

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج

في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله
عنه

تأليف

شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة
ابن شهاب الدين الرملي المصري الأنصاري
الشهير بالشافعي الصغير المتوفى سنة
1004 هجرية

الجزء الثامن

بسم الله الرحمن الرحيم

{باب قاطع الطريق}

أي أحكامهم، وقطعه هو البروز لأخذ مال أو لقتل أو إرهاب مكابرة
اعتمادا على الشوكة مع البعد عن الغوث كما سيأتي. والأصل فيه قوله
تعالى {إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله} الآية، قال جمهور العلماء:
إنما نزلت في قطاع الطريق لا في الكفار، واحتجوا له بقوله تعالى {إلا
الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم} الآية، إذ المراد التوبة عن قطع
الطريق ولو كان المراد الكفار لكانت توبتهم بإسلامهم، وهو دافع للعقوبة
قبل القدرة وبعدها (هو مسلم) لا حربي لعدم التزامه أحكامنا ولا معاهد
ومؤمن، أما الذمي فيثبت له حكم قطع الطريق كما قاله ابن المنذر في
الإشراف وصرح به الشافعي. قال الزركشي: وهو قضية إطلاق الأصحاب
فإنهم لم يشترطوا الإسلام أهـ. ويمكن أن يقال إنه مخصوص بغير الذمي
أو أن جميع أحكام قطاع الطريق لا تنأى فيهم، أو أنه خرج بقوله مسلم
الكافر وفيه تفصيل، وهو أنه إن كان ذميا ثبت له حكم قطع الطريق أو
حربيا أو معاهدا أو مؤمنا فلا، والمفهوم إذا كان فيه تفصيل لا يرد (مكلف)
أو سكران مختار ولو قنا وامرأة فلا عقوبة على صبي ومجنون ومكره، وإن
ضمنوا النفس والمال (له شوكة) أي قوة وقدرة ولو واحدا يغلب جمعا،
وقد تعرض للنفس أو البضع أو المال مجاهرا (لا مختلسون يتعرضون لآخر
قافلة يعتمدون الهرب) لانتفاء الشوكة فحكمهم قودا أو ضمانا كغيرهم،
والفرق عسر دفع ذي الشوكة بغير السلطان فغلظت عقوبته ردعا له،
بخلاف نحو المختلس (والذين يغلبون شرذمة بقوتهم قطاع في حقهم)
لاعتمادهم على الشوكة بالنسبة إليهم (لا لقافلة عظيمة) إذ لا قوة لهم
بالنسبة إليهم فالشوكة أمر نسبي، فلو فقدت بالنسبة لجمع يقاومونهم،
لكن استسلموا لهم حتى أخذوهم لم يكونوا قطاعا، وإن كانوا ضامنين لما
أخذوه؛ لأن ما فعلوه لا يصدر عن شوكتهم بل عن تفريط القافلة (وحيث
يلحق غوث) لو استغاثوا (ليس بقطاع) بل منتهبون (وفقد الغوث يكون
للبعد) عن العمران أو السلطان (أو الضعف) بأهل العمران أو بالسلطان

أو بغيرهما، كأن دخل جمع دارا وشهروا السلاح ومنعوا أهلها من الاستغاثة فهم قطاع في حقهم، وإن كان السلطان موجودا قويا (وقد يغلبون والحالة هذه) أي وقد ضعف السلطان أو بعد هو وأعوانه (في بلد) لعدم من يقاومهم من أهلها (فهم قطاع) كالذين بالصحراء وأولى لعظم جرائعهم (ولو علم الإمام قوما يخيفون الطريق) أو واحدا (ولم يأخذوا مالا) أي نصابا (ولا) قتلوا (نفسا عززهم) وجوبا ما لم ير في تركه مصلحة كما يؤخذ من باب التعزير (بحبس وغيره) ردعا لهم عن هذه الأمور الفظيعة، وقد فسر النفي في الآية بالحبس، ومن ثم كان أولى من غيره فلا يتعين، وله جمع غيره معه كما اقتضاه كلام المصنف، ويرجع في قدره وقدر غيره وجنسه لرأي الإمام، ولا يتعين الحبس كما هو ظاهر، ولا يتقدر بمدة، والأولى استدامته إلى ظهور توبته، وأن يكون بغير بلده، وأفهم قوله علم أن له الحكم بعلمه هنا نظرا لحق الأدمي (وإذا أخذ القاطع نصاب السرقة) ولو الجمع اشتركوا فيه واتحد حرزه، وتعتبر قيمة محل الأخذ بفرض أن لا قطاع، ثم إن كان محل بيع، وإلا فأقرب محل بيع إليه من حرزه كان يكون معه بقره ملاحظ بشرطه المار من قوته أو قدرته على الاستغاثة. قاله الماوردي، لا يقال: القوة والقدرة تمنع قطع الطريق لما مر أنه حيث لحق غوث لو استغيث لم يكونوا قطاعا. لأننا نمنع ذلك، إذ القوة والقدرة بالنسبة للحرز غيرهما بالنسبة لقطع الطريق؛ لأنه لا بد فيه من خصوص الشوكة ونحوها كما علم مما مر، بخلاف الحرز يكفي فيه مبالاة السارق به عرفا، وإن لم يقاوم السارق من غير شبهة مع بقية شروطها المارة، ويثبت ذلك برجلين لا بغيرهما إلا بالنسبة للمال وطلب المالك نظير ما مر في السرقة (قطعت يده اليمنى) للمال كالسرقة (ورجله اليسرى) للمحاربة كما قاله العمراني وجزم به ابن المقري تبعا للروضة بعد ذلك ومع ذلك هو حد واحد، وخولف بينهما لثلاث تفوت المنفعة كلها من جانب واحد، ولو فقدت إحداهما ولو قبل أخذ المال ولو لشلها وعدم أمن نرف الدم اكتفى بالأخرى، ولو عكس ذلك بأن قطع الإمام يده اليمنى ورجله اليمنى فقد تعدى، ولزمه القود في رجله إن تعمد، وإلا فديتها ولا يسقط قطع رجله اليسرى، ولو قطع يده اليسرى ورجله اليمنى، فقد أساء ولا يضمن وأجزأه، والفرق أن قطعهما من خلاف نص يوجب مخالفته الضمان، وتقديم اليمنى على اليسرى اجتهاد يسقط بمخالفته الضمان، ذكره الماوردي والرويانى وتوقف الأذرعى في إيجاب القود وعدم الإجزاء في الحالة الأولى. قال الزركشى: وقضية الفرق أنه لو قطع في السرقة يده اليسرى في المرة الأولى عامدا أجزأ؛ لأن تقديم اليمنى عليها بالاجتهاد: أي وليس كذلك كما مر وأجيب بعدم تسليم أن تقديم اليمنى ثم بالاجتهاد بل بالنص لما مر أنه قرئ شاذا فاقطعوا أيماهما، وأن القراءة الشاذة كخبر الواحد. وينبغي كما قاله الأذرعى مجيء ما مر في السرقة هنا من توقف القطع على طلب الملك وعلى عدم دعوى التملك ونحوه من المسقطات، فقد قال البلقيني إنه القياس، وفي الأم ما يقتضيه، ولا بد من انتفاء الشبهة كما في التنبيه وبحسم موضع القطع كما في السارق، ويجوز أن تحسم اليد ثم تقطع الرجل وأن يقطع جميعا، ثم يحسما (فإن) فقدتا قبل الأخذ أو (عاد) ثانيا بعد قطعهما إلى أخذ المال (فيسراه ويمناه) يقطعان للآية (وإن قتل) قتلًا يوجب القود ولو بسرابة جرح مات منه بعد أيام قبل الظفر به والتوبة (قتل حتما)؛ لأن المحاربة تفيد زيادة ولا زيادة هنا إلا التحتم فلا يسقط بعفو مستحق القود ويستوفيه الإمام؛ لأنه حقه تعالى، قال البندنجي: وإنما يتحتم إن قتل لأخذ المال واعتمده البلقيني وهو الأوجه

(وإن قتل) قتلًا يوجب القود (وأخذ مالا) يقطع به في السرقة كما دل عليه كلامهما، وإن نازع فيه البلقيني (قتل) بلا قطع (ثم) غسل وكفن وصلي عليه، ثم (صلب) مكفنا معترضا على نحو خشبة، ولا يقدم الصلب

على القتل لكونه زيادة تعذيب (ثلاثا) من الأيام بلياليها وجوبا، ولا تجوز الزيادة عليها ليشتهر الحال ويتم النكال، وحذف التاء لحذف المعدود سائغ (ثم ينزل) إن لم يخف تغيره قبلها وإلا أنزل حينئذ. قال الأزرعي: وكان المراد بالتغير هنا الانفجار ونحوه، وإلا فمتى حبست جيفة الميت ثلاثا حصل التثنية والتغير غالبا (وقيل يبقى) وجوبا (حتى) يتهرى و (يسيل صديده) تغليظا عليه. ومحل قتله وصلبه محل محاربه إلا أن لا يكون محل مرور الناس فأقرب محل إليه، وظاهر أن هذا مندوب لا واجب (وفي قول يصلب) حيا (قليلا، ثم ينزل فيقتل)؛ لأن الصلب عقوبة فيفعل به حيا، واعتراض قوله قليلا بأنه زيادة لم تحك عن هذا القول، فإن أريد به ثلاثة أيام كان أحد أوجه ثلاثة مفرعة على هذا القول لأنه من جملته. ويجاب بأن من حفظ حجة على من لم يحفظ، فإذا حفظا أن قليلا من جملة هذا القول قدما، ثم الذي يتجه أن المراد به أدنى زمن ينزجر به عرفا غيره، وأفهم ترتيبه الصلب على القتل أنه يسقط بموته حتف أنفه ويقتله بغير هذه الجهة كقود في غير المحاربة إذ التابع يسقط بسقوط متبوعه، وبما تقرر فسر ابن عباس رضي الله عنهما الآية، فإنه جعل أو فيها للتنوع لا للتخيير حيث قال: المعنى أن يقتلوا إن قتلوا أو يصلبوا مع ذلك إن قتلوا وأخذوا المال أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف إن أخذوه فقط، أو ينفوا من الأرض إن أربوا ولم يأخذوه، وهذا منه إما توقيف وهو الأقرب أو لغة وكل منهما من مثله حجة؛ لأنه ترجمان القرآن، ولأن الله تعالى بدأ فيه بالأغلظ فكان مرتبا ككفارة الظهار، ولو أريد به التخيير لبدأ بالأخف ككفارة اليمين

(ومن أعانهم وكثر جمعهم) مقتصرا على ذلك (عزر بحبس وتغريب وغيرهما) كبقية المعاصي، وتعبير أصله بأو لا ينافي كلام المصنف إذ المرجع إلى رأي الإمام نظير ما مر فيمن أخافوا الطريق (وقيل يتعين التغريب إلى حيث يراه) الإمام وما تقتضيه المصلحة (وقيل القاطع) المتحتم (يغلب فيه معنى القصاص) إذ الأصل في اجتماع حقه تعالى وحق الآدمي تغليب الثاني لكونه مبني على التضييق (وفي قول الحد) لعدم صحة العفو عنه ويستقل الإمام باستيفائه (فعلى الأول) تلزمه الكفارة و (لا يقتل بولده) وإن سفل (وذمي) وقن للأصالة أو لعدم الكفاءة بل تلزمه الدية أو القيمة (و) على الأول أيضا (لومات) القاطع بلا قطع (فدية) للمقتول في ماله إن كان حرا وإلا فقيمته (و) عليه أيضا (لو قتل جمعا) معا (قتل بواحد وللباقي ديات) فإن قتلهم مرتبا قتل بالأول (و) عليه أيضا (لو عفا وليه بمال وجب وسقط القصاص ويقتل حدا) كما لو وجب قتل على مرتد فعفا عنه وليه (و) عليه أيضا (لو قتل بمثقل أو بقطع عضو فعل به مثله) رعاية للمماثلة كما مر في فصل القود وإن نازع فيه البلقيني بأنه يقتل بالسيف على القولين، وقال إن النص يقتضيه (و) يختص التحتم بالقتل والصلب دون غيرهما فحينئذ (لو جرح) جرحا فيه قود كقطع يد (فاندمل) أو قتله عقبه (لم يتحتم قصاص) فيه في ذلك الجرح (في الأظهر) بل يتخير المجروح بين القود والعفو على مال أو غيره؛ لأن التحتم تغليظ لحقه تعالى فاخص بالنفس كالكفارة، أما إذا سرى إلى النفس فيتحتم القتل كما مر، والثاني يتحتم كالقتل، والثالث في اليدين والرجلين المشروع فيها القطع حدا دون غيرهما كالأذن والأنف والعين

(وتسقط عقوبات تخص القاطع) من تحتم وصلب وقطع رجل وكذا يد كما شمل ذلك كلامه؛ لأن المختص به القاطع اجتماع قطعها فهما عقوبة واحدة إذا سقط بعضها سقط كلها (بتوبته) عن قطع الطريق (قبل القدرة عليه) لقوله تعالى {إلا الذين تابوا} الآية، والمراد بما قبل القدرة أن لا تمتد إليهم يد الإمام بهرب أو استخفاف أو امتناع، بخلاف ما لا تخصه كالقود وضمان المال (لا بعدها) وإن صلح عمله (على المذهب) لمفهوم الآية، وإلا لم يكن لقبها فيها فائدة، والفرق أنه قبلها غير متهم فيها بخلافها بعدها

لاتهامه بدفع الحد، ولو ادعى بعد الظفر سبق توبة، وظهرت أمانة صدقه فوجهان: أوجهما عدم تصديقه لاتهامه ما لم تقم بها بينة، وقيل في كل منهما قولان (ولا تسقط سائر الحدود) المختصة بالله تعالى كحد زنا وسرقة وشرب مسكر (بها) أي بالتوبة قبل الرفع وبعده ولو في قاطع الطريق (في الأظهر)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم حد من ظهرت توبته بل من أخبر عنها بها بعد قتلها، والثاني تسقط بها قياسا على حد قاطع الطريق وانتصر له جمع، نعم تارك الصلاة يسقط حده بها عليهما ولا يسقط بها عن ذمي بإسلامه كما مر، ومحل الخلاف في الظاهر أما فيما بينه وبين الله تعالى فحيث صحت توبته سقطت بها سائر الحدود قطعا، ومن حد في الدنيا لم يعاقب عليه في الآخرة على ذلك بل على الإصرار عليه أو الإقدام على موجبه إن لم يتب.

(فصل)

في اجتماع عقوبات على شخص واحد

(من لزمه قصاص) في النفس (وقطع) لطرف قصاصا (وحد قذف) وتعزير لأربعة (وطالبوه) عزر وإن تأخر، ثم (جلد) للقذف (ثم قطع ثم قتل) تقديم للأخف فالأخف؛ لأنه أقرب إلى استيفاء الكل (ويبادر بقتله بعد قطعه) من غير مهلة بينهما فتجب الموالاة، إذ الفرض أن مستحق القتل مطالب والنفس مستوفاة (لا قطعه بعد جلده إن غاب مستحق قتله) لئلا يهلك بالموالاة فيفوت حق مستحق النفس (وكذا إن حضر وقال عجلوا القطع في الأصح) وأنا أبادر بالقتل بعده وخيف موته بالموالاة فيفوت قود النفس مع أنه له مصلحة هي سقوط العقاب عنه به في الآخرة، وأيضا فربما عفا مستحق القتل فتكون الموالاة سببا لفوات النفس فاتجه عدم نظرهم لرضاه بالتقديم، أما لو لم يخف موته بالموالاة فيجعل جزما، وأما لو كان به مرض مخوف يخشى منه موته بالجلد إن لم يبادر بالقطع فيبادر به وجوبا كما قاله الأذرعى (و) خرج بطالبوه ما لو طالبه بعضهم فله أحوال فحينئذ (إذا أحر مستحق النفس حقه) وطالب الآخران (جلد فإذا برأ) بفتح الراء وكسرهما (قطع) ولا يوالي بينهما خوفا من فوات حق مستحق النفس (ولو أحر مستحق طرف جلد وعلى مستحق النفس الصبر حتى يستوفي الطرف) لئلا يفوت حقه، واحتمال تأخير مستحق الطرف لا إلى غاية فيفوت القتل غير منظور له إذ مبنى القود على الدرء والإسقاط ما أمكن، فاندفع القول بأن الأحسن جبره على القود أو العفو أو الإذن (فإن بادر) مستحق النفس (فقتل) فقد استوفى حقه غير أنه يعزر لتعديه وحينئذ (فلمستحق الطرف ديته) في تركة المقتول لفوات محل الاستيفاء (ولو أحر مستحق الجلد) حقه، وطالب الآخران (فالقياص صبر الآخرين) وجوبا حتى يستوفي حقه، وإن تقدم استحقاقهما لئلا يفوت حقه باستيفائهما أو استيفاء أحدهما، وإن قطع بعض أنملة؛ لأن الجرح عظيم الخطر، وربما أدى إلى الزهوق فاندفع ما للبلقيني هنا

(ولو اجتمع حدود لله تعالى) كأن زنى بكر وسرق وشرب وارتد (قدم) وجوبا (الأخف) منها (فالأخف) حفظا لمحل القتل، فيحد للشرب ثم بعد برئه منه يجلد ويغرب أيضا على الأوجه؛ لأنه الأخف ولا يخشى منه هلاك، ثم يقطع ثم يقتل، ولو اجتمع قطع سرقة وقطع محاربة فقطعت يده اليمنى لهما ورجله للمحاربة، أو قتل زنا وقتل ردة رجم؛ لأنه أكثر نکالا ويدخل فيه قتل الردة كما قاله الماوردي والرويانى، وذهب القاضى إلى قتله بالردة لأن فسادها أشد، ويمكن الجمع بينهما بحمل كل على ما يراه الإمام مصلحة، ولو اجتمع قتل قصاص في غير محاربة وقتل محاربة قدم أسبقهما ويرجع الآخر للدية، وفي اندراج قطع السرقة في قتل المحاربة وجهان: أوجهما لا، فيقطع للسرقة، ثم يقتل ويصلب للمحاربة؛ لأن

الظاهر في ذلك أن حق الآدمي لا يفوت بتقديم حق الله تعالى (أو) اجتمع (عقوبات) لله أو للآدمي واستوت خفة أو غلظا قدم الأسبق فالأسبق، وإلا فبالقرعة أو عقوبات (لله تعالى ولآدميين) كأن كان مع هذه حد قذف وكان شرب وزنى وقذف وقطع وقتل (قدم) حق الآدمي إن لم يفت حقه تعالى أو كان قتلا فيقدم (حد قذف و) قطع (على) حد (زنا)؛ لأن حق الآدمي مبني على المضايقة، ومن ثم قدم ولو أغلظ كما قال (والأصح تقديمه) أي حد القذف وكذا القطع (على حد شرب و) الأصح (أن القصاص قتلا وقطعا يقدم على) حد (الزنا) إن كان رجما بالنسبة للقتل لا للقطع كما تقرر تقديمًا لحق الآدمي، بخلاف جلد الزنا وتغريبه وحد الشرب فإنهما يقدمان على القتل لئلا يفوتا، والثاني العكس تقديمًا للأخف، ووقع للزركشي وغيره تناف في تحرير محل الخلاف وهو غير محتاج إليه، ولو اجتمع مع الحدود تعزير قدم عليها كلها كما علم مما مر؛ لأنه أخف وحق آدمي.

{ كتاب الأشربة }

جمع شراب بمعنى مشروب، وذكر فيه التعازير تبعًا، وجمع الأشربة لاختلاف أنواعها، وإن كان حكمها متحدًا، ولم يعبر بحد الأشربة كما قال قطع السرقة؛ لأن الفرض ثم ليس إلا بيان القطع ومتعلقاته، وأما التحريم فمعلوم بالضرورة، والغرض هنا بيان التحريم لخفائه بالنسبة في كثير من المسائل. وشرب الخمر من الكبائر وإن مزجها بمثلها من الماء، وكان شربها جائزًا أول الإسلام بوحى ولو إلى حد يزيل العقل على الأصح، ولا ينافيه قولهم إن الكليات الخمس لم تبح في ملة من الملل؛ لأن ذاك بالنسبة للمجموع، قيل إنه باعتبار ما استقر عليه أمر ملتنا. وحقيقة الخمر المسكر من عصير العنب وإن لم يقذف بالزبد، وتحريم غيرها بنصوص دلت على ذلك، ولكن لا يكفر مستحل قدر لا يسكر من غيره للخلاف فيه: أي من حيث الجنس لحل قليله على قول جماعة، أما المسكر بالفعل فهو حرام إجماعًا كما حكاه الحنفية فضلًا عن غيرهم، بخلاف مستحله من عصير العنب الصرف الذي لم يطبخ ولو قطرة؛ لأنه مجمع عليه ضروري، والأصل في الباب قوله تعالى {إنما الخمر} الآية وخبر {كل شراب أسكر فهو حرام} وخبر {كل مسكر خمر وكل خمر حرام} وخبر {لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر عشرة: عاصرها ومعتصرها وشاربها وساقبها وحاملها والمحمولة إليه وبائعها ومبتاعها وواهبها وأكل ثمنها} (كل شراب أسكر كثيره) من خمر أو غيرها ومنه المتخذ من لبن الرمكة فإنه مسكر مائع (حرم قليله) وكثيره (وحد شاربه) وإن لم يسكر: أي متعاطيه ولو ممن يعتقد إباحته لضعف أدلته، إذ العبرة في الحدود بمذهب الحاكم لا المتداعيين وقول الزركشي فيمن لا يسكر بشرب الخمر إن الحرمة من حيث النجاسة لا الإسكار ففي الحد عليه نظر لانتفاء العلة وهي الإسكار عجيب وغفلة عن وجوب الحد في القليل الذي لا يتصور منه إسكار، فمعنى كونه علة أنه مظنة له، وخرج بالشراب ما حرم من الجامدات كالبنج والأفيون وكثير الزعفران والجوزة والحشيش فلا حد به وإن أذيت إذ ليس فيها شدة مطربة، بخلاف جامد الخمر اعتبارًا بأصلهما بل التعزير الزاجر له عن هذه المعصية الدنية، ويحرم شرب ما ذكر ويحد شاربه (إلا صيبًا ومجنونًا) لعدم تكليفهما (وحرابيًا) أو معاهدًا لعدم التزامه (وذميا)؛ لأنه لم يلتزم بالذمة مما لا يعتقدده إلا ما يتعلق بالآدميين (وموجرا) مسكرًا قهرا إذ لا صنع له (وكذا مكرها على شربه على المذهب) لرفع القلم عنه ويلزمه ككل أكل أو شارب حرام تقيؤه إن أطاقه كما في المجموع وغيره ولا نظر إلى عذره وإن لزمه تناول؛ لأنه استدامة في الباطن لا انتفاع به، وهو محرم وإن حل ابتداءه لزوال سببه فاندفع استبعاد الأذرعى لذلك، وعلى

نحو السكران إذا شرب مسكرا حد واحد ما لم يحد قبل شربه فيحد ثانيا،
ومقابل المذهب طريق حاك لوجهين

(من جهل كونه خمرا) فشربها طانا إباحتها (لم يحد) لعذره ويصدق
بيمينه بعد صحوه إن ادعاه كما في البحر، ومثله دعوى الإكراه حيث بينه إن
لم يعلم منه أنه يعرفه (ولو قرب إسلامه فقال جهلت تحريمها لم يحد)؛
لأنه قد يخفى عليه ذلك، والحد يدرأ بالشبهة، ويؤخذ منه أن من نشأ بين
المسلمين بحيث يقتضي حاله عدم خفاء ذلك عليه يحد كما اعتمده
الأذرعى وغيره (أو) قال علمت التحريم و (جهلت الحد حد) إذ كان من
حقه اجتنابها حيث علم تحريمها (ويحد بدردي خمر) وهو ما يبقى في آخر
إنائها، وكذا بثخينها إذا أكله (لا بخبز عجن دقيقه بها) لاضمحلال عينها بالنار
ولم يبق إلا أثرها وهو النجاسة (ومعجون هي فيه) وما فيه بعضها والماء
غالب لاستهلاكها (وكذا حقنة وسعوط) بفتح السين لا يحد بهما (في الأصح)
وإن سكر منهما؛ لأن الحد للزجر وهو غير محتاج له هنا، إذ لا تدعو النفس
له، ويفارق إفطار الصائم؛ لأن المدار ثم على وصول عين للجوف، والثاني
يحد بهما كالشرب. والثالث يحد في السعوط دون الحقنة

(ومن غص) بفتح أوله المعجم كما بخطه ويجوز ضمه (بلقمة) وخشى
هلاكه منها إن لم تنزل جوفه، ولم يتمكن من إخراجها (أساغها) حتما (بخمر
إن لم يجد غيرها) إنقاذا لنفسه من الهلاك، وظاهر أن خصوص الهلاك
شروط الوجوب لا لمجرد الإباحة أخذا من حصول الإكراه المبيح لها بنحو
ضرب شديد (والأصح تحريمها) صرفا (لدواء) لخبر {إن الله لم يجعل
شفاء أمتي فيما حرم عليها} وما دل عليه القرآن من إثبات منافع لها فهو
قبل تحريمها أما مستهلكة مع دواء آخر فيجوز التداوي بها كصرف بقية
النجاسات إن عرف، أو أخبره طبيب عدل بنفعها وتعيينها بأن لا يغني عنها
ظاهر، ولو احتيج لقطع نحو سلعة ويد متأكلة إلى زوال عقل صاحبها بنحو
بنج جاز لا بمسكر مائع (و) جوع و (عطش)؛ لأنها لا تزيله بل تزيد حرارة
لحاررتها ويسبها، ولو أشرف على الهلاك من عطش جاز له شربها كما
نقله الإمام عن إجماع الأصحاب، ومع تحريمها لدواء أو عطش لا حد بها
وإن وجد غيرها للشبهة

(وحد الحر أربعون) لخبر مسلم " أن عثمان أمر عليا بجلد الوليد، فأمر
الحسن فامتنع، فأمر عبد الله بن جعفر فجلده وعلي يعد حتى بلغ أربعين "
وعمر ثمانين بإشارة ابن عوف لما استشار عمر الناس في ذلك وكل سنة
وهذا أحب إلي، ولا يشكل ذكر الأربعين بما في البخاري أنه جلده ثمانين إذ
السوط كان برأسين، ولا قوله وكل سنة بما صح عنه أنه صلى الله عليه
وسلم لم يسنه ولهذا كان في نفسه من الثمانين شيء وقال: لو مات
ووديته، وكان يحد في إمارته أربعين؛ لأن النفي محمول على أنه لم يبلغه
أولا، والإثبات على أنه بلغه ثانيا، ولم يسنه بلفظ عام يشمل كل قضية بل
فعله في وقائع عينية، وهي لا عموم لها على أنه ورد في جامع عبد الرزاق
أنه صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر ثمانين (ورقيق) أي من فيه رق
وإن قل (عشرون) لكونه على النصف من الحر

ويكون جلد القوي السليم (بسوط أو أيد أو نعال أو أطراف ثياب) للاتباع
رواه البخاري وغيره، ولا بد من شد طرف الثوب وقتله حتى يؤلم (وقيل
يتعين سوط) إذ الزجر لا يحصل بغيره. أما نضو الخلقة فيجلد بنحو عثكال
ولا يجوز بسوط (ولو رأى الإمام بلوغه) أي حد الحر (ثمانين) جلدة (جاز
في الأصح) لما مر عن عمر، نعم الأربعون أولى كما بحثه الزركشي، إذ هو
الأكثر من أحواله صلى الله عليه وسلم، وجاء أن عليا أشار على عمر بذلك
أيضا، وعلله بأنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى وإذا هذى افتري، وحد
الافتراء ثمانون. والثاني المنع؛ لأن عليا رجع عن ذلك فكان يجلد في خلافته
أربعين (والزيادة) على الأربعين (تعزيرات) إذ لو كانت حدا لم يجز تركها،

