة فكذلك في القتل الموجود في المحلة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالوا صاحب الخطة أخص بتدبير المحلة من المشتريين (ألا ترى) أن المحلة تنسب إلى أصحاب الخطة دون المشتريين وان المشتريين قل ما يراحمون أهل الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة فكان صاحب الخطة أخص بحكم القسامه والدية من المشتريين أيضاً بمنزلة صاحب الدار في القتل الموجود في داره مع أهل المحلة لما كان

هو أخص بالتدبير في داره كان موجب ذلك عليه ثم المشترون اتباع
لأصحاب الخطة وما بقى شئ من الاصل يكون الحكم له دون التبع وقيل
انما أجاب أبو حنيفة رحمه الله بهذا بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة
في زمانه أن أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة
ولا يشاركونهم المشترون في ذلك فاما إذا لم يبق من أصحاب الخطة أحد
وفيها سكان ومشترون فهي عليهم وهو قول ابن أبي ليلى لان رسول الله
صلي الله عليه وسلم قضى بها على أهل خيبر وقد كانوا سكانا (ألا ترى) أن
عمر رضى الله عنه أجلاهم منها إلى الشام وجه قول أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله أن التدبير في أهل المحلة إلى أصحاب الملك دون السكان لان
السكان يتنقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك
والدليل عليه أن ما ينبنى من الغنم شرعا على القرب يختص به أصحاب
الملك دون السكان وهو الشفعة فكذلك ما يكون من الغرم شرعا ولا حجة
في حديث خيبر فانهم كانوا ملاكا قد أقرهم رسول الله صلي الله عليه
وسلم ولكنه استثنى بقوله أقركم ما أقركم الله فلهذا أجلاهم عمر رضى
الله عنه وما وطف عليهم كان بطريق الخراج الا أن يقال بملك عليهم
الاراضي وقد بينا هذا في المزارعة ومن فروع هذه المسألة إذا وجد قتيل
في السجن فعند أبي حنيفة ومحمد على بيت المال وعند أبي يوسف رحمه
الله على أهل السجن لانهم بمنزلة السكان في ذلك الموضع وهم الذين
يقومون بتدبير ذلك الموضع ما داموا فيه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما
الله قالا أهل السجن مقهورون في المقام في ذلك الموضع وهم قل

[113]

ما يقومون بحفظه والتدبير فيه الا بقدر حاجتهم ثم ذلك الموضع معد
لمنفعة المسلمين فدية القتل الموجود فيه تكون على المسلمين في بيت
مالهم ولو وجد القتل في دار رجل قد اشتراها وهو من غير أهل الخطة
فأهل الخطة برآء من ذلك والقسامة على صاحب الدار وعلى قومه الدية
لان التدبير في حفظ الملك الخاص الي المالك دون أصحاب الخطة من أهل
المحلة والقتيل الموجود في ملك خاص يجعل كان صاحب الملك هو القاتل
له في حكم القسامة والدية فلهذا كانت القسامة عليه والدية على عاقلته
وإذا كانت الدار بين رجلين فوجد فيها قتيل وأحدهما أكثر نصيبا من الآخر
فالدية على عواقلهما نصفين لان القيام بحفظ المكان والتدبير فيه يكون
باعتبار أصل الملك لا باعتبار قدر الملك وقد استويا في أصل الملك (ألا
ترى) أنه في المغنم المستحق بسبب الملك يعتبر أصل الملك وهو الشفعة
فكذلك في الغرم وإذا وجد الرجل قتيلًا في دار نفسه فعلى عاقلته الدية
في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد لا شئ عليهم لانه
لو وجد غيره قتيلًا في هذه الدار جعل هو كالمباشر لقتله في حكم الدية
فإذا وجد هو قتيلًا فيها يجعل كانه باشر قتل نفسه ومن قتل نفسه كان
دمه هدرًا والدليل عليه أن المكاتب إذا وجد قتيلًا في دار من كسبه لا يجب
فيه شئ لهذا المعنى وكذا لو ان عبده وجد قتيلًا فيه كان موجه عليه فإذا
وجد هو فيها قتيلًا لا يجب له على نفسه شئ فكذلك في الحر ولا ينظر الي
كون الدار في الحال لورثته لان الوجوب باعتبار أصل الجناية وعند الجناية
كانت الدار مملوكة (ألا ترى) أنه لا تجب القسامة هاهنا ولو كان المعنبر هو
الحال لكانت الدية على عاقلة ورثته وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله
عليه الصلاة والسلام لا يترك في الاسلام مفرح أي مهدر الدم والمعنى فيه
أنه وجد قتيلًا في موضع لو وجد غيره قتيلًا في ذلك الموضع كانت الدية
عليه وعلى عواقله فإذا وجد هو قتيلًا فيه كانت الدية على عواقله كما لو

وجد واحد من أهل المحلة قتيلا في المحلة تجب الدية والقسامة على أهل المحلة بهذا المعنى ولهذا لا تجب القسامة هاهنا لانه لو وجد غيره فيه قتيلا لكانت القسامة عليه دون عاقلته فإذا وجد هو قتيلا فيه يتعذر ايجاب القسامة بخلاف الدية وحقيقة المعنى فيه ان السبب وجود القتيل في ذلك المكان كما نص عليه عمر رضي الله عنه وانما أغرمكم الدية بوجود القتيل بين أظهركم وحين وجد هو قتيلا الدار مملوكة لورثته لا له لانه ليس من أهل الملك فتكون الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث تتحد فان كان في موضع تختلف العاقلة فينبغي

[114]

على قياس هذه الطريقة أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهو الاصح وعلى قياس الطريقة الاولى على عاقلة القتيل ثم إذا وجد غيره قتيلا في داره انما يجعل الدية والقسامة عليه باعتبار الظاهر لان الظاهر أن غيره لا يتمكن من ذلك في ملكه وهذا لا يوجد فيما إذا وجد هو قتيلا فيها فالظاهر أن الانسان لا يقتل نفسه فلماذا يجعل كان غيره قتله وعند القتل كان التدبير في حفظ ذلك الموضع إليه فإذا فرط في ذلك وجبت الدية على عاقلته لورثته * فان قيل إذا قلتم تجب الدية على عاقلة الورثة فكيف يستقيم أن تعقلوا عنهم * قلنا لان الدية تجب للمقتول حتى انه يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث وهو نظير الصبي أو المعتوه إذا قتل أباه فانه تجب الدية على عاقلته ويكون ميراثا له وهذا بخلاف المكاتب يوجد قتيلا في دار نفسه لان هناك إذا وجد غيره قتيلا انما يجعل هو كالقائل له باعتبار عقد الكتابة وعقد الكتابة باق بعدما وجد هو فيه قتيلا فلماذا جعل كانه قتل نفسه فأما هاهنا إذا وجد غيره قتيلا انما يجعل هو كالقائل له لقيام ملكه في الدار حين وجد القتيل وذلك غير موجود فيما إذا وجد هو قتيلا فيه فان الملك منتقل إلى ورثته فلماذا افترقا والقتيل عندنا كل ميت به أثر فان لم يكن به أثر فلا قسامة فيه ولادية انما هذا ميت لان حكم القسامة ثبت شرعا في المقتول والمقتول انما مات حنف أنفه بالآثر فمن لا أثر به فهو ميت فلا حاجة بنا إلى صيانة دمه عن الهدر بخلاف من به أثر وهو نظير من وجد في المعركة وبه أثر يكون شهيدا لا يغسل فان لم يكن به أثر غسل وكذلك ان كان الدم يخرج من موضع يخرج الدم منه عادة من غير جرح في الباطن كالانف فلا قسامة فيه وان كان لا يخرج الدم منه عادة الا بجرح في الباطن كالاذن فهو قتل وقد بينا هذا في الشهيد وان ادعى أهل القتيل على بعض أهل المحلة الذين وجد القتيل بين أظهرهم فقالوا قتله فلان عمدا أو خطأ لم يبطل هذا حقه وفيه القسامة والدية لانهم ذكروا ما كان معلوما لنا بطريق الظاهر وهو أن القاتل واحد من أهل المحلة ولكننا لا نعلم ذلك حقيقة وكذلك بدعوى الاولياء على واحد منهم بعينه لا يصير معلوما لنا حقيقة انه هو القاتل فإذا لم يستفد بهذه الدعوى شيئا لا يتغير به الحكم فتبقى القسامة والدية على أهل المحلة كما كان وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله انه أسقط القسامة عن أهل المحلة لان دعوى المولى على واحد منهم بعينه يكون ابراء لاهل المحلة عن القسامة في قتيل لا يعرف قاتله فإذا زعم الولي انه يعرف القاتل منهم بعينه صار ميراثا لهم عن القسامة

وذلك صحيح منه فان أقام الولي شاهدين من غير أهل المحلة على ذلك الرجل فقد أثبت عليه القتل بالحجة فيقضى عليه بموجبه وان أقام شاهدين من أهل المحلة عليه بذلك لا تقبل شهادتهما لان أهل المحلة خصماء في هذه الحادثة ما بقيت القسامة والدية عليهم فكانوا متهمين في هذه الشهادة وكانوا بمعنى الشاهدين لانفسهم وإذا لم تقبل شهادتهما قال أبو يوسف رحمه الله ان اختار الولي الشاهدين من جملة من يستحلفهم يحلفهما بالله ما قتلنا لانهما زعما انهما يعلمان القاتل فلا معنى لا استحلافهما علي العلم وانما يستحلفان على البتات بالله ما قتلنا وقال محمد رحمه الله يحلفان بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا سوى فلان لان ما هو المقصود يحصل بهذا الاستثناء فلا يجوز اسقاط اليمين على العلم في حقهما كما لا يجوز في حق غيرهما وان ادعى الاولياء على غير أهل المحلة فقد أبرؤا أهل المحلة من ذلك حتى لا تسمع دعواهم بعد ذلك على أهل المحلة للتناقض فان أقاموا شاهدين بذلك على المدعى عليه من أهل المحلة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادتهما وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تقبل شهادتهما على القاتل بذلك * وجه قولهما ان أهل المحلة حين وجد القاتل بين أظهرهم بعرض أن يكونوا خصماء لو ادعى الولي عليهم فإذا ادعى على غيرهم فقد زالت هذه العرضية وتبين انهم لم يكونوا خصماء في هذه الحادثة أصلا فوجب قبول شهادتهم فيها كالشفيع إذا شهد بالبيع بعد ما سلم الشفعة فانه تقبل شهادته والوكيل بالخصومة إذا عزل قبل أن يخاصم ثم شهد في تلك الحادثة تقبل شهادته لهذا المعنى ولان البراءة قد وقعت لأهل المحلة بدعوى الولي على غيرهم على البتات بدليل انهم لا يطالبون بشئ بسبب هذه الحادثة بعد هذا الحال فكانوا بمنزلة غيرهم في الشهادة فيها ولانا انما كنا نحلفهم علي العلم ليظهروا القاتل ان علموا فيستحيل ان يظهروا ذلك حسبة بالشهادة ولا يكون مقبولا منهم بخلاف ما إذا كانت الدعوى على واحد منهم لان هناك لا يظهرونه حسبة بالشهادة بل يسقطون به القسامة والدية عن أنفسهم فكانوا متهمين فيها وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول أهل المحلة صاروا خصماء في حادثة لا تقبل شهادتهم فيها وان خرج من الخصومة كالوكيل إذا خاصم في المجلس يعنى مجلس الحكم ثم عزل فشهد وانما قلنا ذلك لان السبب الموجب للدية والقسامة عليهم وجود القاتل بين أظهرهم كما قال عمر رضى الله عنه وانما أغرمكم الدية لوجود القاتل بين أظهركم وبدعوى الولي علي غير أهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا من الخصومة بعد أن كانوا خصماء لكون الولي مناقضا في الدعوى

عليهم بعد ذلك وتأثيره انه يحتمل انهم قصدوا بالشهادة تأكيد تلك البراءة وان الولي قصد بتلك البراءة تصحيح شهادتهم له وكذلك تتمكن تهمة المواضعة بينهم وبين الولي فتواضعهم على أن يدعى علي غيرهم ليشهدوا له فلتمكن التهمة من هذا الرجل امتنع قبول الشهادة لانها ترد بالتهمة وان ادعى أهل المحلة علي رجل من عندهم انه هو الذى قتله وأقاموا عليه بيعة من غيرهم قبلت بينتهم لانهم يسقطون بهذه البيعة الخصومة عن أنفسهم ومن ادعى نفى الخصومة عن نفسه وأثبتته بالبيعة

كان مقبولا منه كما لو أقام ذو اليد البينة ان العين وديعة في يده لفلان ثم ادعاه الاولياء على ذلك الرجل أخذوه بالدم وان لم يدعوا عليه ذلك لم يكن عليه ولا على أهل المحلة شئ لان أهل المحلة خصماء في اسقاط القسامة والدية عن أنفسهم لا في اثبات موجب القتل على غيرهم انما الخصم في ذلك الولي فلا بد من دعواه ليقتضى بموجب القتل على ذلك الرجل وإذا وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو نصف البدن ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية لان هذا قتيل وجد في محلتهم وللاكثر حكم الكمال وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجدت رجله أو يده أو رأسه فلا شئ عليهم فيه لان الموجود ليس بقتيل إذ الأقل لا يجعل بمنزلة الكل ثم هذا يؤدي إلى تكرار القسامة والدية في قتيل واحد فانا لو أوجبنا بوجود النصف في هذه المحلة القسامة والدية على أهلها لم نجد بدا من أن نوجب إذا وجدنا النصف الآخر في محلة أخرى القسامة والدية على أهلها وتكرار القسامة والدية في قتيل واحد غير مشروع وهذا نظير ما تقدم في حكم الصلاة عليه وإذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد قتيلا في محلة وجبت القسامة والقيمة على عاقلتهم في ثلاث سنين لان القيمة في المماليك بمنزلة الدية في الاحرار ولنفس المملوك من الحرمة ووجوب الصيانة عن الهدر ما لنفس الحر بدليل مباشرة القتل وأما الدواب والبهائم والعروض فلا قسامة فيها ولا قيمة لانه مال مبتذل ليس له من الحرمة ما للنفس ولا تجب صيانتة عن الاهدار لا محالة وفي الحكم الثابت شرعا بخلاف القياس انما يلحق بالمنصوص ما يكون في معناه من كل وجه فاما ما ليس في معناه من كل وجه فلا يلحق به وان وجد فيهم جنين أو سقط فليس عليهم شئ لان هذا بمنزلة الجزء من وجه كالايد والرجل وان كان تاما وبه اثر فهو قتيل وفيه القسامة والدية لان لنفس الصغير من الحرمة ما لنفس الكبير فكان هذا في معنى المنصوص عليه من كل وجه ولو وجد الحر قتيلا في دار أبيه أو أمه أو المرأة في دار زوجها

[117]

ففيه القسامة والدية على العاقلة ولا يحرم الميراث لان حرمان الميراث جزء مباشرة القتل بصفة الخطر وذلك لم يثبت على صاحب الدار لوجود القتل في داره وانما جعل وجود القتيل في داره بمنزلة مباشرته في حكم القسامة والدية خاصة للصيانة عن الهدر فهو نظير التسبب الذي قام مقام المباشرة في حكم الدية خاصة دون حرمان الميراث وان وجد العبد قتيلا في دار مولاه فلا شئ فيه لانه ماله فهو بمنزلة ماله باشر قتله بيده الا أن يكون عليه دين فحينئذ يجب على المولى قيمته حالة في ماله لغرمائه كما لو قتله بيده لان ماليته حق الغرماء وإذا وجد المكاتب قتيلا في دار مولاه فالقيمة على مولاه في ماله كما لو باشر قتله بيده وهذا لان المكاتب مملوك له فبد له من وجه مملوك له والعاقلة لا تتحمل عنه له فيكون في ماله ولكن تجب القيمة بالقتل فيكون مؤجلا في ثلاث سنين ثم يستوفى منه ما بقى ما من مكاتبه ويحكم بحرته وما بقى يكون ميراثا وإذا وجد الرجل قتيلا على دابة يسوقها رجل أو يقودها أو هو راكبها فهو على الذي معه لانه هو المختص بتدبير هذه الدابة وبالايد عليها (ألا ترى) انها لو وطأت انسانا كان ذلك عليه وكذلك إذا وجد عليها قتيلا فان لم يكن مع الدابة أحد فهو على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتل على الدابة لان وجوده على الدابة كوجوده في الموضع الذي فيه الدابة موقوفة فانهم أحق الناس بتدبير تلك البقعة وتدبير ما فيها مما لا يعرف في غيرهم وكذلك الرجل

يحمل قتيلا فهو عليه لان يده على نفسه أقوى من يده على داره وإذا وجد في داره قتيلا كانت القسامة والدية عليه فإذا وجد القتيل على ظهره أو على رأسه أولى وإذا وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من في السفينة من الركاب وغيرهم من أهلها من الذين هم فيها والدية عليهم أما عند أبي يوسف رحمه الله فلا يشكل لانه يجعل السكان والملاك في القتيل الموجود في المحلة سواء فكذلك في القتيل الموجود في السفينة واما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ففي المحلة السكان لا يشاركون الملاك لان التدبير في المحلة إلى الملاك دون السكان وفي السفينة الظاهر انهم في تدبيرها سواء إذا حذبهم أمر يوضحه ان السفينة تنقل فيكون المعتبر فيها اليد دون الملك فانها مركب كالداية فكما ان المعتبر في القتيل الموجود على الدابة هو اليد دون الملك فكذلك في القتيل الموجود في السفينة وهم في اليد عليها سواء واذ وجد القتيل في نهر عظيم يجرى الماء به فلا شئ فيه لان مثل هذا النهر لايد لاحد عليه فقهر الماء يمنع قهر غيره عليه فهو كالقتيل الموجود في المغارة في موضع لاحق لاحد فيه الا أن

[118]

يكون نهرا صغيرا لقوم معروفين فهو عليهم لانه منسوب إليهم (ألا ترى) ان التدبير في كربه واجراء الماء فيه إليهم وهم أحق الناس بالانتفاع بمائه سقيا لاراضيهم فكان بمنزلة المحلة والفرق بين النهر العظيم والصغير ما بينا في الشفعة فهو نهر عظيم مثل الفرات ويجحون فان كان إلى جانب الشاطئ محبسا فهو على أقرب القرى إليه والارضين فعليهم القسامة والدية لان الحبس إلى جانب الشاطئ كالملقي على الشاطئ والذين هم بقرب ذلك الموضع أخص بالتدبير فيه لانهم يسقون الماء منه ويسوقون دوابهم إلى ذلك الموضع للسقي وإذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع فان كانوا لا يسمعون ذلك فلا شئ عليهم فيه هكذا فسرره الكرخي وان وجد قتيلا في فلاة فليس فيه شئ قال الكرخي رحمه الله وهذا إذا لم يكن ذلك الموضع قريبا من العمران فان كان قريبا من العمران بحيث يبلغ أعلى صوته أهل العمران في ذلك الموضع فهو عليهم لانه الموضع الذي ينتهي إليه صوته من العمران وهم أحق بالتدبير فيه لرعى مواشيهم (ألا ترى) أنه ليس لاحد ان يبنى في ذلك الموضع بغير رضاهم فاما ما وراء ذلك فهو من جملة الموات لاحق لاحد فيه فلا يجب فيه شئ وان وجد في سوق المسلمين أو مسجد جماعتهم فهو على بيت المال والمراد سوق العامة والمسجد الجامع لان ذلك لجماعة المسلمين وهم في التدبير في ذلك الموضع والقيام بحفظه سواء وما يجب على جماعة المسلمين يؤدي من بيت مالهم لان مال بيت المال معد لذلك وليس فيه قسامة لان المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل وذلك لا يتحقق في جماعة من المسلمين فاما إذا كان في سوق خاص لاهل صنعة ينسب ذلك السوق إليهم فهو بمنزلة المحلة المنسوبة إلى قوم مخصوصين وكذلك ان كان في مسجد محلة فهو على أهل تلك المحلة لانهم أحق الناس بالتدبير فيها من حيث فتح الباب واغلاقه ونصب المؤذن والامام فيه بمنزلة الموجود في محلتهم وان كان في دار رجل خاص يملكها في السوق فعلى عاقلته القسامة والدية لان المالك هو المختص بتدبير ملكه وبالامر بحفظ ملكه لكيلا يقع فيه مثل هذه الحادثة وفي هذا المعنى لا فرق بين أن يكون ملكه في السوق أو في المحلة وإذا جرح الرجل في محلة أو أصابه حجر لا يدري من رماه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعلى أهل تلك

القبيلة القسامة والدية فان كان صحيحا يجئ ويذهب فلا شئ فيه وعلي قول ابن أبي ليلي لا شئ عليهم في الوجهين وهو قول أبي يوسف

[119]

الآخر لان القسامة والدية في القتل الموجود في المحلة والجريح غير القتل ولو جعل موته محالا على تلك الجراحة لما افترق الحال بين ما إذا كان صاحب فراش أو كان يذهب ويجئ بعد تلك الجراحة كما لو كان الجرح معلوما وجه قولنا انه إذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض إذا اتصل به الموت يجعل كالميت من أول سببه (ألا ترى) أن في حكم التصرفات جعلت هذه الحال كالحال بعد موته فكذلك في حكم القسامة والدية يجعل كانه مات حين جرح في ذلك الموضع فأما إذا كان صحيحا يذهب ويجئ فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في حكم القسامة والدية وعلى هذا الجريح إذا وجد على ظهر انسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين فان كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذي كان يحمله كما لو مات على ظهره وان كان يذهب ويجئ فلا شئ علي من حمله وفي قول ابن أبي ليلي لا شئ في الوجهين وإذا وجد القتل في العسكر والعسكر في أرض فلاة فهو على القبيلة التي وجد في رجالهم لانهم سكان في ذلك الموضع ماداموا نازلين وأهل كل قبيلة ينزلون في موضع لا ينازعهم غيرهم في تدبير ذلك الموضع فكانوا كاهل المحلة والموضع الذي لا ملك لا حد فيه المعتبر هو اليد وأهل القبيلة الذين وجد القتل في رجالهم هم المختصون باليد في ذلك الموضع فان كان العسكر في ملك رجل فعلى عاقلة صاحب الارض القسامة والدية لان المالك هو المختص بالتدبير في ملكه وولاية حفظ ملكه إليه وقد بينا أن لا معتبر بالسكان مع الملاك وقيل في قياس قول أبي يوسف رحمه الله ينبغي أن يكون على النازلين في ذلك الموضع لان عنده السكان كالملاك وان كان العسكر بفلاة من الارض فوجد القتل في فسطاط رجل فعليه القسامة وتكون عليه الايمان وعلى عاقلته الدية لانه مختص بحفظ الفسطاط والتدبير فيه بمنزلة صاحب الدار في داره ولم يذكر في الكتاب في القتل الموجود في المحلة إذا كان فيها خمسون رجلا أو أكثر وأراد أن يعين واحدا منهم ليكون عليه اليمين خمسين مرة هل له ذلك أم لا وقد روى عن محمد رحمه الله انه ليس له ذلك لان تكرار اليمين على واحد ليس فيه فائدة وانما يصار إليه عند الضرورة ولا ضرورة هاهنا وانما الضرورة في القتل الموجود في دار رجل أو فسطاطه وان وجد القتل بين قبيلتين من العسكر فعليهما جميعا القسامة والدية إذا كان القتل اليهما سواء بمنزلة الموجود بين المحليين إذا كان اليهما سواء وان كان أهل العسكر قد لقوا عدوهم فلا قسامة في

[120]

القتل ولادية لان الظاهر انه قتل الاعداء عندما التقى الصفان للقتال الظاهر أن الانسان بعد اللقاء انما يقتل من يعاديه لامن يوازره وانما كنا نوجب القسامة والدية على أهل المحلة باعتبار نوع من الظاهر وقد انعدم ها هنا فان كان العسكر مختلطا فوجد في طائفة منهم قتل فهو على

أقرب أهل الاخبية إليه على من في الخباء جميعا لان تدبير ذلك الموضوع إليهم وقد بينا أن القرب معتبر في حكم القسامة والدية وإذا وجد القتل في قبيلة فانه لا يقبل في القسامة النساء والصبيان والمماليك من المكاتبين وغيرهم ومعتق البعض في قول أبي حنيفة رحمه الله كالمكاتب لان هؤلاء اتباع في السكنى والظاهر انهم لا يزاحمون أهل القبيلة في التدبير في قتلهم ولانهم لا يقومون بحفظها دون الرجال البالغين ثم المعتبر في القسامة والدية النصره والنصرة لا تقوم بالنساء والصبيان وإذا وجد القتل في دار امرأة في مصر ليس فيه من عشيرتها أحد فان الايمان تتكرر على المرأة حتى تحلف خمسين يمينا ثم تفرض الدية على أقرب القبائل منها وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف ومحمد الاول ثم رجح أبو يوسف وقال يضم إليها أقرب القبائل منها فيقسمون ويعقلون وجه قوله الآخر ان المرأة في حكم القسامة كالصبي بدليل ان في القتل الموجود في المحلة لا يدخل النساء والصبيان ثم إذا وجد القتل في دار الصبي فالقسامة والدية على عاقلته فكذلك في دار المرأة وعاقلتها هم أقرب القبائل إليها لانها ليست من أهل النصره والديوان ووجه قوله الاول ان وجوب القسامة في القتل الموجود في الملك باعتبار الملك والمرأة في الملك كالرجل (ألا ترى) انها تختص بالتدبير في ملكها وان الولاية في حفظ ملكها إليها فكانت كالرجل في حكم القسامة بخلاف الصبي لانه لا تدبير له في ملك نفسه ولا يقوم بحفظ ملكه بنفسه ثم للمرأة قول ملزم في الجنابة كالرجل حتى يصح منها الاقرار بالقتل وليس للصبي قول ملزم في الجنابة والقسامة في معنى قول ملزم فيثبت ذلك في حق المرأة دون الصبي بخلاف القتل الموجود في المحلة فالمرأة في المحلة مثل الصبي من حيث انها لا تقوم بحفظ المحلة والدفع عنها والتدبير فيها ثم ظاهر ما يقول في الكتاب يدل على انه ليس عليها شئ من الدية وانما الدية على أقرب القبائل منها وهو اختيار الطحاوي في مباشرة القتل أيضا فانه يقول إذا كان القاتل من جملة العاقلة فعليه جز من الدية فان كان القاتل غيره فلا شئ عليه من الدية والمرأة تدخل في جملة العاقلة إذا كان القاتل غيرها ومن أصحابنا من يقول هي لا تدخل في

[121]

جملة العاقلة لان النصره لا تقوم بها فأما إذا كانت هي المباشرة للقتل فعليها جزء من الدية لان القاتل أحق من العواقل باعتبار مباشرته فانه لما وجب علي غير المباشر فعلى المباشر أولى أن يجب جزء منها فكذلك هاهنا وجوب جزء علي المالك باعتبار ان التدبير في ملكه إليه وفي هذا الرجل والمرأة سواء وكذلك ان كانت القرية لرجل من أهل الذمة فانه تكرر عليه الايمان وعليه الدية لانه في تدبير ملكه كالمسلم ولو كان الذمي نازلا في قبيلة من القبائل فوجد فيها قتيلا لم يدخل الذمي في القسامة ولا في الغرامة لان أهل الذمة لا يزاحمون المسلمين في التدبير في القبيلة والمحلة ولكنهم اتباع بمنزلة السكان مع الملاك أو بمنزلة النساء مع الرجال وإذا كانت مدينة ليس فيها قبائل معروفة وجد في بعضها قتل فعلى أهل المحلة الذين وجد القتل بين أظهرهم القسامة والدية لانهم مختصون بتدبير المحلة والظاهر أن تناصرهم بالمجاورة هاهنا لما لم تجمعهم قبيلة معروفة ولا ديوان والمعتبر هو معنى النصره فلهدا ألزمناهم الدية والقسامة وإذا أبى الذين وجد فيهم القتل أن يقسموا حبسوا حتى يقسموا لان القسامة عليهم باعتبار تهمة القتل وقد ازدادت

بنكولهم والايامن مقصودة هاهنا فيحبسون لا يفائها وإذا وجد القتل في دار عبد مآدون له في التجارة فالقسامة والدية على عاقلة المولى أما إذا لم يكن على العبد دين فالدار مملوكة للمولى وان كان عليه دين فالعبد انما يقوم بالتدبير في هذه الدار باستدامة المولى الاذن له في التجارة والمولى أخص بهذه الدار من الغرماء فان له أن يقضى دينهم من مواضع آخر ويستخلص الدار منهم لنفسه وهذا مستحسن قد بيناه في المآدون ولو وجد في دار المكاتب فعليه الاقل من قيمته ومن دية القتل بمنزلة مآلو باشر القتل بيده وهذا لان المكاتب في حكم الجناية كالحر من حيث ان له فيه قولاً ملزماً بخلاف المآدون فانه ليس له قول ملزم في الجناية حتى لو أقر على نفسه بالجناية خطأ لم يعتبر اقراره وللمولى عليه قول ملزم في ذلك فيجعل القتل الموجود في داره كالموجود في كالموجود في دار المولى ولو وجد القتل في قرية ليتامى صغار وليس في تلك البلاد من عشيرتهم أحد فليس على اليتامى قسامة ولا دية ولكن على عاقلتهم الدية والقسامة بمنزلة مآلو باشروا القتل بأيديهم فان كان أحدهم مدر كافعليه القسامة تكرر عليه اليمين لان له قولاً ملزماً في الجناية ثم علي أقرب القبائل منهم الدية في الوجهين جميعاً لانهم عاقلة اليتامى فان اليتامى ليسوا من أهل الديوان والتناصر بالديوان فحالهم في ذلك كحال النساء والله الموفق للصواب

[122]

(باب القصاص) (قال رحمه الله) بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بالسيف وهذا تنصيص على نفى وجوب القود واستيفاء القود بغير السيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله عنهم من هذا اللفظ حتى قال علي رضي الله عنه العمدة السلاح وقال أصحاب ابن مسعود رضي الله عنه لا قود الا بالسلاح وانما كني بالسيف عن السلاح لان المعد للقتال على الخصوص بين الاسلحة هو السيف فانه لا يراد به شىء آخر سوى القتال وقد يراد بسائر الاسلحة منغعة أخرى سوى القتال وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام بعثت بالسيف بين يدي الساعة يعني السلاح الذي هو آلة القتال فيكون دليلاً لابي حنيفة رحمه الله ان القود لا يجب الا بالسلاح حتى إذا قتل انساناً بحجر كبير أو خشبة عظيمة لم يلزمه القصاص في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم يلزمه القصاص لقوله تعالى ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل والمراد بالسلطان استيفاء القود بدليل انه عقبه بالنهي عن الاسراف في القتل فالتقييد بكون الآلة جارحة زيادة على النص وفي الحديث ان يهودياً رضح رأسه جارحة على أوصاح فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يرضخ رأسه بين حجرين والمعنى فيه انه عمد محض لانه قصد قتله بما لا يقصد به الا القتل ولا يعرف محض العمدة الا بهذا والآلة الجارحة إذا حصل القتل بها كان عمداً لان ذلك فعل مزهق للروح وما لا تلبث ولا تطيق النفس واحتماله في كونه مرهقاً للروح أبلغ من الفعل الجارح لان هذا مزهق للروح بنفسه والفعل الجارح مزهق للروح بواسطة الجراحة والجرح وسيلة يتوسل بها إلى ازهاق الروح وما يكون عاملاً بنفسه يكون أبلغ مما يكون عاملاً بواسطة وكذلك من حيث العرف في قصد الناس إلى قتل أعدائهم بالقضاء الاسطوانة أو رفع حجر الرحاء عليهم يكون أبلغ من القصد إلى ذلك بالجرح في بعض الاعضاء فإذا جعل ذلك موجباً للقصاص فهذا أولى ولا بى حنيفة رحمه الله ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كل شىء خطأ الا السيف وفي كل