وقوله تعزيرات أحسن من قول غيره تعزير؛ لأنها اعترضت بأن وضع التعزير النقص عن الحد فكيف يساويه. وأجيب بأنه لجناية تولدت من الشارب. قال الرافعي: وليس شافيا لعدم تحقق الجناية فكيف يعزر، والجنايات التي تتولد من الخمر لا تنحصر فلتجز الزيادة على الثمانين وقد منعوها هـ. وجوابه أن الإجماع قام على منع الزيادة عليها فهي تعزيرات على وجه مخصوص (وقيل حد)؛ لأن التعزير لا يكون إلا على جناية محققة، ومع ذلك لو مات بها لم يضمن

(ويحد بإقراره وشهادة رجلين) أو علم السيد دون غيره كما مر نظيره في السرقة (لا بريح خمر و) هيئة (سكر وقيء) لاحتمال أنه احتقن أو أسعط بها أو شربها لعذر من غلط أو إكراه، وأما حد عثمان بالقيء فاجتهاد له (ويكفي في إقرار وشهادة شرب خمرا) أو شرب مما شرب منه غيره فسكر، وسواء أقال وهو مختار عالم أم لا كما في نحو بيع وطلاق إذ الأصل عدم الإكراه، والغالب من حال الشارب علمه بما يشربه (وقيل يشترط) في كل من المقر والشاهد أن يقول شربها (وهو عالم به مختار) لاحتمال ما مر كالشهادة بالزنا، إذ العقوبة لا تثبت إلا بيقين، وفرق الأول بأن الزنا قد يطلق على مقدماته كما في الخبر، على أنهم سامحوا في الخمر لسهولة حدها ما لم يسامحوا في غيرها لا سيما مع أن الابتداء بكثرة شربها يقتضي التوسع في سبب الزجر عنها فوسع فيه ما لم يوسع في غيره، ويعتبر على الثاني زيادة من غير ضرورة احترازا من الإساعة والشرب لنحو عطش أو تداو

(ولا يحد حال سكره) أي لا يجوز ذلك لفوات مقصوده من الزجر مع فوات رجوعه إن كان أقر فإن حد ولم يصر ملقى لا حركة فيه اعتد به كما صحه جمع، وكذا يجزئ في المسجد مع الكراهة حيث لا تلويث (وسوط الحدود) والتعازير يكون (بين قضيب) أي غصن رقيق جدا (وعصا) غير معتدلة (و) بين (رطب ويابس) بأن يعتدل جرمه ورطوبته عرفا ليحصل به الزجر مع أمن الهلاك، فيمتنع بخلاف ذلك لما يخشى من شدة ضرره أو عدم إيلاجه، وفي الموطأ مرسلًا {أنه صلى الله عليه وسلم أراد أن يجلد رجلا فأتي بسوط خلق فقال فوق ذلك فأتي بسوط جديد فقال بين هذا وهذا} وإن ورد في زان فهو حجة هنا بتقدير اعتضاده أو صحة وصله، إذ لا فارق بينهما، والسوط سيور تلف وتلوى قاله ابن الصلاح

(ويفرقه) أي السوط من حيث العدد (على الأعضاء) وجوبا كما قاله الأذرعى لئلا يعظم الألم بالموالاة في محل واحد، ومن ثم لا يرفع عضده حتى يرى بياض إبطه كما لا يضعه وضعا غير مؤلم (إلا المقاتل) كثغرة نحر وفرج؛ لأن القصد زجره لا إهلاكه (والوجه) فيحرم ضربهما كما بحثه أيضا، فإن ضربه على مقتل فمات ففي ضمانه وجهان كالوجهين فيما لو جلده في حر أو برد مفرطين قاله المدارمي، ومقتضاه نفي الضمان (قيل والرأس) لشرفه، ولأنه مقتل ويخاف منه العمى، والأصح عدم المنع؛ لأنه مستور بالشعر غالبا فلا يخاف تشويهه بضربه بخلاف الوجه، ومقتضاه أنه لو لم يكن عليه شعر لقرع أو حلق رأس اجتنبه قطاعا، وما نقل عن أبي بكر من أمره الجلاد بضربه وتعليه بأن فيه شيطانا ضعيف ومعارض بما مر عن علي، ومحل الخلاف حيث لم يترتب عليه محذور تيمم بقول طيب ثقة وإلا حرم جزما لعدم توقف الحد عليه (ولا تشد يده) بل تترك ليتقي بها ومتى وضعها على محل ضرب ضربه على غيره، إذ وضعها عليه دال على شدة تألمه بضربه، ولا يلطم وجهه، ويتجه حرمة إن تأذى به، وإلا كره بل يحد الرجل قائما والمرأة جالسة (ولا تجرد ثيابه) حيث لم تمنع وصول ألم الضرب، ويظهر كراهة ذلك بخلاف نحوه مجشوة بل يتجه وجوب نزعتها إن منعت وصول الألم المقصود، وتؤمر امرأة أو محرم بشد ثياب المرأة عليها كي لا تنكشف ويتجه وجوبه، ولا يتولى الجلد إلا رجل، واستحسن

الماوردي ما أحدثه ولاة العراق من ضربها في نحو غرارة من شعر زيادة في سترها، وأن ذا الهيئة يضرب في الخلاء. والخشى كالأنثى، نعم يتجه أن لا يتولى نحو شد ثيابه إلا نحو محرم (ويوالي الضرب) عليه (بحيث يحصل) له (زجر وتنكيل) بأن يضربه في كل مرة ما يحصل به إيلام له، وقع ثم يضرب الثانية قبل انقطاع ألم الأولى، فإن اختل شرط من ذلك حرم كما لا يخفى ولم يعتد به.

(فصل) في التعزير

وهو لغة من أسماء الأضداد؛ لأنه يطلق على التفخيم والتعظيم وعلى التأديب وعلى أشد الضرب وعلى ضرب دون الحد كذا في القاموس، والظاهر أن هذا الأخير غلط، إذ هو وضع شرعي لا لغوي؛ لأنه لم يعرف إلا من جهة الشرع فكيف ينسب لأهل اللغة الجاهلين بذلك من أصله، والذي في الصحاح بعد تفسيره بالضرب، ومنه سمي ضرب ما دون الحد تعزيراً، فأشار إلى أن هذه الحقيقة الشرعية منقولة عن الحقيقة اللغوية بزيادة قيد هو كون ذلك الضرب دون الحد الشرعي فهو كلفظ الصلاة والزكاة ونحوهما المنقولة لوجود المعنى اللغوي فيها بزيادة، وأصله العذر بفتح فسكون وهو المنع. وشرعاً ما تضمنه قوله (يعزر في كل معصية) لله أو لآدمي (لا حد لها) ومراده بذلك يشمل القود ليدخل نحو قطع الطرف (ولا كفارة) سواء فيما ذكر مقدمة ما فيه حد وغيرها بالإجماع، ولأمره تعالى الأزواج بالضرب عند النشوز، ولما صح من فعله صلى الله عليه وسلم، ولخبر {أنه صلى الله عليه وسلم قال في سرقة تمر دون نصاب غرم مثله وجلدات نكال} وأفتى علي رضي الله عنه فيمن قال لآخر يا فاسق يا خبيث، وما ذكره المصنف هو الأصل، وقد ينتفي مع انتفائهما كذوي الهيئات لخبر {أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود} وفي رواية: زلاتهم، وفسرهم الشافعي رحمه الله بمن لا يعرف بالشر، والمراد بذلك الصغائر التي لا حد فيها كما هو صريح كلام ابن عبد السلام لكن كلامه صريح في عدم جواز تعزيرهم على ذلك، ونازعه الأذرعي بأن ظاهر كلام الشافعي رحمه الله ندب العفو عنهم، وبأن عمر عزز جمعا من مشاهير الصحابة وهم رءوس الأولياء وسادات الأمة ولم ينكر عليه أحد. وقد يقال إن قول الأم لم يعزر ظاهر في الحرمة، وفعل عمر اجتهاد منه، والمجتهد لا ينكر عليه في مسائل الخلاف، وكمن رأى زانيا بأهله وهو محصن فقتله لعذره بالحمية والغيط، ومحل ذلك إن ثبت عليه ما ذكر وإلا جاز له قتله باطنا، وأقيد به ظاهراً كما في الأم، وكقطع الشخص أطراف نفسه وكذفه من لاعنها وتكليفه فوق طاقته وضرب حليلته تعدياً ووطئها في دبرها أول مرة في الجميع ولا ينافي الأخيرة تعزيره على وطء الحائض؛ لأنه أفحش للإجماع على تحريمه، وكفر مستحله مع أن الوطاء في الدبر رذيلة ينبغي عدم إذاعتها، وكالأصل لحق فرعه ما سوى قذفه كما مر، وكأخير قادر نفقة زوجة طلبتها أول النهار، فإنه لا يحبس ولا يוכל به وإن أثم كما قاله الإمام، وكتعريض أهل البغي بسب الإمام، على أنه قد يقال انتفاء تعزيرهم؛ لأن التعريض عندنا غير ملحق بالتصريح فلا يكون مما نحن فيه، لكن قضية قول البحر ربما هيجهم التعزير للقتال فيترك أن تركه ليس لكون سببه غير معصية، وكمن لا يفيد فيه إلا الضرب المبرح فلا يضرب أصلاً كما نقله الإمام عن المحققين، وهو الأصح وإن بحث فيه الرافعي بأنه ينبغي ضربه غير مبرح إقامة لصورة الواجب واعتمده جمع، وقد يجامع التعزير الكفارة كمجامع حليلته نهار رمضان وكالمظاهر وحالف يمين غموس وكقتل من لا يقاد به، ومن اجتماعهما تعليق يد السارق في عنقه ساعة زيادة في نكاله وكالزيادة على الأربعين في حد الشرب، وكمن زنى بأمه في الكعبة صائماً رمضان معتكفا محرماً فيلزمه الحد والعنق والبدنة، ويعزر لقطع رحمه

وانتهاك حرمة الكعبة. قال ابن عبد السلام من اجتماعه مع الحد ما لو تكررت رده؛ لأنه إن عزر ثم قتل كان قتله لإصراره وهو معصية جديدة، وإن أسلم عزر ولا حد فلم يجتمعا، وقد يوجد حيث لا معصية كفعل غير مكلف ما يعزر عليه المكلف، وكمن يكتسب باللهو المباح فللوالي تعزير الآخذ والدافع كما اقتضاه كلام الماوردي للمصلحة، وكفي المخنث للمصلحة وإن لم يرتكب معصية

ويحصل التعزير (بحبس أو ضرب) غير مبرح (أو صفع) وهو الضرب بجمع الكف أو بسطها (أو توبيخ) باللسان أو تغريب دون سنة في الحر ودون نصفها في ضده فيما يظهر، ولم أره منقولا، أو قيام من المجلس أو كشف رأس أو تسويد وجه أو حلق رأس لمن يكرهه في زمننا لا لحية وإن قلنا بكرأته وهو الأصح وإركابه الحمار منكوسا والدوران به كذلك بين الناس وتهديده بأنواع العقوبات، وجوز الماوردي صلبه حيا من غير مجاوزة ثلاثة من الأيام، ولا يمنع طعاما ولا شرابا ويتوضأ ويصلي لا موميا خلافا له، على أن الخبر الذي استدل به غير معروف، ويتعين على الإمام أن يفعل بكل معزر ما يليق به من هذه الأنواع وبجنايته، وأن يراعي في الترتيب والتدرج ما مر في دفع الصائل فلا يرقى لمرتبة، وهو يرى ما دونها كافيا، فأو للتبوع ويصح أن يكون لمطلق الجمع إذ للإمام الجمع بين نوعين فأكثر إن رآه

(ويجتهد الإمام في جنسه وقدره) لانتفاء تقديره شرعا ففوض لرأيه واجتهاده لاختلافه باختلاف المعاصي وأحوال الناس ومراتبهم، وأفهم كلامه عدم استيفاء غير الإمام له، نعم للأب والجد تأديب ولده الصغير والمجنون والسفيه للتعلم وسوء الأدب، وما قاله جمع من أن الأصح امتناع ضربهما بالغا ولو سفيها محمول على من طرأ تبذيره، ولم يعد عليه الحجر لنفوذ تصرفه، ومثلهما الأم ومن نحو الصبي في كفالتة كما بحثه الرافعي، وللسيد تأديب قنه ولو لحق الله تعالى وللمعلم تأديب المتعلم منه لكن بإذن ولي المحجور

وللزوج تعزير زوجته لحق نفسه كنشوز لا لحقه تعالى إن لم يبطل أو ينقص شيئا من حقوقه كما لا يخفى (وقيل إن تعلق بأدمي لم يكف توبيخ) لتأكد حقه، ومنع ابن دقيق العيد ضرب المستور بالدرة الآن؛ لأنه صار عارا في ذريته واستحسن، قال الأزرعي: لكن لا يساعده النقل، وأفتى ابن عبد السلام بإدامة حبس من يكثر الجناية على الناس، ولم يفد فيه التعزير إلى موته (فإن جلد وجب أن ينقص) عن أقل حدود المعزر فينقص (في عبد عن عشرين جلدة) ونصف سنة في حبسه فيما يظهر (وحر عن أربعين) جلدة وسنة نظير ما مر. (وقيل) يجب النقص فيهما عن (عشرين) لخبر؟ {من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين} لكنه مرسل (ويستوي في هذا) أي النقص عما ذكر (جميع المعاصي في الأصح). والثاني تقاس كل معصية بما يليق بها مما فيه حد فينقص تعزير مقدمة الزنا عن حده وإن زاد على حد القذف، وتعزير السب عن حد القذف وإن زاد على حد الشرب (ولو عفا مستحق حد فلا تعزير) يجوز (للإمام في الأصح) لانتفاء نظره فيه (أو) مستحق (تعزير فله) أي الإمام التعزير (في الأصح) لتعلقه بنظره، وإن كان لا يستوفيه إلا بعد طلب مستحقه، والفرق بينهما أنه بالعفو يسقط فيبقى حق الإصلاح لينزجر عن عوده لمثل ذلك وقبل الطلب الإصلاح منتظر، فلو أقيم لفات على المستحق حق الطلب وحصول التشفي، لكن لو طلبه لزم الإمام إجابته وامتنع عليه العفو كما رجحه في الحاوي الصغير وتبعه فروعه وغيرهم وإن رجح ابن المقرئ خلافه. أما العفو فيما يتعلق بحقه تعالى فيجوز له حيث يراه مصلحة.

{كتاب الصيال}

هو الاستطالة والوثوب على الغير (ضمان الولاة) ومن متعلقهم ذكر الختان وضمان البهائم؛ لأن الولي يختن المولى عليه ومن مع الدابة ولي عليها. والأصل في ذلك قوله تعالى {فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم} والاعتداء للمشاكلة، وإشارة إلى أن الاستسلام أفضل كما يأتي، والمثلية من حيث الجنس لا الأفراد لما يأتي وخبر {انصر أخاك ظالما أو مظلوما} ونصر الظالم منعه من ظلمه (له) أي الشخص (دفع كل صائل) ولو صبيا ومجنونا ودابة عند غلبة صياله (على) معصوم له أو لغيره من (نفس أو طرف) أو منفعة (أو بضع) أو نحو قبلة محرمة (أو مال) وإن لم يتمول على ما اقتضاه إطلاقهم لخبر {من قتل دون دمه أو ماله أو أهله فهو شهيد} ويلزم منه أن له القتل والقتال، فإن وقع صيال على الجميع في زمن واحد، ولم يمكن إلا دفع واحد فواحد قدم النفس: أي وما يسري إليها كالجرح فالبضع فالمال الخطير فالحقير أو على صبي يلاط به وامرأة يزنى بها قدم الدفع عنها كما هو أوجه احتمالين، واقتضاه كلامهم؛ لأن حد الزنا مجمع عليه ولما يخشى من اختلاط الأنساب المنظور له شرعا (فإن قتله) بالدفع على التدريج الآتي (فلا ضمان) بقصاص ولا دية ولا كفارة، ولو كان صائلا على نحو مال الغير خلافا للشيخ أبي حامد لكونه مأمورا بدفعه فلا يجمع ذلك الضمان غالبا، وقد يجمعه كما يأتي في الجرة، ولو اضطر إنسان لماء أو طعام حرم دفعه عنه ولزم مالكة تمكينه منه، أو أكره على إتلاف مال غيره امتنع دفعه أيضا ويلزم مالكة أن يقيه بماله

(ولا يجب الدفع عن مال) غير ذي روح لنفسه من حيث كونه مالا إذ يباح بالإباحة. نعم لو تعلق بمال نفسه حق لغيره كرهن وإجارة وجب دفعه عنه، أما ذو الروح فالدفع واجب عنه، وإن كان الصائل مالكة لتأكد حقه، والأوجه كما بحثه الأذرعي لزوم الإمام ونوابه الدفع عن أموال رعاياهم (ويجب) مع الأمن على نحو نفسه أو عضوه أو منفعته الدفع (عن بضع) ولو لأجنبية إذ لا سبيل لإباحته، ويتجه وجوبه أيضا في مقدمات الوطاء كقبلة إذ لا تباح بالإباحة، وتقدم أن الزنا لا يباح بالإكراه، فيحرم على المرأة أن تستسلم لمن صال عليها ليزني بها مثلا وإن خافت على نفسها

(وكذا نفس قصدها كافر) محترم أو مهدر فيجب الدفع عنها؛ لأن الاستسلام له ذل في الدين ومقتضاه اعتبار كون المصول عليه مسلما، ووجوب الدفع عن الذمي إنما يخاطب به الإمام لا الآحاد لاحترامه، ووجه امتناع تسلط الكافر على المسلم بالقتل ولو مهذرا (أو بهيمة) لأنها تذب لاستبقاء المهجة فكيف يستسلم لها (لا مسلم) محترم وإن لم يكن مكلفا فلا يجب دفعه (في الأظهر) بل يسن الاستسلام لخبر {كن خيرا بني آدم} ولذا استسلم عثمان رضي الله عنه وقال لعبيده وكانوا أربعمائة: من ألقى سلاحه فهو حر. وقوله تعالى {ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة} مفروض في غير قتل يؤدي إلى شهادة من غير ذل ديني كما هنا، وكانهم إنما لم يعتبروا الاستسلام في القن بناء على شمول ما مر من وجوب الدفع تغليبا لشائبة المال المقتضية لإلغاء النظر للاستسلام إذ هو إنما يكون من مستقل، أما غير المحترم كزان محصن وتارك صلاة وقاطع طريق تحتم قتله فالكافر. والثاني يجب دفعه، وبحث الأذرعي وجوب الدفع عن عضو عند ظن السلامة، وعن نفس ظن بقتلها مفاسد في الحریم والمال (والدفع عن غيره) مما مر بأنواعه سواء في الآدمي المسلم المحترم والذمي (كهو عن نفسه) جوارا ووجوبا حيث أمن على نفسه. نعم لو صال حربي على حربي لم يلزم المسلم دفعه عنه وإن لزمه دفعه عن نفسه، ولو كان معه ودیعة فصال عليها آخر لزمه الدفع عنها لالتزامه حفظها، بل جزم الغزالي بوجوبه عن مال غيره مطلقا مع إمكانه بلا مشقة بدن أو خسران مال أو نقص جاه. قال: وهو أولى من وجوب رد سلام ووجوب شهادة يعلمها، ولو تركهما

ضاع المال المشهود به، وقد تمنع الأولوية بأن ترك الرد والأداء يورث عادة ضغائن مع انتفاء المشقة فيهما بوجه بخلاف ما هنا (وقيل يجب) الدفع عن الغير إذا كان آدميا محترما، ولم يخش على نفسه (قطعا)؛ لأن له الإيثار بحق نفسه دون حق غيره، ومحل الخلاف في غير النبي، أما هو فيجب الدفع عنه قطعا وفي غير الإمام ونوابه لوجوب ذلك عليهم قطعا، وبحث البلقيني عدم سقوط الوجوب بالخوف على نفسه في قتال الحربيين والمرتدين ولا يختص الخلاف بالصائل، بل كل من أقدم على محرم فلاحد منعه خلافا للأصوليين، حتى لو علم شرب خمر أو ضرب طنبور في بيت شخص فله الهجوم عليه وإزالة ذلك، فإن أبى قاتلهم ولو أدى ذلك إلى قتلهم لم يضمن ويثاب على ذلك، وظاهر أن محل ذلك عند أمنه فتنة من ظالم جائر؛ لأن التغرير بالنفس والتعرض لعقوبة ولاية الجور ممنوع

(ولو سقطت جرة) عليه من علو (ولم تندفع عنه إلا بكسرها) هذا قيد للخلاف فكسرها (ضمنها في الأصح) وإن كان كسرها واجبا عليه لم يندفع عنه إلا به إذ لا قصد لها بحال عليه، بخلاف الأدمي والبهيمة. نعم لو كانت موضوعة بمحل عدوان كان وضعت بروشن أو على معتدل لكنها ماثلة أو على وجه يغلب على الظن سقوطها لم يضمنها؛ لأن واضعها هو الذي أتلفها كما قاله الزركشي كالبلقيني، ومقابل الأصح لا، تنزيلا لها منزلة البهيمة الصائلة، ودفع بأن للبهيمة اختيارا، ولو حالت بهيمة بينه وبين طعامه لم تكن صائلة عليه؛ لأنها لم تقصده فلا يلزمه دفعها ويضمنها، وفارق ما مر فما لو عم الجراد الطريق لا يضمنه المحرم؛ لأنه حق لله تعالى فسومح فيه

(ويدفع الصائل) المعصوم على شيء مما مر، ومنه أن يدخل دار غيره بغير إذنه ولا ظن رضاه (بالأخف) فالأخف باعتبار غلبة ظن المصول عليه، ويجوز هنا العض ويتجه أنه بعد الضرب وقبل قطع العضو وعليه يحمل قولهم يجوز العض إن تعين للدفع، (فإن أمكن) الدفع (بكلام) يزره به (أو استغاثة) بمعجمة ومثثة (حرم الضرب) وظاهر هذا مساواة الزجر للاستغاثة، وهو واضح إن لم يترتب على الاستغاثة إلحاق ضرر أقوى من الزجر كإمساك حاكم جائر له، وإلا وجب الترتيب بينهما، وعليه يحمل إطلاق ضرر من أوجهه، ومعلوم أنا وإن أوجبناه فهو بالنسبة لغير الضمان لما علم مما مر أنه لا ضمان بمثل ذلك كالإمساك للقاتل (أو بضرب بيد حرم سوط أو بسوط حرم عصا أو بقطع عضو حرم قتل)؛ لأن ذلك جوز للضرورة ولا ضرورة في الأثقل مع تحصيل المقصود بالأخف، نعم لو التحم القتال بينهما، وانسد الأمر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب كما ذكره الإمام في قتال البغاة، وهو ظاهر؛ لأن في هذه الحالة لو راعينا الأخف أفضى إلى هلاكه، ولو اندفع شره كأن وقع في ماء أو نار أو انكسرت رجله أو حال بينهما جدار أو خندق لم يضربه كما في الروضة، وفائدة الترتيب المذكور أنه متى خالف وعدل إلى رتبة مع إمكان الاكتفاء بما دونها ضمن، ولو لم يجد المصول عليه إلا سيفا جاز له الدفع به، وإن كان يندفع بعصا، إذ لا تقصير منه في عدم استصحابها، ولذلك من أحسن الدفع بطرف السيف بدون جرح يضمن به بخلاف من لا يحسن، ومحل رعاية التدرج في غير الفاحشة، أما فيها كأن أولج في أجنبية، فكذلك أيضا خلافا للماوردي والرويانى كما يعلم ذلك من الروضة بعد في أثناء الباب. أما المهر كزان محصن وحربي ومرتد فلا تجب مراعاة هذا الترتيب فيه بل له العدول إلى قتله لعدم حرمة (فإن) صال محترم على نفسه و (أمكن هرب) أو تحصن منه بشيء وظن النجاة به، وإن لم يتيقنها (فالمذهب وجوبه)؛ لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأسهل فالأسهل (وتحريم قتال) فإن لم يفعل وقاتله فقتله لزمه القصاص كما اقتضاه كلامهم، وهو المعتمد خلافا لما اقتضاه كلام البغوي، ولو صيل على ماله ولم يمكنه الهرب به لم يلزمه كما بحثه

الأذرعى أن يهرب ويدعه له أو على بضعه ثبت إن أمن على نفسه بناء على وجوب الدفع عنه على ما قاله بعضهم، والأقرب وجوب الهرب هنا إن أمكن أيضا، ومحل قولهم يجب الدفع عنه حيث تعين طريقا بأن لم يمكنه هرب أو نحوه، ولو صال عليه مرتد أو حربي لم يجب هرب بل يحرم إن حرم الفرار، والقول الثاني لا يجب، والطريق الثاني حمل نص الهرب على من يتقن النجاة به ونص عدمه على من لم يتقن (ولو عضت يده) مثلا (خلصها) منه بفك لحي فضرب فم فسل يد ففقه عين فقلع لحي فعصر خصية فشق بطن ومتى انتقل لمرتبة مع إمكان أخف منها ضمن نظير ما مر، وقد أشار إلى هذا الترتيب بقوله (بالأسهل من فك لحيه) أي رفع أحدهما عن الآخر من غير كسر ولا جرح (وضرب شدقيه) ولا يلزمه تقديم إنذار بالقول يعلم عدم إفادته (فإن عجز) عن واحد منهما بل أو لم يعجز كما اقتضاه كلام الشافعي رحمه الله وكثيرين. قال الأذرعى: والوجه الجزم به إذا ظن أنه لو رتب أفسدها العاض قبل تخليصها من فيه فبادر (فسلها فندرت) بالنون (أسنانه) أي سقطت (فهدر) لخبر {أنه صلى الله عليه وسلم قضى في ذلك بعدم الدية} والعاض المظلوم كالظالم إذ العوض لا يجوز بحال، وزعم أن قضية كلام المصنف التخيير بين الفك والضرب، وليس كذلك بل الفك مقدم؛ لأنه أسهل غير صحيح؛ لأنه لم يخير بين الشيتين، بل أوجب الأسهل منهما وهو الفك كما تقرر، ولو تنازعا في إمكان الدفع بأيسر مما دفع به صدق المعضوض بيمينه كما جزم به في البحر ومثله في ذلك كل صائل كما قاله الأذرعى، نعم لو اختلفا في أصل الصيال لم يقبل قول نحو القاتل إلا بيينة أو قرينة ظاهرة كدخوله عليه بالسيف مسلولا أو إشرافه على حرمه (ومن نظر) بضم أوله (إلى) واحدة من (حرمه) بضم ففتح فهاء أي زوجاته وإمائه ومحارمه، ويلحق بذلك ولده الأمرد الحسن فيما يظهر ولو غير متجرد، وكذا إليه في حال كشف عورته، ومثله خنثى مشكل أو محرم له مكشوفها (في داره) التي يجوز له الانتفاع بها ولو مستعارة، وإن كان الناظر المعير كما رجحه الأذرعى وغيره دون مسجد وشارع (من كوة أو ثقب) بفتح المثناة ضيقين (عمدا) وليس للناظر شبهة في النظر، ولو كان امرأة ومراها فلها رميه، فإن نظر لخطبة أو شراء أمة حيث يباح له النظر لم يجز رميه، وكذا لو كان الناظر أحد أصوله وإن حرم نظره كما لا يجد بقذفه. (فرماه) أي ذو الحرم وإن لم يكن صاحب الدار أو رتمته المنظور إليها كما بحث الأول البلقيني والثاني غيره، بخلاف الأجنبي الناظر من ملكه أو من شارع في حال نظره لا إن ولى (بخفيف كحصاة) أو ثقيل ولم يجد سواه (فأعماه أو أصاب قرب عينه) مما يخطئ منه إليه غالبا، ولم يقصد الرمي لذلك المحل ابتداء (فجرحه فمات فهدر) لخبر الصحيحين {من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفتقوا عينه} وفي رواية {ففتقوا عينه فلا دية له ولا قصاص} وضح خبر {لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذنك ففتقت عينه ما كان عليك من حرج} ولا نظر لعدم تكليف المراهق إذ الرمي لدفع مفسدة النظر وهي حاصلة به لما مر أنه في النظر كالبالغ، ومن ثم من يرى أنه ليس مثله فيه لا يجوز رميه هنا، وفارق من له نحو محرم بأن هذا شبهته في المحل المنظور إليه، والمراهق لا شبهة له فيه على أن هذا من خطاب الوضع بدليل دفع صبي صائل لكنه هنا لا يتقيد بالمراهق كما هو ظاهر، وإنما يجوز له رميه (بشرط عدم) نحو متاع له أو (محرم) ستر ما بين سرتها وركبتها (وزوجة) وأمة ولو مجردتين (للسناظر) وإلا امتنع رميه لعذره حينئذ، والواو بمعنى أو (قيل و) بشرط عدم (استتار الحرم) وإلا بأن استترن أو كن في منعطف لا يراهن الناظر لم يجز رميه، والأصح لا فرق لعموم الأخبار وحسما لمادة النظر. (قيل و) بشرط (إنذار قبل رميه) تقديمه للأخف كما مر، والأصح عدم وجوبه وهذا محمول على إنذار لا يفيد وإلا وجب تقديمه كما قاله الإمام وهو مرادهم بدليل ما ذكره

في دفع الصائل من تعين الأخف فالأخف، وخرج بنظر الأعمى ونحوه ومسترق السمع فلا يجوز رميها لفوات الاطلاع على العورات الذي يعظم ضرره وبالكوة وما معها النظر من باب مفتوح أو كوة أو ثقب واسع بأن نسب صاحبها إلى تقصير؛ لأن تفريطه بذلك صيره غير محترم فلم يجز له الرمي قبل الإنذار، نعم النظر من نحو سطح ولو للناظر أو منارة كهو من كوة ضيقة إذ لا تفريط من رب الدار وبعمد النظر خطأ أو اتفاقاً فلا يجوز رميه إن علم الرامي ذلك منه، نعم يصدق الرامي في أنه تعمد إذ الاطلاع حصل والقصد أمر باطن، وهذا ذهاب إلى جواز رميه عند غلبة الظن في أنه تعمد، وإن لم يتحقق، وبالأخفيف الثقيل الذي وجد غيره كحجر ونشاب فيضمن حتى بالقود، وقضية كلام المصنف تخييره: بين رمي العين وقربها، لكن المنقول كما قاله الأذرعى وغيره أنه لا يقصد غير العين حيث أمكنه إصابتها، وأنه إذا أصاب غيرها البعيد لا يخطئ منها إليه ضمن وإلا فلا. نعم لو لم يمكنه قصدها ولا ما قرب منها ولم يندفع به جاز رمي عضو آخر في وجه الوجهين، ولو لم يندفع بالأخفيف استغاث عليه، فإن فقد مغيث سن له أن ينشده بالله تعالى فإن أبى دفعه ولو بالسلاح وإن قتله (ولو عزر) من غير إسراف (ولي) محجوره وألحق بوليه ومن حل له الضرب، وما يترتب عليه مما يأتي كآله كأمه (ووال) من رفع إليه، ولم يعاند (زوج) زوجته الحرة لنحو نشوز (ومعلم) من تعلم منه حيث كان حراً بما له دخل في الهلاك وإن ندر (فمضمون) تعزيرهم ضمان شبه العمد على العاقلة إن أدى إلى هلاك أو نحوه لتبين مجاوزته للحد المشروع، بخلاف ما لو ضرب دابة مستأجرها أو رائها إذا اعتيد؛ لأنهما لا يستغنيان عنه، والآدمي يغني عنه فيه القول، أما ما لا دخل له في ذلك كصفعة خفيفة وحبس أو نفي فلا ضمان به، وأما قن أذن سيده لمعلمه أو لزوجها في ضربها فلا ضمان به كما لو أقر كامل بموجب تعزير، وطلبه بنفسه من الوالي كما قاله البلقيني، لكن قيده غيره بما إذا عين له نوعه وقدره، إذ الإذن في الضرب ليس كهو في القتل، وكما أن الإذن الشرعي محمول على السلامة فإذا نال السيد المطلق كذلك، أما معاند توجه عليه حق وامتنع من أدائه مع القدرة عليه، وتعين عقابه طريقاً لوصول المستحق لحقه، فيجوز عقابه حتى يؤدي أو يموت كما قاله السبكي (ولو حد) أي الإمام أو نائبه، ويصح بناؤه للمفعول ولو في نحو مرض أو شدة حر أو برد كما مر (مقدراً) بيان للواقع إذ الحد لا يكون إلا كذلك. ويصح أن يحترز به عن حد الشرب فإن الإمام يتخير فيه بين الأربعين والثمانين فيصير حينئذ بمقتضى ذلك غير مقدر بالنسبة لإرادته، وإن كان مقدراً؛ لأن كلا من الأربعين والثمانين منصوص عليه كما مر فمات (فلا ضمان) بالإجماع إذ الحق قتله

(ولو ضرب شارب) للخمر الحد (بنعال وثياب) فمات (فلا ضمان على الصحيح) بناء على جواز ذلك وهو الأصح. والثاني فيه الضمان بناء على مقابله (وكذا أربعون سوطاً) ضربها فمات لا يضمن (على المشهور) لصحة الخبر بما مر بتقديره بذلك وإجماع الصحابة عليه. والثاني نعم؛ لأن التقدير بها اجتهادي كما مر (أو) حد شارب (أكثر) من أربعين بنحو نعل أو سوط (وجب قسطه بالعدد) ففي أحد وأربعين جزء من أحد وأربعين جزءاً من الدية وفي ثمانين نصفها وتسعين خمسة أضعافها لوقوع الضرب بظاهر البدن فيفوت تماثله فقسط العدد عليه (وفي قول نصف دية) لموته من مضمون وغيره، وبحث البلقيني أن محل ذلك إن ضربه الزائد وبقي ألم الأول، وإلا ضمن ديته كلها قطعاً. لا يقال الجزء الحادي والأربعون لم يطرأ إلا بعد ضعف البدن فكيف يساوي الأول، وقد صادف بدنا صحيحاً؛ لأن هذا تفاوت سهل فتسامحوا فيه، وبأن الضعف نشأ من مستحق فلم ينظر إليه (وبجريان) أي القولان (في قاذف جلد أحداً وثمانين) سوطاً فمات ففي

الأظهر يجب جزء من أحد وثمانين جزءا، وفي قول نصف دية، وكذا في بكر جلد مائة وعشرا

(ولمستقل) بالغ عاقل ولو مكاتبا وسفيها وموصى بإعتاقه بعد موت الموصي وقبل إعتاقه (قطع سلعة) بكسر السين ما يخرج بين الجلد واللحم من الحمصة إلى البطيخة فيه بنفسه أو مأذونه إزالة لشينها بلا ضرر كفصد، ومثلها في جميع ما يأتي عضوه المتأكل (إلا مخوفة) من حيث قطعها (لا خطر في تركها) أصلا بل في قطعها (أو) في كل من قطعها وتركها خطر لكن (الخطر في قطعها أكثر) منه في تركها فيمتنع القطع في هاتين الصورتين لأدائه إلى الهلاك، بخلاف ما لو استويا أو كان الترك أخطر أو الخطر فيه فقط أو لم يكن في القطع خطر أو لا خطر في واحد منهما فيجوز قطعها؛ لأن له فيه غرضا من غير إفضاء إلى الهلاك، وبحث البلقيني وجوبه عند قول الأطباء إن تركه مفض إلى الهلاك. قال الأذرعى: ويظهر الاكتفاء بواحد: أي عدل رواية، وأنه يكفي علم الولي فيما يأتي: أي وعلم صاحب السلعة إن كان فيهما أهلية ذلك (ولأب وجد) لأب وإن علا، ويلحق بهما سيد في قنه وأم إذا كانت قيمة، ولم يقيده بذلك التعزير؛ لأنه أسهل (قطعها من صبي ومجنون مع الخطر) في كل لكن (إن زاد خطر المترك) على القطع لصونهما ماله فبدنه أولى، بخلاف ما إذا زاد خطر القطع اتفاقا أو استويا، وفارقا المستقل بأنه يغتفر للشخص فيما يتعلق بنفسه ما لا يغتفر فيما يتعلق بغيره (لا قطعها مع خطر فيه (لسلطان) ونوابه ووصي فلا يجوز إذ ليس لهم شفقة الأب والجد (وله) أي الولي الأب أو الجد (ولسلطان) ونوابه ووصي (قطعها بلا خطر) عند انتفاء الخطر أصلا، ولو لم يكن في الترك خطر لعدم الضرر، ويمتنع ذلك مطلقا على أجنبي وأب لا ولاية له، فإن فعل فسرى إلى النفس وجب على الأجنبي القود (و) لمن كر (فصد وحجامة) ونحوهما من كل علاج سليم عادة أشار به طبيب لنفعه له (فلومات) المولى عليه (بجائز من هذا) الذي هو قطع السلعة أو الفصد أو الحجامة ومثلها ما في معناها (فلا ضمان) بدية ولا كفارة (في الأصح) لئلا يمتنع من ذلك فيتضرر المولى عليه. والثاني يقول هو مشروط بسلامة العافية كالتعزير. واعلم أن الغزالي وغيره صرحوا بحرمة تثقيب أذان الصبي أو الصبية؛ لأنه إيلام لم تدع إليه حاجة إلا أن يثبت فيه رخصة من جهة نقل ولم تبلغنا، ولعله أشار بذلك لرد ما في فتاوى قاضي خان من الحنفية أنه لا بأس به؛ لأنهم كانوا يفعلونه في الجاهلية ولم ينكره صلى الله عليه وسلم عليهم، نعم في الرعاية للحنابلة جوازه في الصبية لغرض الزينة ويكره في الصبي. وأما خبر {أن النساء أخذن ما في آذانهن وألقينه في حجر بلال وهو صلى الله عليه وسلم يراهن} فلا يدل للجواز لتقدم السبب قبل ذلك فلا يلزم من سكوته عليه حله، ودعوى أن تأخير البيان عن وقت الحاجة ممتنع غير مجد هنا؛ لأنه ليس فيه تأخير ذلك إلا لو سئل عن حكم التثقيب أو رأى من يفعله أو بلغه ذلك فهذا هو وقت الحاجة، وأما أمر وقع وانقضى، ولم يعلم هل فعل بعد أو لا فلا حاجة لبيانه، نعم في خبر للطبراني بسند رجاله ثقات عن {ابن عباس أنه عد من السنة في الصبي يوم السابع أن تثقب أذانه} وهو صريح في جوازه للصبي فالصبية أولى، إذ قول الصحابي من السنة كذا في حكم المرفوع، وبهذا يتأيد ما ذكر عن قاضي خان، فالأوجه الجواز

(ولو فعل سلطان) أو غيره ولو أبا (بصبي) أو مجنون (ما منع) منه فمات (فدية مغلظة في ماله) لتعديه ولا قود لشبهة الإصلاح إلا إذا كان الخوف في القطع أكثر كما قطع به الماوردي (وما وجب بخطأ إمام) أو نوابه (في حد) أو تعزير (وحكم) في نفس أو نحوها (فعلى عاقلته) كغيره (وفي قول في بيت المال) إن لم يظهر منه تقصير؛ لأن خطره يكثر بكثرة الوقائع بخلاف غيره، والكفارة في ماله قطعاً وكذا خطؤه في المال (ولو

حده بشاهدين) فمات منه (فبانا) غير مقبولي الشهادة كأن بانا (عبدین أو ذميين أو مراهقين) أو فاسقين أو امرأتين أو بان أحدهما كذلك (فإن قصر في اختبارهما) بان تركه أصلاً كما قاله الإمام (فالضمان عليه) قوداً أو غيره إن تعمد، وإلا فعلى عاقلته، وبما فسر به الإمام يدفع تنظير الأذرعى في القود بأنه يدرأ بالشبهة إذ مالك وغيره يقبلهما؛ لأن صورة البينة التي لم يبحث عنها غير شبهة له (وإلا) بان لم يقصر في اختبارهما بل بحث عنه (فالقولان) أظهرهما وجوب الضمان على عاقلته، وقيل في بيت المال (فإن ضمنا عاقلة أو بيت المال فلا رجوع) لأحدهما (على العبدین والمذميين في الأصح) لزعمهما الصدق، والإمام هو المتعدي بترك بحثه عنهما، وكذا المراهقان والفاسقان إن لم يكونا متجاهرين. أما المتجاهران فيرجع عليهما على المعتمد؛ لأن الحكم بشهادتهما يشعر بتدليسهما وتغريبهما حتى قبلا إذ الفرض أنه لم يقصر في البحث عنهما

(ومن) عالج كان (حجم أو فصد بإذن) ممن يعتبر إذنه فأفضى إلى تلف (لم يضمن) وإلا لم يفعله أحد، ولو أخطأ الطبيب في المعالجة، وحصل منه التلف وجبت الدية على عاقلته، وكذا من تطيب بغير علم كما قاله في الأنوار لخبر {من تطيب، ولم يعرف الطب فهو ضامن} رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه (وقتل جلاد وضربه بأمر الإمام كمباشرة الإمام إن جهل ظلمه) كان اعتقد الإمام تحريمه والجلاد حله (وخطأه) فيضمن الإمام دون الجلاد؛ لأنه آتاه ولئلا ترغب الناس عنه، نعم يسن له التكفير في القتل، وقول صاحب الوافي إن مثل ذلك ما لو اعتقد وجوب طاعة الإمام في المعصية؛ لأنه مما يخفى غير ظاهر، وبتقدير صحته فإنما يكون شبهة في درء القود لا المال، وحينئذ فالأوجه وجوبه عليه، ولا شيء على الإمام إلا إن أكرهه كما في قوله (وإلا) بان علم ظلمه أو خطأه كان اعتقداً حرمة أو اعتقداً للجلاد وحده (إن لم يكن إكراه) من جهة الإمام لتعديه فإن أكرهه ضمناً المال وقتلا في الشق الأول، وعلم مما تقرر أن المواو في قوله وخطأه بمعنى أو

(ويجب ختان) لذكر وأنثى إن لم يولدا مختونين لقوله تعالى {ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفاً} ومنها الختان، وقد اختتن وهو ابن ثمانين سنة، وصح أنه مائة وعشرون، والأول أصح، وقد يحمل الأول على حسابانه من النبوة والثاني من الولادة، بالقدوم اسم موضع، وقيل آلة للنجار، ثم كفيته في (المرأة بجزء) يقطع يقع عليه الاسم (من اللحم) الموجودة (بأعلى الفرج) فوق ثقبه البول تشبه عرف الديك وتسمى البظر بموحدة مفتوحة فمعجمة وتقليله أفضل (و) في (الرجل بقطع) جميع (ما يغطي حشفته) حتى تنكشف كلها، وعلم من ذلك أن غرلته لو تقلصت حتى انكشفت الحشفة كلها، فإن أمكن قطع شيء مما يجب قطعه في الختان منها دون غيرها، وجب ولم ينظر لذلك التقلص؛ لأنه قد يزول فيستر الحشفة، وإلا سقط الوجوب كما لو ولد مختوناً. وروي أن نبينا صلى الله عليه وسلم ولد مختوناً كثلثة عشر نبياً، وأن جبريل ختنه حين طهر قلبه، وأن عبد المطلب ختنه يوم سابعه ولم يصح في ذلك شيء على ما قاله جمع من الحفاظ ولم ينظروا لقول الحاكم إن الذي تواترت به الرواية أنه ولد مختوناً. وممن أطال في رده الذهبي ولا لتصحيح الضياء حديث ولادته مختوناً؛ لأنه ثبت عندهم ضعفه. ويمكن الجمع بأنه يحتمل أنه كان هناك نوع تقلص في الحشفة، فنظر بعض الرواة للصورة فسماه ختاناً، وبعضهم للحقيقة فسماه غير ختان. وقد قال بعض المحققين من الحفاظ: الأشبه بالصواب أنه لم يولد مختوناً، وإنما يجب الختان في حي (بعد البلوغ) والعقل لانتفاء التكليف قبلهما فيجب ذلك فوراً بعدهما ما لم يخف فيه فيؤخر إلى أن يغلب على الظن السلامة منه، ويأمره الإمام به حينئذ، فإن

امتنع أجبره عليه ولا يضمنه لو مات إلا أن يفعله به في شدة حر أو برد فعليه نصف ضمانه، ولو بلغ مجنوناً لم يجب ختانه، وأفهم ذكره الرجل والأنثى عدم وجوبه في الخنثى بل لا يجوز لامتناع الجرح مع الإشكال ولا جناية منه، ومن له ذكران عاملان يختنان، فإن تميز الأصلي منهما ختن فقط، فإن شك فكالخنثى (ويندب تعجيله في سابعه) أي سابع يوم ولادته {لأنه صلى الله عليه وسلم ختن الحسن والحسين يوم سابعهما} ويكره قبل السابع، فإن أخر عنه ففي الأربعين وإلا ففي السنة السابعة؛ لأنها وقت أمره بالصلاة، ولا يحسب من السبعة يوم ولادته؛ لأنه كلما أخر قوي عليه وبه فارق العقيقة؛ لأنها بر فندب الإسراع إليه، ويسن إظهار ختان الذكور وإخفاء ختان الإناث كما نقله جمع عن ابن الحاج المالكي (فإن ضعف عن احتماله) في السابع (أخر) وجوباً إلى احتماله له

(ومن ختنه في سن لا يحتمله) لضعف ونحوه أو شدة حر أو برد فمات (لزمه قصاص) لتعديه بالجرح المهلك، نعم إن ظن كونه محتملاً له فالمتجه عدم القود لانتفاء تعديه (إلا والدا) وإن علا مر أنه لا يقتل بولده، نعم تلزمه دية مغلظة في ماله؛ لأنه عمد محض وكذا مسلم في كافر وحر لقن لما مر من عدم قتله به أيضاً (فإن احتمله وختنه ولي) ولو وصيا وقيماً (فلا ضمان في الأصح) لإحسانه بتقديمه إذ هو أسهل عليه ما دام صغيراً، بخلاف الأجنبي لتعديه ولو مع قصد إقامة الشعار كما اقتضاه إطلاقهم، وهو الأوجه وإن خالف فيه الزركشي؛ لأن ظن ذلك لا يبيح له الإقدام بوجه فلا شبهة، وليس كقطع يد سارق بغير إذن الإمام لإهدارها بالنسبة لكل أحد مع تعدي السارق بخلافه هنا، نعم إن ظن الجواز وعذر بجهله فالقياس عدم وجوب القود، وكذا خاتن بإذن أجنبي ظنه ولياً فيما يظهر. والثاني إلى أنه غير واجب في الحال (وأجرته) وبقية مؤنه (في مال المختون) فإن لم يكن فعلى من عليه مؤنته كالسيد، ويجب أيضاً قطع سرية المولود بعد ولادته بعد نحو ربطها لتوقف إمساك الطعام عليه، والمخاطب به هنا الولي إن حضر، وإلا فمن علم به عينا تارة وكفاية أخرى كإرضاعه؛ لأنه واجب فوري لا يقبل التأخير، فإن فرط فلم يحكم القطع أو نحو الربط ضمن وكذا الولي.

(فصل)

في حكم إتلاف البهائم

(من كان مع دابة أو دواب) في طريق مثلاً ولو مقطورة سائقا أو قائداً أو راكباً سواء أكانت يده عليها بحق أم بغيره، وإن لم يكن مكلفاً أو قنناً أذن سيده أم لا كما شمله كلامهم، ويتعلق متلفها برقبته فقط، ويفرق بين هذا ولقطة أقرها مالكه بيده فتلفت فإنها تتعلق برقبته وبقية أموال السيد بأنه مقصر ثم بتركها بيده المنزلة منزلة المالك بعد علمه بها ولا كذلك هنا، ودعوى أن القن لا يد له ممنوعة بأنه ليس المراد باليد هنا المقتضية للملك بل المقتضية للضمان وهو بهذا المعنى له يد كما لا يخفى (ضمن إتلافها) بجزء من أجزائها (نفساً) على العاقلة (ومالاً) في ماله (ليلاً ونهاراً)؛ لأن فعلها منسوب له وعليه تعهدا وحفظها، فإن كان معها سائق وقائد وراكب ضمن الراكب، فإن لم يكن راكب فعليهما أو ركبها اثنان فعلى المقدم دون الرديف كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لأن فعلها منسوب إليه، وإن كانا لو تنازعا فيها كانت لهما، وخرج بقوله مع دابة ما لو انفلتت منه بعد إحكام نحو ربطها، وأتلفت شيئاً فإنه لا يضمن كما سيذكره، ويستثنى من إطلاقه ما لو نخسها غير من معها فضمن إتلافها على الناحس ما لم يأذن له فيه وإلا فعليه، ولو ردها راد تعلق ضمان ما أتلفته بعده الراد، وما لو غلبته فاستقبلها آخر وردها فإن الراد يضمن ما أتلفته في انصرافها، وما لو سقط هو أو مركوبه ميتاً على شيء فأتلفه فلا ضمان كما لو انتفخ ميت فانكسر به قارورة بخلاف طفل سقط عليها؛ لأن له فعلاً، وإلحاق

الزركشي بسقوطه بالموت سقوطه بنحو مرض أو ربح شديدة فيه نظر، وإن زعم بعضهم أن فيه نظرا لوضوح الفرق، ولو كان راكيبا يقدر على ضبطها فاتفق أنها غلبته لنحو قطع عنان وثيق، وأتلف شيئا لم يضمن على ما قاله بعضهم، والمعتمد كما اقتضاه كلامهما واعتمده البلقيني وغيره وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى الضمان، وما لو أركب أجنبي بغير إذن الولي صبيا أو مجنونا دابة لا يضبطها مثلها فإنه يضمن متلفها، وما لو كان مع دواب راع فتفرقت لنحو هيجان ربح أو ظلمة لا لنحو نوم وأفسدت زرعاً فلا يضمنه كما لو ند بعيره أو انفلتت دابته من يده وأفسدت شيئا، لكن هذا خارج بقوله مع دابة فأيراده غير صحيح، وما لو ربطها بطريق متسع بإذن الإمام أو نائبه كما لو حفر فيه لمصلحة نفسه، وخرج بقولنا في الطريق مثلا من دخل دارا بها كلب عقور فعقره أو دابة فرفسته فلا يضمنه صاحبهما إن علم بحالهما وإن أذن له في دخولها، بخلاف ما إذا جهل فإن أذن له في المدخول ضمنه وإلا فلا، وبخلاف الخارج منهما عن المدار ولو بجانب بابها؛ لأنه ظاهر يمكن الاحتراز عنه، وخرج به أيضا ربطها بموات أو ملكه فلا يضمن به متلفها بالاتفاق، ولو أجره دارا إلا بيتا معينا فأدخل دابته فيه، وتركه مفتوحا فخرجت وأتلفت مالا للمكتري لم يضمنه، ولا يرد على قوله نفسا ومالا صيد الحرم وشجره وصيد الإحرام فإنه يضمنها؛ لأنهما لا يخرجان عنهما، ولو ربط فرسه في خان فقال لصغير خذ من هذا التبن واعلفها ففعل فرفسته فمات وهو حاضر ولم يحذره منها، وكانت رموحا ضمنه على عاقلته، ومحل ما تقرر في غير الطير، أما هو فلا ضمان بإتلافه مطلقا؛ لأنه لا يدخل تحت اليد ما لم يرسل المعلم على ما صار إتلافه له طبعاً، وأفتى البلقيني في نحل قتل جملا بأنه هدر لتقصير صاحبه دون صاحب النحل، إذا لا يمكن ضبطه

(ولو بالت أو راثت بطريق فتلف به نفس أو مال فلا ضمان) وإلا لامتنع الناس من المرور ولا سبيل إليه، وهذا ما جرى عليه كالرافعي هنا، وهو احتمال للإمام لكنه هو المعتمد، وإن زعم كثير أن نص الأم والأصحاب الضمان، وقد مر أنه لا يعترض عليهما بمخالفتهما لما عليه الأكثرين (ويحترز) المار بطريق (عما لا يعتاد) فيها (كركض شديد في وحل) أو في مجمع الناس (فإن خالف ضمن ما تولد منه) لتعديه كما لو ساق الإبل غير مقطورة أو البقر أو الغنم في السوق أو ركب فيه ما لا يركب مثله إلا في صحراء وإن لم يكن ركض. أما الركض المعتاد فلا يضمن ما تولد منه (ومن حمل حطباً على ظهره أو بهيمة) وهو معها، وسيأتي حكم ما لو أرسلها (فحك بناء فسقط ضمنه) ليلاً أو نهاراً لوجوب التلف بفعله أو فعل دابته المنسوب إليه، نعم لو كان مستحق الهدم، ولم يتلف من الآلة شيء فلا ضمان، كان بنى بناء مائلاً إلى شارع أو ملك غيره لا إن كان مستويا، ثم مال خلافاً للبلقيني في الأخيرة (وإن دخل) من معه حطب (سوقاً فتلف به نفس أو مال) مستقبلاً كان أو مستديراً (ضمن) هـ (إن كان) ثم (زحام، فإن لم يكن) زحام (وتمزق) به (ثوب) مثلاً (فلا) يضمنه (إلا ثوب) أو متاع أو بدن (أعمى) أو معصوب العين لرمد ونحوه كما ذكره الأزرعي وغيره (ومستدير البهيمة فيجب تنبيهه) أي من ذكر، فإن لم يفعل ضمن الكل، والأشبه أن مستقبل الحطب ممن لا يميز لصغر أو جنون كالأعمى، قاله الأزرعي، ولو كان غافلاً أو ملتفتاً أو مطرقاً مفكراً ضمنه صاحب الحطب، إذ لا تقصير حينئذ. وألحق البغوي وغيره بما إذا لم ينبهه ما لو كان أصم وإن لم يعلم بصممه؛ لأن الضمان لا يختلف بالعلم وعدمه، وقيد الإمام والغزالي وغيرهما البصير المقبل بما إذا وجد منحرفاً. وقضيته أنه إذا لم يجده لضيق وعدم عطفة يضمن؛ لأنه في معنى الزحام، نبه عليه الزركشي وهو ظاهر، قال: ولو دخل السوق في غير وقت الزحام فحدث زحام فالمتجه إلحاقه بما إذا لم يكن زحام لعدم تقصيره كما لو حدثت الريح،