خطأ الدية وفي حديث الحجاج ابن ارطاة ان رجلا قتل رجلا علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحجارة ف قضى عليه بالدية والمعنى فيه ان هذه الآلة لا تجرح ولا تقطع فالقتل بها لا يكون موجبا للقصاص كالقتل بالعصا الصغيرة وتحقيقه من وجهين أحدهما ان وجوب القصاص يختص بقتل هو عمد

[123]

محض وصفة التمحض أن يباشر القتل بآلته في محله وآلة القتل هي الآلة الجارحة لان الجرح يعمل في نقض البينة ظاهرا وباطنا وما سواها يدق بنقض البينة باطنا لا ظاهرا وقوام البينة بالظاهر والباطن جميعا فالقتل الذى هو نقض البينة إذا كان مما يعمل في الظاهر والباطن يكون قتلا من كل وجه وان كان مما يعمل في الباطن دون الظاهر يكون قتلا من وجه دون وجه والثابت من وجه دون وجه يكون قاصرا في نفسه فيصلح أن يجب به ما يثبت مع الشبهات ولا يصلح أن يجب به ما يندرج بالشبهات وما ادعوا من أن الجرح وسيلة يتوسل به إلى ازهاق الروح غلط فان ازهاق الروح بنقض البينة وكمال الجنابة مما ينقض البينة من كل وجه ونقض البينة بجرح في الروح لا يتأنى لانه لا يحس ويفعل في الجسم ما لا يكون كاملا فانما الكامل منه ما يكون بفعل في النفس التى بها قوام الأدمى ذلك الفعل الجارح المؤثر في تسييل والدليل عليه حكم الذكاة فان الحل بالذكاة انما يحصل بفعل جرح مسيل للدم بهذا المعنى ولا يحصل بما يعمل في الجسم فلا يكون ناقضا للبينة ظاهرا وهو الفعل الذى يدق ولا فرق بينهما لان الحل مبنى على الاحتياط فلا يثبت عند تمكن الشبهة كالقود ويخرج عليه النار فانها تعمل في الظاهر والباطن جميعا وقيل في الذكاة أيضا إذا قرب النار من مذبح الشاة حتى انقطع بها الاوداج وسال الدم تحل وان لم يسلم لا تحل لان ما هو المقصود بالذكاة وهو تمييز الطاهر من النجس لم يحصل والوجه الاخير ان آلة القتل الحديد قال الله تعالى وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد والمراد القتل وكذلك خزائن أسلحة الملوك تكون من الحديد فاما الخشب والاحجار فمعدة للابنية والحديد هو المستعمل في القتال وانما ينصب المنجنيق لتخريب الابنية (ألا ترى) ان الحديد إذا حصل القتل به وجب القصاص صغيرا كان أو كبيرا حتى انه لو غرزه بمسلة أو ابرة في مقتله يلزمه القصاص وما سوى الحديد الصغير منه لا يوجب القصاص وان تحقق به القتل والفعل لا يتم الا بآلته فيقصور في الآلة تتمكن شبهة النقصان في الفعل وذلك يمنع وجوب القصاص فعلى هذا الطريق يقول القتل بمثقل الحديد يوجب القصاص نحو ما إذا ضربه بعمود حديد أو بصنجات الميزان لان الحديد في كونه آلة القتل منصوب عليه وفى المنصوص عليه يعتبر عين النص فاما في غير المنصوص عليه فالحكم يتعلق بالمعنى فيعتبر كونه محمدا نحو سن العصا والمروة وليطة القصب ونحو ذلك وعلى الطريق الاول يقول لا يجب القصاص الا بما هو محدد والحديد وغيره فيه سواء وهو رواية الطحاوي

[124]

في كتاب الشروط وتأويل الحديث انه أمر بذلك على طريق السياسة لكونه ساعيا في الارض بالفساد معروفا بذلك الفعل بيانه فيما روى انهم أدركوها وبها رمق ف قيل لها أفتلك فلان فأشارت برأسها لا حتى ذكروا اليهودي فأشارت برأسها أن نعم وانما بعد في مثل تلك الحالة من يكون منهما يمثل ذلك الفعل معروفا به وعندنا إذا كان بهذه الصفة فللامام أن يقتله بطريق السياسة فأما الدم العصا الصغيرة إذا والى بها في الضربات حتى مات لم يلزمه القصاص عندنا وعلى قول الشافعي رضى الله عنه يجب عليه القصاص وكذلك الخلاف فيما إذا ضربه جماعة كل واحد منهم بسوط أو عصا وهو يقول القصد بالعصا الصغيرة عند الموالاة القتل فيكون الفعل بها عمدا محضا بمنزلة القتل بالسيف بخلاف العصا الصغيرة إذا ضربه بها مرة أو مرتين لان القصد هناك التأديب والغالب معه السلامة ولا يكون القتل بها الا نادرا فيكون في معنى الخطأ فأما مع الموالاة فالقصد منه القتل (ألا ترى) ان التهديد بالضرب بالسوط مع الموالاة كالتهديد فالقتل في حكم الاكراه بخلاف التهديد بضرب سوط واحد ويستوى في ذلك حصول الضربات من واحد أو من جماعة لان شرط القتل كون النفس معمودة لا التيقن بكون فعل كل واحد منهم مزهقا للروح لان ذلك لا طريق إلى معرفته والدليل على الفرق بين الضربة والضربات أن شرب القليل من المثلث لا يكون موجبا للحد فان استكثر منه حتى سكر لزمه الحد باعتبار ان القليل منه ممرئ للطعام والكثير مسكر وإذا حصل السكر بالكثير منه لا يميز بعض الفعل عن البعض بل يجعل الكل كفعل واحد حتى يتعلق به ما يندري بالشبهات وهو الحد فهذا مثله وأصحابنا رحمهم الله استدلوا بحديث النعمان ابن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا ان قتل خطأ العمدة قتل السوط والعصا فيه مائة من الابل فيكون نصبا على التفسير وبالرفق قتل السوط والعصا فيكون خيرا للابتداء وفي كليهما بيان أن قتل السوط والعصا يكون قتل خطأ العمدة وان الواجب فيه الدية والمعنى فيه ان القتل حصل بمجموع أفعال لو حصل بكل واحد منها على الانفراد لا يتعلق به القصاص فكذلك إذا حصل بمجموعها كما لو جرح رجلا جراحات خطأ أو اشترك جماعة في قتل رجل خطأ وهذا لان كل واحد من هذه الأفعال غير موجب للقصاص إذا انفرد فانضمام ما ليس بموجب إلى ما ليس بموجب كيف يكون واجبا لما يندري بالشبهات ولو انضم ما هو موجب إلى ما ليس بموجب كالخاطئ مع العاقد لا يجب القصاص فإذا انضم ما هو موجب

[125]

إلى ما ليس بموجب أولى بخلاف الاقداح فهناك لو حصل السكر بالقدر الاول يجب الحد وانما لم يجب الحد إذا لم يسكر به لانعدام السبب الموجب وهنا لو حصل القتل بالضربة الاولى لا يجب القصاص فعرفنا ان هذا الفعل في نفسه غير موجب فلا يدخل على هذا شهادة الشاهدين بالقتل العمدة فانها توجب القصاص وكل واحد منهما بانفراده لا يوجب لان شهادة الشاهدين حجة واحدة وشهادة كل واحد منهما شطر الحجة وشطر الحجة لا يثبت به شئ من الحكم فأما هاهنا فكل فعل صالح لكونه علة تامة وهو على أصله أظهر فان عنده لو حصل من كل واحد من الجماعة ضربة واحدة يجب عليهم القصاص وما لم تتكامل العلة في حق كل واحد منهم لا يلزمه القصاص وقوله بان الضربة الواحدة يقصد بها التأديب قلنا حقيقة القصد لا يمكن الوقوف عليها وانما يبنى الحكم على السبب الظاهر (ألا ترى) ان قطع اليد لا يقصد به القتل أيضا ولهذا كان مشروعا في موضع كان القتل

حراما وكذلك الجرح اليسير مشروع على قصد الاستشفاء كالمقصد والحجامة ومع ذلك إذا حصل القتل به وجب القصاص لان حقيقة المقصد يتعذر الوقوف عليها فيعتبر السب الظاهر فكذلك هاهنا كان ينبغي أن يجب القصاص إذا حصل القتل بالضربة والضربتين بالسوط وحيث لم يجب بان كل فعل من هذه الافعال بانفراده غير موجب وحقيقة الفقه فيه ما ذكرنا في المسألة الاولى ويمكن الاستدلال بهذا الحرف أيضا فيقال العصا الكبير مجموع اجزاء لا يتعلق القصاص بكل جزء منها وان حصل القتل فكذلك بمجموعها فاما بيان نفي استيفاء القود بغير السيف وبها يقول علماؤنا رحمهم الله فان القصاص متى وجب فانه يستوفى بطريق حز الرقبة بالسيف ولا ينظر إلى ما به حصل القتل وقال الشافعي رضى الله عنه ينظر إلى القتل بماذا حصل فان كان بطريق غير مشروع بان سقاه الخمر حتى قتله أو لاط بصغير حتى قتله فكذلك الجواب يقتل بالسيف وان كان بطريق مشروع يفعل به مثل ذلك الفعل ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا تحز رقبتة نحو ما إذا قطع يد انسان عمدا فمات من ذلك واستدل بما روينا ان النبي عليه الصلاة والسلام أمر برضح رأس اليهودي بين حجرين وكان ذلك بطريق القصاص (ألا ترى) انه روى في بعض الروايات فاعترف اليهودي فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص وأمر بان يرضح رأسه بين حجرين ولان المعتبر في القصاص المساواة ولهذا سمي قصاصا مأخوذ من قول القائل التقى الدينان فتقاصا أي تساويا أصلا ووصفا وما قلناه أقرب إلى

[126]

المساواة لما فيه من اعتبار المساواة في الفعل والمقصود بالفعل يجب اعتباره الا إذا تعذر وتعدره أن يكون صورة الفعل بخلاف المشروع بأن يكون حراما أو ان لا يحصل القتل به فحينئذ يجعل ما يكون متمما له فيما هو المقصود ويكون الثاني متمما للاول (ألا ترى) أن من قطع يد انسان خطأ ثم قتله لم يلزمه الادية واحدة وجعل الفعل الثاني تكميلا للاول * وحثنا في ذلك ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف وهو تنصيص على نفي استيفاء القود بغير السيف والمعنى فيه انه قتل مستحق شرعا فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لانه انما يستوفى المستحق بالطريق الذي يتيقن انه طريق له وحز الرقبة يتيقن بأنه طريق استيفاء القتل فاما قطع اليد فلا يكون طريقا لذلك الا بشرط وهو السراية وذلك لضعف الطبيعة عن دفع أثر الجراحة ولا يعرف ذلك عند القتل وما يتعلق بالشروط لا يكون ثابتا قبل الشرط فقبل السراية هذا الفعل غير القتل فلا يكون مشروعاً فضلاً عن أن يكون مستحقاً وصورة الفعل غير مقصودة وانما المقصود ازهاق الروح عرفاً لمعنى الانتقام واستحقاق القتل شرعاً فيجب مراعاة ذلك المقصود ولا يقال لا يقيم الناس في الابتداء من أن يكون هذا الفعل مؤثراً في تحصيل المقصود ما لم يبرأ منه لانه وان كان لا يقيم الناس عن ذلك فانه يؤدي إلى تأخير تحصيل المقصود وكما لا يجوز ابطال مقصود صاحب الحق لا يجوز تأخيره ثم هذا اعتبار معادلة توقعنا في الظلم في الانتهاء لانه إذا تراخت يده تحز رقبتة والفعل الثاني بعد البرء لا يكون اتماماً للاول بدليل الخطأ فيؤدي إلى الزيادة على ما كان منه وإلى المثلة وذلك حرام فان قيل بأي طريق تسقط حرمة ذبح القاتل ولم يوجد له فعل في مذبح المقتول قلنا بالطريق الذي يسقط عندكم حرمة مذبحه إذا تراخت يده وهو استحقاق القتل عليه وذلك موجود قبل قطع اليد وتأويل الحديث ما بينا والذي روى انه قضى بالقصاص شاذ لا

يعتمد عليه أو قاله الراوى بناء علي ما وقع عنده انه كان بطريق القصاص وفي الحقيقة انما كان ذلك بطريق السياسة وان اجتمع رهط على قتل رجل بالسلاح فعليهم فيه القصاص بلغنا عن عمر رضى الله عنه انه قضى بذلك وهو استحسان والقياس ان لا يلزمهم القصاص وقد ذكر في كتاب الاقرار لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المتعدى ولما في النقصان من البخس بحق المتعدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد وهذا شى يعلم ببداهة العقول فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فيكف تكون العشرة مثلا للواحد

[127]

وأيد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس واحدة ولكننا تركنا هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضى الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالا عليه أهل صنعاء لقتلتهم به ولان شرع القصاص لحكمة الحياة وذلك بطريق الزجر كما قررنا ومعلوم أن القتل بغير حق في العادة لا يكون الا بالتغالب والاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد فلولم نوجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد لادى إلى سد باب القصاص وابطال الحكمة التى وقعت الاشارة إليها بالنص يوضحه أنه لا مقصود في القتل سوى التشفي والانتقام وذلك حاصل لكل قاتل بكماله كانه ليس معه غيره وعلى هذا قال علماؤنا رحمهم الله الواحد إذا قتل جماعة فانه يقتل بهم جميعا على سبيل الكفاءة وقال الشافعي رضى الله عنه ان قتلهم على التعاقب يقتل بأولهم ويقضى بالديات لمن بعد الاول في تركته وان قتلهم معا يقرع بينهم ويقضى بالقيود لمن خرجت قرعته وبالدية للباقيين واستدل بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فقد جعل الله تعالى النفس بمقابلة النفس فصاها فلا يجوز أن يجعل النفس بمقابلة النفوس قصاصا بالرأى ولانا قد بينا أنه لا مساواة بينهما الا أنا أوجبنا القصاص على العشرة بقتل الواحد لرد عليه القتل بغير حق وهذا لا يوجد في القتل قصاصا لان ذلك يكون بقوة السلطان فلا تقع الحاجة فيه إلى التعاون والتغالب ولان في ايجاب القصاص هناك تحقق معنى الزجر وذلك لا يوجد هنا فانه بعد ما قتل الواحد إذا علم أنه وان قتل جميع أعدائه لا يلزمه القصاص أخذ يتجاسر على قتل الاعداء وإذا علم أنه يستوفى الديات من تركته يتحرز من ذلك لا بقاء العناء لورثته فكان معنيا الزجر فيما قلنا وحقيقة المعنى في الفرق أن العشرة إذا قتلوا واحدا فكل واحد منهم قتل عشره فوجب عليه القصاص بقدر ما أتلف الا أنه لا يمكن استيفاء ذلك منه الا باسقاط ما بقي من حرمة نفسه فيسقط ذلك لضرورة الحاجة الي استيفاء القصاص كما إذا غصب ساحة وبنى عليها سقط حرمة بنائه لوجوب رد الساحة وكذلك عندي في الساحة فأما هاهنا فكل واحد من المقتولين قد استحق على القاتل نفسا كاملة وليس في نفسه وفاء بالنفوس فلا يمكن أن يقتل بهم جميعا ولكن يترجح أولهم بالسبق فان حقه ثبت في محل فارغ وإذا قتلهم معا رجح بالقرعة كما هو مذهبي في نظائره والدليل على أن كل واحد من القاتلين يستوفى الجزاء في الخطأ يجب على كل واحد منهم جزء من الدية وانه لو كان بعض الفاعلين مخطئا لم يجب القصاص على واحد منهم بخلاف

ما إذا قتل جماعة بعضهم عمدا وبعضهم خطأ فإنه يلزمه القصاص لمن قتله عمدا وإن كان واحداً وحجتنا في ذلك أن العشرة إذا قتلوا واحداً يقتلون به وكانوا مثلاً له جزاء لدمه فكذلك إذا قتل واحداً يقتل بهم ويكون مثلاً لهم لأن المثل اسم مشترك فمن ضرورة كون أحد الشئيين مثلاً للآخر أن يكون الآخر مثل له كاسم الأخ فإنه من ضرورة كون أحد الشخصين أخاً للآخر أن يكون الآخر أخاً له فلا يجوز أن يقال يلزمهم القصاص لرد غلة القتل بغير حق من غير اعتبار المماثلة فإن الزيادة في القدر أبلغ من الزيادة في الوصف وإذا كان لا يقتل المسلم بالمستأمن وعلي قوله بالذمي والحر بالعبد لا نعدم المماثلة مع الحاجة إلى رد القتل عليه بغير حق فلان لا يقتل العشرة بالواحد أولى وكذلك في كل موضع ينعذر اعتبار المماثلة نحو كسر العظام لا يوجب القصاص والحاجة أن رد عليه الجناية هاهنا بغير حق يتحقق هنا ومع ذلك يوهم الزيادة بمنع القصاص فيتحقق الزيادة لأن يمنع من ذلك كان أولى فعرفنا أنه إنما يقتل العشرة بالواحد بطريق المماثلة وبيان ذلك وهو أن القتل مملاً يتجزأ وإذا اشترك الجماعة فيما لا يحتمل التجزئ فاما ان ينعدم أصلاً أو يتكامل في حق كل واحد منهم والدليل عليه أن كل واحد منهم لو حلف أن لا يقتله كان حائثاً في يمينه بهذا الفعل ولا يجب إلا بوجوب كمال الشرط وفي الخطأ يجب على كل واحد منهم الكفارة كاملة ولا تجب الكفارة إلا بقتل كامل فأما الدية بمقابلة المحل فلصيانته عن الأهدار لأن يكون ذلك جزاء الفعل والمحل واحد فلا يجب بمقابلته الا دية واحدة والدليل عليه أن القتل يخرج ببعضه زهوق الروح لأن الروح لا يمكن أخذه حساً فطريق أثرها فيه قصداً هذا وقد تحقق من كل واحد منهم والحكم إذا حصل عقيب علل يضاف جميعه إلى كل علة فيجعل زهوق الروح محالاً به على فعل كل واحد منهم فكان كل واحد منهم قاتلاً على سبيل الكمال بمنزلة الأولياء في التزويج بتكامل الولاية لكل واحد منهم وفي هذا المعنى القتل الذي هو عدوان والقتل الذي هو جزاء سواء فإن الأولياء إذا اجتمعوا وقتلوا كان كل واحد منهم قاتلاً بكامله والدليل عليه إنما فيما هو المقصود بالقتل وهو التشقي والانتقام لا فرق بين الجزاء والعدوان وهو يتكامل لكل واحد من الأولياء كما يتكامل لكل واحد من العبيدين فعرفنا أن كل واحد منهم مستوف حقه بكامله فلا حاجة إلى المصير إلى الدية وبه فارق النكاح فإن المرأة لو زوجت نفسها من جماعة لا يثبت النكاح لكل واحد منهم على هذه المرأة لأن المقصود الفراش والنسل وذلك ينعدم بالاشتراك فلا يتكامل لكل واحد منهم

ثم هناك لما لم يحتمل التجزئ في المحل انعدم أصلاً عند الاشتراك وهاهنا لم ينعدم القتل فعرفنا أنه تكامل في حق كل واحد منهم وما قال بان الواجب على كل منهم عشر القتل كلام غير معقول لأن القصاص في نفس واحدة كما لا يحتمل التجزئ استيفاء لا يحتمل التجزئ وجوباً فلا يجوز أن يستحق بعض نفسه قصاصاً وكيف يستقيم هذا ولو عفى أحد الأولياء حتى حيا جزء من المقتول سقط القصاص كله فإذا كان القصاص الواجب يسقط إذا لم يبق مستحقاً في بعض النفس بعد العفو فلان لا يجب ابتداء في بعض النفس دون البعض أولى وتبين بهذا التحقيق أنه لا طريق سوى ما قلنا أن العشرة إذا قتلوا واحداً فكل واحد منهم قاتل له على الكمال

وكذلك الاولياء إذا اجتمعوا واستوفوا القصاص كان كل واحد منهم قاتلا له على الكمال مقدار حقه ليحيوه بدفع شرقاتل أبيه عن نفسه وكان ليس معه غيره فلا حاجة إلى القضاء بالدية ولا إلى الترجيح بالسبق أو إلى القرعة قال وإذا قتل الحر المملوك عمدا فعليه القصاص عندنا وقال الشافعي لا قصاص عليه لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومقابلة الحر بالحر يقتضى نفي مقابلة الحر بالعبد وهذا علي وجه التفسير للقصاص المذكور في قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فيكون بيان أن المساواة التي هي معتبرة إنما تكون عند مقابلة الحر بالحر لا عند مقابلة الحر بالعبد وعن ابن عمرو ابن الزبير رضى الله تعالى عنهم قالا السنة أن لا يقتل لعبد بالحر والمعنى فيه أن هذا أحد نوعي القصاص فلا يجب علي الحر بسبب المملوك كالقصاص في الاطراف بل أولى لان حرمة الطرف دون حرمة النفس فالاطراف تابعة للنفس وإذا كان طرف الحر لا يقطع بطرف العبد مع خفة حرمة الطرف فلان لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس كان ذلك أولى وتأثيره أن القصاص يبنى على المساواة ولا مساواة بين الاحرار والعبيد فان العبد مملوك مالا والحر مالك والمالكية في نهاية من العز والكمال والمملوكية في نهاية من الذل والنقصان والدليل عليه أن المملوك قائم من وجه هالك من وجه فان الحرية حياة والرق تلف ولهذا كان المعتق منسوبا بالولاء إلى المعتق لانه احياء بالاعتاق حكما ولا مساواة بين القائم من كل وجه وبين القائم من وجه و الهالك من وجه والدليل عليه أن التفاوت ظاهر بينهما في بدل النفس وهو المال وبه تبين أن الرق أثر في النفسية ولهذا المعنى لا يجب القصاص على المولى بقتل عبده ولو لم يؤثر الرق في النفسية لكان المولى كالاجنبي في قتل العبد فيلزمه القصاص ولان المقتول كان بعرض أن يصير من خول القاتل

[130]

بان يشتره فيمنع ذلك القصاص المساواة بينهما في حكم القصاص كالمسلم مع المستأمن * وحجتنا في ذلك قوله تعالى كتب عليهم القصاص في القتلى فهذا يقتضى وجوب القصاص بسبب كل قتل الا ما قام عليه الدليل فأما قوله الحر بالحر فهو ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه فلا يجب تخصيص ما بقي (الا ترى) أنه كما قابل العبد بالعبد قابل الانثى بالانثى ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى وفي مقابلة الانثى بالانثى دليل على وجوب القصاص على الحرية بقتل الامة وفائدة هذه المقابلة ما نقل عن ابن عباس رضى الله عنه قال كانت المقابلة بين بني النضير وبين بني قريظة وكانت بنو النضير أشرف وكانوا يعدون بن قريظة على النصف منهم فتواضعوا على أن العبد من بنى النضير بمقابلة الحر من بنى قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بنى قريظة فأنزل الله هذه الآية ردا عليهم وبيانا أن الحر بمقابلة الحر والعبد بمقابلة العبد والانثى بمقابلة الانثى من القبيلتين جميعا وعن علي بن أبي طالب قال يقتل الحر بالعبد وما روى عن ابن عمر وابن الزبير محمول على السيد إذا قتل عبده فقد كانوا مختلفين في ذلك فمنهم من كان يوجب القصاص ويستدل بقوله عليه السلام من قتل عبده قتلناه فانما قال ذلك ردا علي من يقول منهم لا يقتل السيد بعبده والمعنى فيه أن دم العمد مضمون بالقصاص فيستوى أن يكون قاتله حرا أو عبدا كدم الحر وبيان الوصف أن العبد إذا قتل عبدا يلزمه القصاص والقصاص عقوبة تندرى بالشبهات فيستدعى وجوبها انتفاء الشبهة المبيحة عن الدم وبعد انتفاء الشبهة الحر والعبد فيه

سواء وسنقرر هذا الكلام في مسألة قتل المسلم الذمي والذي يختص بهذه المسألة حرفان أحدهما أن وجوب القصاص يعتمد المساواة في الذمي وقد تحقق ذلك فالرق والمملوكية لا يؤثر في الدم لان الرق انما يؤثر فيما يتصور ورود القهر عليه وذلك أجزاء الجسم فأما الحياة فلا تدخل تحت القهر والدليل عليه أن العبد فيه يبقى على أصل الحرية حتى لا يملك المولى التصرف فيه اقرار عليه به ولا استيفاء منه الا أن المولى إذا قتله لا يلزمه القصاص لانعدام المستوفى لانه لو كان القاتل غيره كان هو المستوفى بولاية الملك والقتل لا يحرمه ذلك ولا يكون هو مستوفيا العقوبة من نفسه ونقصان بدل الدم كنقصان صفة المملوكية في محله لا في غيره كنقصان بدل الدم بسبب الانوثة انما يكون للمولكية في محله فأما الحياة فلا تحلها الانوثة والثاني أن وجوب القصاص يعتمد المساواة في الاحراز والاحراز انما يكون بالدار أو بالدين والمملوك في ذلك مساو للحر والحكمة في شرع القصاص الحياة

[131]

وفى ذلك المعنى الحر والمملوك سواء وليست النفوس قياس الاطراف لان وجوب القصاص هناك يعتمد المساواة في الجزء المبان ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والرق ثابت في اجزاء الجسم فتندم بسببه المساواة بينهما في الاطراف مع ان طرف العبد في حكم المال عندنا ولهذا لا يكون مضمونا بالقصاص على أحد عبدا كان أو حرا بخلاف النفس فالمعتبر فيه المساواة في الحياة ولهذا لا تقتل النفس الصحيحة بالنفس الزمنة وقد تحققت المساواة هاهنا وعلى هذا لو قتل رجل صبيا فعليه القصاص لوجود المساواة بينهما في الحياة وكذلك لو قتل رجل امرأة وروى عن على رضى الله عنه يتخير اولياؤها بين ان يستوفوا ديبتها وبين ان يعطوا القاتل نصف دينه ثم يقتلونه قصاصا وهذا بعيد لا يصح عن على رضى الله عنه وقد كان أفقه من أن يقول القصاص لم يكن واجبا ثم يجب باعطاء المال وعلى هذا لو قتل العبد الحر عمدا والمرأة الرجل فعليهما القصاص لوجود المساواة بينهما في الحياة والشافعي لا يخالفنا في هذا فانه يرى استيفاء الانقص بالاكمل قصاصا وانما أبى استيفاء الاكمل بالانقص فإذا تبين هذا في حالة الانفراد فكذلك عند الاشتراك حتى إذا اشترك جماعة من الرجال في قتل حرة أو أمة فعليهم القصاص كما لو اشتركوا في قتل رجل حر وكذلك لو قتل المسلم الذمي عمدا فعليه القصاص عندنا وعند الشافعي لا قصاص عليه وأما الذمي إذا قتل ذميا ثم أسلم القاتل فعليه القصاص بالاتفاق ويحكى أن أبا يوسف رحمه الله قضى بالقصاص على هاشمي يقتل ذمي فجعل اولياء القاتل يؤذونه بالسنتهم ويقولون يا جائر يا قاتل مؤمن بكافر فشكاهم الي الخليفة فقال ارفق بهم فلما علم مراد الخليفة خرج وأمر باعادتهم إليه ثم قال لاولياء القتيل هاتوا بيعة من المسلمين ان صاحبكم كان يؤدى الجزية طوعا فان هؤلاء يدعون أنه كان ممتنعا من اداء الجزية فلهذا قتله ولا قتل عليهم الا بيعة من المسلمين فعجزوا عن ذلك فدرأ القود به ودخل على الخليفة فاخبره بذلك فضحك وقال من يقاومكم يا أصحاب أبى حنيفة واستدل الشافعي بقوله تعالى أقمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون فالقصاص يبنى على المساواة وعندما انتفت المساواة بينهما بالنصوص الظاهرة لا يجب عليه القصاص وقال عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم فهذا دليل على ان دماء غيرهم لا يكافئ دماءهم ثم قال في آخر الحديث لا يقتل مؤمن بكافر وبالإجماع ليس المراد نفى الاستيفاء فعرفنا ان المراد نفى الوجوب والمعنى فيه ان المقتول

منقوص بنقص الكفر فلا يجب القصاص على المسلم بقتله كالمستأمن
وهذا لان الكفر من أعظم النقائص فالكافر كالميت من

[132]

وجه قال الله تعالى أو من كان ميتا فأحييناه أي كافرا فرزقناه الهدى فلا
مساواة بين من هو ميت من وجه وبين من هو حي من كل وجه بخلاف
الذمي إذا قتل ذميا فقد وجدت المساواة هناك فوجب القصاص ثم الاسلام
بعد ذلك زيادة حصلت على حق الاولياء فلا يمنعهم من الاستيفاء
كالمستأمن إذا قتل مستأمنا يلزمه القصاص منصوص عليه في السير
الكبير في النفس والطرف جميعا ثم لو أسلم القاتل بعد ذلك لا يسقط عنه
القصاص ولان الكفر مهدر للدم مؤثر في الاباحة فإذا وجد ولم يبح يصير
شبهة كالمملك فانه مباح فإذا وجد في الاخت من الرضاغة ولم يبح فيصير
شبهة في درء ما يندري بالشبهات والدليل على ان الكفر مهدر للدم ان من
لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والذراري إذا قتلهم انسان لا يغرم شيئا
لوجود المهدر وما ذلك الا الكفر والدليل عليه اننا أمرنا بقتل الكفار لكفرهم
قال الله تعالى وقتلوهم حتى لا تكون فتنة يعني فتنة الكفر وقال عليه
الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وهذا الكفر
قائم بعد عقد الذمة الا أنه غير عامل في اباحة الدم بمعنى الدعاء إلى
الدين باحسن الوجوه على ما أشار الله تعالى إليه في قوله تعالى فأجره
حتى يسمع كلام الله فيبقى باعتباره شبهة ينتفى بها المساواة بينه وبين
المسلم بمنزلة طهارة المستحاضة مع طهارة الاصحاء فان سيلان الدم
الذي هو ناقص للطهارة موجود مع طهارة المستحاضة ولكنه غير عامل في
الوقت ومع هذا لا تكون طهارتها طهارة الاصحاء حتى لا تصلح لامامة
الاصحاء وهذا بخلاف المال فانه يجب القطع بسرقة مال الذمي لان المباح
وهو الكفر ليس في المال وانما هو في النفس فهو نظير حقيقة الاباحة
بسبب القضاء بالرجم فانه لا يكون مؤثرا في المال حتى يجب القطع
بسرقته ماله ولا يجب القصاص على أحد بقتله ولهذا أوجب القطع بسرقة
مال المستأمن أيضا * يوضحه أن القطع في السرقة خالص حق الله تعالى
فوجوبه يعتمد الجناية على حق الله تعالى دون المساواة ومعنى الجناية
يتحقق في سرقة مال الذمي والمستأمن بثبوت الا من لهما حقا لله تعالى
فما كان القطع الانظير الكفارة والكفارة تجب بقتل الذمي والمستأمن
كما تجب بقتل المسلم * وحجتنا في ذلك ما روى أن النبي عليه الصلاة
والسلام أقاد مسلما بدمي وقال أنا أحق من وفي بدمته وهذا التعليل
تنصيص على وجوب القود على المسلم بقتل الذمي واستيفاء القود منه
وفي بعض الروايات أن رجلا مسلما قتل ذميا فقضى رسول الله صلى الله
عليه وسلم بالقصاص وقال أنا أحق من وفي بدمته وعن عمر رضي اله عنه
انه أمر بقتل رجل مسلم برجل من أهل الحيرة