وأخرجت المال من النقب لا قطع فيه بخلاف تعريضه للريح الهابة، ومحل ما تقرر حيث لا فعل من صاحب الثوب، فإن تعلق الحطب به فجذبه فنصف الضمان على صاحب الحطب يجب كلاحق وطئ مداس سابق فانقطع، فإنه يلزمه نصف الضمان؛ لأنه انقطع بفعله وفعل السابق، وقوله في الروضة ينبغي أن يقال إن انقطع مؤخر السابق فالضمان على اللاحق أو مقدم مداس اللاحق فلا ضمان على السابق، يرد بأنه لا يشترط تساويهما في قوة الاعتماد، وضعفه لعدم انضباطهما فسقط اعتبارهما، ووجب إحالة ذلك على السببين جميعا كما في المصطدمين فإنه لا عبرة بقوة مشي أحدهما وقلة حركة الآخر (وإنما يضمنه) أي ما ذكر صاحب البهيمة (إذا لم يقصر صاحب المال، فإن قصر بأن وضعه بطريق) ولو واسعاً، وإن أذن الإمام كما اقتضاه إطلاقهم إذ الفرض هنا تعريضه متاعه للتلف وهو موجود (أو عرضه للدابة فلا) يضمنه؛ لأنه المضيع لماله، وأفتى القفال بأن مثله ما لو أمر إنسان بحمار الحطب، يريد التقدم عليه فمزق ثوبه فلا ضمان على سائقه لتقصيره بمروره عليه. قال: وكذا لو وضع حطب بطريق واسع فمر به آخر فتمزق به ثوبه

(وإن كانت الدابة وحدها) وقد أرسلها في الصحراء (فأتلقت زرعاً أو غيره نهارة لم يضمن صاحبها) أي من وضع يده عليها، سواء أكانت بحق كمودع أم بغيره كغاصب، وما نازع به البلقيني في نحو المودع بأن عليه أن لا يرسلها إلا بحافظ رد بأن هذا عليه من حيث حفظها لا من حيث جهة إتلافها، بل والعادة محكمة فيه كالمالك (أو ليلاً ضمن) إذ العادة الغالبة حفظ الزرع نهارة والدابة ليلاً، ولذا لو جرت عادة بلد بعكس ذلك انعكس الحكم أو بحفظهما فيهما ضمن فيهما، أما لو أرسلها في البلد ضمن مطلقاً لمخالفته العادة، ويستثنى من عدم الضمان المذكور في كلامه ما إذا توسطت المراعي والمزارع فأرسلها بلا راع فإنه يضمن ما أفسدته ليلاً أو نهارة؛ لأن العادة حينئذ عدم إرسالها بلا راع، ومن ثم لو اعتيد إرسالها بدونه فلا ضمان كما صرحوا به، وحينئذ فلا استثناء؛ لأن المدار في كل على ما اعتيد فيه، ولو تكاثرت فعجز أصحاب الزرع عن ردها فيضمن أصحابها كما رجح البلقيني لمخالفته للعادة، وما لو أرسلها في موضع مغصوب فانتشرت منه لغيره وأفسدته فيضمنه مرسلها ولو نهارة كما بحثه البلقيني. وإذا أخرجها عن ملكه فضاعت أو رمى عنها متاعاً حمل عليها تعدياً لا في نحو مفازة فالمتجه نفي الضمان عنه إذ يخاف من بقائها بملكه إتلافها لشيء وإن قل، بخلاف ما إذا لم يخش ذلك، ولم يسببها مالكة فإن الأوجه فيه الضمان؛ لأنها حينئذ كثوب طيرته الريح إلى داره فيلزمه حفظها أو إعلامه بها فوراً، وظاهر أن خشية الإتلاف مع العجز عن حفظها كالإتلاف (إلا أن لا يفرض في ربطها) بأن أحكمه وأغلق الباب، واحتاط على العادة فخرجت ليلاً لنحو حلها، أو فتح لص الباب فلا يضمن لعدم تقصيره، وكذا لو خلاها بمحل بعيد لم يعتد ردها منه للمنزل كما نقله البلقيني واعتمده (أو فرط مالك ما أتلفته كأن عرضه أو وضعه بطريقها أو (حضر صاحب المزارع) مثلاً (وتهاون في دفعها) عنه لتفريطه، نعم إن حفر محله بالمزارع ولزم من إخراجها منه دخولها لها لزمه إبقاؤها بمحله، ويضمن صاحبها ما أتلفته؛ أي قبل أن يتمكن من نحو ربط فمها كما هو الأوجه، وإلا فهو المتلف لماله، ولو كان الذي يجانبه زرع مالكة اتجه عدم إخراجها له عند تساويهما لانتفاء ضرره في إبقائها، وأفهم قوله وتهاون جواز تنفيره لها عن زرعه بقدر الحاجة بحيث يأمن من عودها، فإن زاد، ولو داخل ملكه ضمن ما لم يكن مالكة سببها كما مر. (وكذا إن كان الزرع في محوط له باب تركه مفتوحاً في الأصح) لتقصيره بعدم إغلاقه، والثاني يضمن لمخالفته للعادة في ربطها ليلاً (وهرة تتلف طيراً أو طعاماً إن عهد ذلك منها) ولو مرة كما بحثه بعضهم، ويحتمل ضبطه بما يعلم به تأدب جارحة الصيد (ضمن مالكة)

يعني من يؤويها؛ لأنه كان من حقه ربطها ليكفي غيره شرها، نعم لو ربطها فانفلتت بغير تقصير منه فلا ضمان (في الأصح ليلا ونهارا) لما مر، ومثلها كل حيوان عرف بالإضرار، وإن لم يملك فيضمن ذو جمل أو كلب عقور ما يتلفه إن أرسله أو قصر في ربطه، والثاني لا يضمن ليلا ولا نهارا؛ لأن العادة أن الهرة لا تربط (وإلا) بأن لم يعهد ذلك منها (فلا) يضمن (في الأصح)؛ لأن العادة حفظ الطعام عنها لا ربطها ولا يجوز قتل من عهد ذلك منها، إلا حالة عدوها فقط حيث تعين قتلها طريقا لدفعها، وإلا دفعها كالصائل وشمل ذلك ما لو خرجت أذيتها عن عادة القلط وتكرر ذلك منها. والثاني يضمن في الليل دون النهار كالدابة، وشمل ما تقرر ما لو كانت حاملا فتدفع كما لو صالت وهي حامل، وسئل البلقيني عما جرت به العادة من ولادة هرة في محل وتآلف ذلك المحل بحيث تذهب وتعود إليه للإيواء فهل يضمن مالك المحل متلفها؟ وأجاب بعدمه حيث لم تكن في يد أحد، وإلا ضمن ذو اليد

{كتاب السير}

جمع سيرة وهي الطريقة، والمقصود منها هنا أصالة الجهاد المتلقى تفصيله من سيرته صلى الله عليه وسلم في غزواته، وهي سبع وعشرون. والأصل فيه آيات كثيرة وأحاديث صحيحة شهيرة (كان الجهاد في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم) قبل الهجرة ممتنعا؛ لأن الذي أمر به صلى الله عليه وسلم أول الأمر هو التبليغ والإنذار والصبر على أذى الكفار تألفا لهم، ثم أذن الله بعدها للمسلمين في القتال بعد نهييه عنه في نيف وسبعين آية إذا ابتدأهم الكفار به، ثم أباح الابتداء به في غير الأشهر الحرم، ثم في السنة الثامنة بعد الفتح أمر به على الإطلاق بقوله {انفروا خفافا وثقالا}، {وقاتلوا المشركين كافة} وهذه آية السيف، وقيل التي قبلها (فرض كفاية) لا عين لكن على التفصيل المذكور، وإلا لتعطل المعاش، ولأنه تعالى فاضل بين المجاهدين والقاعدين ووعد كلا الحسنين بقوله {لا يستوي القاعدون} الآية والعاصي لا يوعد بها ولا تفاضل بين ماجور ومأزور (وقيل) فرض (عين) لقوله تعالى {إلا تنفروا يعذبكم عذابا أليما} والقاعدون في الآية كانوا حراسا، ورد بأن ذلك الوعيد لمن عينه صلى الله عليه وسلم لتعين الإجابة حينئذ أو عند قلة المسلمين

(وأما بعده فللكفار) أي الحربين (حالان): (أحدهما يكونون) أي كونهم (ببلادهم) مستقرين فيها غير قاصدين شيئا (ف) الجهاد حينئذ (فرض كفاية) ويحصل إما بتشجين الثغور وهي محال الخوف التي تلي بلادهم بمكافئين لهم لو قصدوها مع إحكام الحصون والخنادق وتقليد ذلك لأمرائنا المؤمنين المشهورين بالشجاعة والنصح للمسلمين، وإما بأن يدخل الإمام أو نائبه بشرطه دارهم بالجيوش لقتالهم؛ لأن الثغور إذا شحنت كما ذكر كان في ذلك إخماد لشوكتهم وإظهار لقهرهم لعجزهم عن الظفر بشيء منا، وأقله مرة في كل سنة، فإن زاد فهو أفضل ما لم تدع حاجة إلى أكثر من مرة، وإلا وجب وشرطه كالمرة أن لا يكون بنا ضعف أو نحوه كرجاء إسلامهم، وإلا آخر حينئذ، وتندب البداءة بقتال من يلينا ما لم يكن الخوف من غيرهم أكثر، فتجب البداءة بهم وأن يكثره ما استطاع، ويثاب على الكل ثواب فرض الكفاية، وحكم فرضها الذي هو مهم بقصد حصوله من غير نظر بالذات لفاعله أنه (إذا فعله من فيهم كفاية) ولو لم يكونوا من أهل فرضه كصبيان وإناث ومجانين (سقط الحرج) عنه إن كان من أهله و (عن الباقيين) رخصة وتخفيفا عليهم، نعم القائم بفرض العين أفضل من القائم بفرض الكفاية خلافا لما نقل عن المحققين، وإن أقره المصنف في الروضة وأفهم السقوط أنه يخاطب به الكل وهو الأصح، وأنه إذا تركه الكل أثم أهل فرضه كلهم وإن جهلوا: أي وقد قصرُوا في جهلهم به

ولما كان شأن فروض الكفاية مبهما لكثرتها وخفائها ذكر منها جملة في أبوابها، ثم استطرد منها جملة أخرى هنا فقال (ومن فروض الكفاية القيام بإقامة الحج) العلمية والبراهين القاطعة في الدين على إثبات الصانع، وما يجب له من الصفات، وما يستحيل عليه منها والنبوات وصدق الرسل وما أرسلوا به من الأمور الضرورية والنظرية (وحل المشكلات في الدين) لتندفع الشبهات وتصفو الاعتقادات عن تمويهات المبتدعين ومعضلات الملحدين، ولا يحصل كمال ذلك إلا بإتقان قواعد علم الكلام المبنية على الحكميات والإلهيات ومن ثم قال الإمام: لو بقي الناس على ما كانوا عليه في صفوة الإسلام لما أوجبنا التشاغل به، وأما الآن فقد ثارت البدع ولا سبيل إلى تركها تلتطم فلا بد من إعداد ما يدعى به إلى طريق الحق، وتحل به الشبهة، فصار الاشتغال بأدلة المعقول وحل الشبهة من فروض الكفاية. قال الغزالي: الحق أنه لا يطلق مدحه ولا ذمه ففيه منفعة ومضرة، فباختبار منفعته أوقت الانتفاع حلال أو مندوب أو واجب، وباعتبار مضرته وقت الإضرار حرام، ويجب على من لم يرزق قلبا سليما أن يتعلم أدوية أمراض القلب من كبر وعجب ورياء ونحوها كما يجب كفاية تعلم علم الطب

(و) القيام (بعلوم الشرع كتفسير وحديث والفروع) الفقهية زائدا على ما لا بد منه (بحيث يصلح للقضاء) والإفتاء بأن يكون مجتهدا مطلقا، وما يتوقف عليه ذلك من علوم العربية وأصول الفقه وعلم الحساب المضطر إليه في المواريث والأقارير والوصايا وغير ذلك مما يأتي في باب القضاء، فيجب الإحاطة بذلك كله لشدة الحاجة إلى ذلك، وبما تقرر علم أن قوله بحيث متعلق بعلوم وتعريف الفروع للتفنن، وما بحثه الفخر الرازي من أنه لا يحصل فرض الكفاية في اللغة والنحو إلا بمعرفة جمع يبلغون حد التواتر، وعلله بأن القرآن متواتر ومعرفته متوقفة على معرفة اللغة، فلا بد أن تثبت بالتواتر حتى يحصل الوثوق بقولهم فيما سبيله القطع يرد بأن كتبها متواترة، وتواتر الكتب معتد به كما صرحوا به فيظهر حصول فرضهما بمعرفة الأحاد كما اقتضاه إطلاقهم لتمكنهم من إثبات ما نوزع فيه من تلك الأصول بالقطع المستند لما في كتب ذلك الفن، ولا يكفي في إقليم مفت وقاض واحد لعسر مراجعته، بل لا بد من تعددهما بحيث لا يزيد ما بين كل مفتين على مسافة القصر وقاضيين على مسافة العدوى لكثرة الخصومات، أما ما يحتاج إليه في فرض عيني أو في فعل آخر أراد مباشرته ولو بوكيله فتعلم ظواهر أحكامه غير النادرة فرض عين، وإنما يتوجه فرض الكفاية في العلم على كل مكلف حر ذكر غير بليد مكفى ولو فاسقا غير أنه لا يسقط به لعدم قبول فتواه ويسقط بالعبد والمرأة في أوجه الوجهين، وبقوله غير بليد مع قول المصنف كابن الصلاح أن الاجتهاد المطلق انقطع من نحو ثلثمائة سنة يعلم أن لا إثم على الناس اليوم بتعطيل هذا الفرض، وهو بلوغ درجة الاجتهاد المطلق؛ لأن الناس صاروا كلهم بلداء بالنسبة إليها وما قيل إن قوله والفروع " إن " عطف على تفسير اقتضى بقاء شيء من علوم الشرع أو على مدخول الباء اقتضى أن الفروع ليست من علوم الشرع، وليس كذلك يجاب عنه بصحة ذلك على كل منهما، أما الأول فتكون الكاف فيه استقصائية. وأما الثاني فلأنه من عطف الخاص على العام اهتماما بشأنه، وقد يقال علوم الشرع قد يراد بها تلك الثلاثة فقط، وهي عرفهم في باب الوصية ونحوها، وقد يراد بها هي وآلتها وهي عرفهم في مواضع آخر منها هذا لما صرحوا به أن فرض الكل كفاية

(والأمر) بيده فلسانه فقلبه ولو فاسقا (بالمعروف) أي الواجب (والنهي عن المنكر) أي المحرم، لكن محله في واجب أو حرام مجمع عليه، أو اعتقد الفاعل تحريمه بالنسبة لغير الزوج إذ له منع زوجته الحنفية من شرب النبيذ مطلقا حيث كان شافعيًا، والقاضي إذ العبرة باعتقاده كما يأتي

ومقلد من لا يجوز تقليده لكونه مما ينقض فيه قضاء القاضي، ويجب الإنكار على معتقد التحريم، وإن اعتقد المنكر إباحته؛ لأنه يعتقد حرمة النسبة لفاعله باعتبار عقيدته، ويمتنع على عامي يجهل حكم ما رآه إنكار حتى يخبره عالم بأنه مجمع عليه أو محرم في اعتقاد فاعله، ولا لعالم إنكار مختلف فيه حتى يعلم من فاعله اعتقاد تحريمه له حالة ارتكابه لاحتمال أنه حينئذ قلد القائل بحله أو جاهل بحرمة؛ أما من ارتكب ما يرى إباحته بتقليد صحيح فلا يحل الإنكار عليه لكن لو ندب للخروج من الخلاف برفق فحسن، وإنما حد الشافعي حنفيًا شرب نبيذا يرى حله لضعف أدلته، ولأن العبرة بعد الرفع بعقيدة المرفوع إليه فقط، ولم نراع ذلك في ذمي رفع إليه لمصلحة تألفه لقبول الجزية، هذا كله في غير المحتسب، أما هو فينكر وجوباً على من أخل بشيء من الشعائر الظاهرة ولو سنة كصلاة العيد والأذان، ويلزمه الأمر بهما، ولكن لو احتج في إنكار ذلك لقتال لم يفعله إلا على أنه فرض كفاية وليس لأحد البحث والتجسس واقتحام الدور بالظنون، نعم إن غلب على ظنه وقوع معصية ولو بقريئة ظاهرة كأخبار ثقة جاز له بل وجب عليه التجسس إن فات تداركها كقتل وزنا وإلا فلا، ولو توقف الإنكار على الرفع للسلطان لم يجب لما فيه من هتك عرضه وتغريم المال، نعم لو لم ينزجر إلا به جاز، وشرط وجوب الأمر بالمعروف أن يأمن على نفسه وعضوه وماله وإن قل كما شمله كلامهم بل وعرضه كما هو ظاهر، وعلى غيره بأن يخاف عليه مفسدة أكثر من مفسدة المنكر الواقع، ويحرم مع الخوف على الغير، ويسن مع الخوف على النفس، والنهي عن الإلقاء باليد إلى التهلكة مخصوص بغير الجهاد ونحوه كمكره على فعل حرام غير زنا وقتل، ولو فعل مكفر بل الصبر على ما أكره به وعلى قتل لزوماً فيلزمه الصبر عليه، وأمن أيضاً أن المنكر عليه لا يقطع نفقته وهو محتاج إليها، ولا يزيد عنادا ولا ينتقل إلى ما هو أفحش وسواء في لزوم الإنكار أظن أن المأمور يمثل أم لا

(وإحياء الكعبة كل سنة بالزيارة) بحج وعمرة، ولا يغني أحدهما عن الآخر ولا الصلاة والاعتكاف والطواف عن أحدهما، لأنهما المقصد الأعظم من بناء البيت، وفي الأول إحياء تلك المشاعر، الأقرب أنه لا بد في القائمين بذلك من عدد يحصل بهم الشعار عرفاً وإن كانوا من أهل مكة، ويفرق بينه وبين أجزاء واحد في صلاة الجنازة بأن القصد ثم الدعاء والشفاعة، وهما حاصلان به، وهنا الإحياء وإظهار ذلك الشعار الأعظم فاشترط فيه عدد يظهر به ذلك.

(ودفع ضرر) المعصوم من (المسلمين) وأهل الذمة على القادرين وهم من عنده زيادة على كفاية سنة لهم ولممونهم كما في الروضة وإن نازع فيه البلقيني (ككسوة عار) ما يستر عورته أو يقى بدنه مما يضره كما هو ظاهر، وتعبير الروضة بستر العورة مثال (وإطعام جائع إذا لم يندفع) ذلك الضرر (بزكاة و) سهم المصالح من (بيت المال) لعدم شيء فيه أو لمنع متوليه ولو ظلماً ونذر وكفارة ووقف ووصية صيانة للنفوس، ومنه يؤخذ أنه لو سئل قادر في دفع ضرر لم يجز له الامتناع، وإن كان هناك قادر آخر، وهو متجه لئلا يؤدي إلى التواكل، بخلاف المفتى له الامتناع إذا كان ثم غيره، ويفرق بأن النفوس جبلت على محبة العلم وإفادته، فالتواكل فيه بعيد جداً بخلاف المال، وهل المراد بدفع ضرر من ذكر ما يسد الرمق أم الكفاية؛ قولان أصحهما ثانيهما، فيجب في الكسوة ما يستر كل البدن على حسب ما يليق بالحال من شتاء وصيف، ويلحق بالطعام والكسوة ما في معناهما كأجرة طبيب وثمر دواء وخادم منقطع كما هو واضح، ولا ينافي ما تقرر قوله لا يلزم المالك بذل طعامه لمضطر إلا ببدله لحمل ذلك على غير غنى يلزمه المواساة، ومما يندفع به ضرر المسلمين والذميين فك أسراهم على التفصيل الآتي في الهدنة، وعمارة نحو سور البلد وكفاية القائمين

بحفظها فمؤنة ذلك على بيت المال، ثم على القادرين المذكورين، ولو تعذر استيعابهم خص به الوالي من شاء منهم (وتحمل الشهادة) على أهل له وحضر له المحمل أو دعاه قاض أو معذور جمعة (وأدائها) على من تحملها إن كان أكثر من نصاب، وإلا فهو فرض عين كما يأتي (والحرف والصنائع) كتجارة وحجامة لتوقف قيام الدين على قيام الدنيا، وقيامها على ذنك وتغايرهما الذي اقتضاه العطف، على خلاف ما في الصحاح يكفي فيه أن الحرفة أعم عرفاً؛ لأنها تشمل ما يستدعي عملاً وغيره، كان يتخذ صناعاً يعملون عنده، والصناعة تختص بالأول (وما يتم به المعاش) عطف مرادف؛ لأنه لا يخرج عن تينك ولا يحتاج لأمر الناس بها لكونهم جبلوا على القيام بها لو تمالأوا على تركها أثموا وقتلوا

(وجواب سلام) مندوب وإن كرهت صيغته ولو مع رسول أو في كتاب، ويجب الرد فوراً، ويندب الرد على المبلغ والبداءة به فيقول وعليك وعليه السلام من مسلم مميز غير متحلل به من صلاة (على جماعة) أي اثنين فأكثر مكلفين أو سكارى لهم نوع تمييز سمعوه، أما وجوبه فبالإجماع، ولا يؤثر فيه إسقاط المسلم لحقه؛ لأن الحق لله تعالى وأما كونه على الكفاية فلخبر {يجزي عن الجماعة إذا مروا أن يسلم أحدهم، ويجزي عن الجلوس أن يرد أحدهم} ويسقط به الفرض عن باقيهم، فإن ردوا كلهم ولو مرتباً أثبوا ثواب الفرض كالمصلين على الجنائز، ولو ردت امرأة عن رجل جزءاً إن شرع السلام عليها، وإلا فلا أو صبي أو من لم يسمع منهم لم يسقط، بخلاف نظيره في الجنائز؛ لأن القصد ثم الدعاء وهو منه أقرب للإجابة وهنا الأمن وهو ليس من أهله، وقضيته أجزاء تشميت الصبي عن جمع؛ لأن القصد التبرك والدعاء كصلاة الجنائز وشرطه إسماع واتصال كاتصال الإيجاب بالقبول، فإن شك في سماعه زاد في الرفع، فإن كان عنده نيام خفض صوته، ولا يكفي رد غير المسلم عليهم، ويجب الجمع بين اللفظ والإشارة على من رد على أصم، ومن سلم عليه جمع بينهما، نعم لو علم أنه فهم ذلك بقرينة الحال والنظر إلى فمه لم تجب الإشارة كما بحثه الأذرعى، وتجزى إشارة الأخرس ابتداء ورداً، وصيغته ابتداء السلام عليكم أو سلامي عليكم، ويجزي مع الكراهة عليكم السلام، ويجب فيه الرد وكعليكم السلام عليكم سلام، أما لو قال وعليكم السلام فلا يكون سلاماً ولم يجب رده، وندبت صيغة الجمع لأجل الملائكة في الواحد، ويكفي الأفراد فيه بخلافه في الجمع والإشارة بيد أو نحوها من غير لفظ خلاف الأولى، والجمع بينها وبين اللفظ أفضل، وصيغته رداً وعليكم السلام أو عليك السلام للواحد، ويجوز مع ترك الواو، فإن عكس جاز، فإن قال وعليكم وسكت لم يجز، وهو ابتداء وجواباً بالتعريف أفضل وزيادة ورحمة الله وبركاته أكمل فيهما، ولو سلم كل من اثنين على الآخر معاً لزم كلا رد، أو مرتباً كفى الثاني سلامه رداً. نعم إن قصد به الابتداء صرفه عن الجواب، أو قصد به الابتداء والرد فكذلك فيجب رد السلام على من سلم أولاً، وإن سلم عليه جماعة دفعة أو مرتباً، ولم يطل الفصل بين سلام الأول والجواب كفاه وعليكم السلام بقصدهم، وكذا إن أطلق فيما يظهر ويسلم راكب على ماش، وهو على واقف وقاعد وصغير على كبير وقليل على كثير حالة التلاقي، فإن عكس لم يكره فلو تلاقى قليل ماش وكثير راكب تعارضاً، ويندب للنساء إلا مع الرجال الأجانب فيحرم من الشابة ابتداء ورداً ويكرهان عليها، نعم لا يكره سلام جمع كثير من الرجال عليها حيث لم تخف فتنة لا على جمع نسوة أو عجوز فلا يكرهان، واستثنى عبدها وكل من يباح نظره إليها، ولو سلم بالعجمية جاز، وإن قدر على العربية حيث فهمها المخاطب ووجب الرد، ولا يجب رد سلام مجنون وسكران وإن كان لهما تمييز، ومحله في الثاني من غير المتعدي. أما هو ففاسق، ويحرم بداءة

ذمي به، فإن بان ذميا استحَب له استرداد سلامه، فإن سلم الذمي على مسلم قال له وجوبا وعليك، ويجب استثنائه ولو بقلبه إن كان مع مسلمين وسلم عليهم، وتحرم بداءته بتحية غير السلام، وإن كتب إلى كافر قال السلام على من اتبع الهدى، ولو قام عن جليس له فسلم وجب الرد، ومن دخل داره سلم ندبا على أهله أو موضعا خاليا فليقل ندبا السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، ويسمي الله قبل دخوله ويدعو (ويسن) عينا للواحد وكفاية للجماعة كالتسمية للأكل وتشميت العاطس، وجوابه (ابتدائه) به عند إقباله أو انصرافه على مسلم للخبر الحسن {إن أولى الناس بالله من بدأهم بالسلام} وفارق الرد بأن الإيحاء والإخافة في ترك الرد أعظم منهما في ترك الابتداء، لكن ابتدائه أفضل من رده كإبراء المعسر فإنه أفضل من إنظاره، ويؤخذ من قوله ابتدائه أنه لو أتى به بعد تكلم لم يعتد به، نعم يحتمل في تكلم سهوا أو جهلا وعذر به أنه لا يفوت الابتداء به فيجب جوابه، ولو أرسل سلامه لغائب يشرع له السلام عليه كأن قال للرسول: سلم لي على فلان كان وكيفا عنه في الإتيان بصيغته الشرعية، فإن أتى المرسل بصيغته، وقال له سلم لي على فلان كفاه أن يقول فلان يسلم عليك، ويجب على الرسول فيهما تبليغه ما لم يرد الرسالة (لا على) نحو (قاضي حاجة) بول أو غائط أو جماع (و) شارب و (أكل) في فمه لقمة تشغله (و) كائن (في حمام) لاشتغاله بالاعتسال. وقصيته ندبه في المسلخ، وهو كذلك ولا على فاسق بل يندب تركه حيث كان مجاهرا بفسقه، ومرتكب ذنب عظيم لم يتب عنه، ومبتدع إلا لعذر أو خوف مفسدة، ولا على مصل وساجد وملب ومؤذن ومقيم وناعس وخطيب ومستمعه ومستغرق القلب بدعاء ومتخاصمين بين يدي حاكم (ولا جواب) يجب (عليهم) إلا مستمع الخطبة فإنه يجب عليه بل يكره لقاضي الحاجة ونحوه كالمجامع ويندب للأكل، نعم يسن السلام عليه بعد البلع وقبل وضع اللقمة بالفم، ويرد الملبى في الإحرام ندبا باللفظ، ومثله من بالحمام. ويندب لمصل ومؤذن إشارة، وإلا فبعد فراغه مع قرب الفصل. ويندب على القارئ وإن اشتغل بالتدبر ويجب رده. نعم يتجه أخذا مما مر في الدعاء أن محله في قارئ لم يستغرق قلبه في التدبر، وإلا لم يسن ابتداء ولا يجب رد ولا يستحق مبتدئ بنحو صبحك الله بالخير أو قواك الله جوابا ودعاؤه له في نظيره حسن ما لم يقصد بإهماله تأديبه لتركه سنة السلام، وحنى الظهر مكروه، وكذا بالرأس وتقيل نحو رأس أو يد أو رجل كذلك. ويندب ذلك لنحو علم أو صلاح أو شرف أو ولادة أو نسب أو ولاية مصحوبة بصيانة قال ابن عبد السلام: أو لمن يرجى خيره أو يخاف من شره ولو كافرا خشى منه ضررا لا يحتمل عادة، ويكون على جهة البر والإكرام لا الرياء والإعظام، ويحرم على داخل حب قيام القوم له للحديث الحسن {من أحب أن يتمثل الناس له قياما فليتبوأ مقعده من النار} كما في الروضة، وحمله بعضهم على ما إذا أحب قيامهم واستمراره وهو جالس أو طلبا للتكبر على غيره، وهذا أخف تحريما من الأول، إذ هو التمثل في الخبر كما أشار إليه البيهقي. وأما من أحبه جودا منهم عليه لما صار شعارا للمودة فلا حرمة فيه ولا بأس بتقيل وجه صبي رحمة ومودة. ويندب تقيل قادم من سفر ومعانقته، ويحرم تقيل أمرد حسن لا محرمة بينه وبينه ونحوها ومس شيء من بدنه بلا حائل كما مر

ويسن تشميت عاطس إذا حمد بريحك الله أو ربك، وإنما سن ضمير الجمع في السلام ولو لواحد للملائكة الذين معه ولصغير بنحو أصلحك الله، أو بارك فيك ويكره قبل الحمد، فإن سكت قال يرحم الله من حمده أو يرحمك الله إن حمدته. ويسن تذكيره الحمد، ومن سبق العاطس بالحمد أمن من الشوص وهو وجع الضرس، واللوص وهو وجع الأذن، والعلوص وهو وجع البطن كما جاء بذلك الخبر المشهور، ويكرر التشميت إلى ثلاث،

ثم يدعو له بعدها بالشفاء، ولا حاجة لتقييد بعضهم ذلك بما إذا علم كونه مزكوما؛ لأن الزيادة المذكورة مع تتابعها عرفا مظنة الزكام ونحوه، والأوجه أنها لو لم تتتابع كذلك سن التشميت بتكررها مطلقا. ويسن للعاطس وضع شيء على وجهه وخفض صوته ما أمكن وإجابة مشتمته بنحو يهديكم الله ولم يجب؛ لأنه لا إخافة بتركه، بخلاف رد السلام

(ولا جهاد على صبي ومجنون) لعدم تكليفهما (وامرأة) لخبر البخاري {جهادكن الحج والعمرة} ولأنها مجبولة على الضعف ومثلها الخنثى (ومريض) مرضا يمنعه الركوب أو القتال بأن تحصل له مشقة لا تحتمل عادة، وإن لم تبح التيمم فيما يظهر، ومثله بالأولى الأعمى، وكالمريض من له مريض لا متعهد له غيره، وكالأعمى ذو رمد وضعيف بصر لا يمكنه معه اتقاء السلاح (وذي عرج بين) ولو في رجل وإن قدر على الركوب وخرج بين يسيره الذي لا يمنع العدو (وأقطع وأشل) ولو لمعظم أصابع يد واحدة، إذ لا بطش لهما ولا نكاية، ومثلهما فاقد الأنامل، ويفرق بين اعتبار معظم الأصابع هنا لا في العتق عن الكفارة كما مر بأن هذا يقع في نادر من الأزمنة فيسهل تحمله مع قطع أظفارها، وذلك المقصود منه إطاقته للعمل الذي يكفيه غالبا على الدوام، وهو لا يأتي مع قطع بعض الأصابع، والأوجه عدم تأثير قطع أصابع الرجلين إذا أمكن معه المشي من غير عرج بين (وعبد) ولو مبعضا أو مكاتبا لنقصه وإن أمره سيده، والقياس أن مستاجر العين كذلك وذمي؛ لأنه بذل الجزية لنذب عنه لا ليذب عنا، نعم يجب عليه بالنسبة لعقاب الآخرة كما مر (وعادم أهبة قتال) كسلاح ومؤنة نفسه أو مموته ذهابا وإيابا، وكذا مركوب إن كان المقصد طويلا أو قصيرا، ولا يطبق المشي كما مر في الحج، ولو بذلها من بيت المال دون غيره لزمه القبول، ولو فقدتها في الأثناء جاز له الرجوع ولو من الصف ما لم يفقد السلاح، ويمكنه الرمي بحجارة ونحوها أو يورث انصرافه فشلا في المسلمين وإلا حرم، نعم يتجه أن محله إن لم يظن موته جوعا أو نحوه لو لم ينصرف

(وكل عذر منع وجوب الحج منع الجهاد) أي وجوبه (إلا خوف طريق من كفار) فإنه وإن منع وجوب الحج لا يمنع وجوب الجهاد إن أمكنته مقاومتهم كما بحثه الأذرعي؛ لأنه مبني على المخاوف (وكذا) خوفها (من لصوص مسلمين) يمنع وجوب الحج، ولا يمنع وجوب الجهاد (على الصحيح) لذلك ومقابله يقيدها بالكفار (والدين الحال) ولو لذمي وإن كان به رهن وثيق أو ضامن موسر (يحرم) على من هو في ذمته، ولو والدا وهو موسر بأن كان عنده أزيد مما يبقى للمفلس فيما يظهر، ويلحق بالمدين وليه (سفر جهاد وغيره) بالجر، وإن قصر رعاية لحق الغير، والأوجه ضبط القصير هنا بالعرف لا بما ضبط به في التنفل على الدابة وهو ميل أو نحوه (إلا بإذن غريمه) أو ظن رضاه وهو من أهل الإذن والرضا لرضاه بإسقاط حقه، نعم قال الماوردي والرويانى: وينبغي أن لا يتعرض للشهادة بل يقف وسط الصف أو حاشيته حفظا للدين، وإلا إن استتاب من يقضيه من مال حاضر، ومثله كما هو القياس نظائره دين ثابت على مليء، وظاهر كلامهم أنه لا أثر لإذن ولي الدائن، وهو متجه إذ لا مصلحة له في ذلك (والمؤجل) لا يمنع سفرا مطلقا وإن قرب حلوله بشرط وصوله لما يحل له فيه القصر وهو مؤجل إذ لا مطالبة لمستحقه الآن، نعم له الخروج معه ليطالبه به عند حلوله، وقيل يمنع سفرا مخوفا كالجهاد وركوب البحر صيانة لحق الغير

(ويحرم) على حر ومبعض ذكر وأنثى (جهاد) ولو مع عدم سفر (إلا بإذن أبويه) وإن عليا من سائر الجهات، ولو مع وجود الأقرب ولو كانا قنين؛ لأن برهما فرض عين، هذا (إن كانا مسلمين) وإنما لم يجب استئذان الكافر لاتهامه بمنعه له حمية لدينه، وإن كان عدوا للمقاتلين، ويلزم المبعض استئذان سيده أيضا، ويحتاج القن لإذن سيده لا أبويه، ويحرم عليه أيضا بلا إذن سفر مع الخوف وإن قصر مطلقا، وطويل ولو مع الأمن إلا لعذر كما

قال (لا سفر تعلم فرض عين) ومثله كل واجب عيني، وإن كان وقته متسعا لكن يتجه منعهما له من خروج لحجة الإسلام قبل خروج قافلة أهل بلده: أي وقته عادة أو أرادوه لعدم مخاطبته بالوجوب إلى الآن (وكذا كفاية) من علم شرعي أو آلة له فلا يحتاج إلى إذن الأصل (في الأصح) إن كان السفر آمنا أو قل خطره، وإلا كخوف أسقط وجوب الحج احتيج لإذنه حينئذ فيما يظهر لسقوط الفرض عنه حينئذ، ولم يجد ببلده من يصلح لكمال ما يريده، أو رجا بغربته زيادة فراغ أو إرشاد أستاذ كما يكفي في سفره الأمن لتجارة توقع زيادة ربح أو رواج، وسواء في ذلك أخرج وحده أم مع غيره، كان ببلده متعددون صالحون لإفتاء أم لا، وفارق الجهاد بخطره. نعم يتجه أن يتوقع فيه بلوغ ما قصده، وإلا كبليد لا يتأتى منه ذلك فلا إذ سفره لأجله كالعبث، ويشترط لخروجه لفرض الكفاية أن يكون رشيدا، وأن لا يكون أمرد جميلا إلا أن يكون معه محرم يأمن به على نفسه، ولو لزمته كفاية أصله احتاج لإذنه إن لم ينب من يمونه من مال حاضر، وأخذ منه البلقيني أن الفرع لو لزم أصله مؤنته امتنع سفره إلا بإذن فرعه إن لم ينب كما مر، ثم بحث أنه لو أدى نفقة يوم حل له السفر فيه كالدين المؤجل وهو متجه، وإن نظر فيه بعضهم، وفرق بأن المؤجل التقصير فيه من المستحق لرضاه بذمته مع أنه خصلة واحدة لا يتجدد به الضرر، ولا كذلك في الأصل أو الفرع، ثم قال: فالأوجه منعه فيهما، وكذا في الزوجة إلا بإذن أو إنابة كما أطلقوه، ويرد الفرق المذكور بأنه إذا لم يمنع ما تعلقت به الذمة فلأن لا يمنع ما لم تتعلق به بالأولى، ولا فرق في جواز من منعه السفر المخوف كبحر بين غلبة السلامة أو لا وكسلوك بادية خطيرة ولو لعلم أو تجارة، ومقابل الأصح يقيسه على الجهاد، وفرق الأول بخطر الهلاك في الجهاد. (فإن أذن أبواه) أو سيده (والغريم) في الجهاد (ثم) بعد خروجه (رجعوا) أو كان الأصل كافرا ثم أسلم وصرح بالمنع (وجب) عليه إن علم، ولم يخش خوفا ولا كسر قلب المسلمين برجوعه (الرجوع) كما لو خرج من غير إذن (إن لم يحضر الصف) وإلا حرم إلا على العبد بل يندب، وذلك لأن طرو المانع كابتدائه، فإن لم يمكنه الرجوع لنحو خوف علي معصوم، وأمكته المسافرة لمأمن أو الإقامة به إلى أن يرجع مع الجيش أو غيرهم لزمه، ولو حدث عليه دين في السفر لم يمنع استمراره فيه ما لم يصرح ربه بمنعه، وفارق ما مر في الابتداء بأنه يغتفر دواما ما لا يغتفر ابتداء (فإن) التقى الصفان أو (شرع في قتال) ثم طرأ ذلك وعلمه (حرم الانصراف في الأظهر) لعموم الأمر بالثبات ولانكسار القلوب بانصرافه، نعم يأتي فيه ما مر من وقوفه آخر الصف ونحوه. والثاني لا يحرم بل يجب. والثالث يخير بين الانصراف والمصابرة، والخلاف في الروضة أوجه وفي أصلها أقوال أو أوجه

(الثاني) من حال الكفار (يدخلون) أي دخولهم عمران الإسلام ولو جباله أو خرابه، فإن دخلوا (بلدة لنا) أو صار بينهم وبيننا دون مسافة القصر كان أمرا عظيما (فيلزم أهلها المدفع) لهم (بالممكن) أي من أي شيء أطاقوه، وفي ذلك تفصيل (فإن أمكن تاهب لقتال) بأن لم يهجموا بغتة (وجب الممكن) في دفعهم على كل منهم (حتى على) من لا جهاد عليه من (فقير وولد ومدين وعبد) وامرأة فيها قوة (بلا إذن) ممن مر، ويغتفر ذلك لمثل هذا الخطر العظيم الذي لا سبيل لإهماله (وقيل إن حصلت مقاومة بأحرار اشترط إذن سيده) أي العبد للغنى عنه، والأصح لا لتقوى القلوب (وإلا) بأن لم يكن تاهب لهجومهم بغتة (فمن قصد) منا (دفع عن نفسه بالممكن) حتما (إن علم أنه إن أخذ قتل) وإن كان ممن لا جهاد عليه إذ لا يجوز الاستسلام لكافر (وإن جوز الأسر) والقتل (فله) أن يدفع و (أن يستسلم) ويلزم المرأة الدفع إن علمت وقوع فاحشة بها حالا بما أمكنها، وإن أفضى إلى قتلها إذ لا يباح بخوف القتل، ومثلها في ذلك الأمر كما

بحته بعض المتأخرين (ومن هو دون مسافة القصر من البلدة) وإن لم يكن من أهل الجهاد (كأهلها) فيجب عليه المجيء إليهم. وإن كان فيهم كفاية مساعدة لهم؛ لأنه في حكمهم (ومن) هم (على المسافة) المذكورة فما فوقها (يلزمهم) حيث وجدوا سلاحا ومركوبا، وإن أطاقوا المشي وزادا (الموافقة) لأهل ذلك المحل في الدفع (بقدر الكفاية إن لم يكف أهلها ومن يليهم) دفعا عنهم وإنقاذا لهم، وأفهم قوله بقدر الكفاية عدم لزوم خروج كلهم بل يكفي في سقوط الحرج عنهم خروج طائفة منهم فيهم كفاية (قيل) يجب الموافقة على من كان في مسافة القصر فما فوقها (وإن كفوا) أي أهل البلد ومن يليهم في الدفع لعظم الخطب، ورد بأنه يؤدي إلى الإيجاب على جميع الأمة، وفيه غاية الحرج من غير حاجة، لكن قيل هذا الوجه لا يوجب ذلك بل يوجب الموافقة على الأقرب فالأقرب من غير ضبط إلى وصول الخبر بأنهم قد كفوا (ولو أسروا مسلما فالأصح وجوب النهوض إليهم) وجوب عين ولو على نحو قن بلا إذن نظير ما مر كما اقتضاه كلامهم (لخلافه إن توقعناه) ولو على ندور في الأوجه كدخولهم دارنا بل أولى، إذ حرمة المسلم أعظم، ويندب عند العجز عن خلاصه افتدائه بمال، فمن قال لكافر أطلق هذا الأسير وعلي كذا فأطلقه لزمه، ولا رجوع له به على الأسير ما لم يأذن له في فدائه فيرجع عليه، وإن لم يشترط له الرجوع كما علم من آخر الباب الضمان. ومقابل الأصح قال إزعاج الجنود لخلاص أسير بعيد.

(فصل)

في مكروهات ومحرمات ومندوبات في الجهاد

وما يتبعها (يكره غزو) وهو في اللغة الطلب إذ الغازي يطلب إعلاء كلمة الله تعالى (بغير إذن الإمام أو نائبه) إذ كل منهما أعرف بالحاجة الداعية إليه، وإنما لم يحرم لجواز التغرير بالنفس في الجهاد، وبحث الزركشي وغيره أنه ليس لمرتزق استقلال به؛ لأنه بمنزلة أجير لغرض مهم يرسل إليه، وأنه لا كراهة إن فوت الاستئذان المقصود أو عطل الإمام الغزو، أو غلب على ظنه عدم الإذن له كما بحث ذلك البلقيني، نعم يتجه تقييد ذلك بما لم يخش منه فتنة (ويسن) للإمام أو نائبه منع مخذل ومرجف من الخروج وحضور الصف وإخراجه منه ما لم يخش فتنة، بل يتجه وجوب ذلك عليه حيث غلب على ظنه حصول ذلك منه، وأن بقاءه مضر بغيره، و (إذا بعث سرية) ومر بيانها أول الباب وذكرها مثال (أن يؤمر عليهم) من يثق بدينه، ويسن كونه مجتهدا في الأحكام الدينية، ويأمرهم بطاعة الله ثم الأمير ويوصيه بهم، فإن أمر فاسقا أو نحوه اتجهت حرمة توليته أخذا من حرمة توليته نحو الإمامة والأذان (ويأخذ البيعة) عليهم وهي بفتح الموحدة اليمين بالله تعالى (بالثبات) على الجهاد وعدم الفرار للاتباع، ويسن التأمير لجمع قصدوا سفرا، وتجب طاعة الأمير فيما يتعلق بما هم فيه

(وله) أي الإمام أو نائبه (الاستعانة بكفار) ولو أهل حرب (تؤمن خيانتهم) كأن يعرف حسن رأيهم فينا ولا يشترط أن يخالفوا معتقد العدو كاليهود مع النصارى قال البلقيني إن كلام الشافعي يدل على عدم اعتباره خلافا للماوردي (ويكونون بحيث لو انضمت فرقنا الكفر قاومناهم) لأمن ضررهم حينئذ، ويشترط في جواز الاستعانة بهم احتياجا لهم ولو لنحو خدمة أو قتال لقلتنا، ولا ينافي هذا اشتراط مقاومتنا للفرقتين. قال المصنف: لأن المراد قلة المستعان بهم حتى لا تظهر كثرة العدو بهم. وأجاب البلقيني بأن العدو إذا كان مائتين ونحن مائة وخمسون ففينا قلة بالنسبة لاستواء العددين، فإذا استعنا بخمسين فقد استوى العددان، ولو انحاز الخمسون إليهم أمكنتنا مقاومتهم لعدم زيادتهم على الضعف، ويفعل بالمستعان بهم الأصلح من أفرادهم وتفريقهم في الجيش (وبعيد بإذن

السادة) ونساء بإذن الأزواج ومدین و فرع بإذن دائن وأصل (ومراهقين أقوياء) بإذن الأولياء والأصول، ولو نساء أهل ذمة وصبيانهم؛ لأن لهم نفعاً ولو بنحو سقي ماء وحراسة متاع، ويكفي التمييز، وإن لم يكن قويا بالنسبة لمثل ما ذكرناه بخلافه لقتال فلا بد فيه مع المراهقة من القوة، وشمل قوله وبعبيد ما لو كان موصى بمنفعته لبيت المال، أو مكاتباً كتابة صحيحة فلا بد من إذن السيد خلافاً للبلقيني (وله) أي الإمام أو نائبه (بذل الأهبة والسلاح من بيت المال ومن ماله) لينال ثواب الإعانة، وكذا للأحاد ذلك، نعم إن بذل ليكون الغزو للبادل لم يجز. ومعنى خبر {من جهز غازياً فقد غزا} أي كتب له مثل ثواب غاز

(ولا يصح) من إمام أو غيره (استتجار مسلم) ولو صبياً كما بحثه بعضهم وقتنا ومعذوراً سواء إجارة العين والذمة (لجهاد) كما قدمه في الإجارة؛ لأنه لا يصح التزامه في الذمة، وإنما صح التزام من لم يحج الحج؛ لأنه يمكن وقوعه عن الغير والتزام حائض لخدمة مسجد في ذمتها؛ لأنه ليس من الأمور المهمة العامة النفع التي يخاطب بها كل أحد، بخلاف الجهاد فوقع من المباشر عن نفسه دون غيره، وما يأخذ المرتزق من الفداء والمتطوع من الزكاة إعانة لا أجر، ومن أكره على الغزو لا أجر له إن تعين عليه، وإلا استحقها من خروجه إلى حضوره الواقعة، وقد صرحوا بأنه لو أكره قنا استحق الأجر مطلقاً، وإن قلنا بتعيينه عليه عند دخولهم بلادنا، وقياسه في الصبي كذلك، ونحو الذمي المكره أو المستأجر بمجهول إذا قاتل استحق أجره المثل، وإلا فلذهابه فقط من خمس الخمس، ولمن عينه إمام أو نائبه إجبار لتجهيز ميت أجره في التركة، ثم في بيت المال ثم تسقط

(ويصح استتجار ذمي) ومؤمن ومعاهد بل وحربي لجهاد (للإمام) حيث تجوز الاستعانة به من خمس الخمس دون غيره؛ لأنه لا يقع عنه، واغتفرت جهالة العمل للضرورة، ولأنه يحتمل في معاقدة الكفار ما لا يحتمل في معاقدة المسلمين، فإن لم يخرج، ولو لنحو صلح فسخت واسترد منه ما أخذه، وإن خرج ودخل دار الحرب وكان ترك القتال بغير اختيار فلا، ولو استؤجرت عين كافر فأسلم فقضية قولهم لمواستؤجرت طاهر لخدمة مسجد فحاضت انفسخت الإجارة الانفساخ هنا، إلا أن يفرق بأن الطارئ ثم يمتنع مباشرة العمل فيتعذر، ويلزم من تعذره الانفساخ، والطارئ هنا ليس كذلك فلا ضرورة إلى الحكم بالانفساخ (قيل ولغيره) من المسلمين استتجار الذمي كالأذان والأصح لا، لاحتياج الجهاد إلى مزيد نظر واجتهاد، وبحث الزركشي أن الإمام لو أذن له فيه جاز قطعاً

(وبكره) تنزيهاً (لغاز قتل قريب) لأن فيه نوعاً من قطع الرحم (و) قتل قريب (محرم أشد) كراهة؛ لأنه صلى الله عليه وسلم منع أبا بكر من قتل ابنه عبد الرحمن يوم أحد (قلت: إلا أن يسمعه) يعني يعلمه ولو بغير سماع (يسب الله تعالى) أو يذكره بسوء (أو رسوله) محمداً (صلى الله عليه وسلم) أو نبياً من الأنبياء (والله أعلم) فلا كراهة حينئذ تقديماً لحق الله تعالى ولحق أنبيائه

(ويحرم قتل صبي ومجنون وامرأة) ولو لم يكن لها كتاب خلافاً لمن قيدها بذلك (وخشى مشكل) ومن به رق ما لم يقاتلوا كما في المحرر أو سبوا من مر كذا أطلقوه، ويتجه تخصيصه بالميميز ومحل قتلهم إن لم ينهزموا، وإلا لم تتبعهم أو يتترس بهم الكفار وإن أمكن دفعهم بغير القتل، نعم للمضطر قتل هؤلاء لا كلهم

(ويحل قتل) ذكر (راهب) وهو عابد النصارى (وأجير)؛ لأن لهم رأياً وقتالاً (وشيوخ وأعمى وزمن لا قتال فيهم ولا رأي في الأظهر) لعموم قوله تعالى {اقتلوا المشركين} نعم الرسل لا يجوز قتلهم، والثاني لا يحل قتلهم لأنهم لا يقاتلون، فمن قاتل منهم، أو كان له رأي في القتال وتدير أمر

الحرب جاز قتله قطعاً، وتفرع على الجواز قوله (فيسترقون وتسبى نساؤهم) وصبيانهم (و) شراء (أموالهم) لإهدارهم (ويجوز حصار الكفار في البلاد والقلاع) وغيرها (وإرسال الماء عليهم) وقطعه عنهم (ورميهم بنار ومنجنيق) وغيرهما وإن كان فيهم نساء وصبيان لقوله تعالى {وخذوهم واحصروهم} {ولأنه صلى الله عليه وسلم حاصر أهل الطائف ورماهم بالمنجنيق} رواه البيهقي وغيره. نعم لو تحصن أهل حرب بمحل من حرم مكة امتنع قتالهم بما يعم وحصارهم به تعظيماً للحرم، ومعلوم أن محل ذلك عند عدم الاضطرار له وإلا جاز، وظاهر كلامهم جواز إتلافهم بما ذكر، وإن قدرنا عليه بدونه وهو كذلك، وقول بعضهم إلى الظاهر خلافه محمول على ما إذا اقتضته مصلحة المسلمين (وتبئيتهم) أي الإغارة عليهم ليلاً (في غفلة) للاتباع رواه الشيخان، نعم بحث الزركشي كالبلقيني كراهته عند انتفاء الحاجة إليه إذ لا يؤمن من قتل مسلماً يظنه كافراً، ومن علمنا عدم بلوغه الدعوة لا نقاتله حتى نعرض عليه الإسلام حتماً، وإن ادعى بعضهم استحبابه، وإلا أثم وضمن كما مر في الدييات، أما من بلغته فله قتله ولو بما يعم (فإن كان فيهم مسلم) واحداً أو أكثر (أسير أو تاجر جاز ذلك) أي حصارهم وتبئيتهم في غفلة وقتلهم بما يعم، وإن علم قتل المسلم بذلك لكن يجب توقيه ما أمكن (على المذهب) لئلا يعطلوا الجهاد علينا بحبس مسلم عندهم، نعم يكره ذلك عند عدم الاضطرار إليه كأن لم يحصل الفتح إلا به تحرزاً من إيذاء المسلم ما أمكن، ومثله في ذلك الذمي، ولا ضمان هنا في قتله؛ لأن الفرض أنه لم تعلم عينه، والطريق الثاني إن علم إهلاك المسلم لم يجز وإلا فقولان

(ولو التحم حرب فترسوا بنساء) وخنائى (وصبيان) ومجانين وعبيد منهم (جاز رميهم) إذا دعت ضرورة له (وإن دفعوا بهم عن أنفسهم) التحم الحرب أو لا (ولم تدع ضرورة إلى رميهم فالأظهر تركهم) وجوباً لئلا يؤدي إلى قتلهم من غير ضرورة، لكن المعتمد ما في الروضة من جوازه مع الكراهة، وهو قياس ما مر في قتلهم بما يعم. قال في البحر: ويشترط أن يقصد بذلك التوصل إلى رجالهم (وإن ترسوا بمسلمين) أو ذميين (فإن لم تدع ضرورة إلى رميهم تركناهم) وجوباً صيانة لهم، ولكون حرمتهم لأجل حرمة الدين والعهد فارقوا الذرية؛ لأن حرمتهم لحفظ حق الغانمين خاصة (وإلا) بأن ترسوا بهم حال التحام الحرب واضطررنا لرميهم بأن كنا لو كفنا عنهم ظفروا بنا أو عظمت نكايتهم فينا (جاز رميهم في الأصح) على قصد قتال المشركين، ويتوقى المسلمون بحسب الإمكان؛ لأن مفسدة الكف عنهم أعظم، ويحتمل هلاك طائفة للدفع عن بيضة الإسلام، وإنما لم نقل بوجوبه لوقوع الخلاف في الجواز مع كون المقاتل له قوة؛ لأن غايته أن نخاف على أنفسنا، ودم المسلم لا يباح بالخوف بدليل صورة الإكراه فلذا راعيناه وقلنا بجوازه، ويضمن المسلم ونحو الذمي بالدية أو القيمة أو والكفارة إن علم وأمكن توقيه، والثاني المنع إذا لم يتأت رمي الكفار إلا برمي المسلم

(ويحرم الانصراف) على من كان من أهل فرض الجهاد (عن الصف) بعد ملاقاته، وإن غلب على ظنه قتله لو ثبت لقوله تعالى {فلا تولوهم الأدبار} وضح أن صلى الله عليه وسلم عد الفرار من الزحف من السبع الموبقات، وخرج بالصف ما لو لقي مسلم كافرين فطلبهما أو طلباه فلا يحرم عليه الفرار؛ لأن فرض الثبات إنما هو في الجماعة، وقضية ذلك أنه لو لقي مسلمان أربعة جاز لهما الفرار لأنهما غير جماعة، ويحتمل أن يراد بالجماعة ما مر في صلاتها فيدخل في ذلك المسلمان، ويجوز لأهل بلدة قصدهم الكفار التحصن منهم؛ لأن الإثم منوط بمن فر بعد لقاءهم، ولو ذهب سلاحه وأمكنه الرمي بأحجار امتنع الانصراف، وكذا لو مات مركوبه وأمكنه راجلاً (إذا لم يزد عدد الكفار على مثلينا) للآية وهو أمر بلفظ الخبر،