[133]

ذمي ثم بلغه انه فارس من فرسان العرب فكتب فيه ان لا يقتل يعني
يسترضوا الاولياء فيصالحوا على الدية وان عبيد الله بن عمر لما قتل
هرمران بتهمة دم أبيه استقر الامر على عثمان فطلب منه علي رضي الله

عنه أن يقتص من عبد الله وكان يدافع في ذلك أياما ثم قال هذا رجل قتل أبوه بالامس فأنا أستحي أن أقتله اليوم وان هرمزان رجل من أهل الارض أنا وليه أعفو عنه وأؤدى الدية فهذا اتفاق منهما علي وجوب القصاص وقضى علي رضي الله عنه بالقصاص علي مسلم بقتل ذمي ثم رأى الولي بعد ذلك فقال ماذا صنعت قال انى رأيت أن أقتل أباه لا برد أخى وقد أعطوني المال فقال فلعلهم خوفوك فقال لا فقال علي رضي الله عنه انما أعطيناكم الدية وتبدلون الجزية لتكون دماؤكم كدمائنا وأموالكم كاموالنا والمعنى فيه ان دم الذمي مضمون بالقصاص حتى إذا كان القاتل ذميا يلزمه القصاص به بالاجماع وذلك دليل علي انتفاء الشبهة المبيحة عن الدم وبعد انتفاء الشبهة يستوى أن يكون القاتل مسلما أو ذميا ولا يدخل عليه الاب إذا قتل ابنه لان امتناع وجوب القود عليه عندنا ليس لقيام الشبهة في دم الابن بل لان فضيلة الابوة تخرج الولد من أن يكون مستوجبا القود علي والده كما يمنعه من قتله شرعا وان كان الاب مباح الدم بان كان مرتدا أو حربيا أو زانيا وهو محصن والدليل علي أن الابوة إذا طرأت تمنع استيفاء القصاص والشبهة انما تؤثر إذا اقترنت بالسبب الموجب وحيث كان طريان الابوة مانعا من الاستيفاء عرفنا ان المعنى فيه ما ذكرنا فاما المستأمن إذا قتل مستأمنا ففي وجوب القصاص علي المسلم بقتل المستأمن قياس أو استحسان في القياس يلزمه القصاص ذكره في هذا الكتاب وهو رواية أحمد بن عمران استاذ الطحاوي عن أصحابنا ورواه ابن سماعه عن أبى يوسف فقالوا ما ذكره في السير بناء علي جواب القياس ان الشبهة المبيحة عن الدم تنفى بعقد الامان فلا جرم يجب القصاص بقتله علي المستأمن والمسلم جميعا فأما علي جواب الاستحسان فيقول بقيت الشبهة المبيحة في دمه وهو كونه حربيا لانه ممكن من الرجوع الي دار الحرب فجعل في الحكم كانه في دار الحرب فلا يجب القصاص بقتله علي أحد سواء كان القاتل مستأمنا أو ذميا أو مسلما ولان الذمي محقون الدم علي التأييد فيجب القصاص بقتله علي المسلم كالمسلم وتحقيقه أن القصاص يعتمد المساواة في الحياة لانه ازهاق الحياة وهو مشروع لحكمة الحياة وانما تتحقق المساواة في ذلك شرعا لوجود التساوى في حقن الدم وقد وجد ذلك بين المسلم والذمي فان حقن كل واحد منهما مؤيد بسبب مشروع وهو عقد الذمة

[134]

خلف عن الاسلام في معنى الحقن والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وهذا الحقن والتقويم انما يثبت بالاحراز والاحراز يكون بالدار لا بالدين لان الاحراز بالدين انما يكون في حق من يعتقده فأما الاحراز بقوة أهل الدار فيكون في حق الكل والذمي في الاحراز مساو للمسلم لانه من أهل دارنا حقيقة وحكما والدليل عليه أن الاحراز يؤثر في المال والنفس جميعا ثم في المال احراز الذمي كاحراز المسلم حتى يجب القسط بسرقة مال الذمي وحد السرقة أقرب إلى السقوط عند تمكن الشبهة من القصاص ولا يدخل عليه المقضى عليه بالرجم لانا لا نقول بباح قتله لنقصان في احراز كل جزء علي جريمته فأما الاحراز فقائم في المال والنفس جميعا وهاهنا ان سلم لنا ان الاحراز في حق المسلم والذي سواء يتضح الكلام فانه لا يمكنه أن يدعى بعد ذلك بقاء الشبهة بسبب اصراره علي الكفر لان المبيح كان هو القتال دون الكفر كما قال الله تعالي فان قاتلوكم فاقتلوهم ولما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت والقتال ينعدم بالاحراز في

حق الذمي أصلا كما بنعدم في حق المسلم وقد قررنا هذا في السير وإذا ثبت انتفاء الشبهة والمساواة في الاحراز ثبتت المساواة بينهما في حكم القصاص فلا يجوز أن تكون فضيلة الاسلام في القاتل مانعا لان طريان هذه الفضيلة لا تمنع الاستيفاء فلو كان اقتيرانها بالسبب يمنع الوجوب لكان طريانها يمنع الاستيفاء كفضيلة الابوة وفضيلة الاسلام في المنكوحه فانه لما كان يمنع ابتداء النكاح عليها للكافر يمنع الوطئ إذا طرأ بعد النكاح فاما المسلم إذا قتل مستأمنا فلا قصاص عليه على طريق الاستحسان لانعدام المساواة في الاحراز فالمستأمن غير محرز نفسه بدار الاسلام على التأيد ولهذا لا يوجب القطع بسرقة ماله لبقاء الشبهة المبيحة وهى المحاربة فانه ممكن من أن يرجع إلى دار الحرب فيعود حربا للمسلمين وبهذا الطريق نقول لا يقتل الذمي بالمستأمن أيضا خلافا للشافعي لان الذمي محرز نفسه بدارنا على التأيد فلا تتحقق المساواة بينه وبين المستأمن فاما الآيات في نفي المساواة بين الكفار والمؤمنين فالمراد بها في أحكام الآخرة وذلك مبين في آخر كل آية وأما قوله عليه السلام المسلمون تتكافؤ دماؤهم فمن أصلنا أن تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فلا يكون هذا بيان أن دماء غير المسلمين لا تكافئ دماء المسلمين وأما قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر فهو غير محري على ظاهره بالاتفاق لان القاتل إذا أسلم يقتل قصاصا وفيه قتل مؤمن بكافر ثم المراد به الحربى يعنى من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان فانه لا يقتل

[135]

المؤمنون بهم بدليل قوله ولا ذو عهد في عهده أي ولا يقتل ذو العهد بالكافر وانما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربى فان قيل هذا ابتداء أي لا يقتل ذو العهد في مدة عهده قلنا ابتداء الواو حقيقة للعطف خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه فان قيل قد روى ولا بدى عهد فيفهم منه أن المؤمن لا يقتل بدى العهدة قلنا ان ثبتت هذه الرواية فهى محمولة على المستأمن وبه نقول ان المسلم لا يقتل بالمستأمن وكذلك لو اجتمع نفر من المسلمين على قتل ذمى قتلوا به لانهم في حكم القصاص كالمسلمين وكل قطع من مفصل ففيه القصاص في ذلك الموضع لان المعتبر في القصاص المساواة وفي القطع من المفاصل يمكن اعتبار المساواة فيجب القصاص فأما كل قطع لا يكون من مفصل بل يكون بكسر العظم فانه لا يجب القصاص فيه عندنا وفي أحد قولى الشافعي يجب القصاص لان القصاص مشروع لمعنى الزجر والجنابة بغير حق في الغالب انما تكون بهذه الصفة وقل ما يكون من المفصل فلو قلنا لا يجب القصاص في ذلك أدى إلى ابطال الحكمة ولكننا نستدل بقوله عليه السلام لا قصاص في العظم ولانه لا تتأتى مراعاة المساواة في العظام لانه لا ينكسر في الموضع الذى برئ كسره وبدون اعتبار المساواة لا يجب القصاص ما خلا السن فالقصاص يجب فيه وقد بيناه ولا تقطع اليسار باليمين ولا اليمين باليسار ولا اليد بالرجل ولا الابهام بغيرها من الاصابع ولا أصبع من يد باصبع من الرجل لانعدام المساواة بين هذه الاعضاء فان فيما هو المقصود بها لا مساواة يعنى مقصود منفعة البطش في اليد والعمل بها وبين اليمين واليسرى في ذلك تفاوت وكذلك في الخلقة والهيئة يظهر التفاوت بين الابهام وغيرها من الاصابع وبين اليد والرجل وأصابع اليد وأصابع الرجل فيمتنع جريان القصاص بينهما ولا يقتص من عظم ما خلا السن والاصل في جريان القصاص في الاسنان قوله تعالى والسن بالسن وروى

أن الربيع عمه أنس بن مالك كسرت سن جارية فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص فقال له أنس بن النضر أو يكسر سن الربيع بسن جارية فرضوا بالارش فقال عليه السلام ان لله عبادا لو أقسموا عليه لا يبرهم منهم أنس بن النضر والاصل في جريان القصاص فيما دون النفس اعتبار المماثلة في الفعل وفي المحل اما المأخوذ بالفعل فلان المماثلة في ضمان العد وان منصوص عليها فيجب اعتبارها في كل ما يتأتى والمتأتى اعتبار المماثلة في هذه الاشياء ويعنى بالمماثلة في المأخوذ بالفعل المساواة في المنفعة والمساواة في البذل لان التفاوت في المنفعة المقصودة دليل اختلاف الجنس وان

[136]

اتحد الاصل فلان تنعدم المماثلة أولى ولهذا لا تقطع اليمين باليسار والتفاوت في البذل دليل ظاهر على انعدام المساواة لان البذل بمقابلة المبدل وهو قيمته فالتفاوت فيه دليل على التفاوت في المبدل وعلى هذا الاصل قال علماؤنا رحمهم الله لا يجرى القصاص بين الرجال والنساء في الاطراف وقال ابن ابي ليلى يجرى وهو قول الشافعي ويسلكون في الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفس وثبوت الحكم في التبع بثبوتها في الاصل فكما يجرى القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الاطراف ولكننا نقول لا مماثلة بين طرف الرجل وطرف المرأة في المنفعة ولا في البذل والمماثلة معتبرة في القصاص في الاطراف بدليل أن الصحيحة لا تستوفى بالشلاء للتفاوت بينهما في البذل والمنفعة ولا معنى لقولهم ان الشلاء ميتة لا روح فيها لان استيفاءها في القصاص جائز ويقطعها يتألم صاحبها ويجب حكومة العدل لقطعها فعرفنا ان الحياة فيها باقية ولكن التفاوت في البذل فلا تقطع الصحيحة بها بخلاف النفوس فالمعتبر هناك المساواة في الفعل حتى تستوفى النفس الصحيحة بالزمنة * فان قيل التفاوت في البذل يمنع استيفاء الاكمل بالانقص ولا يمنع استيفاء الانقص بالاكمل حتى ان الشلاء تقطع بالصحيحة وعندكم في هذا الموضوع لا تقطع يد المرأة بالرجل * قلنا نعم إذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وقوات بعض الاصابع فهو كما قلنا فأما إذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما لصاحبه كالمبين مع اليسار وهذا المعنى وهو ان في التفاوت إذا كان بنقصان حسي فمن له الحق إذا رضى بالاستيفاء يجعل هو بالعيب حقه مستوفيا لما بقى وذلك جائز ولهذا لا يستوفى الاكمل بالانقص وان رضى به القاطع لانه بالرضا يكون باذلا للزيادة ولا يجوز استيفاء الطرف بالبذل فاما إذا كان التفاوت لمعنى حكمي فلا وجه لتمكينه من الاستيفاء هاهنا بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البذل وعلى هذا قال الشافعي تقطع يد العبد بيد الحر كما يقتل العبد بالحر وكذلك تقطع يد العبد بيد العبد كما يقتل أحدهما بالآخر قصاص ولا تقطع يد الحر بيد العبد كما لا يقتل الحر بالعبد عنده وعندنا لا يجرى القصاص بين العبيد والاحرار ولا بين العبيد فيما دون النفس لانعدام المساواة في البذل أما فيما بين العبيد والاحرار فظاهر وكذلك بين العبيد إذا اختلفت القيم فيهم وكذلك إذا استوت لان طريق معرفة القيمة الحرز والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بطريق الحرز كالمماثلة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها ولا يقال نصاب السرقة يعرف بالتقويم

وان كان يتعلق به ما يندرى بالشبهات فكذلك المماثلة في القيمة هاهنا لانا لا ننكر معرفة القيمة بالحزر والظن وانما ننكر ثبوت المساواة بالحزر قطعاً وفي باب السرقة الحاجة إلى معرفة القيمة لا إلى المساواة ولا يقال إذا كانت قيمة كل واحد من العبدین أكثر من عشرة آلاف فهاهنا المساواة بينهما في البذل ثابتة شرعاً ومع ذلك لا يجرى القصاص بينهما في الاطراف لان التقدير في بدل نفس العبد فاما بدل طرفه فلا يدخله التقدير شرعاً ولكن تجب قيمته بالغة ما بلغت فيتحقق التفاوت بينهما فيه وبهذا تبين ان اطراف العبد يسلك بها مسلك الاموال ولا مدخل للقصاص في الاموال وعلى هذا الاصل قلنا يجرى القصاص بين المسلم والذمي فيما دون النفس للمساواة بينهما في البذل وعند الشافعي يقطع طرف الذمي بطرف المسلم ولا يقطع طرف المسلم بطرف الذمي اعتباراً بالنفسية علي قوله وعلي هذا الاصل لا يقطع يدان بيد واحدة عندنا للتفاوت في البذل والتفاوت في المقدار وتأثير التفاوت في المقدار فيما يعتبر فيه المماثلة أكثر من تأثير التفاوت في الصفة (ألا ترى) ان في الاموال الربوية التفاوت في المقدار يمنع جواز العقد والتفاوت في الصفة لا يمنع ثم التفاوت في الصفة هاهنا يمنع استيفاء الاكمل بالانقص كالصحيحة بالشلاء فالتفاوت في المقدار أولى وعند الشافعي يقطع يدان بيد واحدة إذا وضع السكين من جانب واحدة اعتباراً للقصاص في الطرف بالقصاص في النفس الا ان في الاطراف إذا وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب وامراً حتى التقي السكينان يجب القصاص لان القتل ازهاق للحياة وهو لا يحتمل الوصف بالتجزى بحال فباختلاف محل الفعل لا يثبت التجزى بل كل واحد منهما قاتل على الكمال كما لو اتحد محل فعلهما فاما القطع فانه جزء محسوس وذلك يتنوع نوعين نوع منه يتجزأ وهو عند اختلاف محل الفعل لانه لو لم يوجد من كل واحد منهما أمرار السلاح الا على بعض العضو ونوع منه لا يحتمل الوصف بالتجزى وهو ما اتحد محل الفعل لان كل واحد منهما أمر السلاح على جميع العضو (ألا ترى) أنه لا يمكن أن يشار إلى شئ من المحل فيقال القطع بفعل هذا دون فعل ذلك وعند اختلاف محل الفعل يقال هذا الجانب انقطع بفعل هذا والجانب الآخر انقطع بفعل الآخر فإذا كان غير متجزئ كان قياس النفس يجعل كل واحد منهما قاطعاً بجميع اليد حكماً فيلزمه القصاص لا اعتبار معنى الزجر كما يعتبر ذلك في النفس والدليل على الفرق ان عند تمييز محل الفعل يجب على كل واحد منهما حكومة العدل وعند اتحاد محل يجب على كل واحد منهما عندكم

نصف دية اليد في ماله وكذلك قلم لو أن محرمين قتلوا صيدا بضربة واحدة فان على كل واحد منهما قيمته صحيحاً ولو جرحه كل واحد منهما في محل علي حدة ضمن كل واحد منهما قيمته مجروحاً بجراحة صاحبه فيه يتضح هذا الفرق ولكننا نقول كل واحد منهما قاطع بعض اليد سواء اختلف محل الفعل أو اتحد لان القطع هو الفعل بين متصلين ولهذا يطلق هذا الاسم على الخشب والنبات والحيوان ونحن نتيقن ان ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر ولا معتبر بامرار كل واحد منهما السلاح على جميع العضو لان امرار السلاح من غير حصول القطع به وجوده كعدمه وما انقطع

بقوة أحدهما لم ينقطع بقوة الآخر هذا شيء يعرفه كل عاقل فعرفنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد ولا يجوز أن يقطع جميع يده بقطعه بعض اليد لان المساواة في الفعل معتبرة لا محالة والدليل عليه أن القطع في الجملة مما يحتمل الوصف بالتجزى وما يحتمل الوصف بالتجزى إذا اشترك فيه اثنان يضاف إلى كل واحد منهما بعضه وان حصل على وجه غير متجزى كما لو اشتركا في تمزيق ثوب أو في استهلاك درة أو في جمل حبسه يضاف نصفه إلى كل واحد منهما وان حصل على وجه غير متجزى فاما النفس فالقياس فيها هكذا ولكن تركنا القياس بالاثر وهو حديث عمر والمخصوص من القياس بالاثر لا يلحق به الا أن يكون في معناه من كل وجه لان الفعل في النفس لا يحتمل الوصف بالتجزى بحال والفعل في الطرف يحتمل الوصف بالتجزى (ألا ترى) أنه يتحقق أن يقطع بعض اليد ويترك ما بقي وفي النفس لا يتحقق ازهاق بعض الحياة دون البعض فلعدم احتمال التجزى هناك يجعل كاملا في حق كل واحد منهما ولا احتمال التجزى هاهنا يجعل كل واحد منهما قاطعا للبعض * يوضح الفرق ان الفعل في النفس يكمل بسرانية فعله فانه لو جرح فسرى إلى النفس كان مباشرا قتله والفعل في الطرف لا يكمل بسرانية الفعل وانه لو قطع فسرى إلى ما بقي حتى سقط لا يلزمه القصاص وسرانية فعله أقرب إلى فعله من فعل شريكه فإذا لم يحز تكميل فعله بسرانية فعله في حكم القصاص فلان لا يجوز تكميله بفعل شريكه أولى ولا معنى لا اعتبار الزجر فان معنى الزجر معتبر بعد وجود المماثلة بدليل انه لا تقطع يد الحر بيد العبد ولا الصحيحة بالشلاء لانعدام المماثلة وان وقعت الحاجة إلى الزجر ولان المشتركين في أدنى ما يتعلق به القطع لا يلزمهما القطع كما لو اشترك رجلان في سرقة نصاب واحد لا يقطع واحد منهما وان كان المسروق درة لا تحتمل التجزى وبه فارق النفس فان المشتركين في أدنى

[139]

ما يوجب القتل حقا لله تعالى يلزمهما القتل نحو ما إذا اشتركا في قتل رجل في قطع الطريق فيعتبر حق العبد بحق الله تعالى في الفصلين جميعا وإذا ثبت أنه لا يجب القصاص عليهما فلنا يجب علي كل واحد منهما نصف دية اليد في ماله لانا نتيقن أن كل واحد منهما قاطع للنصف والفعل عمد وكذلك إذا وضع كل واحد منهما السكين من جانب فانا ان علمنا أن كل واحد منهما قطع نصف اليد يلزمه نصف الدية وانما يصار إلى حكومة العدل إذا لم يعلم أن كل ما قطعه كل واحد منهما قدر النصف ولو قطع رجل يد رجل من نصف الساعد أو رجله من نصف الساق عمدا لم يكن عليه في ذلك قصاص لانه لا يمكن اعتبار المماثلة في الفعل والمحل فان فعله كان في كسر العظم دون القطع من المفصل وفيما يلزمه من الدية وحكومة العدل اختلاف بين أصحابنا وقد تقدم بيانه ولو قطع رجل يدي رجل اليمنى واليسرى قطعت يداه بهما وكذلك ان قطعهما من واحد لان المماثلة المشروطة في الفعل والمحل والماخوذ بالفعل موجود فان قيل هو ما فوت على كل واحد منهما منفعة الجنس وإذا قطعنا يده كان فيه تفويت منفعة الجنس فلا يتحقق المماثلة قلنا في حق كل واحد منهما يعتبر ما يستوفيه هو وليس في استيفائه منفعة الجنس ثم هذا المعنى انما يعتبر في السرقة لان تفويت منفعة الجنس استهلاك حكما والاستهلاك الحقيقي في حد السرقة غير مشروع فكذلك الحكمى فأما في القصاص فالاستهلاك الحقيقي مشروع إذا كانت المماثلة فيه فكذلك الاستهلاك الحكمى ولو قطع رجل يمينى رجلين قطعت يمينه بهما وغرم دية يد منهما

عندنا سواء قطعهما معا أو على التعاقب وقال الشافعي ان قطعهما على التعاقب يقطع بالاولى منهما وللتاني الارش وان قطعهما معا يفرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت قرعته والارش للاخر لانه حين قطع يد أحدهما فقد صارت مشغولة بحقه مستحقة له قصاصا والمشغول لا يشغل كمن رهن عينا من انسان وسلمها إليه ثم رهنها من آخر فانه لا يصلح الثاني مع بقاء حق الاول وهنا حق الاول باق فممنع ذلك ثبوت حق الثاني في اليد بخلاف ما إذا عفى الاول لان المانع قد زال إذ لم يبق له حق في المحل وكذلك إذا بادر الثاني واستوفى لانه لم يبق للاول حق في المحل لفواته فكان الثاني مستوفيا حقه فإذا حضرا جميعا فحق الاول قائم فيترجح بالسبق والدليل عليه أنه ليس في عينه وفاء بحقهما بالاتفاق حتى ان عندكم يقضى بارش يد بينهما وان قطعنا جميعا ولو كان في عينه وفاء بحقهما لم يجب لهما شيء آخر بعد استيفائه كما قلتم في النفس إذا ثبت أن في عينه وفاء بحق أحدهما لم يكن بد

[140]

من ترجيح أحدهما على الآخر فرجنا بالسبق أو بخروج القرعة إذا حصل الفعلان جميعا كما هو أصل ثم فيما قلتم جمع بين القصاص والارش لكل واحد منهما بسبب فعل واحد وذلك لا يجوز أصلكم * ورجعنا في ذلك أن حق كل واحد منهما ثابت في جميع اليد لان السبب تقرر في حق كل واحد منهما وهو القطع المحسوس وكونه مشغولا بحق الاول لما لم يمنع تقرر السبب في حق الثاني لا يمنع ثبوت حكمه (ألا ترى) أن ملك المولى في عبده لا يمنع وجوب القصاص عليه إذا تقرر سببه وهو القتل والحق دون الملك بخلاف الرهن فان ثبوت السبب هناك بطرق الحكم واشتغال المحل بحق الاول يمنع ثبوت السبب في حق الثاني حكما والدليل عليه أنه لو عفى الاول كان للتاني أن يستوفى القصاص وتأثير العفو في الاسقاط فلو لم يجب له القصاص باصل الفعل لم يجب بالعفو والدليل عليه أن الثاني لو بادر واستوفى كان مستوفيا للقصاص فعرفنا أن حق كل واحد منهما ثابت في جميع اليد والمساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق كالغريمين في التركة والشفيعين في الشقص المشغوع الا أنه إذا قطعت يده بهما فقد صار كل واحد منهما مستوفيا نصف حقه لما بينا أن القطع يقع متجزئا فان القطع الذي هو ظلم يقع من اثنين بصفة التجزى فكذلك القطع الذي هو جزء بخلاف النفس فان ما هو ظلم هناك لا يقع متجزيا فكذلك ما هو جزء وإذا صار كل واحد منهما مستوفيا نصف اليد فقد قضى بنصف طرفه حق كل واحد منهما ومن عليه القصاص في الطرف إذا قضى بطرفه حقا مستحقا عليه يقضى لمن له القصاص بالارش كما لو قطعت يده في سرقة وبهذا تبين أن المعنى الذي يجب به نصف الارش لكل واحد منهما غير ما يجب به القصاص فلا يكون هذا جمعا بين القصاص والارش بسبب واحد وبه فارق النفس فان هناك لو قضى بنفسه حقا مستحقا عليه بان قتل رجلا لا يقضى لمن له القصاص بشيء إذا عرفنا هذا فنقول لو عفى أحدهما عنه قبل القصاص اقتصر منه للباقي ولا شيء للعافي لان المزاحمة بينهما في القطع لثبوت حق كل واحد منهما في المحل وقد انعدم ذلك بعفو أحدهما فكان للأخر القصاص فقط ولو حضر أحدهما دون صاحبه لم ينتظر الغائب ويقتصر لهذا الحاضر لان حقه ثابت في جميع اليد ومزاحمة الآخر معه في الاستيفاء موهوم عسى يحضر وعسى لا يحضر فلا يؤخر استيفاء المعلوم لمكان الموهوم كاحد الشفيعين

إذا حضر والآخر غائب يقضى له بجميع المبيع بالشفعة لهذا المعنى ثم إذا قدم الغائب كان له الدية لانه قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه

[141]

فيقضى للآخر بالارث بخلاف النفس فان هناك لو حضر أحدهما واستوفى القصاص ثم حضر الآخر لا يقضى له بشئ لان هناك في نفسه وفاء بحقهما فانما لم يستوف هذا المعنى من جهته وان لم يحضر وليس في الطرف الواحد وفاء بحقهما فانما تعذر علي الثاني للاستيفاء بقضائه بطرفه حقا مستحقا عليه * يوضحه أن في النفس وان قضى بها حقا مستحقا عليه فلا يمكن جعلها سالمة بعد موته ولا يمكنه تقوم نفسه عليه بعد ما مات فأما في الطرف فيمكن أن يجعل الطرف كالسالم له حين قضى به حقا مستحقا عليه وان يتقوم عليه ذلك لانه كالحابس لطرفه حكما فلهذا يقضى للثاني بالارث وان اجتمعا فقضى لهما بالقصاص والدية فأخذ الدية ثم عفى أحدهما عن القصاص جاز عفوه ولم يكن للآخر أن يستوفى القصاص وانما له نصف الدية لانهما ملكا الارث بالقبض وبعد تمام ملك كل واحد منهما في نصف اليد يستحيل أن يبقى حق كل واحد منهما في جميع القصاص فعرفنا أن حق كل واحد منهما انما بقي في نصف القصاص والقصاص المشترك بين اثنين إذا سقط نصيب أحدهما بعفوه انقلب نصيب الآخر مالا فأما إذا لم يستوفيا الدية حتى عفى أحدهما بعد ما قضى القاضى فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف للآخر أن يستوفى القصاص كما لو عفى أحدهما قبل قضاء القاضى وهو القياس وعند محمد وزفر ليس للآخر أن يستوفى القصاص استحسانا كما لو عفى أحدهما بعد استيفاء الارث وذلك لان قضاء القاضى بالقصاص وبالارث بينهما قد نفذ ومن ضرورته ضرورة القصاص مشتركا بينهما فإذا أسقط أحدهما نصيبه يبقى حق الآخر في نصف القصاص ولا يتصور استيفاء نصف اليد قصاصا والدليل عليه أن الارث بقضاء القاضى صار مملوكا بينهما فهو كما لو ملكا الارث بالاستيفاء بخلاف ما قبل القضاء فانهما لم يملكا الارث بعد فيبقى حق كل واحد منهما في جميع القصاص والدليل على الفرق بين ما قبل القصاص وبين ما بعده أن أحد الشفيعين لو سلم قبل أن يقضى القاضى لهما بالدار كان للآخر أن يأخذ جميع الدار بالشفعة ولو سلم أحدهما بعد قضاء القاضى لم يكن للآخر أن يأخذ الا النصف وكذلك لو ادعى رجلان كل واحد منهما شراء عين من ذى اليد وأقاما البينة ثم أسقط أحدهما حقه قبل قضاء القاضى فانه يقضى للآخر بالمبيع في جميع العين وبعد ما قضى القاضى لهما لو رد أحدهما البيع في نصيبه لم يكن للآخر الا النصف وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا القاضى انما قضى بما كان على ما كان فنزل ذلك منزلة الفتوى ولو استفتيا فأفتى لهما القاضى أن القصاص بينكما أو أن الارث

[142]

بينكما ثم عفى أحدهما كان للآخر استيفاء القصاص فكذلك إذا قضى به القاضى وهو نظير من مات وترك ابنا وبناتا فقضى القاضى بينهما بالميراث أثلاثا كان هذا كفتوى المفتى ولو تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا

فقضى القاضي لها بمهر المثل كان هذا كفتوى المفتى حتى لو طلقها قبل الدخول بها كان لها المنعة وفي تفسير هذا الوصف نوعان من الكلام أحدهما أن حق كل واحد منهما كان في جميع القصاص على أن يستوفى كل واحد منهما النصف إذا زاحمه الآخر وبقي كذلك بعد قضاء القاضي بدليل أنه لو حضر أحدهما واستوفى كان مستوفيا للقصاص ويكون الارش للآخر بخلاف ما بعد استيفاء الارش فان هناك لو حضر أحدهما لا يتمكن من استيفاء القصاص ما لم يحضر الآخر وهذا لان القضاء قول من القاضي والقصاص الذى هو غير المشترك لا يصير مشتركا بقول بحال كما لو جعل نصف القصاص لغيره وقضى القاضي بذلك كان ذلك لغوا بخلاف استيفاء الارش فانه فعل وبالفعل يصير القصاص مشتركا والقاضي وان قضى بالارش بينهما فالملك لكل واحد منهما لا يتم بالقضاء قبل الاستيفاء لان الارش في معنى الصلات فانما يتم الملك فيها بالقبض لا بالقضاء كمنفعة الزوجة تصير بالقبض لا بنفس القضاء والدليل عليه أن السبب الموجب للارش لكل واحد منهما قضاؤه بطرفه حقا مستحقا عليه وذلك لا يتم بالقضاء قبل استيفاء القصاص فأما إذا استوفى الارش فسبب الملك في المقبوض هو القبض وقد تم ذلك وبهذا فارق فصل الشفعة والبيع فالقاضي بقضائه هناك غير الامر عما كان عليه لانه فسخ بيع كل واحد منهما في النصف وأبطل حق كل واحد من الشفيعين في النصف الذى قضى به الآخر والوجه الآخر أن القصاص وجب مشتركا بينهما والارش كذلك أما إذا حصل الفعلان معا فهو ظاهر وكذلك ان حصل علي التعاقب لانه يجعل في الحكم كأنهما كانا معا وهذا لانا لو قلنا ان حق كل واحد منهما في جميع القصاص لكان القاضي مسقطا حق كل واحد منهما عن نصف القصاص بولاية شرعية والقصاص لا يحتمل الوصف بالتجزى اسقاطا (ألا ترى) أن صاحب الحق لو عفا عن النصف سقط جميع حقه وهاهنا لما نفذ قضاء القاضي بالقصاص بينهما عرفنا أن القصاص كان مشتركا بينهما بشرط مزاحمة كل واحد منهما مع صاحبه فتقرر ذلك بقضاء القاضي ثم بالعفو زالت مزاحمته فيكون حق الآخر في القصاص لانعدام شرط الشركة كما لو زالت مزاحمته بالفو قبل قضاء القاضي والطريق الاول أصح ولو لم يكونا أخذا المال وأخذا به كفيلا ثم عفا أحدهما