وإلا لزم الخلف في خبره تعالى وحكمة مصابرة الضعف أن المسلم يقاتل على إحدى الحسينين الشهادة أو الفوز بالغنيمة مع الأجر، والكافر يقاتل على الفوز في الدنيا فقط. فإن زاد على المثليين جاز الانصراف مطلقاً، وشمل ذلك ما لو بلغوا اثني عشر ألفاً، وأما خبر {لن يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة} فالمراد أن الغالب على هذا العدد الظرف فلا تعرض فيه لحرمة فرار ولا عدوها (إلا متحرفاً لقتال) أي منتقلاً عن محله ليكمن لأرفع منه أو أصون منه عن نحو ريح أو شمس أو عطش (أو متحيزاً) أي ذاهباً (إلى فئة) من المسلمين وإن قلت (يستنجد بها) على العدو وهي قريبة بأن تكون بحيث يدرك غوثها المتحيز عنها عند الاستغاثة للآية، ولا يلزم تحقيق قصده بالرجوع للقتال إذ لا يجب قضاء الجهاد، ومحل الكلام فيمن تحرف أو تحيز بقصد ذلك، ثم طرأ له عدم العودة، أما جعله وسيلة لذلك فشديد الإثم إذ لا يمكن مخادعة الله في العزائم، (وبجوز) التحيز (إلى فئة بعيدة في الأصح) لإطلاق الآية، وإن انقضى القتال قبل عودته أو مجيئهم، والثاني يشترط قربها، والأوجه ضبط البعيدة بأن تكون في حد القرب المار في التيمم أخذاً من ضبط القرية بحد الغوث، ولو حصل بتحيزه كسر قلوب الجيش امتنع كما جرى عليه ابن الوردي واعتمده الأذرعي وغيره، ولا يشترط لعله أن يستشعر عجزاً يحوجه إلى استنجاد، وإن ذهب جمع إلى اشتراطه واعتمده ابن الرفعة. (ولا يشارك) متحرف لمحل بعيد في الأوجه وإطلاق القول بالمشاركة؛ لأنه كان في مصلحتنا وخاطر بنفسه أكثر من الثبات في الصف محمول على قريب لم يغيب عن الصف غيبة لا يضطر إليها لأجل التحرف؛ لأن ما ذكره من التعليل إنما يتأتى فيه فقط كما هو واضح، ولا (متحيز إلى) فئة (بعيدة الجيش فيما غنم بعد مفارقتة) لعدم نصرته، ويشارك فيما غنم قبل مفارقتة (ويشارك متحيز إلى قريبة) الجيش فيما غنم بعد مفارقتة (في الأصح) لبقاء نصرته، ويصدق بيمينه في قصده التحرف أو التحيز، ولو لم يعد إلى انقضاء القتال، ومن أرسل جاسوساً يشارك فيما غنم في غيبته مطلقاً؛ لأنه مع كونه في مصلحتهم خاطر بنفسه أكثر من بقائه، والثاني لا يشاركه لمفارقتة (فإن زاد) العدد (على مثليين جاز الانصراف) مطلقاً للآية (إلا أنه يحرم انصراف مائة بطل عن مائتين وواحد ضعفاء) ويجوز انصراف مائة ضعفاء عن مائة وتسعة وتسعين أبطالاً (في الأصح) اعتباراً بالمعنى بناء على أنه يجوز أن يستنبط من النص معنى يخصه؛ لأنهم يقاومونهم لو ثبتوا لهم، وإنما يراعى العدد عند تقارب الأوصاف، ومن ثم لم يختص الخلاف بزيادة الواحد ونقصه ولا براكب وماش. بل الضابط كما قاله الزركشي كالبليغيني أن يكون في المسلمين من القوة ما يغلب على الظن أنهم يقاومون الزائد على مثليهم، ويرجون الظفر بهم، أو من الضعف ما لا يقاومونهم، وحيث جاز الانصراف، فإن غلب الهلاك بلا نكاية وجب أو بها استحباب، والثاني يقف مع العدد

(وتجوز) أي تباح (المبارزة) كما وقعت ببدر وغيرها، وتمتنع على ما بحثه بعض المتأخرين على مدين وفرع مأذون لهما في الجهاد من غير تصريح بالإذن في المبارزة وقن لم يأذن له في خصوصها، لكن ذهب البليغيني وغيره إلى كراهتها (فإن طلبها كافر استحباب الخروج إليه) لما في تركها حينئذ من عدم مبالاتهم بنا (وإنما تحسن ممن جرب نفسه) فعرف قوته وجراءته (وبإذن الإمام) أو أمير الجيش لكونه أعرف بالمصلحة من غيره، وإن انتفى شرط من ذلك كرهت ابتداء وإجابة، وجازت من غير إذن لكون التغرير بالنفس في الجهاد جائزاً، وذهب الماوردي إلى تحريمها على من يؤدي قتله لهزيمة المسلمين. واعتمده البليغيني ثم أبدى احتمالاً بكراهتها مع ذلك والأوجه مدركاً الأول

(ويجوز إتلاف بنائهم وشجرهم لحاجة القتال والظفر بهم) للاتباع في نخل بني النضير النازل فيه أول الحشر لما زعموه فساداً، رواه الشيخان،

وفي كرم أهل الطائف رواه البيهقي وأوجب جمع ذلك عند توقف اللقطة بهم عليه (وكذا) يجوز إتلافها (إن لم يرج حصولها لنا) إغاطة وإضعافا لهم (فإن رجي) أي ظن حصولها لنا (ندب الترك) وكره الفعل حفظا لحق الغانمين (ويحرم إتلاف الحيوان) المحترم بغير ذبح يجوز أكله حفظا لحرمة روحه، ومن ذلك امتنع على مالكه تركه بلا مؤنة وسقي بخلاف نحو الشجر (إلا ما يقاتلون عليه) فيجوز لنا إتلافه (لدفعهم أو أقرع بهم) قياسا على ما مر في ذرارهم بل أولى (أو غنمناه وخفنا رجوعه إليهم وضرره) فيجوز إتلافه أيضا دفعا لهذه المفسدة. أما إذا خفنا رجوعه فقط فلا يجوز إتلافه بل يذبح للأكل. وأما غير المحترم ككلب عقور فيجوز بل يندب إتلافه مطلقا إلا إن كان فيه عدو فيجب.

(فصل)

في حكم الأسر وأموال أهل الحرب

(نساء الكفار) ولو لم يكن لهم كتاب كما هو ظاهر كلامهم خلافا للماوردي، أو كن حاملات مسلم، ومثلهن الخنثى، ومحل ذلك في غير المرتدات (وصبيانهم) ومجانينهم حالة الأسر، وإن كان جنونهم متقطعا (إذا أسروا رقوا) بنفس الأسر فخمسةم لأهل الخمس وباقيهم للغانمين (وكذا العبيد) وإن كانوا مسلمين يرقون بالأسر: أي يستدام عليهم حكم الرق المنتقل إلينا فيخمسون أيضا، وكالعبد فيما ذكر المبعوض تغليبا لحقن الدم كذا أطلقوه، ومحلله كما هو واضح بالنسبة لبعضه القن، وأما بعضه الحر فيتجه فيه التخيير بين الرق والمن والفداء، وقد أطلقوا جواز إرقاق بعض شخص فيأتي في باقيه ما تقرر من من أو فداء، ولو قتل قن أو أنثى مسلما ورأى الإمام قتلها مصلحة تنفيرا عن قتل المسلم جاز كما ذكره بعضهم، فلا يعارضه قولهم لا قود على الحربي، ولما في قتله من تفويت حق الغانمين (ويجتهد الإمام) أو أمير الجيش (في) المذكور (الأحرار الكاملين) أي المكلفين إذا أسروا (ويفعل) وجوبا (الأحظ للمسلمين) باجتهاده لا بالتشهي (من قتل) بضرب العنق لا غير للاتباع (ومن) عليهم بتخية سبيلهم بلا مقابل (وفداء بأسرى) منا أو من الذميين كما هو ظاهر ولو واحدا في مقابلة جمع منا أو منهم (أو مال) فيخمس وجوبا أو بنحو سلاحنا ويفادي سلاحهم بأسرانا في الأوجه لا بمال ما لم تظهر في ذلك مصلحة ظهورا تاما لا ريبة فيه، ويفرق بينه وبين منع بيع السلاح لهم مطلقا بأن ذلك فيه إغانتهم ابتداء من الأحاد فلم ينظر فيه لمصلحة، وهذا أمر في الدوام فجاز أن ينظر فيه إلى المصلحة (واسترقاق) ولو لنحو وثني وعربي وبعض شخص فتخمس رقابهم أيضا (فإن خفي) عليه (الأحظ) حالا (حبسهم حتى يظهر) له الصواب فيفعله

(وقيل لا يسترق وثني) كما لا يقر بالجزية ورد بظهور الفرق (وكذا عربي في قول) لخبر فيه لكنه ضعيف بل واه، ومن قتل أسيرا غير كامل وجبت عليه قيمته، أو كاملا قبل أن يتخير فيه الإمام شيئا عزر فقط (ولو أسلم أسير) كامل أو بذل الجزية قبل اختيار الإمام فيه شيئا (عصم دمه) للخبر الآتي، ولم يذكر هنا ماله؛ لأنه لا يعصمه إلا إذا اختار الإمام رقه ولا صغار ولده للعلم بإسلامهم تبعا له، وإن كانوا بدار الحرب أو أرقاء، وأما قوله صلى الله عليه وسلم {فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم} فمحمول على ما قبل الأسر بدليل قوله عليه الصلاة والسلام {إلا بحقها} ومن حقها أن مال المقدور عليه بعد الأسر غنيمة (وبقي الخيار في الباقي) أي باقي الخصال السابقة، نعم إن كان اختار قبل إسلامه المن أو الفداء أو الرق تعين، ومحل جواز الفداء مع إرادة الإقامة في دار الكفر إذا كان له ثم عشيرة يأمن معها على نفسه ودينه (وفي قول يتعين الرق) بنفس الإسلام كالذرية بجامع حرمة القتل

(وإسلام كافر) مكلف (قبل ظفر به) أي قبل وضع يده عليه (يعصم دمه) أي نفسه عن كل ما مر (وماله) جميعه بدارنا ودارهم للخير المار (وصغار) ومجانين (ولده) الأحرار وإن سفلوا، ولو كان الأقرب حيا كافرا عن الاسترقاق لتبعيتهم له في الإسلام، ومن ثم كان الحمل كمنفصل والبالغ العاقل الحر كمستقل (لا زوجته) عن الاسترقاق ولو حاملا منه (على المذهب) فلا يعصمها عن ذلك لاستقلالها، وإنما عصم عتيقه عن الاسترقاق وامتنع إرقاق كافر أعتقه مسلم والتحق بدار الحرب لأن الولاء بعد ثبوته واستقراره لا يمكن رفعه بحال بخلاف النكاح، وفي قول من طريق يعصمها لئلا يبطل حقه من النكاح (فإن استرقت) أي حكم برقها بأن أسرت إذ هي ترق بنفس الأسر (انقطع نكاحه في الحال) ولو بعد الوطاء لزوال ملكها عن نفسها فملك الزوج عنها أولى (وقيل إن كان) أسرها (بعد دخول انتظرت العدة فلعلها تعتق فيها) فيدوم النكاح كالردة، ورد بأن الرق نقص ذاتي ينافي النكاح فأشبهه الرضاع

(ويجوز إرقاق زوجة ذمي) بمعنى أنها ترق بنفس الأسر، وينقطع نكاحه إذا كانت حربية حادثة بعد عقد الذمة أو خارجه عن طاعتها حين عقدها (وكذا عتيقه) الصغير والكبير والعاقل والمجنون (في الأصح) يجوز استرقاقه إذا لحق بدار الحرب لكونه جائزا في سيده لو لحق بها فهو أولى. والثاني المنع لئلا يبطل حقه من الولاء (لا عتيق مسلم) حال أسره ولو كان كافرا قبله، فلا يجوز إرقاقه إذا حارب لما مر أن الولاء لا يرتفع بعد ثبوته (و) لا (زوجته) الحربية فلا يجوز إرقاقها أيضا (على المذهب) وهذا هو المعتمد خلافا لمقتضى كلام الروضة، وفي قول من طريق يجوز

(وإذا سبي زوجان أو أحدهما انفسخ النكاح) بينهما (إن كانا حربين) وإن كان الزوج مسلما لما في خبر مسلم أنهم لما امتنعوا يوم أوطاس من وطء المسيبات المتزوجات أنزل {والمحصنات} أي المتزوجات {من النساء} إلا ما ملكت أيمنكم { فحرم الله المتزوجات لا المسيبات، ومحلّه في سبي زوج صغير أو مجنون أو مكلف اختار الإمام رقه، فإن من عليه أو فادى به استمر نكاحه، وككونهما حربين ما لو كان أحدهما حرا فقط، وقد سبيا أو الحر وحده وأرقه الإمام فيهما إذا كان زوجا كاملا فيفسخ النكاح لحدوث الرق، بخلاف ما لو سبي الرقيق وحده لعدم حدوثه كما لو كانا رقيقين فالحاصل أن من سبي ورق انفسخ نكاحه (قيل أو رقيقين) فينفسخ أيضا؛ لأنه حدث سبي يوجب الاسترقاق فكان كحدوث الرق، والأصح المنع سواء أسبيا أم أحدهما، وسواء أسلما أم أحدهما أم لا؛ لأن الرق موجود، وإنما انتقل من شخص إلى آخر وهو لا يؤثر كالبيع

(وإذا أرق) الحربي (وعليه دين) لمسلم أو ذمي أو معاهد أو مستأمن (لم يسقط)؛ لأن له ذمة أو لحربي سقط كما لو رق، وله دين على حربي، وألحق به هنا معاهد ومستأمن، والفرق أنه وإن كان غير ملتزم للأحكام لكن أمانه اقتضى أن يطالب بحقه مطلقا، ولا يطالب بما عليه لحربي بخلافه الذمي أو مسلم، بل يبقى بذمة المدين فيطالبه به سيده ما لم يعتق على ما بحثه بعضهم، وقاسه على ودائعه، وفي كل من المقيس والمقيس عليه نظر لوضوح الفرق بين العين وما في الذمة، على أنا إن قلنا إنه يملك بتمليك السيد فلا وجه للتقييد بالعتق أو بعدم تمليكه له فلا وجه للمطالبة فالوجه عدم ملكه ومطالبته به، وكذا في أعيان ماله كودائعه، بل المطالب بها الإمام لأنها غنيمة وكذا بدينه، وأنه لو أعتق قبل قبضه طالب به لتبين أنه لم يزل عن ملكه، ولو كان الدين للسابي سقط بناء على أن من ملك قن غيره وله عليه دين سقط على تناقض فيه، ومحل السقوط فيما يختص بالسابي دون ما يقابل الخمس إذ هو ملك لغيره، وإذا لم يسقط (فيقضى من ماله إن غنم بعد إرقاقه) تقديمه له على الغنيمة كالوصية، وإن حكم بزوال ملكه بالرق كما يقضي دين المرتد، وإن حكم بزوال ملكه بالردة، أما

إذا لم يكن له مال فيبقى في ذمته إلى عتقه، وأما إذا غنم قبل إرقاقه أو معه فلا يقضي منه؛ لأن الغانمين ملكوه أو تعلق حقهم بعينه فكان أقوى (ولو اقترض حربي من حربي) أو غيره (أو اشترى منه شيئاً) أو كان له عليه دين معاوضة كعقد صداق (ثم أسلما أو قبلا) أو أحدهما (جزية) أو أماناً معاً أو مرتباً (دام الحق) الذي يصح طلبه لالتزامه بعقد صحيح بخلاف نحو خنزير وخمر

(ولو أتلّف) حربي (عليه) أي الحربي شيئاً، أو غصبه منه في حال الحرابة (فأسلما) أو أسلم المتلف (فلا ضمان في الأصح) لعدم التزامه شيئاً بعقد يستدام حكمه، ولأن الحربي لو أتلّف مال مسلم أو ذمي لم يضمّنه فأولى مال الحربي، والثاني قال هو لازم عندهم

(والمال) ومثله الاختصاص (المأخوذ) أي الذي أخذه المسلمون (من أهل الحرب) ولم يكن لمسلم، فإن كان لم يزل ملكه عنه يأخذهم له قهراً منه فعلى من وصل إليه ولو بشراء رده إليه (قهراً) حتى سلموه أو جلوا عنه (غنيمة) كما مر في بابها، وأعادها هنا توطئة لقوله (وكذا ما أخذه واحد) مسلم (أو جمع) مسلمون (من دار الحرب) أو من أهله ولو ببلادنا حيث لا أمان لهم (سرقة) أو اختلاساً أو سوماً (أو وجد كهية اللقطة) مما يظن أنه لكافر فأخذ فالكل غنيمة مخمسة أيضاً (على الأصح) إذ تغيرته بنفسه قائم مقام القتال، فإن كان المأخوذ ذكراً كاملاً تخير فيه الإمام، أما ما أخذ ذمي أو أهل ذمة كذلك فإنه مملوك كله لأخذه. والثاني يختص به من أخذه (فإن أمكن) كونه أي الملتقط (لمسلم) أو ذمي فيما يظهر (وجب تعريفه) سنة حيث لم يكن حقيراً، فإن كان عرفه بحسب ما يليق به، وبعد التعريف يكون غنيمة. واعلم أنه كثر اختلاف الناس في السراري والأرقاء المجلوبين. وحاصل الأصح عندنا أن من لم يعلم كونه من غنيمة لم تخمس محل شراؤه وسائر التصرفات فيه لاحتمال أن أسره البائع له أولاً حربي أو ذمي فإنه لا تخميس عليه، وهذا كثير لا نادر، فإن تحقق أن أخذه مسلم بنحو سرقة أو اختلاس لم يجز شراؤه إلا على القول المرجوح أنه لا تخميس، وقول جمع متقدمين ظاهر الكتاب والسنة والإجماع على منع وطء السراري المجلوبة من الروم والهند والترك إلا أن ينصب من يقسم القائم ولا حيف يتعين حمله على ما علم أن الغانم له المسلمون، وأنه لم يسبق من أميرهم قبل الاغتنام قوله من أخذ شيئاً فهو له، نعم الورع لمريد الشراء أن يشتري ثانياً من وكيل بيت المال؛ لأن الغالب عدم التخميس واليأس من معرفة مالها فيكون ملكاً لبيت المال

(وللغانمين) ولو أغنياء وبغير إذن الإمام سواء من له سهم أو رضح كما هو ظاهر إطلاق الشافعي والأصحاب، واعتمده البلقيني، نعم دعواه تقييد ذلك بالمسلم فليس للذمي ذلك مردود؛ لأن تعبير الشافعي بالمسلمين نظراً للغالب؛ لأنه يرضخ له والرضخ أعظم من الطعام، وتعبيره بالغانمين يشمل من لا يرضخ له من المستأجرين للجهاد (التبسط) أي التوسع (في الغنيمة) قبل القسمة، واختيار التملك على سبيل الإباحة لا الملك فهو مقصور على انتفاعه كالضيف لا يتصرف فيما قدم إليه إلا بالأكل، نعم له تضييف من له التبسط به وإقراضه بمثله منه بل وبيع المطعوم بمثليه ولا ربا فيه إذ ليس بربا حقيقة، وإنما هو كتناول الضيفان لقمة بلقمتين فأكثر ومطالبته بذلك من المغنم فقط ما لم يدخل دار الإسلام، ويؤخذ منه أنه عند الطلب يجبر على الدفع إليه من المغنم، وفائدته أنه يصير أحق به، ولا يقبل منه ملكه؛ لأن غير المملوك لا يقابل بمملوك (بأخذ) ما يحتاجه لا أكثر منه، وإلا أثم وضمّنه كما لو أكل فوق الشيع سواء أخذ (القوت وما يصلح به) كزيت وسمن (ولحم وشحم) لنفسه لا لنحو طيره (وكل طعام يعتاد أكله عموماً) أي على العموم كما بأصله لفعل الصحابة رضي الله عنهم لذلك، ولأن دار الحرب مظنة لعزة الطعام فيها. وخرج بالقوت وما بعده غيره

كمركوب وملبوس، نعم لو اضطر لسلاح يقاتل به أو نحو فرس يقاتل عليها أخذه بلا أجر، ثم رده وبعموم ما يندر الاحتياج له كسكر وفانيذ ودواء فلا يأخذ شيئاً من ذلك فإن احتاجه فبالقيمة أو يحسبه من سهمه (وعلف) بفتح اللام وسكونها فعلى الأول يكون معطوفاً على القوت وتبنا وما بعده أحوال منه بتقدير الوصفية، وعلى الثاني معطوف على أخذ وتبنا وما بعده معموله (الدواب) التي يحتاجها للحرب أو الحمل، وإن تعددت لا لزينة ونحوها (تبنا وشعيرا ونحوهما) كقول: لأن الحاجة تمس إليه كمؤنة نفسه (وذبح) حيوان (مأكول للحمة) أي لا كل ما يقصد أكله منه، وإن لم يكن لحمًا ككرش وشحم وجلد، وإن تيسر بسوق للحاجة إليه أيضاً، فلو جاهدناهم في دارنا امتنع علينا التبسط إن كان في حمل يعز فيه الطعام. نعم يتجه في خيل حرب احتيج إليها منع ذبحها حيث لا اضطرار؛ لأن من شأنه إضعافنا، ويجب رد جلده الذي لا يؤكل معه عادة إلى المغنم، وكذا ما اتخذه منه كحذاء وسقاء وإن زادت قيمته بالصنعة لوقوعها هدرًا بل إن نقص بها، أو استعمله لزمه النقص أو الأجرة، أما إذا ذبحه لأجل جلده الذي لا يؤكل معه فلا يجوز وإن احتاجه لنحو خف ومداس (والصحيح جواز الفاكهة) رطبها ويابسها والحلوى كما قاله صاحب المذهب، وظاهره أنه لا فرق بين ما هو من السكر وغيره، لكن ينافيه ما مر في الفانيذ إذ هو غسل السكر المسمى بالمرسل كما مر في الربا، إلا أن يفرق بأن تناول الحلوى غالب والفانيذ نادر كما هو الواقع؛ وذلك لأنه قد يحتاج إليه لكونه مشتهى طبعاً، وقد صح أن الصحابة كانوا يأخذون العسل والعنب. والثاني قال لا يتعلق به حاجة حاقّة (و) الصحيح (أنه لا تجب قيمة المذبوح) لأجل نحو لحمه كما لا تجب قيمة الطعام. والثاني تجب لدور الحاجة إلى ذبحه ومنع الأول ندورها (و) الصحيح (أنه لا يختص الجواز بمحتاج إلى طعام وعلف) بل يجوز وإن كانا معه لورود الرخصة بذلك من غير تفصيل. والثاني يختص به فلا يجوز لغيره أخذهما لاستغنائه عن أخذ حق الغير، نعم إن قل الطعام وازدحموا عليه أمر الإمام به لذوي الحاجات، وله التزود لمسافة بين يديه، والأوجه جوازه أيضاً لما خلفه في رجوعه منه إلى دارنا، فالتعبير بين يديه مجرد تصوير أو للغالب (و) الصحيح (أنه لا يجوز لمن لحق الجيش بعد الحرب والحياسة) لأنه أجنبي عنهم كغير الضيف مع الضيف، وقضية كلامه كأصله والروضة جوازه لمن لحقه بعد الحرب وقبل الحياسة أو معها، لكن قضية العزيز وتبعه الحاوي عدم الاستحقاق وهو المعتمد (و) الصحيح (أن من رجع إلى دار الإسلام) ووجد حاجته بلا عزة، وهي ما في قبضتنا وإن سكنها أهل ذمة أو عهد (ومعه بقية لزمه ردها إلى المغنم) أي محل اجتماع الغنائم قبل قسمتها، والمغنم يأتي بمعنى الغنيمة كما في الصحاح، وتصح إرادته هنا؛ لأنها المال المغنوم وحينئذ صح قول من فسره بالمحل ومن فسره بالمال، وذلك لتعليق حق الجميع به، وقد زالت الحاجة إليه أما بعد قسمتها فيرده للإمام ليقسمه إن أمكن، وإلا رده للمصالح. والثاني لا يلزمه؛ لأن المأخوذ مباح (وموضع التبسط دارهم) أي أهل الحرب؛ لأنها محل العزة؛ أي من شأنها ذلك فلا يعارضه قولنا بحله، وإن وجدناه ثم يباع، فإذا رجعوا لدارنا وتمكنوا من شراء ذلك امتنع عليهم التبسط (وكذا) في غير دارهم كخراب دارنا (ما لم يصل عمران الإسلام) وهو ما يجدون فيه الطعام والعلف لا مطلق العمران (في الأصح) لبقاء الحاجة إليه. والثاني قصره على دار الحرب

(ولغانم) حر (رشيد ولو) هو (محجور عليه بفلس الإعراض عن الغنيمة) بقوله أسقطت حقي منها لا وهبت مريداً به التملك (قبل القسمة) واختيار التملك؛ لأنه به تحقق الإخلاص المقصود من الجهاد لكون كلمة الله هي العليا، والمفلس لا يلزمه الاكتساب باختيار التملك، وخرج بحر القن فلا يصح إعراضه وإن كان رشيداً؛ لأن الحق فيما غنمه لسيدته فالإعراض له.

نعم إن كان مكاتباً أو مأذوناً له في التجارة، وقد أحاطت به الديون فلا يظهر صحة إعراضه في حقهما، فإن أذن له فيه صح على الأصح، ولو أوصى بإعتاق عبده وهو يخرج من الثلث فاستحق الرضخ صح إعراضه عنه كما قاله البلقيني. وأما المبعوض فإن كان بينه وبين سيده مهياًة فالاعتبار بمن وقع الاستحقاق في نوبته بناء على الأصح وهو دخول النادر في المهياًة، وإلا فيصح إعراضه عن المختص به دون المختص بالملك، وخرج برشيد المحجور عليه بسفه فلا يصح إعراضه للحجر عليه، والصبي عن الرضخ لإلغاء عبارته، والمجنون والسكران غير المتعدي، نعم يجوز ممن كمل قبل القسمة، وإنما صح عفو السفيه عن القود؛ لأنه الواجب عينا فلا مال ثم بحال، وهنا ثبت له اختيار التملك وهو حق مالي فامتنع منه إسقاطه لانتفاء أهليته لذلك، فاندفع اعتماد جمع متأخرين صحة إعراضه زاعمين أن ما ذكره مبني على ضعف، أما بعد القسمة وقبولها فيمتنع لاستقرار الملك، وكذا بعد اختيار التملك (والأصح جوازه) أي الإعراض لمن ذكر (بعد فرز الخمس) وقبل قسمة الأخماس الأربعة؛ لأن إفرازه لا يتغير به حق كل منهم، والثاني منعه لتمييز حق الغانمين (و) الأصح (جوازه لجميعهم) أي الغانمين، ويصرف حقهم مصرف الخمس، والثاني منع ذلك (و) الأصح (بطلانه من ذوي القربى) وإن انحصروا في واحد؛ لأنهم لا يستحقونه بعمل فكان كالإرث، والثاني صحته منها كالغانمين وأحدهم، وخصهم لأن بقية مستحقي الخمس جهات عامة لا يتصور فيها إعراض (و) من (سالب مال)؛ لأنه يملك السلب قهراً (والمعرض) عن حقه (كمن لم يحضر) فيضم نصيبه للغنيمة، ويقسم بين الباقيين وأهل الخمس. ويؤخذ من التشبيه أنه لا يعود حقه لو رجع عن الإعراض مطلقاً، وهو ظاهر كموصى له له رد الوصية بعد الموت وقبل القبول، وليس له الرجوع فيها كما مر. وأما ما بحثه بعض الشراح من عود حقه برجوعه قبل القسمة لا بعدها تنزيلاً لإعراضه منزلة الهبة وللقسمة منزلة قبضها، كما لو أعرض مالك كسرة عنها له العود لأخذها فبعيد، وقياسه غير مسلم. إذ الإعراض عنها ليس هبة ولا منزلاً منزلتها؛ لأن المعرض عنه هنا حق تملك لا غير، ومن ثم جاز من نحو مفلس كما مر، ولأن الإعراض عن الكسرة يصيرها مباحة لا مملوكة ولا مستحقة للغير فجاز للمعرض أخذها والإعراض عنها ينقل الحق للغير فلم يجز له الرجوع فيه

(ومن مات) من الغانمين ولم يعرض (فحقه لوارثه) كبقية الحقوق، فإن شاء طلبه أو أعرض عنه (ولا تملك) الغنيمة (إلا بقسمة) مع الرضا بها باللفظ لا بالاستيلاء، وإلا لامتنع الإعراض وتخصيص كل طائفة بنوع منها (ولهم) أي الغانمين (التملك قبلها) لفظاً بأن يقول كل بعد الحيازة وقبل القسمة اخترت ملك نصيبي فتملك بذلك أيضاً (وقيل يملكون بمجرد الحيازة) لزوال ملك الكفار بالاستيلاء (وقيل) الملك موقوف فينظر (إن سلمت) الغنيمة (إلى القسمة بأن ملكهم) على الإشاعة (وإلا) بأن تلفت أو أعرضوا عنها (فلا)؛ لأن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالقسمة

(ويملك العقار بالاستيلاء) مع القسمة أو باختيار التملك بدليل قوله (كالمنقول)؛ لأن الذي قدمه فيه هو ما ذكر، ويصح أن يريد بقوله يملك يختص: أي يختصون به بمجرد الاستيلاء كما يختصون بالمنقول، وأشار الشارح بقوله في أحد أوجهه إلى ضعفه، ويكون الحامل للمصنف على تعرضه للعقار مع أنه من جملة الغنيمة، وتشبيهه بالمنقول الإشارة إلى خلاف أبي حنيفة حيث خير الإمام فيه بين قسمته وتركه في أيدي الكفار ووقفه على المسلمين وججتنا القياس على المنقول

(ولو كان فيها كلب أو كلاب تنفع) لصيد أو حراسة (وأراد بعضهم) أي الغانمين أو أهل الخمس (ولم ينزع) فيه (أعطيه) إذ لا ضرر فيه على غيره (وإلا) بأن نوزع فيه (قسمت) عدداً (إن أمكن وإلا) بأن لم يمكن قسمتها

عددا (أقرع) بينهم قطعا للنزاع. أما ما لا نفع فيه فلا يحل اقتناؤه، وقول الرافعي إن قولهم هنا عددا مشكل بما مر في الوصية من اعتبار قيمتها عند من يرى لها قيمة وينظر إلى منافعها فيمكن أن يقال بمثله هنا. أوجب عنه بإمكان الفرق بأن حق المشاركين ثم من الورثة أو بقية الموصى لهم أكد من حق بقية الغانمين هنا فسومح هنا بما لم يسامح به ثم.

(والصحيح أن سواد العراق) من إضافة الجنس إلى بعضه، إذ السواد أزيد من العراق بخمسة وثلاثين فرسخا؛ لأن مساحة العراق مائة وخمسة وعشرون فرسخا في عرض مائتين، والسواد مائة وستون في ذلك العرض، وجملة سواد العراق بالتكسير عشرة آلاف فرسخ، سمي سوادا لكثرة زرعه وشجره، والخضرة ترى من بعد سوداء، وعراقا لاستواء أرضه وخلوها عن الجبال والأودية، إذ أصل العراق الاستواء (فتح) في زمن عمر رضي الله عنه (عنوة) بفتح أوله؛ أي قهرا لما صح عنه أنه قسمه في جملة الغنائم، ولو كان صلحا لم؛ يقسمه (وقسم) بينهم كما تقرر (ثم) بعد ملكهم له بالقسمة واستمالة عمر رضي الله عنه قلوبهم (بذلوه) له: أي الغانمون وذوو القربى، وأما أهل أخماس الخمس الأربعة فالإمام لا يحتاج في وقف حقهم إلى بذله؛ لأن له أن يعمل في ذلك بما فيه المصلحة لأهله (ووقف) ما سوى مساكنه وأبنيته: أي وقفه عمر (على المسلمين) وآجره لأهله إجارة مؤبدة للمصلحة الكلية بخراج معلوم يؤدونه كل سنة، فجريب الشعير درهمان والبر أربعة والشجر وقصب السكر ستة والنخل ثمانية والعنب عشرة والزيتون اثنا عشر، وجملة مساحة الجريب ثلاثة آلاف وستمائة ذراع، والباعث له على وقفه خوف اشتغال الغانمين بفلاحته عن الجهاد (وخراجه) زرعاً أو غرساً (أجرة) منجمة (تؤدى كل سنة) مثلا (لمصالح المسلمين) يقدم الأهم فالأهم، فعلى هذا يمتنع بيع شيء مما عدا أبنيته ومساكنه، (وهو) أي السواد (من) أول (عبادان) بتشديد الموحدة (إلى) آخر (حديثه الموصل) بفتح أوليهما (طولا ومن) أول (القادسية إلى) آخر (حلوان) بضم المهملة (عرضا) بإجماع المؤرخين (قلت: الصحيح أن البصرة) بتثليث أوله والفتح أفصح، وتسمى قبة الإسلام وخزانة العرب (وإن كان داخله في حد السواد فليس لها حكمه) لأنها كانت سبخة أحيائها عثمان بن أبي العاص وعتبة بن غزوان في زمن عمر رضي الله عنهم سنة سبع عشرة بعد فتح العراق (إلا موضعا غربي دجلتها) بفتح أوله وكسره، ويسمى نهر الفراء (وموضع شرقيها) أي الدجلة ويسمى الفرات، وهذا هو الأشهر وعكس بعض الشراح ذلك (و) الصحيح (أن ما في السواد من الدور والمساكن يجوز بيعه) لعدم دخوله في وقفه كما مر (والله أعلم) ومحلّه في البناء دون الأرض لشمول الوقف لها، وليس لمن بيده أشجار مثمرة في أرض السواد أخذ ثمارها بل يبيعها الإمام، ويصرف أثمانها لمصالح المسلمين، وله صرف نفسها بلا بيع لما مر أنها بأيديهم بالإجارة (وفتحت مكة صلحا) كما دل عليه قوله تعالى {ولو قاتلكم الذين كفروا} أي أهل مكة {وهو الذي كف أيديهم عنكم وأيديكم عنهم ببطن مكة} بالذين أخرجوا من ديارهم: أي المهاجرين من مكة فأضاف الديار إليهم وهي مقتضية للملك والخبر الصحيح {من دخل المسجد فهو آمن، ومن أغلق بابه فهو آمن} واستثنى أفرادا أمر بقتلهم يدل على عموم الأمان للباقي ولم يسلب صلى الله عليه وسلم أحدا ولا قسم عقارا ولا منقولا، ولو فتحت عنوة لكان الأمر بخلاف ذلك، وإنما دخلها صلى الله عليه وسلم متأهبا للقتال خوفا من غدرهم ونقضهم للصلح الذي وقع بينه وبين أبي سفيان رضي الله عنه قبل دخولها. وفي البويطي أن أسفلها فتحه خالد عنوة وأعلىها فتحه الزبير رضي الله عنه صلحا، ودخل صلى الله عليه وسلم من جهته فصار الحكم له، وبهذا يجمع بين الأخبار التي ظاهرها التعارض (فدورها وأرضها المحياة ملك تباع) كما دلت عليه الأخبار، ولم يزل الناس

يتبايعونها، نعم الأولى عدم بيعها وإجارتها خروجاً من خلاف من منعها في الأرض. أما البناء فلا خلاف في حل بيعه وإجارته، وأما خبر {مكة لا تباع رباعها ولا تؤجر دورها} فضعيف خلافاً للحاكم، وفتحت مصر عنوة ودمشق عنوة عند السبكي، ومنقول الرافعي عن الروياني أن مدن الشام صلح وأرضها عنوة.

(فصل) في أمان الكفار

الذي هو قسيم الجزية والهدنة، وقسم من مطلق الأمن لهم المنحصر في هذه الثلاثة؛ لأنه إن تعلق بمحصور فالأول أو بغيره لا إلى غاية فالثاني أو إليها فالثالث. والأصل فيه قوله تعالى {وإن أحد من المشركين استجارك} الآية، وقوله صلى الله عليه وسلم {ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم، فمن أخفر مسلماً} أي نقض عهده {فعلية لعنة الله والملائكة والناس أجمعين} رواه الشيخان والذمة العهد والأمان والحرمة والحق، وكل صحيح هنا، وقد تطلق على الذات والنفوس اللتين هما محلها في نحو في ذمته كذا وبرئت ذمته منه وعلى المعنى الذي يصلح للإلزام وللالتزام كما مر (يصح من كل مسلم مكلف) وسكران (مختار) ولو أمة لكافر وسفيتها وفاسقاً وهرماً لقوله في الخبر {يسعى بها أدناهم} ولأن عمر أجاز أمان عبد على جميع الجيش فلا يصح من كافر لاتهامه وصبي ومجنون ومكره كبقية العقود، نعم لو جهل كافر فساد أمان من ذكر عرف به ليلغ مأمنه (أمان حربي) ولو امرأة وقنا كما اعتمده البلقيني لا أسيراً كما قاله، وقيد الماوردي بغير أسره، أما هو فيجوز له ما بقي في يده (وعدد محصور) من أهل الحرب كمائة (فقط) أي دون غير المحصور كأهل بلد كبير؛ لأن هذه هدنة، وهي ممتنعة من غير الإمام، ولو آمن مائة ألف منا مائة ألف منهم، وظهر بذلك سد باب الجهاد أو بعضه بطل الجميع حيث وقع معاً، وإلا فما ظهر الخلل به فقط.

(ولا يصح أمان أسير لمن هو معهم) ولا لغيرهم (في الأصح)؛ لأنه مقهور معهم فهو كالمكره، ولأنه غير آمن منهم، والثاني يصح لدخوله معهم في الضابط، والأول نظر لما مر في التعليل، والمراد بمن هو معهم كما في التنبيه وغيره المقيد أو المحبوس، فلو أطلق وأمنوه على عدم الخروج من دارهم صح كالتاجر، وهو المعتمد خلافاً للإسنوي، وعليه قال الماوردي: إنما يكون مؤمنه آمناً بدارهم غير ما لم يصرح بالأمان في غيرها (ويصح) الأمان (بكل لفظ يفيد مقصوده) صريح كأجرتك أو أمنتك أو لا بأس أو لا فزع أو لا خوف عليك أو كناية بنية ككن كيف شئت، أو أنت على ما تحب (وبكتابة) مع النية لأنها كناية (ورسالة) بلفظ صريح أو كناية مع النية ولو مع كافر وصبي موثوق بخبره فيما يظهر توسعة في حقن الدم ((يشترط) لصحة الأمان (علم الكافر بالإمام) كبقية العقود، فلو لم يعلمه جازت المبادرة بقتله ولو من مؤمنة (فإن رده) كقوله ما قبلت أمنتك أو لا أمنتك (بطل، وكذا إن لم يقبل) بأن سكت (في الأصح)؛ لأنه عقد كالهبة. والثاني يبطل بالسكوت

(وتكفي) كتابة و (إشارة) أو أمانة كتركه القتال (مفهمة للقبول) أو الإيجاب، ثم إن كانت من ناطق فكناية مطلقاً لبناء الباب على التوسعة، ومن ثم جاز تعليقه بالغرر كإن قدم زيد فقد أمنتك أو من أحرص واختص بفهمها فطنون، فكذلك تكون كناية، وإلا فصريحة أما غير المفهمة فلاغية (ويجب أن لا تزيد مدته) في حق من تحققنا ذكوره (على أربعة أشهر) سواء أكان المؤمن الإمام أم غيره للآية (وفي قول يجوز ما لم تبلغ) المدة (سنة) فإن بلغت امتنع قطعاً لئلا يترك الجزية ومن ثم جاز في الأنثى والخنثى من غير تقييد فإن زاد على الجائز بطل في الزائد فقط عملاً

بتفريق الصفقة، ومحل ما تقرر حيث لا ضعف بنا، فإن كان رجوع في الزائد إلى نظر الإمام كالهدنة ولو أطلق الأمان حمل على الأربعة الأشهر وبلغ المأمّن بعدها بخلاف الهدنة لكون بابها أضيّق

(ولا يجوز) ولا ينفذ ولو من إمام (أمان يضر) بفتح أوله المسلمين (كجاسوس) وطلّيعة كفار لخبر {لا ضرر ولا ضرار في الإسلام} ولا يستحقّ تبليغ المأمّن إذ دخول مثله خيانة، أما ما لا يضر فجائز وإن لم تظهر فيه مصلحة، نعم قيد ذلك البلقيني بغير الإمام أما هو فلا بد فيه من المصلحة

(وليس للإمام) ولا لغيره بالأولى (نبذ الأمان) الصادر منه أو من غيره كما هو ظاهر (إن لم يخف خيانة) للزومه من جهتنا فإن خافها نبذه الإمام والمؤمن بكسر الميم، أما المؤمن بفتحها فله نبذه متى شاء لكنه متى بطل أمانه وجب تبليغه مأمّنه

(ولا يدخل في الأمان ماله وأهله) أي فرعه غير المكلف وزوجته الموجودان (بدار الحرب) إذ القصد تأمين ذاته من قتل ورق دون غيره فيغنم ماله وتسبى ذراريه ثم، نعم إن شرط الإمام أو نائبه أو دخوله دخل وإلا فلا (وكذا ما معه) بدار الإسلام (منهما) ومثلهما ما معه لغيره فلا يدخل ذلك كله (في الأصح) لما ذكر (إلا بشرط) حيث كان المؤمن غير الإمام، نعم ثيابه ومركوبه وآلة استعماله ونفقة مدة أمانه الضروريات تدخل من غير شرط. وحاصل ذلك دخول ما معه في الأمان مما لا بد له منه غالباً كثيابه ونفقة مدته مطلقاً، وما زاد على ذلك يدخل أيضاً إن كان المؤمن الإمام، وإلا لم يدخل إلا بشرط وما خلفه في دار الحرب يدخل إن أمانه الإمام وشرط دخوله وإلا فلا

(والمسلم بدار كفر) أي حرب والأوجه أن دار الإسلام التي استولوا عليها كذلك (إن أمكنه إظهار دينه) لشرفه أو شرف قومه وأمن فتنة في دينه، ولم يرج ظهور الإسلام ثم بمقامه (استحب له الهجرة) إلى دار الإسلام لئلا يكثر سوادهم، وربما كادوه، ولم تجب لقدرتهم على إظهار دينه ولم تحرم؛ لأن من شأن المسلم بينهم القهر والعجز، ومن ثم لو رجا ظهور الإسلام بمقامه، ثم كان مقامه أفضل أو قدر على الامتناع والاعتزال ثم، ولم يرج نصرة المسلمين بالهجرة كان مقامه واجباً؛ لأن محله دار الإسلام، فلو هاجر لصار دار حرب، ثم إن قدر على قتالهم ودعائهم للإسلام لزمه وإلا فلا. واعلم أنه يؤخذ من قولهم؛ لأن محله دار الإسلام أن كل محل قدر أهله فيه على الامتناع من الحربيين صار دار إسلام، وحينئذ فينتج تعذر عوده دار كفر وإن استولوا عليه كما صرح به في خبر {الإسلام يعلو ولا يعلو عليه} فقولهم لصار دار حرب المراد به صيرورته كذلك صورة لا حكماً، وإلا لزم أن ما استولوا عليه من دار الإسلام يصير دار حرب وهو بعيد (وإلا) بأن لم يمكنه إظهار دينه وخاف فتنة فيه (وجبت) الهجرة (إن أطاقتها) وعصى بإقامته ولو أنشئ لم تجد محرماً مع أمنها على نفسها، أو كان خوف الطريق أقل من خوف الإقامة كما لا يخفى، فإن لم يطبقها فمعذور لقوله تعالى {إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم} ولخبر {لا تنقطع الهجرة ما قوتل الكفار} وخبر {لا هجرة بعد الفتح} أي من مكة لكونها صارت دار إسلام إلى يوم القيامة

(ولو قدر أسير على هرب لزمه) وإن أمكنه إظهار دينه كما صححه الإمام وتبعه القمولي، وهو الأصح لأن الأسير في يد الكفار مقهور مهان فكان ذلك عليه تخليصاً لنفسه من رِق الأسر (ولو أطلقوه بلا شرط فله اغتيالهم) قتلًا وسبياً وأخذًا للمال لأنهم لم يستأمنوه، وليس المراد هنا حقيقة الغيلة، وهي أن يخدعه فيذهب به لمكان خال، ثم يقتله (أو) أطلقوه (على أنهم في أمانه) أو عكسه (حرم) عليه اغتيالهم؛ لأن الأمان من أحد الجانبين متعذر، نعم إن قالوا أمانك ولا أمان لنا عليك جاز له اغتيالهم (فإن

تبعه قوم) أو واحد منهم بعد خروجه (فليدفعهم) حتما إن حاربوه وكانوا مثليه فأقل، وإلا فندبا على ما قاله بعضهم، وهو مردود بما مر أن الثبات للضعف إنما يجب في الصف (ولو بقتلهم) ابتداء، ولا يلزمه رعاية التدرج كالصائل لانتقاض أمانهم: أي حيث قصدوا نحو قتلهم، وإلا لم ينتقض فيدفعهم كالصائل إذ الذمي ينتقض عهده بقتالنا فالمؤمن أولى (ولو شرطوا) عليه (أن لا يخرج من دارهم لم يجز) له (الوفاء) بهذا الشرط بل يلزمه الخروج حيث أمكنه فرارا بدينه من الفتن وبنفسه من الذل ما لم يمكنه إظهار دينه، وإلا فلا يلزمه الخروج كما مر لكن يندب، ولو حلفوه على ذلك بطلاق أو غيره مكرها على الحلف لم ينعقد حلفه، وإلا حنث وإن كان حين حلفه محبوسا ومن الإكراه قوله لا نطلقك إلا إن حلفت لنا أن لا تخرج من هنا

(ولو عاقد الإمام علجا) هو الكافر الغليظ الشديد سمي به لدفعه عن نفسه ومنه العلاج لدفعه الداء (يدل على) نحو بلد أو (قلعة) بإسكان اللام وفتحها سواء أكانت معينة أم مبهمة من قلاع محصورة فيما يظهر أو على أصل طريقها أو أسهل أو أرفق طريقها (وله منها جارية) مثلا ولو حرة مبهمة ويعينها الإمام (جاز) وإن كان الجعل مجهولا غير مملوك للحاجة مع أن الحرية ترق بالأسر، وتستحق بالدلالة ولو من غير كلفة كان يكون تحتها فيقول هي هذه للحاجة أيضا، وبه فارق ما مر في الإجارة والجمالة، كذا قاله بعضهم، والأوجه حمل ما هنا على ما إذا كان فيه كلفة ليوافق ما مر ثم، أما المسلم فلا تجور معه هذه المعاقدة على ما قاله جمع؛ لأن فيها أنواعا من الغرر واحتملت مع الكافر؛ لأنه أعرف بقلاعهم وطرقهم، والمعتمد صحتها معه أيضا كما رجح الأذرعى والبلقيني وغيرهما، واقتضى كلام المصنف كالرافعي في الغنيمة اعتماده فيعطائها إن وجدناها حية وإن أسلمت. فلو ماتت بعد الظفر فله قيمتها، وخرج بقوله منها قوله مما عندي فلا يصح للجعل بالجعل بلا حاجة (فإن فتحت) عنوة (بدلالته) وفتحها من عاقده ولو في مرة أخرى، وفيها تلك الأمة المعينة أو المبهمة حية ولم تسلم أصلا أو أسلمت معه أو بعده لا عكسه كما يأتي (أعطيتها) وإن لم يوجد سواها، وإن تعلق بها حق لازم من معاملتهم مع بعضهم كما هو ظاهر، إذ لا اعتداد بمعاملتهم في مثل ذلك؛ لأنه استحقها بالشرط قبل الظفر (أو) فتحها معاقده (بغيرها) أي دلالة أو غير معاقده ولو بدلالته (فلا) شيء له (في الأصح) لانتفاء الشرط وهو دلالة، والثاني يستحقها بالدلالة (فإن لم تفتح فلا شيء له) لتعلق جعلته بدلالته مع فتحها فالجعل مقيد به حقيقة وإن لم يجر لفظه. (وقيل إن لم يعلق الجعل بالفتح فله أجره مثل) لوجود الدلالة ويرده ما تقرر هذا إن كان الجعل فيها، وإلا لم يشترط في استحقاقه فتحها اتفاقا على ما قاله الماوردي وغيره (فإن) فتحها معاقده بدلالته (ولم يكن فيها جارية) أصلا أو بالوصف المشروط (أو ماتت قبل العقد فلا شيء له) لانتفاء المشروط (أو) ماتت (بعد الظفر وقبل التسليم) إليه (وجب بدل) لأنها حصلت في قبضته فالتلف من ضمانه (أو) ماتت (قبل الظفر فلا) شيء له (في الأظهر) كما لو لم تكن فيها؛ لأن الميتة معدومة لعدم القدرة عليها، والثاني تجب لأنها حاصلة وتعذر تسليمها (وإن أسلمت) المعينة الحرة على ما قيد به بعض الشراح، والأقرب عدم الفرق، والقول بأن الحرية إذا أسلمت قبل الظفر لا يعطى قيمتها مردود. (فالمذهب وجوب بدل) إذ إسلامها منع ربقها والاستيلاء عليها فيعطى بدلها من أصل الغنيمة كما هو أوجه احتمالين فإن لم تكن غنيمة اتجه وجوبه في بيت المال (وهو) أي البدل (أجره مثل وقيل قيمتها) وهذا هو المعتمد كما في الروضة وأصلها عن الجمهور، نعم لو كانت مبهمة فمات كل من فيها وجبت قيمة من تسلم إليه قبل الموت في أصح احتمالين فيعين له واحدة ويعطيه قيمتها كما يعينها له لو كن أحياء، وخرج بعنوة ما لو فتحت

صلحا بدلالته ودخلت في الأمان، فإن امتنع من قبول بدل وهم من تسليمها نبتنا الصلح وبلغناهم المأمّن، وإن رضوا بتسليمها ببدلها أعطوه من محل الرضخ.

{كتاب الجزية}

تطلق على كل من العقد والمال الملتزم به وعقبها للقتال؛ لأنه مغيا بها في الآية التي هي كأخذه صلى الله عليه وسلم إياها من أهل نجران وغيرهم. الأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى {حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون} إذ هي مأخوذة من المجازاة؛ لأنها جزاء عصمتهم منا وسكنائهم في دارنا فهي إذلال لهم لتحملهم على الإسلام لا سيما إن خالطوا أهله وعرفوا محاسنه لا في مقابلة تقريرهم على كفرهم؛ لأن الله تعالى أعز الإسلام وأهله عن ذلك، ومشروعيتها مغياة بنزول عيسى صلى الله عليه وسلم فلا تقبل بعد ذلك؛ لأنه لا يبقى لأحد منهم شبهة بحال فلم يقبل منهم إلا الإسلام وهذا من شرعنا؛ لأنه إنما ينزل حاكما به متلقيا له عنه صلى الله عليه وسلم من القرآن والسنة والإجماع أو عن اجتهاد مستمد من هذه الثلاثة، والظاهر أن المذاهب في زمنه لا يعمل منها إلا بما يوافق ما يراه، إذ لا مجال للاجتهاد مع وجود النص واجتهاد النبي صلى الله عليه وسلم لا يخطئ. ولها أركان عاقد ومعقود له وعليه ومكان وصيغة وبدأ بها اهتماما بها فقال (صورة عقدها) مع الذكور أن يقول لهم الإمام أو نائبه (أقركم) أو أقررتكم كما في المحرر، واستحسن على الأول لاحتماله الوعد غير أنه يكتفي به، وإن لم يقصد به الحال مع الاستقبال؛ لأن المضارع عند التجرد عن القرائن يكون للحال، وبأنه يأتي للإنشاء كأشهد، ولا ينافيه ما مر في الضمان أن أؤدي المال أو أحضر الشخص لا يكون ضمانا ولا كفالة، وفي الإقرار أن أقر بكذا لغو؛ لأنه وعد؛ لأن شدة نظرهم في هذا الباب لحقن الدم اقتضى عدم النظر لاحتماله للوعد (بدار الإسلام) غير الحجاز لكنه لا يشترط التنصيص على إخراجه حال العقد اكتفاء باستثنائه شرعا وإن جهله العاقدان فيما يظهر على أن هذا من أصله قد لا يشترط فقد نقرهم بها في دار الحرب (أو أذنت في إقامتكم بها) أو نحو ذلك (على أن تبدلوا) أي تعطوا (جزية) في كل حول، نعم يتجه عدم اعتبار ذكر كونها أول الحول أو آخره، فيحمل قول الجرجاني بذكر ذلك على الأكمل (وتنقادوا لحكم الإسلام) أي لكل حكم من أحكامه غير نحو العبادات مما لا يروونه كالزنا والسرقة لا كشرب المسكر ونكاح المجوس للمحارم، ومن عدم تظاهرهم مما يعتقدون بإباحته، وفسر الصغار في الآية بالتزام ذلك، وإنما وجب التعرض لهذا مع أنه من مقتضيات عقدها؛ لأنه مع الجزية عوض عن تقريرهم فأشبهه الثمن في المبيع والأجرة في الإجارة، ولا يشترط التعرض لنفي اجتماعهم على قتالنا كما أمنوا منا خلافا للماوردي وغيره لدخوله في الانقياد، ولا يرد على المصنف صحة قول الكافر، أقروني بكذا إلى آخره فيقول له الإمام أقررتك؛ لأنه إنما أراد صورة عقدها الأصلي من الموجب، أما النساء فيكفي فيهن الانقياد لحكم الإسلام لانتفاء الجزية عنهن، وظاهر كلامهم صراحة هذه الأشياء، وأنه لا كناية هنا لفظا، ولو قيل إن كنايات الأمان لو ذكر معها على أن تبدلوا إلى آخره تكون كناية هنا لم يبعد (والأصح اشتراط ذكر قدرها) أي الجزية كالثمن والأجرة وسيأتي أقلها. والثاني لا يشترط ذكره وينزل المطلق على الأقل (لا كف اللسان) منهم (عن الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ودينه) بسوء فلا يشترط ذكره لدخوله في الانقياد

(ولا يصح العقد) للجزية معلقا ولا (مؤقتا على المذهب)؛ لأنه بدل عن الإسلام في العصمة وهو لا يؤقت فلا يكفي أقركم ما شاء الله، وأما قوله صلى الله عليه وسلم {أقركم ما أقركم الله} فلأنه كان يعلم ما عند الله

بالوحي، وكذا ما شئت أو شاء فلان، بخلاف ما شئتم للزومها من جهتنا وجوازها من جهتهم بخلاف الهدنة، وفي قول أو وجه يصح. والطريق الثاني القطع بالأول

(ويشترط لفظ قبول) من كل منهم لما أوجبه العاقد ولو بنحو رضيت وبإشارة أحرص مفهومة وبكناية بينة، ومنها الكتابة، ويشترط هنا أيضا سائر ما مر في البيع من نحو اتصال قبول بإيجاب وتوافق فيهما فيما يظهر، وأفهم اشتراط القبول أنه لو دخل حربي دارنا، ثم علمناه لم يلزمه شيء، بخلاف من سكن دارا مدة غصبا؛ لأن عماد الجزية القبول، ولو فسد عقدها من الإمام أو نائبه لزم لكل سنة دينار؛ لأنه أقلها، بخلاف ما لو بطل كأن صدر من الآحاد فإنه لا يلزم شيء، وبهذا علم أن لنا ما يفرق فيه بين الباطل والفاسد سوى الأربعة المشهورة