[143]

فالمسألة على الخلاف أيضا لان تأثير الكفالة في توجه المطالبة بالارش على الكفيل وذلك لا يكون أقوى من توجه المطالبة لهما بالارش على الاصيل بقضاء القاضي ثم هناك لو عفا أحدهما كان للآخر القصاص فهذا مثله ولو كانا أخذا بالمال رهنا كان هذا بمنزلة قبض المال إذا عفا أحدهما بعد ذلك لم يكن للآخر أن يستوفى القصاص وهذا استحسان وكان ينبغي في القياس ان لا يقع بينهما شركة أبدا ما لم يقبضا ولم يذكر غير هذا في رواية أبى حفص وفي رواية أبى سليمان قال كان ينبغي في القياس أن لا يقع بينهما شركة أبدا سواء قبضا المال أو لم يقبضا في قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفي رواية أبى سليمان أشار إلى أن القياس والاستحسان في فصل استيفاء الارش والارتهان بالارش جميعا وفي رواية أبى حفص أشار إلى أن القياس والاستحسان في فصل الارتهان بالارش وهذا هو الاصح وجه القياس ان الرهن وثيقة بالارش كالكفالة فكما ان عفو أحدهما بعد كفالة الكفيل بالارش لا يمنع الآخر من الاستيفاء أي استيفاء القصاص فكذلك بعد الرهن لان بالارتهان لم يتم ملكهما في الارش ولا في بدله وجه الاستحسان أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء لهما (ألا ترى) انه يتم

استيفاءهما بهلاك الرهن وانه يعتبر قيمة الرهن وقت القبض فتقام يد الاستيفاء مقام حقيقة الاستيفاء في ايراث الشبهة بخلاف الكفالة فان بالكفالة تزداد المطالبة ولا تثبت يد الاستيفاء فبقي كل حق واحد منهما بعد الكفالة في جميع القصاص كما كان قبله وإذا قطع الرجل أصبع رجل من المفصل من يمينه ثم قطع بيمينه أخرى وبدأ باليد ثم قطع الاصبع ثم حضرا جميعا فانه يقطع أصبعه أو لا باصبع الآخر ثم يخير صاحب اليد فان شاء قطع ما بقي وان شاء أخذ دية يده لان في البداية يحق صاحب اليد ايفاء الحقين فانه لا يفوت به محل حق صاحب الاصبع فمهما أمكن ايفاء الحقين لا يجوز ابطال حق أحدهما ثم حق صاحب الاصبع في الاصبع مقصود وحق صاحب اليد في الاصبع تبع بدليل انه لو أراد قطع الاصابع أو بعضها وترك الكف منع من ذلك ولا مساواة بين التبع والمقصود فهو نظير ما لو قطع يد انسان وقتل آخر فانه يبدأ بحق صاحب اليد فيقتص له أولا ثم يقتل بالآخر وإذا قطع صاحب الاصبع أصبعه يخير صاحب اليد بمنزلة ما لو كانت يد القاطع ناقصة باصبع ومن قطع يد انسان ويد القاطع ناقصة باصبع يتخير المقطوعة يده لعجزه عن استيفاء حقه بصفة الكمال فان شاء أخذ الارش وان شاء قطع ما بقي ولا

[144]

شئ له سوى ذلك عندنا وعند الشافعي له أن يقطع ما بقي ويضمنه خمس دية اليد لان كل أصبع خمس اليد بدليل ان ارش كل أصبع يكون خمس ارش اليد فهو انما استوفى أربعة اخماس حقه فيقتضى له بالارش فيما بقي كمن أتلف على آخر خمسة أقفزة حنطة فوجد عنده أربعة أقفزة واستوفاهما كان له أن يتسوفى قيمة القفيز الخامس ولكننا نقول استوفى محل حقه بكماله فلا يرجع مع ذلك بشئ من الارش كما لو قطع يدا صحيحة ويد القاطع شلاء فاستوفى القصاص وهذا لان الاصابع صفة لليد (ألا ترى) أن المقصود باليد منفعة البطش وبغوات الاصبع ينتقص معنى البطش ولا يندم والدليل عليه انه لو أراد صاحب اليد استيفاء بعض الاصابع لم يكن له بعد ذلك ولكن اما ان يقطع من مفصل اليد أو يترك فعرفنا أن الاصابع في حقه بمنزلة الوصف ومن تجوز بحقه مع نقصان الصفة لا يكون له أن يرجع بشئ آخر كما لو أتلف عليه كرا جيدا فوجد عنده كرا رديئا وقبضه بخلاف القفران فانه مقدار وليس بصفة (ألا ترى) ان له أن يبرئ عن بعض الاقفزة ويستوفى البعض وهاهنا ليس له أن يعفو عن بعض الاصابع ويستوفى البعض فان جاء صاحب اليد أولا قطعت له اليد لان حقه ثابت معلوم فلا يتأخر استيفاؤه لمكان حق موهوم لغائب لا يدري أيطلب أو يعفو ثم إذا حضر الآخر قضى له بالارش لان من عليه الحق قضى بمحل حقه حقا مستحقا عليه فيكون له الارش فان قيل كيف يستقيم هذا مع قولكم ان الاصبع وصف وتبع قلنا نعم ولكن باعتبار قوات هذا الوصف كان يتخير من له الحق وانما لم يتخير هاهنا لبقاء الاصبع فكان هو من هذا الوجه قاضيا بالاصبع حقا مستحقا عليه بخلاف النفس فان هناك لو حضر من له القصاص في النفس أولا واستوفى لم يكن لمن له القصاص في الطرف شئ لان هناك ما قضى بالطرف حقا مستحقا عليه (ألا ترى) ان قوات الطرف لا يثبت الخيار لصاحب النفس ولو قطع من أصبع رجل مفصلا ومن أصبع رجل آخر مفصل ذلك الاصبع ومن رجل ثالث الاصبع كلها تم اجتمعوا عند القاضي فانه يقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى لانه ليس في بدائه بحقه تفويت محل حق الآخرين وبالبداية باخذ حق الآخرين تفويت محل حقه ولان حقه في المفصل الاعلى مقصود وحق الآخرين فيه تبع

وإذا قطع هذا لفصل تخير صاحب المفصلين فان شاء قطع المفصل
الأوسط بجمع حقه لانه وجد محل حقه ولكنه مع النقصان وان شاء أخذ
ثلثي دية أصبعه من مال القاطع لعجزه عن استيفاء

[145]

كمال حقه ثم يخير صاحب الاصبع فان شاء أخذ ما بقي من أصبعه لوجود
محل حقه وان كان ناقصا وان شاء أخذ دية أصبعه من مال القاطع لعجزه
عن استيفاء كمال حقه وكذلك لو قطع كف رجل من مفصل ثم قطع يد آخر
من المرفق ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب الكف لانه ليس في البداءة
بحقه تفويت محل حق الآخر ثم يخير صاحب المرفق فان شاء قطع ما بقي
بحقه لوجود محل حقه وان شاء أخذ الارش لعجزه عن استيفاء حقه بكماله
وفي جميع هذه الوجوه لا يثبت للثاني الخيار قبل استيفاء الاول لان صفة
الكمال قائمة في طرفه ولا تنعدم بثبوت حق الاول فيه وانما ينعدم ذلك
باستيفائه فلهذا كان خياره بعد استيفاء الاول وإذا شج الرجل الرجل
موضحة فاخذت ما بين قرني المشجوج وهي لا تأخذ ما بين قرني الشاج
لكبر رأس الشاج فان المشجوج يخير فان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص
له يبدأ من أي الجانبين أحب حتى يبلغ مقدارها في طولها إلى حيث تبلغ ثم
يكف وليس له أن يشجه شجة تأخذ ما بين قرنيه وذكر الطحاوي عن الرازي
الكبير ان له ذلك ولا خيار له لان في القصاص فيما دون النفس تعتبر
المساواة في المحل ولا ينظر إلى الصغر والكبر (ألا ترى) ان من قطع يد
انسان ويد القاطع أكبر من يد المقطوع انه يجب القصاص فهذا مثله ولكننا
نقول الاصل في الشجاج انه تعتبر المساواة في المساحة والسير لان
اليد يختلف بحسب الاختلاف في ذلك والمساواة في اليد معتبرة في
القصاص فيما دون النفس فهنا لو شجه شجة تأخذ ما بين قرني الشاج
كان في المساحة أكثر من الاول وكذلك في الألم ولو شجه مثل الاول وفي
المساحة كان في السير دون الاول لان الشجة الاولى أخذت ما بين قرنيه
وذلك القدر لا يأخذ ما بين قرني الشاج فقد عجز عن استيفاء حقه بكماله
فتبث له الخيار ان شاء استوفى الارش وان شاء استوفى القصاص بقدر
الاولى في المساحة وتجاوز بدون حقه في السير بخلاف اليد فان المعتبر
هناك منفعة البطش فلعل هذه المنفعة في اليد الصغيرة أكثر من اليد
الكبيرة (ألا ترى) أن ارش اليد لا يختلف باختلاف اليد في الصغر والكبر
بحال فان لم يأخذ ما بين قرني المشجوج لكبر رأسه وهي تأخذ ما بين
قرني الشاج وتفضل فانه يخير أيضا لانه ان استوفى مثل حقه في
المساحة كان هذا أزيد في السير من الاول وان اقتصر علي ما يكون مثل
الاول في السير كان دون حقه في المساحة فيتخير فان شاء أخذ الارش
وان شاء اقتص

[146]

له ما بين القرنين من الشاج لا يزداد على ذلك وان كانت الشجة في طول
رأس المشجوج وهي تأخذ من رأس الشاج من جهته إلى قفاه فان شاء
أخذ الارش وان شاء اقتص له مقدار شجته إلى مثل موضعها من رأسه لا
أزيد علي ذلك لانه لو شجه مثل شجته في الطول كان هذا في معنى السير

أزيد من الاول ولا سبيل له الي استيفاء الزيادة وان شجه إلى مثل ذلك
الموضع من رأسه كان دون حقه في الطول فيخير لذلك وان كانت أخذت
من المشجوح ما بين جبهته إلى قفاه ولا تبلغ من رأس الشاج الا إلى نصف
ذلك فان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص له بمقدار شجته إلى حيث تبلغ
ويبدأ من أي الجانبين أحب لما قلنا وقدمنا فيما سبق حكم القصاص في
الشجاج وما فيها من اختلاف الروايات وانه لا يقتص في شئ من ذلك حتى
يبرأ ولا قصاص في الهاشمة والمنقلة والامة والجائفة لان هذه الجراحات
في العظم فاعتبار المماثلة فيها غير ممكن وبلغنا عن عمر رضى الله عنه
انه قال لا قصاص في عظم وعن ابن عباس رضى الله عنه انه قال ولا
قصاص في أمة ولا جائفة ولا منقلة ولا عظم يخاف عليه تلف وكل عظم
كسر من ساعد أو ساق أو ضلع أو ترقوة أو غير ذلك ففيه حكم عدل ولا
قصاص فيه لتعذر اعتبار المساواة فيه وللتفاوت في الارش فان حكم
العدل انما يظهر بتقويم المقومين فلا يكون ذلك مقطوعا به وإذا قطع
رجل يد رجل عمدا ويد القاطع شلاء أو ناقصة أصبعا قيل له اقطع يده ان
شئت والا فخذ الارش لانه وجد جنس حقه ولكنه ناقص في الصفة فيتخير
لذلك فان سقطت يده قبل أن يختار من له القصاص شيأ فلا شئ له عندنا
وله الارش عند الشافعي وكذلك لو كانت يد القاطع صحيحة فسقطت لآكلة
أو قطعت ظلما فلا شئ لمن له القصاص وعند الشافعي له الارش وكذلك
في النفس لو مات من عليه القصاص أو قتل فهو بناء على ما سبق ان
عنده الواجب أحد شئتين إما القصاص أو الارش وإذا تعذر استيفاء أحدهما
لفوات محله تعين الآخر وعندنا الواجب هو القصاص لا غير وقد سقط
لفوات محله حقيقة وحكما والحق الثابت في محل مقصور عليه لا يبقى
بعد فواته بخلاف ما إذا قطعت يده في سرقة لانه لما قضى بيده حقا
مستحقا عليه كان ذلك كالسالم له حكما إذا ثبت هذا فيما إذا كانت يده
صحيحة فكذلك إذا كانت يده شلاء لان حقه كان في القصاص وقد فات
محله حين سقطت يده فان قيل هو مخير بين استيفاء القصاص واستيفاء
الارش فإذا تعذر عليه استيفاء أحدهما تعين الآخر قلنا لا كذلك بل كان حقه
في القصاص لا غير الا انه كان له أن

[147]

يستوفى الارش لعجزه عن استيفاء كمال حقه بدليل انه لو زال الشلل
قبل أن يستوفى الارش لم يكن له الا القصاص وقد فات محل حقه فلم
يبق له شئ ولو قطعت أصبع من أصابع القاطع لغير قصاص لم يكن
للمقطوعة يده الا انه يقطع ما بقي ولا ارش له بخلاف ما إذا قطعت أصبع
من أصابعه في قصاص لان الاصبع جزء من اليد فيعتبر الجزء بالكل في
الفصلين جميعا وإذا اقتص الرجل من الرجل في عضو أو شجة فمات
المقتص منه من ذلك فديته على عاقلة المقتص له في قول أبي حنيفة
وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا شئ عليه والمسألة مختلفة بين
الصحابية رضى الله عنهم كان عمر وعلى يقولان الحق قبله ولا شئ على
أحد وكان ابن مسعود يقول يضمن دية النفس ويسقط من ذلك ارش
العضو الذي هو حقه وكان عبد الله بن عمرو بن العاص يقول عليه الدية
وكان يروى في ذلك حديثا عن رسول الله صلى الله عليه من استفاد من
انسان فمات المستفاد منه وبرئ المستفيد ضمن المستفيد دية وجه
قولهما أن هذا قطع بحق أو قطع مستحق فالسراية المتولدة منه لا تكون
مضمونة كالامام إذا قطع يد السارق فمات من ذلك وتأثيره أن السراية أثر
الفعل فلا تنفصل عن أصل الفعل ولما اتصل أصل الفعل بالخفية فكذلك

أثره ثم نفس من عليه القصاص صارت في حكم نفسه على معنى أن الفعل في محل حقه يكون حقا مباحا وفيما وراء ذلك يكون عدوانا وان محل حقه صار مملوكا له في حكم الاستيفاء وما وراء ذلك غير مملوك له والفعل في محل حقه جزاء وفيما سوى ذلك عدوان فإذا تميز أحد المحلين عن الآخر حكما يجعل كالتمييز حسا ولا تنوب السراية من بدن الي بدون فباعتبار هذا المعنى يجعل عقيب القطع كأنه تم البرء فلا تعتبر السراية بعد ذلك ولان هذا فعل ماذون فيه فالسراية المتولدة منه لا تكون مضمونة كمن قال لغيره اقطع يدى أو قال من عليه القصاص لمن له القصاص اقطع يدى قصاصا فقطع وسرى فانه لا يجب شئ وكذلك النزاع والفصاد والحام والختان لا يضمن واحد منهم بالسراية شيا لهذا المعنى ولان هذا قطع لو اقتصر لم يكن مضمونا فلا تكون السراية مضمونة كقطع يد المرتد وهذا لان الشرع أثبت له حق قطع اليد وليس في وسعه التحرز عن السراية فلا يجوز أن يكون مؤاخذا به والسراية انما تكون لعجز الطبيعة عن دفع أثر الجراحة والبرء وبقوة الطبيعة عن دفع أثرها وشئ من ذلك ليس في وسع المستوفى لحقه * يوضحه ان طرفه كان سالما بلا خطر فلا يتميز الا بمثله وهو طرف يسلم له بالاستيفاء من غير خطر ولا يي حنيقة رحمه الله طريقان أحدهما ان هذا قتل بغير حق فيكون مضمونا وببانه

[148]

ان القتل اسم لجرح يعقبه زهوق الروح وقد وجد ذلك ولا شك ان القطع غير القتل فالقطع اسم لفعل يكون مؤثرا في إباحة جزء من الجملة والقتل اسم لفعل يكون مؤثرا في ازهاق الروح وانما يتعين ذلك باعتبار المال ولهذا يعتبر في الجنایات مالها حتى إذا قطع يد امرأة أو يد رجل من نصف الساعد لم يكن عليه القصاص فان سرى الي النفس يجب القصاص فيهذا يتبين ان عند السراية تبين ان أصل الفعل كان قتلا لا ان يقال كان قطعاً فصار قتلا لان الفعل لا يتصور أن يكون على صفة ثم يصير على صفة أخرى إذ لا بقاء له ولا يتبين أنه كان قتلا في الاصل وهو بمنزلة تحريك الخشبة ان لم يصب شيا كان تحريكا وان ألغاه على ما انكسر بها كان كسرا وان ألغاه على حيوان فمات بها كان قتلا وهاهنا لما انزهق الروح بهذا الفعل عرفنا انه كان قتلا من الاصل ولا حق له في القتل فيكون هذا قتلا بغير حق بمنزلة مالو حر رقبتة ولهذا كان القياس أن يلزمه القصاص عند أبي حنيفة الا انه أوجب عليه الدية استحسانا بمنزلة الخطأ فانه ما قصد قتله وانما قصد استيفاء حقه باقامة فعل هو حق فيكون بمنزلة مالو رمى إلى صيد أو جربى فأصاب مسلما * يوضحه ان الفعل من حيث الصورة حقه وباعتبار المال كان غير حقه والحكم وان كان بينى على ما يظهر في الحال فنسبة ذلك الفعل لصورته وصفة الحقية في صورته تكون شبهة في درء ما يندرى بالشبهات وما ادعوا من تمييز أحد المحلين حكما كلام لا معنى له لان هذا التمييز في حكم القطع الذى هو قصاص فقط فأما فيما وراء ذلك فنفس من عليه وأطرافه كشيء واحد وقد بينا ان هذا ليس باستيفاء لحقه وكذلك الفعل انما يكون جزاء إذا كان قطعاً لا إذا كان قتلا وطرف من عليه غير مملوك لمن له القصاص حكما حتى إذا قطع كان البدل لمن عليه لا لمن له القصاص ولكن في حق المتمكن من استيفاء حقه جعل كأنه له واستيفاء حقه يكون بفعل هو قطع لا بفعل هو قتل قوله التحرز عن السراية ليس في وسعه قلنا نعم ولكن العفو والترك في وسعه وهو مندوب إليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وانما يتقيد بالوسع ما يكون مستحقا عليه فأما ما يكون مباحا له كالمشي في الطريق

والرمى إلى الصيد وتعزير الزوج زوجته فمقيد بشرط السلامة وإن لم يكن في وسعه إيجاد ذلك لأن ذلك غير مستحق عليه ثم عجزه لا يجوز أن يكون مسقطا حرمة صاحب النفس في نفسه وأكثر ما في الباب أن يتقابل حقان حق هذا في طرف يسلم له بلا خطر وحق الآخر في نفس محترمة متقومة فتترجح حرمة النفس على حرمة الطرف أو يعتبر الحرمتان فلحقه

[149]

في الطرف يتمكن من الاستيفاء ولمراعاة حق الآخر في النفس يتقيد عليه بشرط السلامة وهو بمنزلة مالو قلع سن انسان فاستؤنى حولا فلم يثبت فانه يمكن من استيفاء القصاص فان استوفى القصاص ثم نبت السن المقلوع أولا وجب عليه ارش سن القالع لهذا المعنى وهذا بخلاف قطع الامام يد السارق لان ذلك مستحق عليه اقامته فيتقيد بما في وسعه * يوضحه أن المأمور به هناك قطع مطلق وفعله في الصورة قطع فيصير به ممثلا للأمر ويخرج من عهده فيصير كالمسلم إلى من له القصاص عامل لنفسه الحق فإذا مات من ذلك فانما قتله من له الحق بعد ما خرج الامام من عهده فعله فأما هنا فمن له القصاص عامل لنفسه فلا يخرج من عهده قبل البرء وانما اذن له في قطع مقيد بكونه قصاصا والقصاص عبارة عن المساواة فإذا تبين أنه لم يكن قصاصا كان مضمونا عليه ولهذا قلنا في قوله اقطع يدى فقطع فسرى لا يجب شئ لانه انا به مناب نفسه في قطع مطلق فكما أن به تحول فعله إلى الأمر وخرج القاطع من عهده وكذلك النزاع والفصاد والحجام انما أمروا بفعل مطلق وكما فرغوا من ذلك خرجوا من عهدهم وصار مسلما إلى من أمرهم بذلك فأما قول من عليه القصاص لمن له القصاص اقطع يدى قصاصا غير معتبر لان من له القصاص عامل لنفسه بعد هذا القول وقبله كيف وقد قيد الامر بقوله اقطع قصاصا فإذا سرى إلى النفس فهذا على الخلاف والحرف الآخر لابي حنيفة أن هذه سراية تولدت من قطع مضمون فيكون مضمونا كما لو قطع يد انسان ظلما وبيان ذلك أن القصاص محض حق العباد فيكون واجبا بطريق الجبران وما يستوفى جبرا يكون على المستوفى بما كان استوفى منه فان معنى الجبران لا يتحقق الا به كمن استهلك على انسان مالا فاستوفى منه مثله كان المستوفى مضمونا على المستوفى وهذا مثله فإذا كان أصل الفعل مضمونا والسراية أثره فتكون مضمونة أيضا وعليه يخرج قطع يد السارق لانه أقامه حدا فلا يكون مضمونا على الامام (ألا ترى) أن ذلك قضاء منه وفيما يكون مضمونا عليه لا يكون نافذ القضاء وكذلك إذا قال لغيره اقطع يدى فانه غير مضمون عليه لانه عامل للأمر لامره في محل مملوك له وكذلك قطع يد المرتد وأما فعل الفصاد والنزاع فانه مضمون ضمان عقد ولكن لا يتولد ضمان الجنابة من ضمان العقد وقد قررنا هذا في مسألة الاجير المشترك ولو لم يمت المقتص منه ومات المقتص له قتل به المقتص منه لانه لما مات تبين أن الواجب له القصاص في النفس ومن له القصاص في النفس إذا قطع يد من عليه القصاص لا يسقط به

[150]

حقه في النفس فلهذا قتل به قصاصا ولو قتل رجل رجلا فدفع إلى وليه فقطع يده عمدا أو مثل به في غير ذلك الموضع لم يكن عليه في ذلك ارش لانه كانت له نفس واليد من النفس (ألا ترى) أن استيفاء النفس باق على ذلك كله ولكن تعذر لما باشره من المثلة فان المثلة حرام بنهي النبي عليه السلام عن المثلة وما كان يمنع من هذا الفعل فذاك لا يدل على أنه مضمون عليه كما لو حرقه بالنار فانه لا يكون مضمونا عليه وان كان هو ممنوعا منه والا طرف تابعة للنفس فإذا كان فعله في النفس على وجه يكون ممنوعا منه لا يوجب الضمان عليه فكذلك في الطرف ولو أن الولي بعد ما قطع يده عمدا أو خطأ عفا عنه كان عليه دية اليد في قول أبي حنيفة ولا شيء عليه في قول أبي يوسف ومحمد لانه استوفى طرفا من نفس لو استوفىها لم يضمن فكذلك إذا استوفى جزءا منها لم يضمن كما لو قطع يد مرتد وهذا لان الاطراف تابعة للنفس فمن ضرورة ثبوت حقه في النفس ثبوت حقه في الاطراف لان الحق في التبع انما يثبت بثبوت حقه في الاصل ولهذا لم يكن استيفاء الطرف موجبا للضمان عليه قبل العفو فكذلك بعد العفو ولان العفو اسقاط فانما ينصرف إلى الباقي لا إلى المستوفى كمن قطع يد انسان ثم قطع من له القصاص أصبعا من أصابعه ثم عفا عن اليد لم يضمن ارش الاصبع والاصابع للكف بمنزلة الاطراف للنفس والدليل عليه أنه لو أعقب القطع قتلا لم يضمن شيئا وكان ذلك باعتبار ثبوت حقه في الطرف فكذلك إذا أعقبه عفوا لانه في العفو محسن واحسانه لا يكون موجبا عليه الضمان * بوضحه أنه بعد العفو لو سرى إلى النفس لم يضمن شيئا والقطع السارى أفحش من المقتصر وإذا كان لا يضمن بعد العفو إذا سرى شيئا فإذا اقتصر أولي أن لا يضمن وأبو حنيفة يقول استوفى طرفا لا حق له في استيفائه من نفس متقومة فيكون مضمونا عليه وبيانه أن نفس من عليه القصاص متقومة في حق سائر الناس فكذلك في حق من له القصاص الا أن تقومها سقط في حق الاستيفاء بما سبق ولا حق لمن له القصاص في استيفاء الطرف لان استيفاء الطرف قطع وقد بينا أن حقه في القتل والقطع غير القتل والدليل عليه أنه يمنع من الاستيفاء مع أن القطع طريق مشروع لاستيفاء القصاص في النفس فانما يمنع هناك لانه مخطئ في الطريق وهاهنا غير مخطئ في الطريق ثم يمنع من الاستيفاء فعرفنا أنه لاحق له في الطرف وهذا لان حقه في النفس والاطراف تابعة للنفس فانما يثبت له الحق في استيفائها تبعا لا مقصودا فإذا استوفى الطرف مقصودا كان مستوفيا

[151]

ما ليس بحق له الا انه قبل العفو متمكن من أن يجعله تبعا للنفس بان يقتله فيكون كل واحد من الفعلين قتلا ويصير الطرف تبعا للنفس فلا يضمن شيئا فأما بعد العفو فقد سقط حقه في النفس وبقي الطرف مقصودا بالاستيفاء ولا حق له فيه مقصودا فكان مضمونا عليه والدليل عليه أن من وجب له القصاص على امرأة فرمى بها يلزمه الحد والمستوفى بالوطئ في حكم جزء من العين فلو ثبت من له الحق في اطرافها مقصودا لصار ذلك شبهة في اسقاط الحد ومن له القصاص على عبد انسان إذا تصرف في ماليته كان هو في ذلك كاجنبي آخر وان كان حقه ثبت في ماليته تبعا على معنى ان باستيفاء النفس يصير مستوفيا للمالية والدليل على أن من له القصاص في النفس لاحق له في الطرف انه لو كان عليه قصاص في اطرافه لانسان وفي نفسه لآخر فجاء من له القصاص في النفس فقطع طرفه لم يضمن من عليه شيئا لصاحب الطرف ولو كان

حق من له القصاص في النفس ثابتا في الطرف لصار هو قاضيا بطرفه
حقا مستحقا عليه فيغرم الارش لصاحب الطرف وهو بخلاف الاصبع مع
الكف فان حق من له القصاص ثابت في الاصابع هناك بدليل ان فوات بعض
الاصابع يثبت له الخيار وأن الكف تابعة للاصابع بدليل حكم الارش فأما هنا
ففوات الاطراف لا يثبت الخيار لصاحب النفس ولا ينقص بدل النفس
بفوات الاطراف فعرفنا أن الاطراف تابعة للنفس وقد قيل ان تلك
المسألة مذكورة في الزيادات والجواب قول محمد خاصة وهذا بخلاف مالو
سرى القطع إلى النفس بعد العفو لان بالسراية يتبين ان أصل فعله كان
قتلا وانه كان مستوفيا حقه وانما أسقط بعد الاستيفاء وهذا بخلاف ما إذا
أعقب القطع قتلا لان الفعل الثاني يكون متما للمقصود بالفعل الاول
فيتبين به ان كل واحد منهم قتل والقتل حقه فلا يكون مضمونا عليه ثم إذا
قتله فقد تقرر حقه في النفس وذلك يمنع وجوب ضمان الطرف عليه
بخلاف ما إذا عفا ولا معنى لقولهم ان عفوه ينصرف إلى ما بقي لانه
بقطع اليد ما صار مستوفيا شيئا من القتل حتى يقال ينصرف عفوه إلى ما
بقي قال وفي العين القصاص وفي السن القصاص إذا قلعت أو كسر
بعضها ولم يسود ما بقي وقد بينا حكم القصاص في السن وانما بقي منه
حرف وهو أنه إذا كسر بعض السن فاسود ما بقي لا يجب القصاص فانه
عاجز عن فعل مثل الفعل الاول فانه لا يمكنه أن يكسر بعض السن على
وجه يسود ما بقي فلهذا لا يلزمه القصاص * يوضحه أن الفعل كله في
محل واحد وآخره موجب للارش فيمنع ذلك وجوب القصاص في جميعه
وفرق أبو يوسف ومحمد بين هذا وبين ما إذا قطع أصبع

[152]

انسان فشلت بجنيها أخرى وهذا لان كل أصبع محل على حدة ووجوب
الارش بالفعل في أحد المحليين لا يمنع وجوب القصاص بالفعل في المحل
الآخر وهنا المحل كله واحد فإذا خرج آخره من أن يكون موجبا للقصاص
يخرج أوله من أن يكون موجبا فاما في العين إذا ذهب نورها بالضربة ولم
تخسف فعليه القصاص وصورته أن تحمى له مرأة ثم تقرب منها حتى
يذهب نورها ويربط على عينه الاخرى وعلي وجه قطن هكذا روى عن علي
رضى الله عنه فان هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضى الله عنه
فتشاور الصحابة في ذلك فلم يجد عندهم شيئا حتى قضى على رضى الله
عنه بالقصاص وبين طريق الاستيفاء بهذه الصفة فاتفقوا على قوله فأما
إذا انخسفت أو قلعت الحدقة فلا قصاص فيها لانه لا يتأني اعتبار المماثلة
في السن والمحل فهو بمنزلة كسر العظم وانه لا يتعلق به القصاص وإذا
أحرق رجل رجلا بالنار فعليه القصاص لان النار تعمل عمل السلاح في
تفريق الاجزاء والتأثير في الظاهر والباطن ثم يقتله المولى بالسيف عندنا
وعند الشافعي يقتله بمثل ما قتله به والدليل على أنه لا يحرقه بالنار قوله
عليه السلام لا يعذب بالنار الا ربها وقال لا تعذبوا بعذاب الله أحدا وإذا
طعنه برمح لاسنان له فاجافه فمات فعليه القصاص لوجود الجرح في
الظاهر والباطن وقد بينا أن غير الحديد إذا كان يعمل عمل الحديد في
القطع والجرح فالفعل به يكون عمدا محضا وكذلك لو شق بطنه بعود أو
ذبحه بقصبة فهو بمنزلة السلاح يجب القصاص به وفي مثل الحديد
والنحاس اختلاف الروايات كما بينا والكلام في القتل بالحجر والعصا قد
تقدم وإذا غرق رجل رجلا في ماء فلا قصاص عليه وان كان يعلم انه لا
ينقلب منه بلغنا ذلك عن عمر رضى الله عنه ومراده الحديث الذي روي في
كتاب الاكراه وعلى قول أبي يوسف ومحمد يجب عليه القصاص إذا جاء من

ذلك ما يعلم انه لا يعيش من مثله بمنزلة القتل بالحجر الكبير على قولهم ويعمدون فيه قول النبي عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه ومن حرق حرقناه ولكن أبو حنيفة قال هذا لا يثبت مرفوعا وانما هذا كلام زياد ذكره في خطبه ألا ترى انه قال فيه ومن قتل عبده قتلناه وبالإجماع من قتل عبده لا يقتل ثم الماء ليس في معنى السلاح (ألا ترى) انه لا يؤثر في تفريق الاجزاء في الظاهر فهو بمنزلة الحجر والعصا على قولهم يوضحه ان الغريق يحتذب الماء بنفسه فيكون كالمعِين علي نفسه فيكون ذلك شبهة في اسقاط القود ولو خنق رجلا فمات أو طرحه في بئر أو ألغاه على ظهر جبل أو سطح فمات لم يكن فيه قصاص عند أبي حنيفة وعندهما إذا كان

[153]

شئ من ذلك يعلم انه لا يعيش من مثله فهو عمد محض يجب به القصاص وان كان ختافا معروفا قد خنق غير واحد فعليه القتل لانه ساع في الارض بالفساد والامام يقتل الساعي في الارض بالفساد حدا لا قصاص وذكر في النوادر انه لو حبسه في البيت فطبق عليه الباب حتى مات لم يضمن شياً عند أبي حنيفة ولكن يعزر على ما صنع وعندهما يضمن ديته لانه مسبب لا تلافه على وجه متعد فيه فيكون بمنزلة حافر البئر في الطريق وأبو حنيفة يقول حبسه وتطبيق الباب عليه لا يوجب اتلافه وانما يتلفه معنى آخر وهو الجوع الذي هاج من طبعه وبعد الطعام عنه ولا صنع للجاني في ذلك فلو ضمن انما يضمن بجنايته عليه بتأخير حبسه والحر لا يضمن باليد ولو سقى رجلا سما أو أوجره ايجارا فقتله لم يكن عليه قصاص والدية على عاقلته وفي بعض النسخ قال سقاه سما أو أوجره ايجارا فقد صار متلفا له وهذا هو الاصح لانه إذا دفعه إليه حتى شرب بنفسه لم يضمن شياً لان الشارب مختار به في شربه فيكون قاتلا نفسه ومن أعطاه غره حين لم يخبره بما فيه من السم ولكن بالغرور لا يجب عليه ضمان النفس والاصل فيه ان اليهودية حين أتت بالشاة المسمومة هدية الي رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل من ذلك بشر بن البراء فمات ثم لم يضمنها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية لان تناوله باختياره فاما إذا أوجره ايجارا فقد صار متلفا له فيكون ضامنا ديته وقيل هذا إذا كان سما قد يقتل وقد لا يقتل فيكون ذلك بمنزلة الخطأ فاما إذا كان سما ذعافا يعلم انه يقتله لا محالة فانه يجب عليه القصاص عند أبي يوسف ومحمد بمنزلة ما تقدم من الفعل الذي لا يلبث وإذا جرح الرجل الرجل عمدا بالسيف فاشهد المجروح على نفسه أن فلانا لم يجرحه ثم مات المجروح من ذلك فلا شئ علي فلان ولا تقبل البينة عليه بالجناية لان قبول البينة يبنى على دعوى صحيحة والوارث في الدعوى قائم مقام المورث فكما لا تصح الدعوى من المورث بعد اقراره انه لم يجرح فكذلك لا تصح من الوارث لانه نفى أصل الجرح ومن ضرورته نفى القتل ولو لم يقر المجروح بذلك ولكنه عفى عن الجرح قبل موته ثم مات فعلى القياس عفو باطل لان القصاص في النفس انما يجب بعد موته ويكون للوارث لا للمورث فالوارث هو الذي ينتفع به دون المورث فيكون المورث بعفوه مسقطا حق الغير ومسقطا للحق قبل الوجوب وذلك باطل والدليل عليه ان عفو الوارث قبل موت المورث عن القصاص صحيح ولو كان القصاص يجب للمورث لا يصح عفو الوارث كالبراء عن الدين وجه الاستحسان ان الوراثة خلافة وانما يجب القصاص للوارث

على وجه الخلافة عن المورث لا ابتداء ولهذا لو انقلب مالا يقضى منه دين المورث وتنفيذ وصاياه فأصل الحق كأنه ثابت للمورث فيصح بعد ما وجد سبب وجوب الحق وان لم يجب بعد كما يجوز التكفير بعد الجرح قبل زهوق الروح ثم عفو في الانتهاء كاذنه في الابتداء واذنه في الابتداء مسقط للقول عن الجاني حتى إذا قال اقطع يدي فقطعه فسري لا يجب شيء كذلك عفو في الانتهاء ولو عفا الولي قبل موت المجروح ففي القياس لا يصح عفو أيضا لانه لم يأن حقه بعد فان ثبوت حقه بطريق الخلافة وذلك بعد موت المورث وإذا أسقط حقه قبل أوامه كان باطلا كما إذا أبرأ عن دين واجب لمورثه في حياته وجه الاستحسان أن السبب يجعل قائما مقام حقيقة وجوب الحق في صحة العفو وهذا السبب انعقد موجبا للقصاص للوارث وان كان بطريق الخلافة عن المورث في مقام حقيقة وجوب الحق في تصحيح عفو * يوضحه أن باعتبار أصل السبب الحق للمورث لان السبب جنائية على حقه وهو من أهل أن يجب له الحق بعد هذا السبب وباعتبار نفس الواجب الحق للوارث لان القصاص في النفس لم يجب الا بعد الموت وبعد الموت المورث ليس بأهل أن يجب له الحق فيجب للوارث وكل واحد من الجانبين مراعى فلمراعاة السبب صححنا عفو المورث استحسانا ولمراعاة الواجب بالسبب صححنا عفو الوارث استحسانا وهذا لان العفو مندوب إليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وقال فمن تصدق به فهو كفارة له فيجب تصحيحه ما أمكن والله أعلم (باب العفو عن القصاص) (قال رحمه الله) العفو عن القطع والضربة والشجة والجراحة يكون عفو عن السراية وبيانه أن منقطع يد انسان أو شجه موضحة فقال المجني عليه عفوت عن القطع أو عن الشجة فان اقتصر جاز العفو بالاتفاق وان سرى إلى النفس فالعفو باطل في قول أبي حنيفة وفي القياس يلزمه النقصان وفي الاستحسان تلزمه الدية في ماله وقال أبو يوسف ومحمد العفو صحيح ولا شيء عليه وأما إذا قال عفوتك عن الجناية أو الشجة وما يحدث منها أو عن القطع وما يحدث منه صح العفو بالاتفاق وهما يقولان عفى عن حقه لانا قد بينا أن بعد السراية الحق ثابت في الطرف فقبل السراية أولى والدليل عليه أن العفو في الانتهاء كالاذن في الابتداء بدليل أنه لو اقتصر فيهما جميعا لم يضمن شيئا ثم الاذن في الابتداء بهذه الالفاظ

يسقط ضمان السراية فكذلك العفو في الانتهاء وهو بمنزلة ماله كان العفو بلفظ الجناية والدليل عليه هو أن سبب ثبوت الحق الشجة ولو لاه لما صح العفو عن الجناية أو عن الجراحة وما يحدث منها فإذا عفى عن الشجة صار أصل السبب هذرا فالسراية التي تنبئ عليه تكون هذرا أيضا والدليل عليه أن معنى قوله عفوتك عن الشجة أي عن موجب هذه الشجة وموجبها القصاص في الشجة إذا اقتصر وفي النفس إذا سرى فيصرف العفو اليهما كما لو قال المعصوب منه للغاصب أبرأتك عن الغصب يكون ذلك ابراء عن الضمان الواجب بالغصب وهو رد العين عند قيامها ورد القيمة بعد هلاكها وكذلك المشتري إذا أبرأ البائع عن العيب يكون ذلك ابراء عن موجب العيب وهو الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند تعذر الرد والدليل عليه ما قال في الجامع الصغير لو أن عبدا قطع يد انسان فصالح مولاه عن القطع

على أن يدفع العبد إليه فأعتقه المحني عليه ثم مات قال العتق نافذ والعبد صلح بالجناية فإذا كان الصلح علي القطع صلحا عن السراية فكذلك العفو وقال في الزيادات لو ادعى رجل شجة مع السراية وشهد له شاهدان أحدهما بالشجة والآخر بها وبالسراية تقبل شهادتهم على الشجة ولو لم تكن الشجة حقه بعد السراية لما قبلت الشهادة لاختلاف الشاهدين في المشهود به وأبو حنيفة يقول عفا عن غير حقه فلا يصح لان العفو اسقاط الحق فإذا صادف ما ليس بحقه كان باطلا وبيانه أنه عفا عن اليد وحقه في النفس لما بينا أن بالسراية يتبين أن أصل الفعل كان قتلا وموجب القتل القصاص في النفس دون اليد والدليل عليه ان المعتبر في الجنايات مألها لا حالها (ألا ترى) ان أصل الفعل قد يكون موجبا للقصاص وبالسراية يتبين انه كان غير موجب كما لو قطع يده من المفصل فسرى إلى نصف الساعد فباختبار المال هاهنا يتبين انه لم يكن حقه في اليد قصاصا (ألا ترى) انه بعد السراية لو قال الولي عفوتك عن اليد لم يصح فكذلك قبل السراية ولو قال المحني عليه عفوتك عن القتل ثم اقتصر لم يصح فكذلك إذا قال عفوتك عن اليد فسرى ولا معنى لما قال انه عفا عن موجب اليد لانه لما قال عفوتك عن القطع فمعناه عن قطع واجب مقابل هذا القطع لانه هذا القطع الذي تحقق لان العفو عنه لا يتحقق وقد تبين انه لم يكن قطع واجب بمقابلة هذا القطع وقوله بان هذا القطع سبب حقه قلنا القطع سبب حقه في اليد لا سبب حقه في النفس بل حقه في النفس القتل لان القطع السارى لا يقول انه قطع ثم قتل أو قطع يصير قتلا بمنزلة قنص يصير صيدا ولكنه يتبين أنه

[156]

كان قتلا في الاصل لان القتل فعل مزهق للروح وانما انزهق هذا الروح عقيب هذا الفعل فعرفنا انه قتل ولهذا صح العفو بلفظ الجناية لان اسم الجناية يتناول القتل وما دون (ألا ترى) انه لو قال لا جناية في قتل فلان ثم ادعى عليه النفس أو ما دون النفس لم تسمع بخلاف القطع فهو اسم حائز لما دون النفس حتى لو قال لا قطع لى قبل فلان ثم ادعى عليه النفس صحت الدعوى وكذلك إذا قال عفوتك عن القطع وما يحدث منه لان ذلك عبارة عن النفس وقد تبين أن حقه كان في النفس فصح العفو وهذا بخلاف المأذون في الابتداء لان الاذن صادف محلا هو حقه فيصير المأذون قائما مقام الاذن في اقامة الفعل فيه فكأنه فعل بنفسه وبخلاف مالو اقتصر لانه تبين هناك ان فعله كان قطعاً وان حقه في قطع واجب بمقابلة هذا القطع فاما إذا دفع العبد باليد فالصلح هناك باطل عند أبي حنيفة إذا سرى قبل أن يعتقه الا ان عتقه انما ينفذ لانه مقبوض بحكم صلح فاسد فيصير مملوكا فينفذ فيه العتق ثم من حيث الظاهر انما دفع العبد باليد ومن حيث المعنى قصد المولى دفعه بالجناية فإذا لم يتصل به مالا يمكن فسخه وهو العتق اعتبرنا الظاهر وقلنا إذا سرى فالصلح باطل وإذا اتصل به مالا يمكن فسخه اعتبرنا المقصود وهو الدفع بالجناية فقلنا العتق نافذ والعبد صلح بالجناية * يوضحه ان هناك نفذ العتق لكونه مملوكا له وان كان بسبب فاسد ويضمن قيمته لمولاه ثم المحني عليه يستوجب القيمة على المولى أيضا لانه دفعه على وجه لم يصبر به مختارا فكان مستهلكا فيلزمه قيمته فتقع المقاصة بين القيمتين فلماذا قال العتق نافذ والعبد صلح بالجناية وأما مسألة الجامع فقيل انه قول محمد ثم انما يتبين ان الحق في النفس إذا ثبتت السراية ولم تثبت لان الشاهد بها واحد وبدون السراية الحق في الشجة وقد اتفق الشاهدان عليه ولا يقال المدعى يتبرأ من

الشجة لانه انما يتبرأ منها إذا ثبت حقه في النفس ولم يثبت فهو بمنزلة مالو ادعى بيع عين من انسان بثمن وأنكر المشتري وحلف بنفى العين عن ملك المدعي لانه انما يتبرأ من ملك العين إذا ثبت حقه في اليمين ولم يثبت ثم في القياس يجب القصاص عند أبي حنيفة لان العفو لما حصل من غير حقه كان وجوده كعدمه ولكن في الاستحسان قال حقه في الصورة عند العفو ما أضاف إليه العفو وان تبين في الاخيرة أنه غيره وكذلك ما أضاف إليه العفو هو السبب لثبوت حقه في النفس ظاهرا ليصير ذلك شبهة في رد القود وقد قال في مسأله الجامع الصغير لو لم يعتق العبد حتى سرى فالصلح باطل والقصاص واجب عند أبي حنيفة قيل ما ذكر هذا حق بسبب

[157]

القياس وقيل بل أبو حنيفة يفرق فيقول هناك الصلح مضاف الي العبد والعبد ليس بسبب لثبوت حقه في النفس فيصير ذلك شبهة في اسقاط القود ثم بنى على هذا الفصل مسألة التزويج على الجراحة بالجناية وقد تقدم بيانها في كتاب الصلح والعفو عن دم العمد جائز في المرض من جميع المال لان دم العمد ليس بمال وبالمرض انما يلحقه الحجر عن التصرف في ماله لحق وراثته ففيما ليس بمال المرض والصحة فيه سواء والقاتل وغير القاتل فيه سواء (ألا ترى) أنه لو أعان انسانا بيديه لا يعتبر ذلك من ثلث ماله وان كان ذلك الرجل قاتلا له وعلى قول الشافعي عفوهُ في القصاص صحيح ولكن في حق المال باطل لان العمد عنده موجب للمال ولا صية للقاتل والعفو عن أحد القاتلين لا يبطل القود عن الآخر وكذلك الصلح مع أحدهما لان القصاص لزمهما بالقتل ثم سقط أحدهما بالعفو ودم أحدهما متميز عن دم الآخر فسقوطه عن أحدهما لا يورث شبهة في حق الآخر بخلاف ما لم إذا لم يجب القصاص على أحد القاتلين لان هناك الفعلان اجتماعا في محل واحد وأحدهما موجب والآخر غير موجب ودم المقتول لا يتميز بعضه عن بعض قال ولكل وارث في دم العمد نصيب بميراثه يجوز فيه عفوهُ وصلحه أما الدية إذا وجبت بالقتل فلكل وارث فيها نصيب عندنا وقال مالك لا يرث الزوج الزوجة من الدية شيأ لان وجوبها بعد الموت والزوجية تنقطع بالموت * وحدثنا في ذلك حديث الضحاك بن سفيان الكلابي انه أتاه كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره أن يورث امرأة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم وقد كان عمر يقول لا ميراث للزوج والزوجة من الدية ثم رجع إلى هذا الحديث وعن علي رضي الله عنه انه كان يقسم الدية علي من أحرز الميراث وعنه قال إذا أوصى الرجل بثلثه دخلت ديته في تلك الوصية ولان بدل نفسه كسائر أمواله حتى يقضي منه دينه فيرث منه جميع وراثته كسائر الاموال وكذلك يثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا وعلى قول ابن أبي؟ لا يثبت حقهما في القصاص لان سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد (ألا ترى) ان حق الموصي له لا يثبت في القصاص وهذا لا فان المقصود في القصاص التشفي والانتقام وذلك يختص به الاقارب الذين ينصر بعضهم بعضا * وحدثنا في ذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فلورثته والقصاص حقه لانه بدل نفسه فيكون ميراثا لجميع وراثته كالدية والدليل عليه أن استحقاق الارث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد وبه

فارق الوصية وبهذا تبين ان الاستحقاق ليس بالعقد وإذا كان دم العمد بين رجلين فعفى أحدهما فلا قود على القاتل لما روي أن هذه الحادثة وقعت في زمن عمر رضى الله عنه فشاور فيها ابن مسعود فقال أرى هذا قد أحيا بعض نفسه فليس للآخر أن يتلغه فأمضى عمر رضى الله عنه القضاء على رأيه وهو المعنى فان العافى أسقط حقه وهو من أهل الاسقاط فصح اسقاطه وباسقاطه حق بعض نفس القاتل والآخر يعجز عن استيفاء حقه لان القتل لا يحتمل التجزى في نفس واحدة استيفاء ثم القصاص في نفس واحدة كما لا يتجزأ وجوبا لا يتجزأ سقوطا وإذا ثبت أن الآخر تعذر عليه استيفاء حقه قلنا انما تعذر استيفاؤه لمعنى في القاتل وهو مراعاة الحرمة لبعض نفسه فكان في معنى الخطأ فيجب المال للآخر ولا يجب للعافى شيء لان تعذر استيفاء القصاص في حقه كان باسقاطه ثم للآخر نصف الدية في مال القاتل لان سببه العمد المحض ويكون في ثلاث سنين عندنا وقال زفر في سنتين لانه ما وجب للآخر الا نصف الدية ونصف الدية يكون مؤجلا في سنتين كما لو قطع يد انسان ولكننا نقول حقهما في بدل النفس وبديل النفس مؤجل في ثلاث سنين إذا وجب بالقتل كالأب إذا قتل ابنه عمدا والذي وجب للآخر جزء من بدل النفس فكل جزء منه كذلك وإذا كان دم العمد بين اثنين فشهد أحدهما على الآخر أنه قد عفى فهذا على أربعة أوجه ان صدقه في ذلك القاتل والمشهود عليه فللشاهد نصف الدية لان ثبوت العفو من الآخر بتصادقهما عليه كنيوته بالمعينة وان كذبا في ذلك فللمشهود عليه نصف الدية ولا شيء للشاهد لانه تعذر على المشهود عليه استيفاء نصيبه من القود لا لمعنى من جهته بل بشهادة الشريك عليه بالعفو وهو فيما يشهد به عليه متهم فيكون كاذبا في حقه ويجعل ذلك بمنزلة انشاء العفو من الشاهد فيسقط حق الشاهد ويجب نصف الدية للمشهود عليه وان صدقه القاتل وكذبه المشهود عليه فلكل واحد منهما نصف الدية في مال القاتل اما المشهود عليه نصف الدية لما قلنا فان القاتل والشاهد لا يصدقان عليه في اسقاط حقه وأما الشاهد فقد زعم أن نصيبه انقلب مالا بعفو شريكه وصدق القاتل بذلك وأما كذبه القاتل وصدق المشهود عليه ففي القياس لا شيء لواحد منهما على القاتل لان حق الشاهد قد سقط بغير عوض فان شهادته بالعفو في حق من كذبه وهو القاتل بمنزلة انشاء العفو وأما المشهود عليه فلانه قد أقر بالعفو المسقط

لحقه وفي الاستحسان يجب نصف الدية للشاهد لانه لما كذب القاتل الشاهد فقد وجب نصف الدية على القاتل للمشهود عليه بدليل ان المشهود عليه لو لم يصدق الشاهد كان له من المشهود عليه على القاتل نصف الدية فالمشهود عليه بهذا التصديق حول ذلك النصف إلى الشاهد وزعم ان نصف الدية للشاهد على القاتل لا له ومن أقر لانسان بشيء فأقر المقر له لغيره به لا يصير رد الاقرار الاول ولكن يخول الحق إلى الثاني باقراره أو كان شهد معه آخر لان الشاهد من الوليين بشهادته على العفو متهم فانه يقصد بشهادته أن يحول نصيبه إلى المال فلم يكن مقبول الشهادة وبشهادة الواحد لا يثبت العفو على الشريك ولو شهد كل واحد منهما على صاحبه انه قد عفا والقاتل لا يدعى ذلك ولا ينكره فان شهدا

علي التعاقب فالذي شهد أول مرة قد بطل حقه لان شهادته بمنزلة عفوهِ
ووجب لصاحبه نصف الدية فلا يبطل ذلك بشهادته بعد ذلك على شريكه
بالعفو وان شهدا معا فلا شئ لواحد منهما في هذا الفصل لان وكل واحد
منهما بمنزلة العافي فيسقط حقهما منه بغير عوض وكذلك لو كذبهما
القاتل وان صدق القاتل أحدهما وكذب الآخر أعطى الذي صدق نصف الدية
ويبطل حق الآخر لان كل واحد منهما يدعي لنفسه نصف الدية عليه وقد
صدق أحدهما فيلزمه نصف الدية له وكذب الآخر وهو قد صار في حقه
كالعافي وان صدقهما انهما قد عفوا ينبغي في قياس هذا القول أن
يضمن الدية لهما لانه صار بقر لكل واحد منهما بنصف الدية علي نفسه كما
إذا صدق أحدهما ولكن في الاستحسان لا ضمان عليه لواحد منهما لان في
تصديقه اياهما تكذيبهما فكل واحد منهما يزعم أنه ما عفا وانما عفا شريكه
وهو إذا زعم أنهما عفوا فقد صار مكذبا لكل واحد منهما وقد يثبتان انه لو
كذبهما جميعا لم يكن لكل واحد منهما عليه شئ من الدية ولو كان الدم بين
ثلاثة نفر فيشهد اثنان على الثالث أنه قد عفا فشهادتهما باطلة لانهما
يجران إلى أنفسهما نفعا بشهادتهما فان نصيبهما من القصاص ينقلب مالا
بها وقد سقط القود لاقرارهما بذلك فان كذبهما القاتل أعطى المشهود
عليه ثلث الدية ولم يكن للشاهدين شئ لما بين ان شهادتهما كانشاء العفو
منهما وان صدقهما أعطاهما الدية اثلاثا لاقرارهم للشاهدين بما ادعى عليه
من ثلثي الدية وان لم يصدق ولم يكذب فهو بمنزلة التكذيب والشهادة على
الصلح بذلك كالشهادة على العفو فان كان معهم شريك رابع لم يشهد ولم
يشهد عليه فله حصته من الدية لانه تعذر عليه استيفاء القود لا بمعنى من
جهته بقاء المحل ثم العفو عن القود مما يثبت مع الشهادة فيثبت بالابذال
مع الحجج كالمال

[160]

وان ادعى القاتل العفو على الورثة ولا بينة له حلف الوارث على ذلك لانه
يدعي عليه مالو أقربه لزمه فان حلف أحد بالقصاص لا يحلف بل بالقتل
السابق ولكن يحلفه كما انتفى ما ادعاه من العفو وان نكل عن اليمين
بطل حقه لان نكوله كاقرارهِ ولشركائه حصتهم من الدية كما لو أقر الناكل
العفو وأن شهد شاهدان للقاتل أنه صالح على الدية وانهما كفلا عنه بعد
ذلك في غير صلح والولى منكر لذلك لم تجز شهادتهما ان ذكرا أن الكفالة
كانت في الصلح لان الصلح المشروط فيه كفالة الكفيل بعينه لا يتم الا
بقبوله فانما يشهدان علي عقد تم بهما وهو الصلح الذي تم بكفالتهم
فيكون هذا شهادة علي فعل أنفسهما فلا تقبل وان ذكرا أنها بعد الصلح
فشهادتهما على الصلح جائزة لانهما أجنيان لاتهمة في شهادتهما
ويؤخذان بالكفالة باقرارهما علي أنفسهما ولا يرجعان بذلك علي الذي
كفلا عنه الا أن يكون أمرهما بذلك لان الكفيل بغير الامر متبرع فيما يلزم
ويؤدى وان ادعى الولى شهادتهما ووجد ذلك القاتل جازت شهادتهما علي
أنفسهما لان القود قد سقط بدعوى الولى الصلح وقد أقر بوجود المال
عليهما وعلي القاتل ويلزمهما ما أقر به علي أنفسهما ولا يرجعان علي
القاتل بشئ لان اقرارهما ليس بحجة عليه وإذا شهد شاهدان على العفو
وقضى القاضي ثم رجعا فلا ضمان عليهما لان القود ليس بمال والشاهد
عند الرجوع انما يضمن ما أتلف من المال بشهادته فأما ما ليس بمال فيما
هو مبتدل لا يكون مضمونا بالمال عند الاتلاف وقد بينا هذا في الرجوع عن
الشهادات وان لم يقض القاضي بشهادتهما حتى رجعا فالقصاص كما هو
علي حاله لان الشهادة لا توجب شياً ما لم يتصل بها القضاء فإذا لم يقض

القاضي ها هنا لم يسقط القود فانعدم المانع من استيفاء القود واختلاف شهود العفو في الوقت والمكان لا يمنع قبول الشهادة لان العفو قول بعاد ويكرر فيكون الثاني هو الاول ولو شهدا على أحد الورثة بالعفو ولم يعرفوا انه هو فشهادتهما باطلة لان المشهود عليه مجهول وجهالته تمنع القاضي من القضاء بالشهادة فيقي القصاص كما كان ولو شهد أحدهما أنه عفا على ألف درهم وشهد الآخر انه عفا على غير جعل فالشهادة باطلة لاختلافهما في المشهود به وهو نظير الطلاق والعتاق إذا اختلف الشاهدان فيه بهذه الصفة وكذلك ان شهد أحدهما بالصلح بالف والآخر بخمسائة لان القاتل لا بد أن يدعي شهادة أحدهما وهو الذي شهد بخمسائة فيكون مكذبا شهادة الآخر وهو شهادة من شهد بالف وان لم يدعه القاتل وادعاه ولى الدم فقد حاز العفو باقرار الولي بسقوط حقه في القود ثم لا يقضي بشئ من المال

[161]

عند أبي حنيفة لما ذكرنا ان المدعى مكذب أحد الشاهدين وعندهما يقبل في الاقل لان مدعى ألف مدع بخمسائة ضرورة فهذا بمنزلة اختلافهم في دعوى المال مطلقا وكذلك ان شهد أحدهما بالصلح على عبد والآخر بالصلح على ألف درهم لان كل واحد منهما شهد بعقد آخر والمدعى لا بد أن يدعي أحد العقدين فيكون مكذبا شهادة الآخر وعفو الاب والوصي عن قصاص واجب للصغير باطل لانه فوض اليهما استيفاء حقه شرعا لا اسقاطه واسقاطه القصاص كاسقاطه ديننا واجبا للصبي فاما استيفاء القصاص فيؤل للاب أن يستوفى القصاص الواجب للصغير في النفس وما دون النفس عندنا وقال الشافعي ليس له ذلك لان من أصله أن الابن يتخير بين استيفاء القصاص واستيفاء الأدية والاب بهذا الاستيفاء يقطع عليه خياره وذلك لا يصلح منه ثم المقصود من القصاص التثقي والانتقام وذلك لا يحصل للصغير باستيفاء أبيه والدليل عليه أن الصغير إذا بلغ ربما يميل إلى العفو فلو استوفاه الاب كان ذلك استيفاء مع شبهة العفو وأصحابنا رحمهم الله يقولون ولاية الاب على ولده الصغير في استيفاء حقوقه كولايته على نفسه (الأ ترى) انه يجمع المال والنفس جميعا وانما ثبت له هذه الولاية نظرا للصبي وفي استيفاء القود نظر له لانه ربما يفوت بموت القاتل أو بهربه فالظاهر انه إذا لم يستوف القصاص على فور القتل فعل مالا يتمكن من استيفائه بعد ذلك ثم المقصود يحصل للصبي باستيفاء أبيه إذا بلغ لانه إذا لم ير قاتل وليه بعد البلوغ وعلم انه قتل قصاصا حصل التثقي نظير ما لو زوجه الاب فانه يصح وان كان المقصود يحصل له بعد البلوغ على أن المقصود أن يندفع عنه شر القتل وذلك يحصل باستيفاء أبيه في الحال وشبهة عفو بتوهم وجوده في الحال تمنع استيفاء القود فاما شبهة عفو بتوهم اعتراضه في الثاني فلا يمنع لانه ما من ولى الا ويتوهم أن يبدو له فيعفو ولا معنى لما قال ان فيه قطع خياره لان للاب أن يبيع مال ولده ولو بلغ الصبي قبل البيع كان مخيرا بين استيفاء العين وبين ازالته بالبيع ثم لم يكن يبعه قطعاً لخياره فهذا مثله وليس للوصي أن يستوفى القصاص في النفس لان تصرف الولى مقصور على المال والقصاص في النفس ليس بمال وفي استيفاء الوصي القصاص في الطرف روايتان أظهرهما ان له أن يستوفى لان الطرف يسلك به مسلك الاموال بدليل أنه يعتبر فيه التساوي في البدل وفي الرواية الاخرى ليس له أن يستوفى لان القصاص في الطرف ليس بمال كالقصاص في النفس

[162]

الواجب له فكذلك الصلح على الدية وان حط من الدية لم يجر حطه واليسير
والفاحش في ذلك سواء بخلاف البيع لان البدل هناك غير مقدر شرعا وهنا
مقدر وهو الدية فالنقصان عنه يكون اسقاطا فلا يصح منه قل أو كثر و صلح
الوصي عن النقصان في النفس على الدية يجوز في رواية هذا الكتاب ولا
يجوز في رواية الصلح وقد بينا الروايتين وإذا لم يكن للمقتول ولي سوى
السلطان فقد بينا الكلام فيه في اللقيط وان كان للدم وليان أحدهما غائب
فادعى القاتل ان الغائب عفا عنه وأقام البينة على ذلك وأبى قتله وأجيز
العفو من الغائب لان الحاضر خصم عن الغائب فانتصب هنا الحاضر خصما
عن الغائب وإذا قضى بالعفو ثم حضر الغائب لم يعد عليه لان القضاء اتصل
بالبينة علي من هو خصم ويكون للحاضر حصته من الدية وإذا ادعى عفو
الغائب ولم يكن له بينة فأراد أن يستحلف فانه يؤخر حتى يقدم الغائب
فيحلف لانه لو استحلف الحاضر على ذلك كان بطريق النيابة والنيابة لا
تجرى في الايمان وليس للحاضر استيفاء القود ما لم يقدم الغائب قبل
دعوى العفو فبعد دعوى العفو أولى فإذا قدم فحلف اقتصر منه فان ادعى
بينة حاضرة على العفو أجله الحاكم ثلاثة أيام لانه لا يتمكن من اقامة الحجة
الا بمهلة وانما لم يحضر شهوده في المجلس الاول على ظن أن الخصم لا
ينكر العفو فلا بد من امهاله إلى المجلس الثاني وقد كان القاضي فيهم
يجلس بنفسه في كل ثلاثة أيام إذ الثلاثة مدة حسنة لا يلاء الاعذار كما في
شرط الخيار فان مضت الثلاثة ولم يأت بهم وادعى بينة غائبة فهما سواء
في القياس وينبغى في قياس قولنا أن يمضى القضاء عليه بالقصاص كما
في المال إذا ادعى بينة غائبة على الابراء وهذا لان السبب المطلق لا
ستيفاء القصاص قد ظهر والمانع موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق
فليس كل غائب يؤوب قال ولكني أستعظم ولا أعجل فيه بالقصاص حتى
أثبت فيه واستأنى به ولا أعجله لان استيفاء القصاص إذا وقع الغلط فيه لا
يمكن التدارك والتلافى وعلى الامام أن يثبت في مثله ثم القصاص لا
يستوفى مع الشبهة فباعترار توهم حضور شهوده يتأنى فيه القاضي حتى
لا يكون مستوفيا مع الشبهة بخلاف المال وإذا شهد شاهدان على أحد
الورثة بعينه بالعفو أو بانه أقر ان فلانا لم يقتل فالشهادة جائزة لان الثابت
بالبينة كالثابت بالمعينة ولو عايناه عفا أو أقر بذلك سقط القصاص سواء
أقر بذلك في صحته أو مرضه لان العفو عن القود ليس بمال وإذا كان الدم
بين اثنين فعفا أحدهما ثم قتله الآخر عمدا فان لم يعلم بعفو الشريك أو
علم بذلك ولم يعلم

[163]

ان يعفو أحدهما يسقط القود فعليه الدية كاملة في ماله عندنا وقال زفر
عليه القصاص وان كان فقيها يعلم أن القود يسقط بعفو أحد الشريكين
فعليه القصاص أما زفر فيقول القود يسقط بعفو أحدهما علم الآخر أو لم
يعلم اشتبه عليه حاله أو لم يشتهه فانما بقى مجرد الظن في حق الآخر

والظن غير مانع من وجوب القصاص بعد ما تقرر سببه كما لو قتل رجلا على ظن أنه قتل وليه ثم جاء وليه حيا كان عليه القصاص * ووجبنا في ذلك أنه قد علم وجوب القصاص وما علم ثبوته فالاصل بقاؤه ما لم يعرف ما لم يعرف المسقط فإذا لم يعلم العفو كان القصاص واجبا في حقه ظاهرا والظاهر بصير شبهة في درء ما يندرى بالشبهات وكذلك إذا علم بالعفو ولم يعلم أن القود سقط به لان الظاهر أن تصرف الغير في حقه غير نافذ وسقوط القود عند عفو أحدهما باعتبار معنى خفى وهو ان القصاص لا يحتمل التجزى فانما اشتبه عليه حكم قد يشتبه فيصير ذلك بمنزلة الظاهر في ابراث الشبهة بخلاف ما إذا علم بالعفو فان هناك قد ظهر المسقط عنده وأقدم على القتل مع العلم بالحرمة وقد يجوز أن يسقط القود باعتبار ظنه كما لو رمى إلى شخص ظنه كافرا فإذا هو مسلم وإذا سقط القود عنه بالشبهة لرمه الدية في ماله لان فعله عمد ثم يحسب له منها نصف الدية لان بعفو الشريك وجب له نصف الدية على هذا الذي قتله فيكون نصف الدية قصاصا بنصف الدية ويؤدى ما بقى وإذا وجب القصاص على رجل فقتله ولى الدم بسيف أو عصا أو وقع في بئر حفرها في الطريق أو عثر بحجر وضعه في الطريق لم يكن عليه في ذلك شئ لان دم من عليه القصاص في حق من له القصاص كالمباح فان الدم لا يملك وإنما يتمكن من استيفاء القصاص بطريق الاباحة وذلك يمنع وجوب الضمان عليه إذا صار قاتلا له بالمباشرة أو بالسبب يوضحه أن هذا بمنزلة استيفاء القصاص منه وان لم يكن بطريقه لان استيفاء القصاص بفعل يتصل به زهوق الروح وقد وجد ذلك منه بطريق التسبب أو بطريق المباشرة فان كان له وليان فعفا أحدهما ثم أصابه هذا الاحد بعد العفو فعلى عاقلته الدية في جميع ذلك الا بالسيف فانها في ماله لان القود سقط بعفو أحدهما وصار في حكم القتل الموجب للمال عليه كان ما سبق لم يكن فإذا أخذ الدية أولياء القاتل خطأ رجح هذا القاتل خطأ بنصف الدية التي أخذها أولياء المقتول خطأ لانه بعفو شريكه انقلب نصيبه مالا وكان ذلك في ذمة القاتل وبدل نفسه بمنزلة تركته فيستوفى منه ما كان واجبا له في ذمته ولا مقاصة هاهنا لا خلاف المحل فان بدل نفسه على عاقلة ولى الدم

[164]

الذى لم يعف ولو قتله غير الولى بغير أمر الولى عمدا أو خطأ بطل دم الاول ولا شئ لوليه ويكون على القاتل الآخر القصاص في العمد والدية على عاقلته في الخطأ لان حرمة نفسه في حق غير الولى قائمة كما كانت وسقط حق المولى لفوات محله وقد بينا ان الثابت في حقه اباحة الاستيفاء أو الملك في حق الاستيفاء خاصة وذلك لا يتحول إلى البدل كملك الزوج في زوجته لا يثبت فيه البدل إذا وطئت بالشبهة وإذا قتله فقال الولى أنا كنت أمرته فان أقام بينة على هذا فلا شئ على القاتل الثاني لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة فان لم يكن له بينة فعليه القصاص في العمد والدية على عاقلته في الخطأ لانه أقرب بما لا يملك استيفاءه لان حقه قد سقط لفوات المحل فهو فيما يدعى بعد ذلك كأجنبي آخر وبدل نفس المقتول الثاني واجب لورثته ولا قول لولى الاول في اسقاط حقه قصاصا كان أو مالا والله أعلم بالصواب (باب العفو في الخطأ وغير ذلك) (قال رحمه الله) رجل قتل رجلا خطأ فالدية بين جميع الورثة والموصي له بالثلث كسائر التركة لان الدية مال هو بدل نفسه فيكون تركته له بعد موته كسائر أمواله وقد بينا الاختلاف في الزوج والزوجة وقد كان في السلف من يقول لا شئ للاخوة للام من الدية وإنما

الدية للعصبات خاصة وقيل هو قول عمر رضي الله عنه الاول ولهذا ذكر في الاصل عن علي رضي الله عنه انه كان ينسب عمر رضي الله عنه إلى الظلم مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أينما دار عمر فالحق معه وفي رواية أينما دار الحق فعمر معه وقد صح رجوع عمر عن هذا حيث روى له الضحاك بن سفيان الكلابي الحديث كما روينا ولا حق للموصى له بالثلث في دم العمد لان موجهه القصاص وليس بمال ولا يحتمل التملك بالعقد وكما لا يثبت له حق الشركة في الاستيفاء فكذلك لا يعتبر عفو فيه فان صولح القاتل علي مال دخل فيه الموصى له لانه الواجب بدل نفسه فيكون تركه له يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه بمنزلة الواجب في قتل الخطأ ثم هو شريك الورثة في التركة فيجوز عفو بعد الصلح في نصيبه كما يجوز عفو الوارث وليس للغرماء عفو في عمد ولا خطأ أما العمد فلان موجهه ليس بمال ولا حق للغرماء فيه وأما الخطأ فلانه ليس في عفوهم عن الدية اسقاط شئ من ديتهن وانما ولاية التصرف لهم في محل حقهم فإذا لم يلاق هذا التصرف منهم محل حقهم كان باطلا وإذا عفا الرجل عن دمه وهو

[165]

خطأ ثلثه في مرضه الذي مات فيه جاز عفو من ثلثه لان الواجب الدية على عاقلته فيكون عفو وصية منه للعاقلة وذلك صحيح من ثلثه وما فيه من الاشكال بيناه في الوصايا فان كان أوصى مع ذلك بوصايا تحاص أهل الوصايا والعاقلة في ثلثه فسقط عن العاقلة حصتهم وما سوى ذلك من نصيب أصحاب الوصايا والورثة يكن مؤجلا على العاقلة في ثلاث سنين اعتبارا للبعض بالكل وهذا تبيان ان الواجب على العاقلة لانه لو كان علي القاتل لكان الاجل سقط بموته فان أعتق عبدا بدئ به من الثلث لان العتق أقوى سببا من سائر الوصايا ومن العفو فانه اسقاط للرق بمنزلة البراء عن دين آخر وان لم يعف الميت ولكن عفا بعض الورثة بطلت حصة العافي الا أن يكون علي اميت دين مستغرق وهو بمنزلة البراء عن دين آخر إذا شهد شاهدان من الورثة على بعضهم أنه عفا عن حصته والقتل خطأ فشهادتهما جائزة لانهما لا يجران إلى أنفسهما شيأ بشهادتهما بخلاف العمد فهناك ينقلان حقهما من القصاص إلى الدية بشهادتهما ولو كان الشاهدان أحدا طائفة من الدية ثم شهدا بذلك لم تجز شهادتهما لانهما يدفعان حق الثالث عن أنفسهما وقد كان للوارث الآخر حق المشاركة معهما فيما أخذوا وانما يسقطان ذلك بشهادتهما لانهما ولو لم يأخذوا شيأ حتى شهدا علي الثالث أنه أخذ مالا وصالح عليه لم تجز شهادتهما لانها يجران بها الي أنفسهما مغنما فانه يثبت لهما حق المشاركة مع القابض في المقبوض وشهادة جار المغنم أو دافع المغرم لا تقبل وان شهد وارتان على القتل أنه عفا عند موته عن التاتل فشهادتهما جائزة والعفو من ثلثه فانه لا تهمه في شهادتهما فإذا شهد شاهدان علي عفو الورثة وهم كبار فاجازه القاضي وأبرأ القاتل ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا الدية لان الواجب كان هو المال للورثة وقد أتلفا ذلك عليهم بشهادتهما فيضمنان عند الرجوع كما لو شهدا بالبراء عن دين آخر ولو شهد شاهدان في دم العمد على أحد الورثة بعينه أنه آخر القاتل اليوم إلى الليل علي ألف درهم لم يكن ذلك عفو ولا مال له لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة وليس في هذا التأخير اسقاط شئ من القود والقود الواجب له في حكم العين فالتأجيل فيه يكون باطلا ولا مال له لان القاتل لم يستغف شيأ بهذا التأخير وان شهدا أنه أخذ منه ألف درهم علي أن يعفو عنه يوما إلى الليل فهذا عفو وهو صلح جائز لان العفو اسقاط للقود وهو لا يقبل التوقيت فيلغو

التوقيت منه ويصح العفو بالمال المسمى بمنزلة الطلاق وذكر عن زيد بن وهب قال وجد رجل مع امرأته رجلا فقتلها بالسيف فاستحيا بعض اخوتها

[166]

مما فعلت فعفا عنه فجعل عمر رضى الله عنه للذى لم يعف حصته من الدية ولوان رجلا أخذ السكين فوجأ به رأس انسان فأوضحه ثم جر السكين قبل أن يرفعها حتى شجبه أخرى فهذه موضحة واحدة وعليه فيها القصاص ان كانت عمدا وأرش موضحة واحدة ان كانت خطأ لان الفعل واحد لاتحاد محله فالتوسع مبالغة منه في ذلك الفعل فلا يعطى له حكم فعل آخر ولو رفع السكين ثم وجأ إلى جهة أخرى اتصل أولم يتصل فهذه موضحة أخرى اقتصر منه في العمد وعليه أرش موضحتين في الخطأ لانهما فعلان مختلفان باختلاف المحل واختلاف المباشرة فكأنهما حصلا من اثنين ثم اتصال احدهما بالآخرى على وجهين فان كان ذلك بفعله فلا شك أن عليه القصاص فيهما وان كان ذلك بان تأكل ما بينهما حتى اتصلت احدهما بالآخرى فعلى قول أبى حنيفة لا قصاص فيهما وعلى قول محمد يجب القصاص وهو بناء على ما سبق فمن أصل أبى حنيفة ان باعتبار السراية فيما دون النفس يمتنع وجوب القصاص في محل واحد وفى مجلس لان العمد المحض فيما دون النفس لا يتحقق بالسراية وعلى قول محمد إذا كانت السراية بحيث يمكن ايجاب القصاص فيها لم يمتنع استيفاء القصاص بسببها و قد بينا ذلك فيما إذا قطع أصبعا فشلت إلى جنبها أخرى أو سقطت وإذا فقأ الرجل عين الرجل وفي عين الفاقئ فالمفقوءة عينه بالخيار لان نقصان البصر في العين بمنزلة الشلل أو قوات الاصبع في اليد وقد بينا أن هناك أن كان النقصان في جانب الجاني فالمجنى عليه بالخيار بين استيفاء القصاص وبين استيفاء الدية وان كان النقصان في جانب المجنى عليه لم يجب القصاص فهذا مثله وإذا لم يجب القصاص كان الواجب فيها حكم عدل لان كمال الارش باعتبار تفويت البصر الكامل ولم يوجد والقدر الباقي من البصر مع النقصان غير معلوم فيكون الواجب فيها حكم عدل كمن قطع يد اشلاء ولو قطع يد رجل وفيها ظفر مسود لو خرج لا ينقصها فعليه القصاص لان ما حدث في يده لم ينقص من منفعة البطش شيئا ومثله لا يمكن نقصانا في بدله كالصغر وسواد اليد أصلا وإذا ثبت المساواة في الارش ثبت وجوب القصاص وإذا قطع الرجل من كف الرجل أظفار يده ففيها حكم عدل لان هذه الجناية لا تفوت منفعة البطش ولكن يتمكن فيها نقصان فيجب باعتباره حكم عدل وإذا علم أن الواجب حكم العدل ظهر أنه لا قصاص فيها لان القصاص بنى على معرفة المساواة في البدل حقيقة ولو قطع من كف رجل أصبعا زائدة ففيها حكم عدل لان الاصبع الزائدة نقصان معنى فتقويتها

[167]

لا يمكن نقصانا في البطش وانما يلحق به ألما وشينا في الظاهر باعتبار الاثر فيجب حكم عدل باعتباره ولا قصاص فيها وان كان للقاطع مثل تلك الاصبع لانعدام المساواة في البدل فبدل اليد ينقسم على الاصابع الخمس أخماسا ولا ينقسم على الاصبع الزائدة وانما الاصبع الزائدة كالتؤلؤل وان

قطع الكف كله فان كانت تلك الاصبع توهى الكف وتنقصها فلا قصاص فيها وفيها حكم عدل لان هذا نوع شلل من حيث انه يمكن نقصانا في منفعة البطش وان كان لا ينقصها ولا يوهيها ففيها القصاص وفي الخطأ الارش كاملا لان مالا يمكن نقصانا في منفعة البطش فهو بمنزلة الصغر والضعف بسبب المرض وإذا قطع الرجل يد الرجل من المفصل وبرأت واقتص وبرأ المقتص منه ثم قطع أحدهما ذراع صاحبه من تلك اليد فلا قصاص فيه وان كانا سواء الا في رواية عن أبي يوسف قال إذا استويا يجب القصاص لانه قطع من المفصل فيمكن اعتبار المساواة فيه ولكننا نقول الواجب في الذراع بعد قطع الكف حكم عدل فطريق معرفته التقويم فلا يعلم به حقيقة المساواة بينهما في البذل وبدون ذلك لا يجب القصاص والله أعلم بالصواب (باب الشهادة في القصاص) (قال رحمه الله) إذا شهد رجلان على رجل انه ضرب رجلا بالسيف فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص بلغنا ذلك عن ابراهيم وهذا لان الثابت بالبينه كالثابت بالمعينة فقد ظهر بموته هذا السبب ولم يعارضه سبب آخر فيجب اضافة الحكم إليه والروح لا يمكن أخذه مشاهدة وانما طريق الوصول الي ارهاق الروح هذا وهو أن يجرحه فيموت قبل أن يبرأ * يوضحه انه لا طريق لنا الي حقيقة معرفة كون الموت من الضربة ومالا طريق لنا إلى معرفته لا تبني عليه الاحكام وانما يبني على الظاهر المعروف وهو انه يضربه ويكون صاحب فراش بعده حتى يموت ولا ينبغي للقاضي أن يسأل الشهود هل مات من ذلك أم لا لا في العمد ولا في الخطأ لانه لا طريق لهم إلى معرفة ذلك ولو شهدوا بذلك كانوا قد شهدوا بما يعلم القاضي أنهم فيه كذبة فكيف يحملهم على الكذب بالسؤال عن ذلك ولكنهم ان شهدوا أنه مات من ذلك لم تبطل شهادتهم وجازت ان كانوا عدولا لانهم اعتمدوا في ذلك دليلا شرعيا وهو الظاهر كما قررنا وان كان بهذا الطريق يحصل علم القضاء للقاضي ويحصل له أيضا علم الشهادة الا

[168]

انه لا حاجة بالقاضي أن يسألهم عن ذلك لانه يعرف ذلك بدون شهادتهم فلا يسألهم عنه ولو شهدوا به لم يبطل شهادتهم لان المشهود به الكلام الاول فهذا الزيادة لا تكون قد حا فيها بمنزلة شهادة الشهود على أن هذا ابنه ووارثه لا وارث له غيره وإذا شهدوا انه ضربه بالسيف حتى مات ولم يزيدوا على ذلك فهذا عمد لان كل فاعل يكون قاصدا إلى فعله في المحل الذي باشر الفعل فيه الا أن القاضي إذا سألهم أتعمد ذلك فهو أوثق لان صفة العمدية وان ثبتت بأول كلامهما من حيث الظاهر ولكن لم ينقطع احتمال الخطأ (ألا ترى) أن الشهود لو بينوا أن ذلك كان خطأ كان ذلك بيانا موافقا لاول الكلام فسؤالهما عن العمدية لا زالة هذا الاحتمال يكون أوثق وهكذا يوثق فيما إذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه والقاضي مندوب إليه وكذلك ان شهدا انه طعنه برمح أو رماه بسهم أو نشابة هذا كله عمد (أرايت) لو شهدا انه ذبحه أو شق بطنه بالسكين حتى مات أما كان ذلك عمدا فكذلك ما سبق لان الاسلحة في كونها آلة القتل سواء وان شهد أحدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه طعنه برمح أو انه ذبحه بالسكين أو شهد أحدهما انه رماه بسهم والآخر انه رماه بنشابة أو اختلعا في مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة لان الفعل يختلف باختلاف الآلة والمحل والوقت والمكان فانه لا يحتمل التكرار ولم يوجد على كل فعل الا شهادة شاهد واحد ولو شهد شاهدان انه قطع يده عمدا من مفصله وشهد شاهد انه قطع رجله من المفصل ثم شهدوا جميعا انه لم يزل صاحب

فراش حتى مات والولى يدعى ذلك كله عمدا فانى اقضى على القاتل بنصف الدية في ماله لان قطع الرجل لم يثبت عند القاضى فان الشاهد به واحد وقد ثبت قطع اليد من المفصل عند القاضى بشهادة الشاهدين ولكن قد أقر الولي انه مات من ذلك الفعل ومن فعل آخر لم يعلم فاعله فيكون ذلك شبهه في اسقاط القود ويتوزع بدل النفس نصفين فيلزمه نصف الدية في ماله لان فعله كان عمدا فلا يعقله العاقلة واقرار الولي حجة عليه في حقه وكذلك لو شهد على الرجل شاهدان فلم يزكيا لان الحجة في الرجل لا تتم بدون عدالة الشهود فهما وما لو كان الشاهد به واحدا سواء ولو زكى أحد شاهدى اليد واحد شاهدى الرجل لم يؤخذ القاتل بشئ لان واحدا من الفعلين لم تثبت عند القاضى فان العدل من الشهود بكل فعل واحد ولا يقال قد اتفق العدلان على الحكم وهو القصاص فينبغي أن يقضى به لانه لا يمكن القضاء بالحكم الا بعد القضاء بالسبب وقد تعذر القضاء بذلك (ألا ترى)

[169]

انه لو شهد عليه رجل انه قطع أصبعه له وشهد الآخر انه استهلك له ألف درهم لم يقض القاضى على بشئ فان اتفقا على وجوب الالف له في ماله فان نكلوا جميعا قضيت عليه بالقصاص لان الفعلين ظهرا بالحجر عند القاضى فان طلب الولي أن يقتص من اليد والرجل لم يكن له ذلك لانه لما اتصلت بفعله السراية كان ذلك قتلا فيكون حقه في القصاص في النفس مقصودا دون الاطراف وقد بينا خلاف الشافعي في هذا ولو شهد الشاهدان عليه انه قطع يده من المفصل عمدا ثم قتله عمدا كان لوارثه أن يقتص من يده ثم يقتله فان قال القاضى له اقتله ولا تقتص من يده فذلك حسن أيضا وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يأمره بقتله ولا يجعل له القصاص في يده لان الجنائين تواليا من واحد وهما من جنس واحد فيكونان كجناية واحدة (ألا ترى) ان في الخطأ لو قطع يده ثم قتله قبل البرء لا تجب الادية واحدة لهذا المعنى وهذا لان قبل البرء الجناية الاولى كانت موقوفة في حق الحكم على السراية فالفعل الثاني يكون اتماما لما يوقف عليه الجناية الاولى فيجعلان كجناية واحدة بخلاف ما إذا تخلل بين الجنائتين برء فان هناك الاولى قد انتهت واستقر حكمها بالبرء فتكون الثانية جناية أخرى بمنزلة مالهو جعلت على نفس أخرى وبخلاف ما إذا كان الجاني اثنين لان الفعل من الاول ما توقف على أن يصير بالسراية فعلا مضافا إلى شخص آخر فلا يمكن جعل الثاني اتماما للاول وبخلاف ما إذا كان أحد الفعلين عمدا والآخر خطأ لان باختلاف صفة الفعل يختلف الموجب فلا يمكن جعل الثاني اتماما للاول كما إذا اختلف الفاعل أو محل الفعل * وايضاح جميع ما ذكرنا في فصل الخطأ انه لو قطع يده ثم قتله قبل البرء لا تجب الادية واحدة كذا هنا وأبو حنيفة يقول ان القصاص يبني على المساواة في الفعل والمقصود بالفعل في القتل والقطع جميعا مراعاة المساواة في صورة الفعل جميعا فيتخير الولي بينهما إلى أن يقطع الامام عليه هذا الخيار بأن يأمره باعتبار المقصود وهو القتل وأن يترك الاستيفاء بمراعاة الصورة وهذا منه اجتهاد في موضعه فعليه أمره به وبه فارق الخطأ فالمعتبر هناك صيانة المحل عن الاهدار لا صورة الفعل لان الخطأ موضوع عنا رحمة من الشرع علينا ثم مبنى العمد على التغليب والتشديد ولهذا يقتل العشرة بالواحد وفيه مراعاة صورة الفعل مع التغليب أيضا فيجوز اعتبار ذلك في العمد بخلاف الخطأ فانه مبنى على التخفيف (ألا ترى) ان الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين وفي العمد المقصود هو

[170]

المقصود وكما أن القتل بعد القطع يكون اتماما للفعل الاول من وجه فقد يكون قطعاً لموجب الفعل الاول بمنزلة البرء من حيث ان المحل يفوت به ولا تصور للسراية بعد فوت المحل فيجعل كالبرء من هذا الوجه فللاحتمال اثبتنا الجناية للاول تغليظاً لحكم العمد ولا يعتبر ذلك في الخطأ لانه مبني على التخفيف ولو كانت احدى الجنائتين خطأ والاخرى عمداً أخذ بهما جميعاً فان كانت الاولى خطأ فانه يجب دية اليد على عاقلته ويقتل قصاصاً وان كانت الثانية خطأ فعليه القصاص في اليد والدية على عاقلته في النفس لانه لا احتمال لجعل الثاني اتماماً للاول عند اختلاف صفة الفعل وموجبه فيجعل بمنزلة مالهو تخلل بالجنائتين برء ولو كان لكل واحدة من الجنائتين جان علي حدة وهما جميعاً عمداً أو خطأ أو احدهما عمداً والاخرى خطأ أخذ كل واحد منهما بجنائته لما بينا أن الفعل الثاني من غير الفاعل الاول لا يمكن أن يجعل اتماماً للاول فكأنه تخلل بين الفعلين برء فيؤخذ كل واحد منهما بجنائته ولو شهد شاهدان ان هذا قطع يده من مفصل الكف وشهد آخر على آخر أنه قطع تلك اليد من المرفق ثم مات من ذلك كله والقطع عمد فعلى قاطع الكف القصاص في اليد وعلى الآخر القصاص في النفس عندنا وقال زفر والشافعي القصاص في النفس عليهما جميعاً لانه صار مقتولاً بفعلين كل واحد منهما عمد مخض فيلزمهما القصاص كما لو قطع أحدهما يده عمداً والآخر رجله ومات من ذلك وهذا لان بقطع يده حدث في البدن آلام ويقطع الآخر اليد من المرفق لا تنعدم تلك الآلام بل تزداد وانما حصلت السراية لضعف الطبيعة عن دفع الآلام التي توالى عليه وفي هذا لا فرق بين ان يقطع الثاني تلك اليد أو يقطع عضواً آخر وأصحابنا قالوا فعل الثاني بمنزلة البرء في حق الاول تنقطع به سراية الفعل الاول فكأنه انقطع بالبرء وانما قلنا ذلك لان السراية أثر الفعل ولا يتصور بقاؤها بدون بقاء محل الفعل إذ الاثر لا يقوم بنفسه وبفعل الثاني فات محل الفعل الاول وانقطاع السراية بفوات المحل أقوى من انقطاعها بالبرء لان البرء يحتمل النقص وفوات المحل لا يحتمل النقص وبه فارق ما إذا كان فعل كل واحد منهما في محل آخر لان الفعل من الثاني في محل آخر لا يفوت محل لفعل الاول فلا يمكن أن يجعل كالبرء في حق الاول وكذلك لو كان الفعلان خطأ كانت دية اليد على الاول ودية النفس على الثاني عندنا والعمد والخطأ في هذا سواء بمنزلة البرء وكذلك علي هذا الخلاف لو قطع أحدهما يده عمداً ثم حز الآخر رقبتة بالسيف يجب القصاص في النفس على الثاني والقصاص في اليد على الاول

[171]

وعند زفر والشافعي يجب عليهما القصاص في النفس لان الروح انزهقت عقيب فعلهما فيكون مضافاً إلى فعل كل واحد كل واحد منهما ولا معتبر بالتفاوت في صفة الفعل ولا في مقداره كما لو قطع أحدهما أصبعاً من أصابعه وجرحه الآخر عشر جراحات نحو قطع اليد والرجل وما أشبه ذلك

فانه يجب القصاص عليهما إذا مات من ذلك للمعنى الذي قلنا وأصحابنا قالوا جز الرقبة قتل بيقين لانه لا توهم للحياة معه فاما قطع اليد فقيل يشترط أن تتصل السراية به (ألا ترى) ان الغالب فيه السلامة فان القطع مشروع في موضع كان القتل حراما وهو القصاص والتعارض لا يقع بين فعلين بهذه الصفة فيجعل القتل مضافا إلى ما هو مشروع له بيقين وهو جز الرقبة ويكون هذا في حق اليد بمنزلة البرء لتقويت المحل به فلهذا كان القصاص في اليد على الاول والقصاص في النفس على الثاني وكذلك لو كان الاول خطأ والثاني عمدا كان على الاول دية اليد وعلى الثاني القصاص ولو شهدا على رجلين أنهما قتلا رجلا أحدهما بسيف والآخر بعصا ولا يدرى أيهما صاحب العصا لم تجز شهادتهما لانهما لم يثبتا بشهادتهما سببا يمكن القاضي من القضاء به (ألا ترى) ان على صاحب العصا نصف الدية على عاقلته وعلى صاحب السيف نصف الدية في ماله فلا يتمكن القاضي من القضاء بشئ علي واحد منهما بعينه في ماله أو على عاقلته وكذلك لو شهدا على رجل واحد بقطع أصبع وعلى آخر بقطع أخرى من تلك اليد ولا يميز ان قاطع هذه الاصبع من قاطع الاخرى لان القاضي لا يتمكن من القضاء بفعل معين على واحد منهما فان ذلك لا يكون بدون تعيين محل فعله وكذلك لو شهدا عليهما بالخطأ لا يتمكن القاضي من القضاء بالحكم بدون السبب ولو شهدا على رجل انه قطع ابهام هذا عمدا وشهدا على صاحب الابهام انه قطع كف القاطع ذلك عمدا ثم برأ فانه يخير صاحب الكف فان شاء قطع ما بقى من يد القاطع بيده وان شاء أخذ دية يده وبطلت الاصبع أما بطلان الاصبع فلفوات محلها بالفعل الثاني وأما ثبوت الخيار للثاني فلان مقطوع الابهام قطع يده الصحيحة ويد المقطوعة الابهام ناقصة باصبع وفي هذا يثبت له الخيار للمقطوعة يده ولو شهدا على رجل انه قطع يد رجل من المفصل وشهد آخران انه جرحه سبع أو سبعان أو جرح نفسه أو جرحه عبد له أو عثر فانكسرت رجله فمات من ذلك كله فلا قصاص على قاطع اليدو عليه نصف دية اليد والاصل أن النفس تنوزع على عدد الجناة لا على عدد الجنايات لان الانسان قد يتلف بجراحة واحدة وقد يسلم من جراحات ثم ما اتحد حكمه

[172]

من الجراحات في كونه هدرا يجعل في حكم فعل واحد لان حكم الكل واحد وهو الاهدار وإذا صار بعض النفس هدرا امتنع وجوب القصاص في شئ منه فيجب فيما هو معتبر حصته من الدية وعلى هذا يخرج ما ذكرنا من المسائل وكذلك لو قطع رجل يد رجل خطأ وجرحه سبع وجرحه عبد له وجرح نفسه فمات من ذلك فعلى قاطع اليد ربع دية اليد لان النفس تلفت من أفعال أربعة مختلفة الحكم فان جراحة السبع هدر غير معتبرة في حق الاثم والحكم جميعا وجرحه نفسه معتبر في حق الاثم غير معتبر في حق الحكم لانه ليس بسبب الحكم وجرح عبده له معتبر في الاثم والحكم جميعا إذا كان عمدا حتى يجب القصاص فلهذا توزع بدل نفسه ارباعا فيكون ربعه على قاطع اليد خطأ ولو جرحه سبع وخرجت به قرحة ونهشته حية وقطع رجل يده وأخر رجله فمات من ذلك كله فعلى الرجلين ثلثا الدية لان فعل السبع والحية وما خرج به من القرحة كشئ واحد فكل ذلك هدر في حق الاثم والحكم وانما تنوزع النفس أثلاثا فيهدر الثلث من ذلك وعلى الرجلين ثلث الدية وكذلك لو أصابه حجر وضعه رجل أو حائط تقدم إلى أهله فيه مع جراحة الرجل والسبع فعلى الرجل ثلث الدية وعلى صاحب الحجر ثلث الدية والثلث هدر لان النفس تلفت بمعان ثلاثة جراحة الرجل وحكمه معتبر

واصابة الحجر أو الحائط وحكم ذلك معتبر أيضا وفعل السبع وهو هدر فيتوزع بدل النفس على ذلك أثلاثا والله أعلم (باب الوكالة في الدم) قال رحمه الله) وتقبل الوكالة في اثبات دم العمد من جانب المدعى والمدعى عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف الآخر لا تقبل وقول محمد رحمه الله مضطرب فيه ذكره مع أبي يوسف رحمه الله هاهنا وفي بعض المواضع مع أبي حنيفة وجه قول أبي يوسف ان الوكيل نائب عن الموكل ولا مدخل للنائب في اثبات دم العمد حتى لا يثبت بكتاب القاضى الي القاضى والشهادة علي الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والدليل عليه ان المقصود هو الاستيفاء ثم التوكيل بما هو المقصود لا يجوز هنا مع انه يجزى فيه النساء فكذلك لا يصح التوكيل انما يتوصل به إلى المقصود وأبو حنيفة يقول هذا أحد بدلى النفس فيجوز التوكيل باثباته كالدية وهذا لان كل واحد منهما محض حق العباد والنساء تجزى بين العباد

[173]

في حقوقهم لحاجة صاحب الحق إلى ذلك فقد يكون عاجزا عن اثبات حقه بنفسه والغلط متى وقع في الاثبات أمكن تداركه سواء كان الثابت القصاص أو المال وبه فارق الاستيفاء فان هناك إذا وقع الغلط فيه لا يمكن تداركه وتلافيه ولهذا لم يجز التوكيل فيه حال غيبة الموكل فأما إذا وكل باستيفاء القود فليس للوكيل أن يستوفى الا بمحضر من الموكل عندنا وقال الشافعي له أن يستوفى بغير محضر منه لانه محض حقه ويدخله النيابة في الاستيفاء فيكون بمنزلة المال ولكننا نقول القصاص عقوبة تدرئ بالشبهات فلا يجوز استيفاؤها مع الشبهة ويجوز في استيفاء الوكيل مع غيبة الموكل وقد تتمكن شبهة العفو لجواز أن يكون الموكل عفا والوكيل لا يعلمه بذلك ومتى وقع الغلط في الاستيفاء لا يمكن تداركه فاما إذا كان الموكل حاضرا فشبهة العفو تنعدم بحضوره وقد تمس الحاجة إلى ذلك فمن الناس من لا يهتدى الي القتل ومنهم من لا يتحاسر عليه فللحاجة جوزنا التوكيل بالاستيفاء عند حضرة الموكل والقصاص فيما دون النفس كالقصاص في النفس في ذلك وإذا أقر وكيل الطالب عند القاضى ان صاحبه يطلب باطلا أو انه قد عفا صح اقراره بانه قد عفا لان الوكيل في مجلس الحكم قام مقام الموكل في الاقرار بعد صحة الوكالة وكذلك وكيل المطلوب لو أقر بوجوب القصاص علي صاحبه ففي القياس يصح اقراره لقيامه مقام موكله في الاقرار في مجلس الحكم ولكننا نستحسن فلا نوجب القود على الموكل باقرار الوكيل لان الاقرار في الحقيقة صد الخصومة ونحن وان حملنا مطلق التوكيل على الجواب الذي هو خصومته مجازا فتبقى الحقيقة شبهة والقصاص يسقط به ففي اقرار وكيل الطالب اسقاط القود وذلك لا يندري بالشبهات وفي اقرار وكيل المطلوب ايجاب القود وذلك يندري بالشبهات ولا ينبغي للقاضى أن يمضى القضاء بالقود الا بحضرة الورثة كلهم إذا كانوا بالغين لتمكن شبهة العفو والصلح لمن هو غائب منهم فان مات أحد الورثة والقاتل وارثه بطل القود عليه لانه تحول إليه نصيب مورثه من القود فيسقط عنه إذ الانسان كما لا يجب له القصاص على نفسه لا ينقى وعليه حصة سائر الورثة من الدية لانه تعذر عليهم استيفاء حقهم لمعنى في القاتل وهو أنه حى بعض نفسه فهو كما لو عفا أحد الشركاء وان كان ورثه ابن القاتل بطل القود أيضا لان الابن كما لا يستوجب القصاص على أبيه ابتداء لا يبقى له على أبيه قصاص لانه لا يتمكن من استيفائه بحال ولكن عليه الدية لجميع الورثة فان نصيب

الابن هاهنا يتحول إلى الدية كنصيب سائر الورثة لانه من أهل أن يستوجب المال على أبيه ويستوفيه والوكالة في

[174]

دم الخطأ وفي العمد من الجراح التي لا قصاص فيها بمنزلة الوكالة بالمال لان المستحق هاهنا هو المال وهو مما يثبت مع الشبهة وإذا وقع فيه الغلط أمكن تداركه والاسباب مطلوبة لاحكامها وعند اعتبار الحكم هذا دين كسائر الديون فيجوز التوكيل باثباته واستيفائه ويكون اقرار الوكيل به في مجلس الحكم نافذا علي موكله وإذا قتل الرجل عمدا وله ورثة صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل قصاصا في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال ابن أبي ليلى ليس لهم أن يقتلوه حتى يكبر الصغار وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي وقول مالك كقول أبي حنيفة بناء على مذهبه وهو أن استيفاء القصاص باعتبار الولاية دون الوراثة والولاية للكبير دون الصغير ولهذا لم يجعل للزوج والزوجة والاخوة لام حق استيفاء القصاص فأما عند أصحابنا فاستيفاء القصاص بطريق الخلافة ارثا ثم وجه قولهم ان القصاص أحد بدلى الدم فلا ينفرد الكبير باستيفائه كالدية بل أولى لان المال يجرى فيه من المساهلة في الاثبات والاستيفاء مالا يجرى في العقوبات ولان هذا قصاص مشترك بين الكبير والصغير ولا ولاية للكبير على الصغير فلا يملك استيفاءه كما لو قتل عبدا مشتركا بينهما والدليل عليه انهما لو كانا كبيرين وأحدهما غائب لم يكن للحاضر أن ينفرد بالاستيفاء لانعدام ولايته على الغائب فكذلك ان كان أحدهما صغيرا وهذا لان الواجب قصاص واحد فان المقتول نفس واحدة فيجب بمقابلتها قصاص واحد ويكون ذلك واجبا للمقتول بمنزلة الدية ولهذا إذا انقلب مالا فانه يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم الورثة يخلفونه في استيفاء ما وجب له فكل واحد منهم في ذلك بمنزلة الشطر لليلة أو كل واحد منهما انما يرث جزأ منه لان استحقاق الميراث سهام منصوص عليها يسقط كالنصف والثلث والرابع وبملك بعض القصاص لا يتمكن من استيفاء الكل والدليل عليه أنه لو عفا أحدهم يسقط القصاص ولو كان الواجب لكل واحد منهم قصاصا كاملا لما تعذر الاستيفاء على أحدهم بعد عفو الآخر وبالعفو ينقلب نصيب الآخر مالا وهذا الكلام يصح فيما إذا كان القصاص واجبا للمورث فمات وورثه جماعة والخلاف ثابت في الفصليين ولا اشكال ان هاهنا انما يرث كل واحد بعض القصاص وأبو حنيفة استدلل بما روى أن عبد الرحمن بن ملجم لما قتل عليا رضى الله عنه قتله الحسن رضى الله عنه به قصاصا وقد كان في أولاد علي صغار ولم ينتظر بلوغهم وانما فعل ذلك بأمر على رضى الله عنه علي ما روى أنه لما بلغه ان ابن ملجم أخذ قال للحسن ان عشت رأيت فيه رأبي وان مت فاقتله

[175]

ان شئت وقال واضربه ضربة كما ضربني وفي رواية واياك والمثلة فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ولا يقال انما قتله لانه كان مريدا مستحلا لقتله امام المسلمين على ما روى أنه قتله وهو يتلو قوله تعالى ومن الناس من يشري نفسه ابتغاء مرضات

الله لانه وان كان امام المسلمين وكان قتله ذنبا عظيما فلا يصير به القاتل مرتدا انما ذلك للانبياء خاصة واستحلاله كان بالتأويل فانه كان من جملة أهل البغى وهم يستحلون دماء أهل العدل وأموالهم (ألا ترى) أنه علقه عتبه فقال اقتله ان شئت آخره إلى ما بعد موته ولو كان مرتدا لما أخرج على قتله ولا يقال قتله حد السعيه في الارض بالفساد حتى قتل امام المسلمين لان الساعي بالفساد يقتل الامام لا يقتل قصاصا (ألا ترى) أنه اعتبر المماثلة بقوله فاضربه ضربة كما ضربني وقد ذكر المزني عن الشافعي قال قتل ابن ملجم عليا متا ولا فاقيد به فدل أنه قتل قصاصا ولا يقال قتله بغير رضا الكبار من ورتته فقد قال له الحسين لا تقتله بيننا فانا لا نجعله سواء بيننا وبالاتفاق عند إباء بعض الكبار ولى للبعض حق الاستيفاء وروى أنه مثل به مع نهى على اياه عن المثلة فيه تبين أنه ما قتله قصاصا وهذا لان الحسين رضى الله عنه انما قال ما قال على وجه الاهانة والاستخفاف به لا على وجه كراهة قتله قصاصا والمثلة ما كانت عن قصد من الحسن ولكنه لما رفع السيف ليضربه أبقاه بيده فأصاب السيف أصابعه وبهذا لا يخرج من أن يكون قتله اياه استيفاء للقصاص والمعنى فيه أن حق الكبير ثابت في استيفاء جميع القصاص وليس في استيفائه شبهة عفو متحقق فيتمكن منه كما لو كان الوارث واحدا وانما قلنا ذلك لان القصاص يجب للورثة على سبيل الخلافة عن المورث فان وجوبه بعد موت المقتول وقد خرج المقتول من أن يكون أهلا لوجوب الحق له بعد موته الا ان ما يحصل فيه مقصوده من قضاء الدين و تنفيذ الوصية يجعل كالواجب له حكما وهو الدية فأما ما لم يحصل به مقصود المقتول فيجعل واجبا للوارث الذي هو قائم مقامه والمقصود بالقود تشفى العيظ ودفع سبب الهلاك عن نفسه وذلك يحصل للوارث فعرفنا أنه يجب له ولكن على سبيل الخلافة لان السبب انعقد على حق الميت وقد خرج عن ثبوت الحكم من أن يكون أهلا للوجوب له فيجب للولى القائم مقامه كما يثبت الملك للمولى في كسب العبد اثباتا على سبيل الخلافة عن العبد ولهذا قلنا إذا انقلب مالا ثبت فيه حق الميت لان قضاء حوائجه يحصل به وهو بمنزلة الموصي له بالثلث لا حق له في القصاص فإذا انقلب مالا يثبت حقه فيه

[176]

وأيد ما قلنا قوله تعالى فقد جعلنا لوليه سلطانا بين أن القصاص للولى القائم مقام المقتول إذا ثبت هذا فنقول القصاص لا يحتمل التجزئ وقد ثبت سبب لا يحتمل التجزئ فاما أن يتكامل فيه حق كل واحد منهم أو ينعدم لانه لا يمكن اثباته متجزئا ولم ينعدم باتفاق فعرفنا أنه تكامل فيه حق كل واحد منهم لا على أنه تعدد القصاص في المحل ولكن بطريق أنه يجعل كل واحد منهم كأنه ليس معه غيره بمنزلة الاولياء في النكاح ينفرد كل واحد منهم بالتزويج كأنه ليس معه غيره والدليل عليه أنه لو استوفى من أحدهم القصاص فانه لم يضمن للباقيين شيئا ولا للقاتل ولو لم يكن جميع القصاص واجبا له لكان ضامنا باستيفاء الكل وهذا بخلاف ما إذا عفا أحدهم لان الواجب بعد العفو المال للباقيين والمال يحتمل التجزئ فيظهر حكم التجزئ عند وجوب المال وهذا لانا لو أثبتنا القصاص لا حدهما بعد عفو الآخر كان من ضرورته تعدد القصاص الواجب في المحل وهو غير متعدد في المحل فاما قبل العفو لو قلنا كل واحد منهم يكون متمكنا من استيفائه لا يكون من ضرورته مقدر القصاص في المحل وهذا بخلاف ما إذا كان أحدهما غائبا لان هناك جميع القصاص واجب للحاضر ولكن في استيفائه شبهة عفو موجود لجواز أن يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر به

وعفو الغائب صحيح سواء علم بوجوده أو لم يعلم ويحتمل أن يكون الغائب مات وورثه القاتل لسبب بينهما وان كنا لا نعرفه فلاجل الشبهة يمتنع الاستيفاء وهذا المعنى لا يوجد عند صغر بعض الورثة لان الصغير ليس من أهل العفو فانما يتوهم عفوهم بعد ما يبلغ وشبهة عفوهم بتوهم اعتراضه لا تمنع استيفاء القصاص وهذا بخلاف ما إذا قتل عبدا مشتركا بين الصغير والكبير لان السبب هناك الملك وهو غير متكامل لكل واحد منهما فان ملك الرقبة يحتمل التجزئ ولهذا لم يكن لاحد الموليين في الامة ولاية تزويجها بانفراده بخلاف ما نحن فيه فالسبب هناك القرابة وهو مما لا يحتمل التجزئ وكذلك هذا في قصاص كان واجبا للمورث لان كل واحد استحق جزء منه بعد موته بالنص وذكر الجزء فيما لا يحتمل الوصف بالتجزئ كذكر الكل فيثبت لكل واحد منهم الكل باعتبار ان السبب لكل واحد منهم وهو القرابة كامل وهذا بخلاف المال فانه لا يحتمل الوصف بالتجزئ (ألا ترى) ان الكبير هناك يملك استيفاء نصيبه خاصة وفي هذا الموضع لا يتمكن من استيفاء بعض القصاص ثم عندهما الامام هو الولي في نصيب الصغير لانه لا ولاية للاخ الكبير علي الصغير في نصيبه من المال فكذلك في القصاص وانما الولاية

[177]

للامام فان شاء صالح على الدية وان شاء انتظر وليس له أن يقتص وقد بينا هذا في وصي الاب فكذلك في حق القاصي ولو كان مكان الصغير معنوه أو مجنون فهو على الخلاف أيضا بخلاف ما إذا كان مغمى عليه لان المغمى عليه بمنزلة الغائب وهو من أهل العفو ولو كان الوصي وصي الاب كان له أن يأخذ في حق الصغير مع الكبار في القول الاول أراد به قول أبي حنيفة لان عنده للكبير أن يقتص وان لم يكن معه وصي فان كان معه وصي فهو أولى أما على قولهما فليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل بلوغ الصغير إذا لم يكن له وصي فكذلك مع الوصي لانه ليس للوصي حق استيفاء القصاص في النفس وان قطعت يد الصغير عمدا كان للوصي أن يقتص وان يصالح على أرش اليد وليس له أن يعفو ولو كان القصاص في النفس ليس له أن يقتص في الروايات كلها ولا ان يعفو وفي الصلح روايتان وكذا لو قتل عبد الصغير لم يكن للوصي أن يقى وأما الاب فان له أن يستوفى القصاص الثابت للصغير في النفس وفيما دون النفس وله أن يصالح وليس له أن يعفو ولو صالح علي أقل من قيمته لم يجز وكان للصبى أن يرجع بتمام القيمة لانه أمر بقربان ماله بالتي هي أحسن ولهذا لا يجوز بيع الاب ماله باقل من قيمته لان الاب استوفى بعض القيمة فكان له أن يستوفى تمام القيمة بعد البلوغ حتى يصل إليه تمام حقه وقد ذكرناه في كتاب الصلح فإذا قتل الرجل عمدا فاقام أخوه البينة انه وارثه لا وارث له غيره وأقام القاتل البينة ان له ابنا فاني لا أعجل بقتله حتى أنظر فيما جاء به القاتل وأبلو فيه عذرا لا علم مصداقه لان القصاص أمر مستعظم إذا نفذ لا يمكن تداركه فان أقام القاتل البينة ان له ابنا وانه صالحه على الدية وانه قبضها منه درأت القصاص حتى أنظر فيما قال لانه ادعى الصلح وأقام البينة فتقبل بينته في حق سقوط القصاص لان الاخ بنى القصاص وأنكر ان له ابنا فيقبل في حق سقوط القصاص فان جاء الابن وأنكر الصلح كلفت القاتل اقامة البينة علي الصلح ولا اجر البينة التي قامت علي الاخ لان الاخ ليس بخصم عن الابن في حق الصلح فلم تقبل في حق الصلح وقبيلت في حق سقوط القصاص وبمثله لو كانا أخوين فاقام القاتل البينة علي أحدهما انه قد صالح أخاه الغائب علي خمسمائة درهم أجزت ذلك ولا

أكلفه إعادة البينة لان كل واحد منهما خصم في اثبات القصاص فالبينة قامت على خصم حاضر فيتضمن النفاذ على الغائب وللغائب نصف الدية لان الصلح لم يثبت في حقه أما الاخ فلانه ليس بخصم مع قيام الابن. وإذا دعى بعض الورثة دم أبيه على رجل

[178]

وأخوه غائب وأقام البينة انه قتل أباه عمدا فانى أقبل ذلك وأحبس القاتل فإذا قدم أخوه كلفهم جميعا أن يعيدوا البينة في قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يكلفهم إعادة البينة ولو كان هذا في دم خطأ لم يكلفوا إعادة البينة في قولهم جميعا وأجمعوا أن الحاضر لا يستوفى القصاص لتوهم العفو منه لهما إذ كل واحد منهما من الورثة خصم عن نفسه وعن أصحابه فيما يدعى للميت ويدعى عليه كما في الخطأ وغيره من الحقوق ولان القصاص حق الميت بدليل انه لو عفا عن الجرح صح وانقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ويورث عنه ولهذا لو أقام القاتل البينة على صلح الغائب أو عفوهم تقبل بينته ولو لم يكن الحق للميت لما قبلت لما فيه من القضاء على الغائب وإذا كان حق الميت فاقام الواحد مقام الجميع فكانت البينة قائمة على الخصم فلا يكلف اعادتها ولا بي حنيفة ان القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة من وجه ولو كان كله حق الورثة يكلف إعادة البينة لان بعض الورثة لا يقوم مقام الكل فيما هو من خالص حقه ولو كان حق الميت من كل وجه لا يكلف إعادة البينة فلما كان لكل واحد منهما حق كان المصير إلى الاحتياط استعظاما لأمر الدم واجبا ولان القصاص معدول به عن سائر الاحكام للاستقصاء (ألا ترى) ان القاتل إذا ادعى العفو وقال لى بينة على ذلك وأجله القاضى أياما ولم يقدر على اقامتها فانه لا يعجل بالقصاص ويتأنى بعد ذلك أياما هكذا ذكره محمد رحمه الله في الاصل بخلاف سائر الحقوق ولهذا لا يجوز اقرار وكيل القاتل على موكله بالقصاص بخلاف سائر المواضع والاحتياط أن يلحق هذا بالحقوق التى هي للورثة حتى انه يؤمر باقامة البينة فرما يعجز عن اقامتها فيسقط القصاص وانما قلنا انه يشبه حق الميت لما ذكر وبيان انه يشبه حق الروثة انهم لو عفوا عن الجرح في حياة المورث جاز عفوهم ولو لم يكن لهم حق لا يجوز كما لو أبرأ عن الدين في حياته بخلاف الصلح والعفو لانه يثبت مع الشبهات والقصاص من وجه كالمورث لان ثبوته للوارث على سبيل الخلافة ومن وجه هو ثابت للوارث ابتداء وما ترد بين أصليين يوفر حظه عليهما ففيما يثبت مع الشبهات يجعله كالموروث وفيما يندرى بالشبهات نجعله كالواجب لكل واحد منهما ابتداء فلا يكون أحد منهما خصما عن الآخر في اقامة البينة عليه وهذا بخلاف الخطأ فان موجبه المال وهو موروث للورثة عن الميت بعد ما تفرغ عن حاجته فكان بمنزلة سائر الورثة ينتصب كل وارث خصما عن الميت وعن سائر الورثة في اثباته على ان الخطأ ليس مبناه على التغليب بدليل قبول شهادة النساء مع الرجال

[179]

والشهادة على الشهادة ولو حضر الورثة جميعا وأقاموا البينة بالقتل العمد على رجلين أحدهما غائب قبلت البينة على الحاضر وقضيت عليه بالقود

فإذا حضر الغائب كلفهم إعادة البيعة عليه لان الحاضر ليس بخصم عن الغائب وليس من ضرورة ثبوت القتل عليه ثبوته على الغائب وان امتنع القضاء به على الغائب فذلك لا يمنع استيفاء القود من الحاضر كما لو عفا الورثة عن أحد القاتلين أو صالحوه على مال كان لهم أن يقتلوا الحاضر وهذا لان القاتلين يهربون عادة فقل ما يظفر بهم جميعا فلو قلنا بانه يمتنع استيفاء القصاص من واحد منهم بسبب غيبة من غاب أدى ذلك إلى سد باب القصاص والاضرار بصاحب الحق (أرأيت) لو مات الغائب أو فقد فلم يوقف على أثره أكان يمتنع استيفاء القصاص من هذا الحاضر ولا يقال في هذا استيفاء مع الشبهة لجواز أن يكون للغائب حجة يدرا بها القتل عن نفسه وعن صاحبه لانه ما من حجة تقبل من الغائب إذا حضر الا وهى مقبولة من الحاضر لو أقامها ولو ان أخوين أقاما شاهدين علي رجل انه قتل اباهما عمدا فقضى القاضى بذلك وقتلاه ثم ان أحدهما قال قد شهدت الشهود بالزور وأبونا حي غرمته نصف الدية وهذا عندنا وقال الشافعي عليه القصاص لانهما أقرتا أنهما تعمدتا قتلا بغير حق وإقرارهما حجة عليهما فيلزمهما القصاص بذلك وكذلك إذا أقر به أحدهما لان المقر يعامل في حقه كأنما أقر به حق وان كان لا يصدق على غيره فلا يجوز أن يجعل قضاء القاضى شبهة في اسقاط القود عنهما لان قضاء القاضى انما يكون شبهة في حق من لا يعلم الامر بخلاف ما قضى به فأما في حق من يعلم ذلك فلا يعتبر قضاء القاضى كما لو رجع أحد شهود الزنا بعد ما رجم المشهود عليه فانه يلزمه حد القذف ولا يصير قضاء القاضى بالرجم شبهة في حقه لهذا المعنى وأصحابنا قالوا انهما قتلاه بشبهة والقتل بشبهة يوجب المال دون القصاص وبيان ذلك انهما قتلاه بناء على قضاء القاضى لهما بالقود وهذا قضاء لو كان حقا لكان مبيحا لهما القتل فظاهره يوجب شبهة في درء ما يندرى بالشبهات كالنكاح الفاسد يكون مسقطا للحد لانه لو كان صحيحا كان مبيحا للوطئ فظاهره يورث شبهة وهذا الظاهر يورث شبهة في حق من يعلم حقيقة الامر وفي حق من لا يعلم كما في النكاح الفاسد وهذا لان القضاء لما كان حقيقة مبيحا فظاهره يمكن شبهة في المحل والشبهة في المحل تؤثر في حق من يعلم وفي حق من لا يعلم كمن وطئ جارية أبيه لا يلزمه الحد وان كان يعلم حرمتها عليه وهذا بخلاف حد القذف فان حقيقة القضاء بالزنا هناك لا تبيح شبهة من غير فائدة فكذلك ظاهره

[180]

لا يورث شبهة ثم الفرق ما بيناه في كتاب الصوم ان هناك انما يلزمه الحد بسبب سابق على القضاء وهو الشهادة على الزنا لانه نسيه إلى الزنا لما انتزع معنى الشهادة من كلامه برجوعه وقد كان ذلك سابقا على القضاء هناك فأما هنا فالسبب الموجب للقود مباشرة القتل وذلك وجد منهما بعد القضاء فيكون صورة القضاء شبهة ويتضح كلامنا فيما إذا أقر بذلك أحد الاثنين ووجد الآخر لانهما يأسر القتل والجاحد منهما محق حتى لا يلزمه قصاص ولا دية فيكون هذا أقوى في التأثير من الخاطئ إذا شارك العامد في القتل وهناك لا يجب القود علي واحد منهما فهنا أولى وإذا سقط القود وجب علي الراجع منهما نصف الدية في ماله لاقراره بالقتل بغير حق وما يجب بالاقرار لا تتحملة العاقلة ولو كان أحد الاخوين قتل القاتل قبل القضاء لهما عليه بالقتل أو قبل أن تقوم لهما بيعة علي ذلك ثم أقر هو أنه قتله بغير حق وأن الاب حي فعليه القصاص لانه لم يقترن بالسبب الموجب للقصاص عليه شبهة قضاء مانع وان لم يقل هو شيئا ولكن الآخر

قال قد كنت عفوت أو كنت أريد أن أعفو أو كنت صالحت ولا بينة له علي ذلك فانه لا يصدق علي أخيه لان اقراره بذلك حينئذ متمثل بين الصدق والكذب فيجعل في حق غيره كذبا إذ لا ولاية له علي غيره في انه يلزمه شيأ بقول قاله ولا شيء علي أخيه وان كان أخذ غير حقه من قبل الشركة يعني انه إذا كان هذا بعد ما قامت البينة لهما علي القتل وقضى القاضى بذلك ثم هو ظاهر علي أصل أبى حنيفة لان عنده قد وجب حق كل واحد منهما في جميع القود كأنه ليس معه غيره فيكون مستوفيا حقه وعندهما الواجب لكل واحد منهما بعض القود الا انه لا يلزمه شيء لاجل الشركة وهو انه لا يتمكن من استيفاء نصيبه الا باستيفاء ما بقي وفعله في نصيبه استيفاء غير موجب للضمان عليه فإذا خرج بعض فعله من أن يكون واجبا موجبا للضمان عليه خرج جميع من أن يكون موجبا للضمان عليه لان لا يحتمل الوصف بالتجزى وبعد ما لم يكن أصل فعله موجبا للضمان عليه لا يصير موجبا باقرار أخيه فان أقام ورثة المقتول بينة علي هذا انه قد كان صالح علي كذا قبل أن يقتل الآخر أو كان عفا أجزت ذلك لان الثابت بالبينة التي يقيمها من هو خصم كالثابت باتفاق الخصوم ثم القاتل يكون ضامنا للدية لانه تبين انه باشر القتل بغير الحق وقد سقط القود عنه للشبهة حين لم يكن عالما بصلح أخيه وعفوه ويجب له من ذلك نصف الدية لان بعفو أخيه انقلب نصيبه مالا علي القاتل وقد استوجب القاتل عليه كمال الدية في ماله أيضا فيكون

[181]

النصف قصاصا فان كان قتل بعد عفوا أخيه أو صلح وبعد ما علم بان الدم قد حرم عليه فعليه القصاص لانتهاء الشبهة وله نصف الدية في مال القاتل لان نصيبه كان انقلب مالا لو مات القاتل فيستوفى من تركته فكذلك إذا قتله والله أعلم (باب رجوع الشهود عن القتل) (قال رحمه الله) وإذا شهد شاهدان علي رجل بقتل عمدا وقبلت شهادتهما ثم رجعا فعليهما الدية في مالهما في قول علمائنا رحمهم الله وقال الشافعي عليهما القصاص وكذلك إذا رجعا أحدهما واحتج الشافعي بحديث علي رضي الله عنه حيث قال لشاهدي السرقة حين رجعا لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتم أيديكما والمعنى فيه أنهما باشرا قتلا بغير حق لانهما الجأ القاضى إلى القضاء بالتقل فانه يخاف العقوبة إذا امتنع من ذلك والملجئ مباشر حكما في وجوب القود عليه كالمكره والدليل عليه أن الدية تجب مغلطة في مالهما عندكم وذلك لا يكون الا بمباشرة القتل * وحتنا في ذلك أن الشاهد سبب للقتل والسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر وهذا لانه يعتبر في القصاص المساواة ولا مساواة بين السبب والمباشرة. وبيان الوصف أن المباشر هو الولي وهو طائع مختار في هذه المباشرة فعرنا أن الشاهد غير مباشر حقيقة ولا حكما ولا معنى لما ذكره من الاجراء لان القاضى انما يخاف العقوبة في الآخرة وبه لا يصير ملجأ إلى ذلك بل هو مندوب إلى العفو شرعا ولا نسلم ان الدية تجب مغلطة على الشهود فكل واحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة على تركها ولا يصير به مكرها ثم ان وجد هذا الاجراء في حق القاضى فبمجرد القضاء ما صار المقضى عليه مقتولا وانما صار مقتولا باستيفاء الولي وهو غير ملجأ إلى ذلك بل هو مندوب إلى العفو شرعا ولا يسلم أن الدية تجب مغلطة على الشهود بل انما تجب مخففة بمنزلة الواجب على حافر البئر الا انها تجب على الحافر البئر في ماله لانه وجبت باقراره واققراره غير مقبول في حق العاقلة ولم يثبت لهم ان الشاهد مباشر حكما فقد بينا ان المباشر حقيقة هاهنا لا

يلزمه القصاص وهو الولي لشبهة قضاء القاضي فالمباشر حكما أولى أن لا يلزمه شيء من ذلك وإنما قال على رضى الله عنه ذلك على سبيل التهديد فقد صح من مذهب على أن اليمين لا يقطعان بيد واحدة وقد تقدم بيان هذا في كتاب الرجوع فإذا لم يجب القود عليهما كان عليهما الدية ان رجعا وان رجح أحدهما فعليه نصف الدية لان

[182]

كل واحد منهما سبب لاتلاف نصف النفس فان رجح الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فلولى المقتول الخيار بين أن يضمن الشاهدين الدية وبين أن يضمن القاتل لان القاتل متلف للنفس حقيقة والشهود متلفون له حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالاتلاف الحقيقي فكان له أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الولي الدية لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه يضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجع على الولي أيضا في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ثبت لهما حق الرجوع على الولي بما ضمننا لانهما ضمننا بشهادتهما وقد كانا عاملين فيه للولى فيرجعان عليه بما يلحقهما من الضمان كما لو شهدا بالقتل الخطأ أو بالمال فقضى القاضي واستوفى المشهود له ثم رجعا جميعا وضمن المشهود عليه الشاهدين كان لهما أن يرجعا على المشهود له ولا يقال هناك قد ملك المقبوض بالضمان وهاهنا لم يملكه لان القصاص لا يملك بالضمان والمشهود به هو القصاص وهذا لانهما وان لم يملكوا بعد فقد قام مقام من ضمنهما في الرجوع على القاتل بمنزلة من غصب مدبرا فغصبه آخر منه ثم ضمن المالك الغاصب الاول فانه يرجع بالضمان على الثاني وان لم يملك المدبر بالضمان ولكنه قام مقام من ضمنه وهذا لان القصاص مما يملك في الجملة وله بدل متقوم محتمل التملك فيكون السبب معتبرا على أن يعمل في بدله عندنا لتعذر اعماله في الاصل كاليمين على أن تعمل في بدله حتى يرجع بالضمان من أن يكون متعقدا في ايجاب الكفارة التي هي خلف عن البر لما كان الاصل وهو البر متوهم الوجود في الجملة وعلى هذا غاصب المدبر فان المدبر متقوم مملوك في الجملة فينعقد السبب للغاصب الاول فيه على أن يعمل في بدله حتى يرجع بالضمان على الغاصب الثاني وكذا شهود الكتابة إذا رجعوا وضمنهم الولي القيمة كان له أن يرجعوا على المكاتب ببذل الكتابة ولم يملكو رقية المكاتب ولكن لما كان المكاتب مملوكا رقية للمكاتب انعقد السبب في حقهم على أن يكون عاملا في بدل وهو بدل الكتابة بذلك وان لم يملكو رقية المكاتب فهذا مثله وأبو حنيفة يقول الشهود ضمنوا لاتلافهم المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره كالولى وهذا لانهم لم يكونوا متلفين ما كانوا ضامنين مع مباشرة الاتلاف لان مجرد السبب يسقط اعتباره في مقابلة المباشرة (ألا ترى) أنه لو وقع انسان في بئر حفرها غيره في الطريق كان الضمان على الحافر ولو دفعه غيره حتى وقع فيه كان الضمان على الدافع دون الحافر وهاهنا لما ضمن الشهود عرفنا انهم جناة متلفون للنفس حكما وان كان تمام ذلك الاتلاف عند استيفاء

[183]

الولى فان استيفاء الولى بمنزلة شرط بقدر جنائته ومن ضمن جنائته على النفس لا يرجع على غيره فاما في الخطأ فانما يرجع لانه ملك المقبوض هو الدية وقد أتلفه المستوفى بصرفه إلى حاجته وهذا سبب آخر موجب للضمان عليه للشاهد وكذلك الشاهد بالمال قولهما ان في هذا الموضوع يجعل هو قائما مقام من ضمنه قلنا هذا ان لو بقى حق من ضمنه قبل الولي واختياره فتضمن الشاهد ابراء منه للولى فكيف يقوم الشاهد مقامه في الرجوع عليه وقوله بأنه ينعقد السبب موجبا للملك له أن يعمل في بدله قلنا هذا ان لو كنا في الاصل نتوهم الملك في الضمان وليس في القصاص توهم الملك بالضمان بحال فلا ينعقد السبب باعتبار الحلف كيمين الغموس ثم لو كان القصاص ملكا لهما لم يضمنه المتلف عليهما كما إذا شهدا على الولي بالعفو وقتل من عليه القصاص انسان آخر فليس له القصاص قبل الضمان وانعقاد السبب لا يكون أقوى من ثبوت الملك حقيقة وإذا كان المتلف للقصاص لا يضمنه للمالك فكيف يضمنه لمن انعقد له السبب وبه فارق مسألة عصب المدير والكتابة فان هناك لو كان مالكا حقيقة لم يضمنه المتلف عليه فكذلك إذا جعل كالمالك حكما باعتبار انعقاد السبب فيكون له أن يرجع بالبدل لذلك ولو رجع الشاهدان دون الولي فقال الولي أنا أجيء بشاهدين آخرين يشهدان على ذلك وقد قتل القاتل لم التفت إلى ذلك لان الولي لا يثبت لنفسه شيئا بهذه البينة فانه قد استوفى القصاص ولا سبيل لا حد عليه إذا كان مصرا على دعواه ولم يظهر القتل فلو قبلت هذه البينة انما تقبل لاسقاط ضمان الدية على الراجعين وهما لا يدعيان ذلك بل يكذبان الشاهدين و يقران على أنفسهما بالدية لنسبتهم للقتل بغير حق فلا فائدة في قبول هذه البينة و لو شهد أحد شاهدى الدم مع آخر على صاحبه انه كان محدودا في قذف أو عبدا فشهادتهما باطلة لان هذه الشهادة تقوم لابطال قضاء القاضى لا لاثبات ملك أو حق لا حد بعينه والشهادة على ابطال قضاء القاضى لا تقبل ولا شئ على واحد منهما لان الشاهد بهذا لا يصير راجعا فقد يكون هو محقا في شهادته وان كان صاحبه عبدا أو محدودا في قذف وأما المشهود عليه فهو ثابت على شهادته منكر لما شهد به صاحبه عليه ولو شهد أنه عبد لهذا المدعى فيصير به عبدا له لان هذه البينة تقوم لاثبات الملك للمدعى فإذا قبلت تبين بطلان القضاء الاول وأن القاضى أخطأ في قضائه بغير حجة فيكون ضمان ذلك على من وقع الضمان له وهو الولي وتجب الدية على عاقلته لانه ظهر انه كان مخطئا في القتل وانما ظهر بما هو حجة عليه وعلى عاقلته وبهذا الفصل تبين

[184]

انه إذا لم يرجع الشهود والولى ولكن جاء المشهود بقتله حيا فان الدية تجب على عاقله الولي والشهود ويتخير ولى القتل في ذلك وهكذا ذكره الطحاوي عن أبى حنيفة وانما تجب في مالهم إذا رجعوا لان وجوب ذلك بالاعتراف وإذا قضى القاضى بالدم بشهادة الشاهدين فلم يقتل حتى رجعا استحسنت ان ادرا القصاص عنه وهو قول أبى حنيفة الآخر وكان يقول أولا يستوفى القصاص وهو القياس لان القصاص محض حق العبد فيتم القضاء بنفسه والرجوع بعد القضاء لا يمنع الاستيفاء كالمال والنكاح فان القاضى إذا قضى بالنكاح ثم رجع الشهود لا يمنع استيفاء الوطئ على الزوج وان كان في القصاص يحتاط في الاستيفاء فكذلك في الوطئ وجه قوله الآخر ان القصاص عقوبة تدرئ بالشبهات والغلط فيه لا يمكن تداركه فيكون بمنزلة الحدود فكما أن في الحدود لا يتم القضاء بنفسه

ويجعل رجوع الشهود مع القضاء قبل الاستيفاء بمنزلة الرجوع قبل القضاء فكذلك في القصاص بخلاف المال فانه يثبت مع الشبهات وبخلاف النكاح لان العقد هناك ينعقد بقضاء القاضى ظاهرا وباطنا وهاهنا ما لم يكن واجبا من القصاص لا يصير واجبا بقضاء القاضى ولا بد من قيام الحجة عند الاستيفاء وأصل شهادة الشهود فإذا لم يبق حجة بعد رجوعهم يمتنع الاستيفاء وكل دية وجبت بغير صلح فهي في ثلاث سنين لانها وجبت بالقتل وتقوم الدم بالمال ثابت شرعا بخلاف القياس وانما قومه الشرع بمال مؤجل فكما لا يزداد في قدر ذلك بحال فكذلك لا يزداد في صفته بأن يجعل حالا وإذا شهد شاهدان بالدم فافتص من القاتل ثم قالوا أخطأنا انما القاتل هذا لم يصدقا على الثاني لانهما شهدا على أنفسهما بالقتل وغرما الدية للاول لانهما رجعا عن الشهادة عليه ونحو ذلك مروى عن علي بن ابراهيم يعنى في السرقة ولو شهدا بدم على رجلين فقتلا بشهادتهما ثم رجع أحدهما في أحد الرجلين فعليه نصف دية هذا الرجل الواحد في ثلاث سنين ولا يضمن من دية الآخر شيئا لانه لم يرجع عن شهادته فيه وقد بقى على الشهادة في حق الآخر من يقوم به نصف الحق فيجب على الراجع نصف دينه ولو لم يرجع وادعى عليه أولياء المقتص منه انه رجع وسألوا يمينه على ذلك فليس عليه يمين لانهم لو أقاموا البينة عليه بالرجوع لم تقبل فكيف يستحلف عليه وهذا لان الرجوع في غير مجلس الحكم لا يتعلق به حكم فكانت هذه دعوى باطلة منهم وان رجع الشاهد فلزمه نصف الدية في ماله في ثلاث سنين فمات أخذ ذلك من ماله حالا لوقوع الاستغناء له عن الاجل بالموت وان

[185]

كان الرجوع منه في المرض وعليه دين في الصحة بين بدئ بدين الصحة لان رجوعه اقرار على نفسه بالدية والمريض إذا أقر على نفسه وعليه دين في صحته بدئ بدين الصحة ولو شهد شاهدان على دم عمد ولهما على المقتول دين أجزت شهادتهما لانهما يثبتان القود بشهادتهما ولا منفعة لهما في ذلك الدم فان رجعا عن شهادتهما بعد القتل ضمنا الدية ويقبضان دينهما من الثلث فان كان على الميت دين سوى ذلك خاصهم فيه قال الحاكم رحمه الله ولا تصح هذه المسألة أن يحمل على ان الدين على المقتول قصاصا وهو كما قال فان الدين إذا كان لهما على الاول والدية عند الرجوع تجب عليهما للمقتول قصاصا فيكف يستوفيان دينهما من هذه الدية وان كان دينهما على المقتول قصاصا فبدل نفسه واجب عليهما عند الرجوع ودينه يقضى من بدل نفسه و الله أعلم بالصواب (باب جناية الصبي والمعنوه) (قال رحمه الله) وإذا أمر الصبي الحر الصبي الحر ان يقتل انسانا فقتله فالدية على عاقلة القاتل وليس على الأمر شئ لان قول الصبي هدر فيما يلزمه الغرم فيكون وجوده كعدمه فيبقى مباشرة القتل من الصبي القاتل ولو أمر رجل صبيا فقتل رجلا كانت الدية على عاقلة الصبي كما بشرته القتل باختياره يرجعون بها على عاقلة الأمر لان الأمر جان في استعماله الصبي وأمره اياه بالقتل وهو الذى تسبب لوجوب الضمان على عاقلة الصبي فثبت لهم حق الرجوع بها على عاقلته فان قيل أمره قول وما يجب على المرء بقوله من ضمان الجناية لا تعقله العاقلة قلت متمثلا نعم إذا كان ذلك القول خيرا محتملا الصدق والكذب ليكون محمولا على الكذب في حق العاقلة فأما إذا كان ذلك أمرا فلا تردد في كونه تسببا واستعمالا وإذا ثبت السبب في حق العاقلة ثبت الحكم وإذا أعطى الرجل صبيا عصا أو سلاحا يمسكه له ولم يأمره فيه بشئ فعطب الصبي

بذلك بان سقط من يده فوق على رجله فمات فضمانه على عاقلة الرجل
لانه جان في استعمال الصبي في امساك ما دفع إليه وهو سبب لهلاكه
متعد في ذلك السبب وان قتل الصبي نفسه بذلك أو قتل رجلا لم يضمن
الدافع شيئا لانه أمره بامساكه لا باستعماله وانما وجب الضمان على عاقلته
لا استعماله وهو مختار في ذلك غير مأمور به من جهة الدافع فكذلك إذا
قتل به نفسه فانما تلف باستعماله لا بامساكه بخلاف ما إذا وقع على رجله
لانه ثمة

[186]

حصل الهلاك لا بمباشرة بل بامساكه الذي هو حكم دفع الدافع وهو متعد
في الدفع فيضمن بخلاف ما إذا حصل التلف بمباشرة وحدث من جهة
الصبي باختياره لانه طرأت المباشرة على التسبب فينقطع حكم التسبب
وهذه المباشرة ليست حكم ذلك التسبب فلا يثبت الرجوع بخلاف ما إذا
أمره بالقتل حكما وإذا غصب الرجل الصبي الحر فذهب به فهو ضامن له ان
قتل أو أصابه حجرا وأكله سبع أو تردى من حائط عندنا استحسانا وفي
القياس لا شيء عليه وهو قول زفر والشافعي وجه القياس أن ضمان
العصب يختص بما هو مال متقوم والصبي الحر ليس بمال متقوم فلا
يضمن بالعصب كالميتة والدم والدليل عليه أنه لو مات حتف أنفه أو أصابته
حمى فمات أو مرض فمات أو خرجت به فرحة فمات لم يضمن الغاصب شيئا
بالاتفاق والدليل عليه انه لو غصب مكاتبا صغيرا فمات في يده ببعض هذه
الاسباب لم يضمن الغاصب شيئا فالحر أولى وكذلك لا يضمن أم الولد
بالعصب وان تلفت بهذه الاسباب لانه لم يبق لرقها قيمة فلان لا يضمن
الحر بهذه الاسباب كان أولى * وحثنا في ذلك انه سبب لاتلافه بغير حق
والمسبب إذا كان متعديا في سبب فهو ضامن والدية على عاقلته كحافر
البئر وواضع الحجر في الطريق وبيان الوصف أنه أزال يد حافظه عنه في
حال حاجته إلى الحفظ ولم يقم بحفظه بنفسه فكان مسببا لاتلافه وهو
متعد في ذلك لانه ممنوع شرعا من ازالة يد حافظه ومعنى قولنا ان لم يقم
بحفظه بنفسه لانه تلف بامر يمكن التحرز عنه بخلاف ما إذا مات لان ذلك لا
يستطاع الامتناع عنه فلا يكون دليلا على تركه الحفظ أو على انه كان سببا
لازالة حافظه عنه فأما التردى من الحائط ونهش الحية واصابة الحجر فانه
يمكن التحرز عنه في الجملة وبهذا تبين أن هذا الضمان ضمان جنائية لا
ضمان غصب والحر يضمن بالجنائية تسببا كان أو مباشرة وهذا بخلاف
المكاتب لانه في يد نفسه صغيرا كان أو كبيرا فهو بفعله ما حال بينه وبين
نفسه وبخلاف أم الولد فانها تقوم بحفظ نفسها فلا يكون هو جانيا بازالة
الحفظ عنها فلهذا لا يضمن نقصها ولو قتل الصبي في يد الغاصب رجلا
فليس على الغاصب في ذلك شيء لانه لم يأمره بالقتل ولكنه أنشأ القتل
باختياره فلو ثبت للعاقله حق الرجوع على الغاصب كان ذلك باعتبار يده
على الصبي والحر لا يضمن باليد وكذلك لو قتل الصبي نفسه في يد
الغاصب فلا شيء على الغاصب كما لو قتل غيره وعلى قول أبي يوسف
تجب دية علي عاقلة الغاصب لانه تلف بسبب يمكن حفظه من ذلك السبب
عادة فهو كما لو نهشته حية وإذا حمل

[187]

الرجل الصبي الحر على دابة فقال له امسكها لى وليس بيده حبل فسقط
عن الدابة فمات فالدية على عاقلة الرجل لانه سبب لاتلاقه حين حمله على
الدابة فكان متعدبا في تسببه فإذا تلف بذلك السبب كان ضامنا لديته
ويستوي ان كان الصبي ممن يركب أو لا يركب فان سار الصبي على الدابة
فأوطأ انسانا فقتله فان كان هو ممن يستمسك عليها فديته على عاقلة
الصبي لانه متلف للرجل بدابته حين أوطأها اياه ولا شئ على عاقلة الذى
حمله عليها لانه أحدث السير باختياره فهو كما لو قتل رجلا في يد الغاصب
باختياره وان كان مما لا يسير على الدابة لصغره ولا يستمسك عليها قدم
القتيل هدر لان هذه الدابة بمنزلة المنقلبة فانها سارت من غير أن يسيرها
أحد والدابة المنقلبة إذا وطأت انسانا قدمه هدر وهذا الذى حمل الصبي
على الدابة لم يسيرها فلا يكون هو قائد للدابة ولا سائقا والصبي الذى لا
يستمسك على الدابة بمنزلة متاع موضوع عليها فلا يكون هو مسيرا للدابة
بخلاف ما إذا كان يستمسك عليها وإذا حمل الرجل معه الصبي على الدابة
ومثله لا يصرفها ولا يستمسك عليها فوطئت الدابة انسانا فقتلته فالدية
على عاقلة الرجل خاصة لانه هو المسير للدابة والصبي الذى لا يستمسك
بمنزلة المتاع معه على الدابة فالدية على عاقلته وعليه الكفارة لان الراكب
يجعل متلفا لما أوطأ بدابته مباشرة فانه انما تلف بفعله والكفارة جزاء
مباشرة القتل وسيأتى بيان هذا في الباب الذى يلى هذا ولو كان الصبي
يصرف الدابة ويسير عليها فالدية على عاقلتها جميعا لان كل واحد منهما
مسير للدابة ها هنا فكانا جانبيين على الرجل فتجب الدية على عاقلتها ولا
ترجع عاقلة الصبي على عاقلة الرجل بشئ لان هذا بمنزلة جناية الصبي
بيده والرجل لم يأمره بذلك ولو سقط الصبي فمات فديته على عاقلة
الرجل لانه هو الذى حمله عليها وقد بينا ان حامل الصبي على الدابة ضامن
لديته إذا سقط سواء كان سقوطه بعدما سير الدابة أو قبل أن يسيرها
وكان هو ممن يستمسك عليها أو لا يستمسك عليها وإذا حمل العبد صبيا
حرا على دابة فوقع الصبي عنها فمات فديته في عنق العبد يدفع به أو
يفدى لانه صار مسيبا لهلاك والعبد يضمن بالجناية تسببا كان أو مباشرة
وموجب جناية العبد الدفع أو الفداء وان كان معه على الدابة فسارا عليها
فوطئت انسانا فمات فعلى عاقلة الصبي نصف الدية وفي عنق العبد
نصفها يدفع به أو يفدى لانها جانبيان على المقتول فعلى كل واحد منهما
موجب جنايته ويجعل في ذلك الحكم كانه تفرد به وإذا حمل الحر الكبير
العبد الصغير على الدابة ومثله يصرفها ويستمسك عليها ثم أمره أن يسير
عليها فأوطأ انسانا فذلك

[188]

في عنق العبد يدفعه به مولاه أو يفديه بمنزلة جنايته بيده ويرجع مولاه
بالاقل من قيمته ومن الارش على الغاصب لانه حين حمله على دابته فقد
صار غاصبا له ويبقى حكم غصبه ما بقي على الدابة والعبد المغضوب إذا
جنى في يد الغاصب كان للمولى أن يرجع على الغاصب بالاقل من قيمته
ومن أرش الجناية لانه غصبه فارغا ورده مشغولا بالجناية بخلاف ما تقدم
فالمحمول على الدابة هناك حر والحر لا يضمن بالعصب ولو حمله عليها
وهو لا يصرف الدابة ولا يستمسك عليها فسارت الدابة فأوطأت انسانا
قدمه هدر لان الذى حمله عليها ليس بقائد للدابة ولا سائق لها وانما هذه
دابة منقلبة وان كانت واقفة حيث أوقفها ولم تسر حتى ضربت رجلا بيدها
أو رجلا أو بذنبها أو كدمته فلا شئ على الصبي لان الصبي بمنزلة المتاع
حين كان لا يستمسك على الدابة وعلى الذى أوقفها الضمان على عاقلته

لانه متعد في هذا التسبب فانه ممنوع من ايقاف الدابة في الطريق الا ان يكون أوقفها في ملكه فحينئذ لا ضمان عليه لانه غير متعد في ايقافها في ملكه والمتسبب إذا لم يكن متعديا في تسببه لا يضمن شيأ كمن حفر بئرا أو وضع حجرا في ملكه والله أعلم (باب جنابة الراكب) (قال رحمه الله) وإذا سار الرجل على دابة أي الدواب كانت في طريق المسلمين فوطئت انسانا بيد أو رجل وهي تسير فقتلته فدينه على عاقلة الراكب والاصل في هذا ان السير على الدابة في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشى فان الحق في الطريق لجماعة المسلمين وما يكون حقا للجماعة يباح لكل واحد استيفاؤه بشرط السلامة لان حقه في ذلك يمكنه من الاستيفاء ودفع الضرر عن الغير واجب عليه فيقيد بشرط السلامة ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يشترط عليه هذا القيد فيما يمكن التحرز عنه دون ما لا يمكن التحرز عنه لان ما يستحق على المرء شرعا يعتبر فيه الوسع ولانا لو شرطنا على السلامة عما لا يمكن التحرز عنه تعذر عليه استيفاء حقه لانه لا يمتنع من المشى والسير على الدابة مخافة أن يقتل بما لا يمكن التحرز عنه فاما ما يستطاع الامتناع عنه لو شرطنا عليه صفة السلامة من ذلك لا يمتنع عليه استيفاء حقه وانما يلزمه به نوع احتياط في الاستيفاء إذا عرفنا هذا فنقول التحرز عن الوطئ على شئ في وسع الراكب إذا أمعن النظر في ذلك فإذا لم يسلم كان جانبا وهذه جنابة منه بطريق

[189]

المباشرة لان القتل انما حصل بفعله حين كان هو على الدابة التي وطئت فتحب عليه الكفارة وعلى عاقلته الدية وان نفخته برجلها وهي تسير فلا ضمان على الراكب لقوله عليه السلام الرجل جبار أي هدر والمراد نفحة الدابة بالرجل وهي تسير وهذا لانه ليس في وسعه التحرز من ذلك لان وجه الراكب أمام الدابة لا خلفها وكذلك النفحة بالذنب ليس في وسعه التحرز عن ذلك وقال ابن أبي ليلى هو ضامن لجميع ذلك وقاس الذي يسير على الدابة بالذي أوقف دابته في الطريق فنفخت برجلها أو يدها فكما ان هناك يجب ضمان الدية على عاقلته فكذلك هنا ولكننا نقول في الفرق بينهما هو ممنوع من ايقاف الدابة على الطريق لان ذلك مضر بالمارة ولان الطريق ما أعد لايقاف الدواب فيه فيكون هو في شغل الطريق بما لم يعد الطريق له متعديا والمتعدي في التسبب يكون ضامنا فلهذا يسوى فيه بين ما يمكن التحرز عنه وبين ما لا يمكن وهذا لانه ان كان لا يمكن التحرز عن النفحة بالرجل والذنب فهو يمكنه التحرز عن ايقاف الدابة بخلاف الاول فان السير على الدابة في الطريق مباح له لان الطريق معد لذلك ولانه لا يضر بغيره وهو محتاج إلى ذلك فربما لا يقدر على المشى فيستعين بالسير على الدابة وإذا لم يكن نفس السير جنابة قلنا لا يلزمه ضمان مالا يستطاع الامتناع منه (ألا ترى) ان الماشي في الطريق لا يكون ضامنا لما ليس في وسعه الامتناع منه بخلاف الجالس والنائم في الطريق ولو كدمت أو صدمت أو خبطت أو ضربت بيدها انسانا وهو يسير عليها فذلك كله مما يمكن التحرز عنه فيكون موجبا للدية على عاقلته بمنزلة ما لو وطئت الا أن هذه الاسباب لا تلزمه الكفارة عندنا لان الكفارة جزاء مباشرة القتل فلا تجب بالتسبب على ما نبينه وان ضربت بحافرها حصة أو نواة أو حجرا أو شبه ذلك فأصاب انسانا وهي تسير فلا ضمان عليه لان هذا لا يمكن التحرز عنه فهو بمنزلة التراب والغبار المنبعث من سناكبها إذا فقا عين انسان الا أن يكون حجرا كبيرا فيضمن لان ذلك مما يستطاع الامتناع منه وانما ينبعث

الحجر الكبير بخرق منه في السير ولو راثت أو بالت في السير فعطب
انسان بذلك لم يكن عليه ضمان لانه لا يمكن التحرز عن ذلك قالوا وكذلك
إذا وقفت لتبول أو لتروث لان من الدواب ما لا يفعل ذلك حتى يقف فهذا
مما لا يستطاع الامتناع عنه وكذلك اللعاب يخرج من فيها ولو وقع سرجها
أو لجامها أو شئ محمول عليها من اداتها أو متاع الرجل الذي معه يحمله
فأصاب انسانا في السير كان ضامنا لان هذا مما يمكن التحرز عنه وانما
سقط

[190]

لانه لم يشد عليها أو لم يحكم ذلك فكأنه ألقاه بيده على الطريق وكذلك من
عطب به بعدما وقع على الارض فان عثر به أو تعقل فهو ضامن له بمنزلة
مالو وضعه بيده على الطريق والراكب والرديف والسائق والقائد في
الضمان سواء لان الدابة في أيديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا
وذلك مروى عن شريح رحمه الله الا انه لا كفارة على السائق والقائد فيما
وطئت لانهما مسبيان للقتل والكفارة جزاء مباشرة القتل قاما الراكب
والمرتد فمباشر ان القتل بفعلهما فعليهما الكفارة كالتائم إذا انقلب
على انسان فقتله وإذا أوقف دابته في طريق المسلمين أو في دار لا
يملكها بغير اذن أهلها فما أصابت بيد أو رجل أو ذنب أو كدمت أو سال من
عرفها أو لعابها على الطريق فزلق به انسان فضمان ذلك على عاقلته لانه
متعد في هذا التسبب فانه ممنوع من ايقاف الدابة في ملك غيره بغير اذنه
وكذلك في طريق المسلمين هو ممنوع من ايقاف الدابة خصوصا إذا كان
يضر بالمار ولكن لا كفارة عليه لانعدام مباشرة القتل منه وإذا أرسل
الرجل دابته في الطريق فما أصابت في وجهها فهو ضامن له كما يضمن
الذي سار به ولا كفارة عليه لانه سائق لها مادامت تسير على سنن ارساله
فإذا عدت يمينا أو شمالا فلا ضمان عليه لانها تغيرت عن حالتها أنشأت سير
آخر باختيارها فكانت كالمنغلثة الا أن لا يكون لها طريق غير الذي أحدثت
فيه فحينئذ يكون ضامنا على حاله لانه انما سيرها في الطريق الذي يمكنه
أن يسير فيه وانما سارت في ذلك الطريق فكان هو سائقا لها ووقفت ثم
سارت فيه برئ الرجل من الضمان إذا لانها لما وقفت فقد انقطع حكم
ارساله ثم انشأت بعد ذلك سيرا باختيارها في كالمنغلثة فان ردها فالذي
ردها ضامن لما أصابت في فورها ذلك لانه سائق لها في الطريق الذي
ردها فيه وإذا حل عنها وأوقفها ثم سارت هي فلا ضمان عليه لان حكم
فعله قد انقطع بما أنشأت من السير باختيارها قال وإذا اصطدم الفارسان
فوقعا جميعا فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه عندنا استحسانا
وفي القياس على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه وهو قول زفر
والشافعي وجه القياس ان كل واحد منهما انما مات بفعله وفعل صاحبه
لان الاصطدام فعل منهما جميعا فانما وقع كل واحد منهما بقوته وقوة
صاحبه فيكون هذا بمنزلة مالو جرح نفسه وجرحه غيره ولكننا استحسنا لما
روى عن علي رضي الله عنه انه جعل دية كل واحد من المصطدمين على
عاقلة صاحبه والمعنى فيه ان كل واحد منهما موقع لصاحبه فكأنه أوقعه
عن الدابة بيده وهذا

[191]

لان دفع صاحبه اياه علة معتبرة لاتلافه في الحكم فاما قوة المصطدم فلا تصلح أن تكون علة معارضة لدفع الصادم فهو بمنزلة من وقع في بئر حفرها رجل في الطريق يجب الضمان علي الحافر وان كان لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البئر وكذلك لو دفع انسان غيره في بئر حفرها رجل في الطريق فالضمان علي الدافع دون الحافر وان كان لولا حفره لذلك الموضع لما أتلفه بدفعه وعلى هذا الاصل قالوا لو أن رجلين تجاذبا حبلا فانقطع الحبل فماتا جميعا فان مات كل واحد منهما بفعل صاحبه بأن وقع على وجهه فعلى عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه لانه انما وقع على وجهه بجذب صاحبه اياه وان وقع كل واحد منهما على قناه فلا شئ على واحد منهما لان سقوطه على قناه بقوة نفسه لا يجذب صاحبه اياه وان سقط واحد منهما على وجهه والآخر على قناه فدية الساقط على وجهه على عاقلة صاحبه ولو قطع انسان الحبل بينهما فسقط كل واحد منهما على قناه ومات فديتهما على عاقلة القاطع للحبل لانه كالدافع لكل واحد منهما ولو كان الصبي في يد أبيه فجذبه رجل من يده فمات فديته على عاقلة الجاذب لان الاب محق في امساكه والجاذب متعد في تسيبه وكذلك لو تجاذبا صبيا يدعي أحدهما انه ابنه والآخر يدعي انه عبده فالدية على عاقلة الذي يدعى انه عبده لان الشرع جعل القول قول من يدعيه ابنه فيكون هو محقا في امساكه والآخر متعديا في جذبه ولو جذب ثوبا من يد انسان وهو يدعى انه ملكه فتخرق الثوب من جذبهما ثم أقام المدعى البينة انه كان له فله نصف قيمة الثوب على صاحبه لانه كان يكفيه الامساك باليد وما كان يحتاج الي الجذب فيجعل التخرق محالا به علي فعلهما جميعا ولو عض ذراع انسان فنزع ذراعه من فيه فسقطت انسان العاض فهو هدر ولو انقطع لحم صاحب الذراع فارش ذلك علي العاض لانه محتاج إلى جذب الذراع من فيه فان العض يؤلمه وهو انما قصد دفع الالم عن نفسه فيكون محقا في الجذب والآخر متعديا في العض ولو أخذ بيد انسان فجذب صاحب اليد يده فعطبت يده فان كان أخذ بيده ليصافحه فلا ضمان على الذي أخذ لان الجاذب ما كان يحتاج إلى ما صنع فيكون هو الجاني على يد نفسه وان كان أخذ يده ليعصره فالضمان على الأخذ لان الجاذب محتاج إلى الجذب لدفع الالم عن نفسه ولو جلس على ثوب انسان فقام صاحبة فتخرق الثوب من جذبه فالضمان على الجالس عليه لانه متعد في الجلوس على ذيل الغير بغير اذنه والذي بينا في اصطدام الفارسين فكذلك الجواب في اصطدام الماشيين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فقيمة العبد على

[192]

عاقلة الحر ثم يأخذها ورثة الحر لان كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد ثم ان تلف العبد الجاني وأخلف بدلا فيكون بدله لورثة المجني عليه وهو الحر وإذا أوقف الرجل دابته في ملكه فما أصابت بيد أو رجل أو غير ذلك فلا ضمان عليه فيه لانه غير متعد في ايقافها في ملكه وكذلك ان كان الملك له ولغيره لان لكل واحد من الشريكين أن يوقف دابته في الملك المشترك ويستوى ان قل نصيبه فيها أو كثر (أرايت) لو قعد في الملك المشترك أو توجأ فعطب انسان بوضوئه أكنت أضمنه ذلك لا أضمنه شياً من هذا وإذا سار الرجل على دابته فضربها أو كبجها باللجام فنفحت برجلها أو بذيلها لم يكن عليه شئ ء لانه يحتاج إلى ضربها أو كبجها باللجام في تسييرها ولا يمكنه التحرز عن النفحة بالرجل والذنب متعديا في العض ولو أخذ بيد انسان فجذب صاحب اليد يده

فعطبت يده فان كان أخذ بيده ليصافحه فلا ضمان على الذى أخذ لان الجاذب ما كان يحتاج إلى ما صنع فيكون هو الجاني على يد نفسه وان كان أخذ يده ليعصره فالضمان على الآخذ لان الجاذب محتاج إلى الجذب لدفع الألم عن نفسه ولو جلس على ثوب انسان فقام صاحبه فتخرق الثوب من جذبته فالضمان على الجالس عليه لانه متعدد في الجلوس على ذيل الغير بغير اذنه والذى بينا في اصطدام الفارسيين فكذلك الجواب في اصطدام الماشيين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فقيمة العبد على

[192]

عاقلة الحر ثم يأخذها ورثة الحر لان كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد ثم ان تلف العبد الجاني وأخلف بدلا فيكون بدله لورثة المجني عليه وهو الحر وإذا أوقف الرجل دابته في ملكه فما أصابت بيد أو رجل أو غير ذلك فلا ضمان عليه فيه لانه غير متعدد في إيقافها في ملكه وكذلك ان كان الملك له ولغيره لان لكل واحد من الشريكين أن يوقف دابته في الملك المشترك ويستوى ان قل نصيبه فيها أو كثر (أرأيت) لو قعد في الملك المشترك أو توضأ فعطب انسان بوضوئه أكنت أضمنه ذلك لا أضمنه شيأ من هذا وإذا سار الرجل على دابته فضربها أو كبجها باللجام فنفحت برجلها أو بذيلها لم يكن عليه شىء لانه يحتاج إلى ضربها أو كبجها باللجام في تسييرها ولا يمكنه التحرز عن النفحة بالرجل والذنب ولو خبطت بيد أو رجل أو كدمت أو صدمت فقتلت انسانا فالضمان على الراكب سواء كان يملكها أو لا يملكها لان التحرز عن هذا كله ممكن ولو سقط عنها ثم ذهبت على وجهها فقتلت انسانا لم يكن عليه شىء لانها منغلقة فالذي سقط منها ليس براكب ولا قائد ولا سائق والمنغلقة جرحها جبار لانها عجماء بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العجماء جبار وهى المنغلقة عندنا ذكره في الاصل والله أعلم (تم الجزء السادس والعشرون من كتاب المبسوط السرخسى الحنفى رحمه الله) (ويليه الجزء السابع والعشرون وأوله كتاب الناخس)

مكتبة يعسوب الدين عليه السلام الإلكترونية