(ولو وجد كافر بدارنا فقال دخلت لسماع كلام الله) تعالى أو لأسلم أو لأبذل جزية (أو) دخلت (رسولا) ولو بما فيه مضرة لنا (أو) دخلت (بأمان مسلم) يصح أمانه (صدق) وحلف ندبا إن اتهم تغليبا لحقن الدم، نعم إن أسر لم يصدق في ذلك إلا بينة، وفي الأولى يمكن من الإقامة وحضور مجالس العلم قدرا تقضي العادة بإزالة الشبهة فيه، ولا يزداد على أربعة أشهر (وفي دعوى الأمان وجه) أنه لا يصدق بغير بينة لسهولتها، ورد أن الظاهر من حال الحربي أنه لا يدخل إلا به أو بنحوه

(ويشترط لعقدها الإمام أو نائبه) العام، أو في عقدها لكونها من المصالح العظام فاخصت بذي النظر العام (وعليه) أي أحدهما (الإجابة إذا طلبوها) للأمر به في خبر مسلم ومن ثم لم يشترط هنا مصلحة بخلاف الهدنة (إلا) أسيرا أو (جاسوسا) منهم، وهو صاحب سر الشر، بخلاف الناموس فإنه صاحب سر الخير (بخافه) فلا تجب إجابتها بل لا تقبل من الثاني للضرورة، ولهذا لو ظهر له أن طلبهم لها مكيدة منهم لم يجبهم (ولا تعقد إلا لليهود والنصارى) وصابئة وسامرة لم تعلم مخالفتهم لهم في أصل دينهم سواء في ذلك العرب والعجم؛ لأنهم أهل كتاب في آيتها (والمجوس) {لأخذه لها صلى الله عليه وسلم من مجوس هجر وقال: سنوا بهم سنة أهل الكتاب}. رواه البخاري ولأن لهم شبهة كتاب (وأولاد من تهود أو تنصر قبل النسخ) أو معه ولو بعد التبديل، وإن لم يجتنبوا المبدل تغليبا لحقن الدم، وبه فارق عدم حل نكاحهم وذبيحتهم مع أن الأصل في الأبخاع والميتات التحريم، بخلاف ولد من تهود بعد بعثة عيسى بناء على أنها ناسخة، أو تهود أو تنصر بعد بعثة نبينا عليه الصلاة والسلام واكتفاؤهم بالبعثة وإن كان النسخ قد يتأخر عنها لكونها مظنته وسببه، وقضية كلامه أن المضر دخول كل من أبويه بعد النسخ لأحدهما. وهو الأوجه خلافا للبلقيني بدليل عقدها لمن أحد أبويه وثني كما يأتي (أو شككنا في وقته) أي التهود أو التنصر أكان قبل النسخ أم بعده تغليبا للحقن أيضا، ولو شهد عدلان بكذبهم، فإن شرط في العقد قتالهم إن بان كذبهم اغتالهم وإلا فوجهان: أو جههما أنه كذلك لتلبسهم علينا وإطلاق اليهود والنصارى وتقييده أولادهم؛ لأن اليهود والنصارى الأصليين الذين لا انتقال لهم هم الأصل، ثم لما ذكر الانتقال عبر فيه بالأولاد، ومراده بهم الفروع وإن سفلوا لأن الغالب أن الانتقال إنما يكون عند طرو البعثة، وذلك قد انقطع فلم يبق إلا أولاد المنتقلين فذكرهم ثانيا، فاندفع القول بأنه لو عكس لكان أولى، ودعوى أنه يوهم أن من تهود أو تنصر قبل الفسخ يعقد لأولاده مطلقا، وليس كذلك وإنما يعقد لهم إن لم ينتقلوا عن دين آبائهم بعد البعثة مردودة؛ لأن الكلام في أولاد لم يحصل منهم انتقال، وإلا لم يكن للنظر إلى آبائهم وجه (وكذا زاعم التمسك بصحف إبراهيم وزبور داود صلى الله) على نبينا و (عليهما وسلم) وصحف شيث وهو ابن آدم لصلبه؛ لأنها تسمى كتبا فاندرجت في قوله تعالى {من الذين أتوا الكتاب} (ومن أحد أبويه

كتابي) ولو الأم اختار الكتابي أم لم يختار شيئاً، وفارق كون شرط حل نكاحها اختيارها الكتابي بأن ما هنا أوسع، وما أوهمه شرح المنهج من أن اختيار ذلك قيد هنا أيضاً غير مراد، وإنما المراد أنه قيد لتسميته كتابياً لا لتقريره (والآخر وثني على المذهب) في المسألتين تغليباً لذلك أيضاً، وهو في الأولى أصح وجهين وقطع به بعضهم، وفي الثانية في أصل الروضة أصح الطرق وقول من طريق ثان قطع بعضهم بمقابله، نعم لو بلغ ابن وثني من كتابية وتدين بدين أبيه لم يقر جزماً، ويقبل قولهم في كونهم ممن يعقد لهم الجزية، إذ لا يعلم ذلك غالباً إلا منهم، والأوجه استحباب تحليفهم، وأفهم كلامه عدم عقدها لغير المذكورين كعابد شمس أو ملك أو وثن وأصحاب الطبائع والمعتلين والفلاسفة والدهريين وغيرهم كما مر في النكاح

(ولا جزية على امرأة) بالإجماع، ولا يعتد بخلاف ابن حزم فيه (وختى) لاحتمال أنوثته، فلو بذلاها أعلمناهما بعدم لزومها لهما، فإن رغبا بها فهبة، ذكراً أخذ منه عما مضى، وفارق ما مر في حربي لم يعلم به إلا بعد مدة بأن صورة ما هنا في عقد الجزية له حال خنوته بخلاف الأولى (ومن فيه رق) وهو مبعض لنقصه ولا على سيده بسببه وخبر {لا جزية على العبد} لا أصل له (وصبي ومجنون) لعدم التزامهما (فإن تقطع جنونه قليلاً كساعة من شهر) ونحو يوم من سنة (لزمته) والأوجه ضبطه بأن تكون أوقات الجنون في السنة لو لفقت لم تقابل بأجرة غالباً، وقد يؤخذ هذا من قولهم (أو) تقطع (كثيراً كيوم ويوم فالأصح تلفيق الإفاقة) إن أمكن (فإن بلغت) أيام الإفاقة (سنة وجبت) الجزية لسكناه سنة بدارنا وهو كامل، فإن لم يمكن أجري عليه حكم الجنون في الجميع كما هو المتجه، وكذا لو قلت بحيث لا يقابل مجموعها بأجرة، وطرو جنون أثناء الحول كطرو موت أثناءه. والثاني لا يجب. والثالث يجب كالعاقل. والرابع يحكم بموجب الأغلب، فإن استوى الزمانان وجبت

(ولو بلغ ابن ذمي) أو أفاق أو عتق قن ذمي أو مسلم (ولم يبذل) بالمعجزة أي يعط (جزية الحق بأمّنه) ولا يغتال؛ لأنه كان في أمان أبيه أو سيده تبعاً (فإن بذلها) ولو سفيها (عقد له) عقد جزية لاستغلاله حينئذ (وقيل عليه كجزية أبيه) ويكتفى بعقد متبوعه؛ لأنه لما تبعه في أصل الأمان تبعه في أصل الذمة، وعلى الأول فالمتجه أنه لو مضت عليهم مدة بلا عقد لزمتهم أجرة مثل سكناهم بدارنا، إذ الم أغلب فيها معنى الأجرة، ويظهر أنها هنا أقل الجزية

(والمذهب وجوبها على زمن وشيخ وهرم) لا أرى لهما (وأعمى وراهب وأجير) لأنها أجرة فلم يفارق المعذور فيها غيره. أما من له رأي فتلزمه جزماً (وفقير عجز عن كسب) أصلاً أو يفضل به عن مؤنته يومه وليلته آخر الحول ما يدفعه فيها، وذلك لما مر (فإذا تمت سنة وهو معسر ففي ذمته) تبقى حولا فأكثر (حتى يوسر) كسائر الديون

(ويمنع كل كافر من استيطان الحجاز) يعني الإقامة به، ولو بلا استيطان كما أفهمه قوله الآتي، وقيل له الإقامة إلى آخره. وأفهم كلامه جواز شراء أرض فيه لم يقيم بها، وهو الأوجه لكن الصواب منعه؛ لأن ما حرم استعماله حرم اتخاذه كالأواني والآلات اللهو، وإليه يشير قول الشافعي ولا يتخذ الذمي شيئاً من الحجاز داراً وإن رد بأن هذا ليس من ذلك، وإنما منع من الحجاز لقوله صلى الله عليه وسلم عند موته {أخرجوا المشركين من جزيرة العرب} وفي رواية {آخر ما تكلم به صلى الله عليه وسلم: أخرجوا اليهود من الحجاز} وفي أخرى {أخرجوا يهود الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب} وليس المراد جميعها بل الحجاز منها؛ لأن عمر أجلاهم منه وأقرهم باليمن مع أنه منها، إذ هي طولاً من عدن إلى ريف العراق، وعرضاً من جدة وما والاها من ساحل البحر إلى الشام. سميت بذلك لإحاطته بحر

الحبشة وبحر فارس ودجلة والفرات بها (وهو) أي الحجاز، سمي بذلك؛ لأنه حيز بين نجد وتهامة (مكة والمدينة واليمامة) مدينة على أربع مراحل من مكة ومرحلتين من الطائف، وقال بعض شراح البخاري بينها وبين الطائف مرحلة واحدة. سميت باسم الزرقاء التي كانت تبصر من مسيرة ثلاثة أيام (وقراها) أي الثلاثة كالطائف وجدة وخيبر والينبع (وقيل له الإقامة في طرقه الممتدة) بين هذه البلاد؛ لأنها لم تعتد فيها، نعم التي بحرم مكة يمنعون منها قطعاً كما يعلم من كلامه الآتي، ولا يمنعون ركوب بحر خارج الحرم، بخلاف جزائره المسكونة أو غيرها، وإنما قيدوا بها للغالب. قال القاضي: ولا يمكنون من المقام في المركب أكثر من ثلاثة أيام كالبر، ولعل مراده كما قاله ابن الرفعة إذا أذن الإمام وأقام بموضع واحد

(ولو دخل) كافر أي الحجاز (بغير إذن الإمام) أو نائبه (أخرجه وعزّره إن علم أنه ممنوع) منه لتعديده، بخلاف ما لو جهل ذلك فيخرجه ولا يعزّره (فإن استأذن) في دخوله (أذن له) حتماً كما اقتضاه صنيعه لكن صرح غيره بأنه جائز فقط، والمعتمد الأول (إن كان دخوله مصلحة للمسلمين كرسالة وحمل ما يحتاج إليه) كثيراً من طعام وغيره وكإرادة عقد جزية أو هدنة لمصلحة، وهنا لا يؤخذ منه شيء في مقابلة دخوله. أما مع عدم المصلحة فيمتنع الإذن كما لا يخفى (فإن كان) دخوله ولو امرأة (لتجارة ليس فيها كبير حاجة) كعطر (لم يأذن) أي لم يجز له الإذن في دخوله (إلا) إن كان ذمياً كما نقله البلقيني عن الأصحاب (بشرط أخذ شيء منها) أي من متاعها: أي أو من ثمنه فيمهلهم للبيع نظير قولهم في داخل دارنا لتجارة لم يضطر إليها، وبشرط عليه شيء منها جاز، فإن شرط عليهم عشر الثمن أمهلوا إلى البيع أهـ. وظاهر أنهم لا يكلفونه بدون ثمن المثل، وحينئذ فيؤخذ منهم بدله إن رضوا، وإلا فبعض أمتعتهم عوضاً عنه، ويجتهد في قدره، ولا يؤخذ في السنة سوى مرة كالجزية (ولا يقيم) بالحجاز حيث دخله ولو بتجارته ولو المضطر إليها في موضع واحد بعد الإذن في دخوله (إلا ثلاثة أيام فأقل) غير يومي دخوله وخروجه اقتداءً بعمر رضي الله عنه فإن أقام بمحل ثلاثة أيام، ثم باخر مثلها وهكذا لم يمنع إن كان بين كل محلين مسافة القصر

(ويمنع) كل كافر (دخول حرم مكة) ولو لمصلحة عامة لقوله تعالى {فلا يقربوا المسجد الحرام} أي الحرم بالإجماع (فإن كان رسولا) لمن بالحرم من إمام أو نائبه (خرج إليه الإمام أو نائبه ليسمعه) ويخبر الإمام، فإن قال لا أؤديها إلا مشافهة تعين خروج الإمام إليه لذلك، أو مناظر خرج إليه من يناظره، وحكمة ذلك أنهم لما أخرجوا النبي صلى الله عليه وسلم بكفرهم عوقب جميع الكفار بمنعهم منه مطلقاً وإن دعت لذلك ضرورة كما في الأم، وبه يرد قول ابن كج: يجوز للضرورة كطبيب احتيج إليه، وحمل بعضهم له على ما إذا مست الحاجة إليه، ولم يمكن إخراج المريض له غير ظاهر (فإن مرض فيه) أي الحرم (نقل وإن خيف موته) بالنقل لظلمه بدخوله ولو بإذن الإمام (فإن مات) وهو ذمي (لم يدفن فيه) تطهيراً للحرم عنه (فإن دفن نبش وأخرج)؛ لأن بقاء جيفته فيه أشد من دخوله حياً، نعم لو تقطع ترك ولا يلحق حرم المدينة بحرم مكة في ذلك وجوباً بل ندباً لأفضليته وتميزه بما لم يشارك فيه، وصح أنه صلى الله عليه وسلم أنزلهم مسجده سنة عشر بعد نزول براءة سنة تسع، وناظر فيه أهل نجران منهم في أمر المسيح وغيره (وإن مرض في غيره) أي الحرم (من الحجاز وعظمت المشقة في نقله) أو خيف نحو زيادة مرضه (ترك) تقديماً لأعظم الضررين (وإلا) بأن لم تعظم (نقل) حتماً لحرمة المحل، وهذا هو المعتمد وإن ذكر في الروضة كأصلها عن الإمام أنه ينقل مطلقاً، وعن الجمهور عدم ذلك مطلقاً (فإن مات) فيه (وتعذر نقله) منه لنحو خوف تغير (دفن

هناك) للضرورة فإن لم يتعذر نقل. أما الحربي أو المرتد فلا يجري ذلك فيه لجواز إغراء الكلاب على جيفته، فإن أدى ريحه غيبت جيفته.

(فصل)

(أقل الجزية) من غني أو فقير عند قوتنا (دينار) خالص مضروب فلا يجوز العقد إلا به، وإن أخذ قيمته وقت الأخذ (لكل سنة) لخبر {خذ من كل حالم} أي محتلم {دينارا أو عدله}: أي مساوي قيمته، وهو بفتح العين ويجوز كسرهما، وتقويم عمر للدينار باثني عشر درهما؛ لأنها كانت قيمته إذ ذاك ولا حد لأكثرها. أما عند ضعفنا فتجوز بأقل منه إن اقتضته مصلحة ظاهرة، وإلا فلا، وتجب بالعقد وتستقر بانقضاء الزمن بشرط ذبنا عنهم في جميعه حيث وجب، فلو مات أو لم يذب عنهم إلا أثناء السنة وجب بالقسط كما يأتي. أما الحي فلا نطالبه بالقسط أثناء السنة، وكان قياس القول بأنها أجرة مطالبته به لولا ما طلب هنا من مزيد الرفق بهم تألفا لهم على الإسلام

(ويستحب للإمام) عند قوتنا أخذ ما مر (مما كسبه) أي طلب زيادة على دينار (حتى) يعقد بأكثر من دينار كدينارين لمتوسط وأربعة لغني ليخرج من خلاف أبي حنيفة فإنه لا يجيزها إلا بذلك بل حيث أمكنته الزيادة، وإن علم أو ظن إيجابتهم إليها وجبت عليه إلا لمصلحة، وحيث علم أو ظن أنهم لا يجيئون بأكثر من دينار فلا معنى للمماسكة لوجوب قبول الدينار، وعدم جواز إجبارهم على أكثر من حينئذ، والمماسكة تكون عند العقد إن عقد على الأشخاص فحيث عقد على شيء امتنع أخذ زائد عليه، ويجوز عند الأخذ إن عقد على الأوصاف كصفة الغني أو المتوسط، وحينئذ فيسن للإمام أو نائبه مما كسبهم حتى (يأخذ من) كل (متوسط) آخر الحول، ولو بقوله ما لم يثبت خلافه (دينارين فأكثر و) من كل (غني) كذلك (أربعة) من الدينارين فأكثر، والأوجه ضبط الغني والمتوسط هنا وفي الضيافة بالنفقة بجامع أنه في مقابلة منفعة تعود إليه لا بالعاقلة، إذ لا مواساة هنا ولا بالعرف لاختلافه باختلاف الأبواب، أما السفية فيمتنع عقده أو عقد وليه بأكثر من دينار، فإن عقد رشيد بأكثر، ثم حجر عليه أثناء الحول اتجه لزومه ما عقد به، كما لو استأجر بأكثر من أجرة المثل، ثم سفه فيؤخذ منه الأكثر كما هو ظاهر (ولو عقدت بأكثر) من دينار (ثم علموا جواز دينار لزمهم ما التزموه) كمن غبن في الشراء (فإن أبوا) من بذل الزيادة (فالأصح أنهم ناقضون) للعهد بذلك فيختار الإمام فيهم ما يأتي، والثاني لا ويقنع منهم بالديار

(ولو أسلم ذمي) أو جن (أو مات) أو حجر عليه بسفه أو فلس استقرت في ذمته كبقية الديون فتؤخذ من ماله في غير حجر الفلس، ويضارب بها مع الغرماء فيه، وإذا وقع ذلك (بعد) سنة أو (سنتين) أخذت جزيتهم من تركته مقدمة على الوصايا) والإرث إن كان له وارث، وإلا فتركته فيء فلا معنى لأخذ الجزية منها لأنها من جملة الفيء، فإن كان غير مستغرق أخذ الإمام من نصيبه قسطه، وسقط الباقي (ويسوى بينها وبين دين الأدمي على المذهب) لأنها أجرة فإن لم تف التركة بالكل ضاربهم الإمام بقسط الجزية. والطريق الثاني تقدم هي في قوله ودين الأدمي في قول ويسوى بينهما في قول (أو) أسلم أو جن أو مات (في خلال سنة فقسط) لما مضى واجب في ماله أو تركته كالأجرة، والقول في وقت إسلامه قوله بيمينه إذا حضر وادعاه، ولو حجر عليه بفلس في خلالها ضارب الإمام مع الغرماء حالا إن قسم ماله، وإلا فأخر الحول، وقول الشيخ في شرح منهجه أو سفه في غير محله وفي قول لا شيء بناء على أن الوجوب بالحول كالزكاة

(وتؤخذ) الجزية ما لم تؤد باسم زكاة (بإهانة فيجلس الآخذ، ويقوم الذمي ويطأ رأسه ويحني ظهره ويضعها في الميزان ويقبض الآخذ لحيته ويضرب) بكفه مفتوحة (لهزمتيه) بكسر اللام والزاوي وهما مجتمع

اللحم بين الماضغ والأذن من الجانبين: أي كلا منهما ضربة واحدة، وبحث الرافعي الاكتفاء بضربة واحدة لأحدهما، ويقول يا عدو الله أد حق الله (وكله) أي ما ذكر (مستحب، وقيل واجب) إذ فسر بعضهم الصغار في الآية بذلك (فعلى الأول له توكيل مسلم) أو ذمي (بالأداء) لها (وحوالة) بها (عليه) أي المسلم (و) للمسلم (أن يضمنها) عن الذمي، ويمتنع كل ذلك على الثاني لفوات الإهانة الواجبة حتى في توكيل الذمي؛ لأن كل فرد مقصود بالصغار (قلت: هذه الهيئة باطلة) لعدم ثبوت أصل لها من السنة، ولم يفعلها أحد من الخلفاء الراشدين بل تؤخذ برفق كسائر المديون، وفيه تحمل على الذاكرين لها، والخلاف فيها المستند إلى تفسير الصغار في الآية بها المبني عليها المسائل المذكورة، ويكفي في الصغار المتزام أحكامها (ودعوى استحبابها) فضلا عن وجوبها، وإنما ذكرها طائفة من أصحابنا الخراسانيين (أشد خطأ، والله أعلم) فيحرم فعلها إن غلب على الظن تأذيه بها وإلا فتكره

(ويستحب) وقيل يجب (للإمام) أو نائبه (إذا أمكنه) شرط الضيافة عليهم لقوتنا مثلا (أن يشرط عليهم إذا صولحوا في بلدهم) أو بلادنا كما اعتمده الأذرعي خلافا للزركشي (ضيافة من يمر بهم من المسلمين) وإن كان غنيا غير مجاهد للاتباع، ويتجه عدم دخول العاصي بسفره لانتفاء كونه من أهل الرخص بل ولا من كان سفره دون ميل لانتفاء تسميته ضيفا، وأن ذكر المسلمين قيد في الندب لا الجواز، ولو صولحوا عن الضيافة بمال فهو لأهل الفياء لا للطارقين، وإنما يشترط ذلك حالة كونه (زائدا على أقل جزية) فلا يجوز جعله من الأقل لأن القصد من الجزية التملك ومن الضيافة الإباحة (وقيل يجوز منها) أي من الجزية التي هي أقل؛ لأنه ليس عليهم سواها، ورد بأن هذا كالمماكسة (وتجعل) الضيافة (على غني ومتوسط) أي عند نزول الضيف بهم كما هو ظاهر (لا فقير) فلا يجوز جعلها عليه (في الأصح) والثاني عليه أيضا كالجزية (ويذكر) العاقد عند اشتراط الضيافة (عدد الضيفان رجالا وفرسانا) أي ركباننا وأثر الخيل لشرفها، وذلك لأنه أقطع للنزاع وأنفى للغرر فيقول على كل غني أو متوسط جزية كذا، وضيافة عشرة كل يوم أو سنة خمس رجالة وخمس فرسان، أو عليكم ضيافة ألف مسلم رجالة وكذا فرسان كذا كل سنة مثلا يتوزعونهم فيما بينهم بحسب تفاوتهم في الجزية، وما اعترض به ذكر العدد من أنه بناه في أصل الروضة على ضعيف أنها من الجزية. أما على الأصح أنها زائدة عليها فلا يشترط ذكره وذكر الرجالة والفرسان من أنه لا معنى له إذ لا يتفاوتون إلا بعلف الدابة، وقد ذكره بعد مردود بأنه مبني على الأصح أيضا كما جرى عليه مختصروها، وبأن الآتي ذكر مجرد العلف، والذي هنا ذكر عدد الدواب اللازم لذكر الفرسان، وأحد هذين لا يغني عن الآخر، ولا بد فيما لو قال على كل غني أو متوسط عدد كذا، أو عليكم عدد كذا ولم يقل كل يوم من بيان عدد أيام الضيافة في الحول مع ذكر مدة الإقامة كما سيذكره (و) يذكر (جنس الطعام والأدم) من بر وسمن وغيرهما بحسب العادة الغالبة في قوتهم، ويتجه دخول الفاكهة والحلوى عند غلبتهما، والأوجه أن أجره الطيب والخادم كذلك، ومن نفى لزومها لهم محمول على السكوت عنهم، أو لم يعتد في محلهم (وقدرهما) يذكر أن (لكل واحد) من الأضياف (كذا) منهما بحسب العرف، ويفاوت بينهم في قدر ذلك لا صفته بحسب تفاوت جزيتهم، ويمتنع على الضيف أن يكلفهم ذبح نحو دجاجهم أو ما لا يغلب، وقد علم مما قررناه في كلامه صحة الواو الداخلة على كل، وسقوط القول بأنه لا معنى لها (و) يذكر (علف الدواب) ولا يشترط ذكر جنسه وقدره فيكفي الإطلاق، ويحمل على تبن وحشيش بحسب العادة لا على نحو شعير، نعم إن ذكر الشعير في وقت اشتراط بيان قدره، ولا يجب عند عدم تعيين عدد دواب كل علف أكثر من دابة واحدة لكل واحد (و) يذكر

(منزل الضيفان) وكونه لائقا بالحر أو البرد (من كنيسة وفاضل مسكن) وبيت فقير ولا يخرجون أهل منزل منه، ويشترط عليهم إعلاء أبوابهم ليدخلها المسلمون ركبانا (و) يذكر (مقامهم) أي مدة إقامتهم (ولا يجاوز ثلاثة أيام) فإن شرط فوقها مع رضاهم بذلك جاز، ويشترط تزويد الضيف كفاية يوم وليلة، ولو امتنع قليل منهم أجبروا أو كلهم أو أكثرهم فناقضون، وله حمل ما أتوا به، ولا يطالبهم بعوض إن لم يمر بهم ضيف ولا بطعام ما بعد اليوم الحاضر، ولو لم يأتوا بطعام اليوم لم يطالبهم به في الغد، ومقتضى ذلك سقوطه مطلقا والأوجه أنه متى شرط عليهم أياما معلومة لم يحسب هذا منها. أما لو شرط على كلهم وبعضهم ضيافة عشرة مثلا كل يوم ففوتت ضيافة القادمين في بعض الأيام اتجه أخذ بدلها لأهل الفيء لا سقوطها، وإلا لم يكن لاشتراط الضيافة في هذه الصورة كبير أمر (ولو قال قوم) عرب أو عجم (نؤدي الجزية باسم صدقة لا جزية فللإمام إجابتهم إذا رأى) ذلك (ويضعف عليهم الزكاة) اقتداء بفعل عمر رضي الله عنه مع من تنصر من العرب قبل بعثة النبي صلى الله عليه وسلم وهم بنو تغلب وتنوخ وبهراء وقالوا لا تؤدى إلا كالمسلمين فأبى، فأرادوا اللقوق بالروم فصالحهم على تضعيف الصدقة عليهم وقال: هؤلاء حمقى أبوا الاسم ورضوا بالمعنى (فمن خمسة أبعرة شاتان، و) من (خمسة وعشرين) بعيرا (بنتا مخاض) ومن ست وثلاثين بنتا لبون وهكذا (عشرين ديناراً ديناراً، و) من (مائتي درهم عشرة وخمس المعشرات) المسقية بلا مؤنة وإلا فعشرها، ويجوز تربيعها وتخمسها بحسب ما يراه، بل لو لم يف التضعيف بقدر دينار لكل واحد وجبت الزيادة إلى بلوغ ذلك يقينا، كما أنه لو زاد جاز النقص عنه إلى بلوغ ذلك يقينا أيضا، وقول البلقيني إنه إن أراد تضعيف الزكاة مطلقا وردت زكاة الفطر، ولم أر من ذكرها أو فيما ذكره وردت زكاة التجارة والمعدن والركاز، ففي الأم والمختصر تضعيفها أو مطلق المال الزكوي اقتضى عدم الأخذ من المعلوفة وهو بعيد ولم أره. يجاب عنه بأن المتجه تضعيفها إلا في زكاة الفطر إذ لا تجب على كافر ابتداء، وإلا في المعلوفة؛ لأنها ليست زكوية الآن ولا عبرة بالجنس، وإلا وجبت فيما دون النصاب الآتي (ولو وجبت بنتا مخاض مع جبران) كما في ستة وثلاثين عند فقد بنتي اللبون (لم يضعف الجبران في الأصح) فيأخذ مع كل بنت مخاض شاتين أو عشرين درهما إذا الشيء إذا بلغ غايته لا يزداد عليه ولو قبل التضعيف لضعف علينا، والخيرة فيه هنا للإمام لا للمالك نص عليه، والثاني يضعف فيأخذ مع كل بنت مخاض أربع شياه أو أربعين درهما (ولو كان) المال الزكوي (بعض نصاب) كعشرين شاة (لم يجب قسطه في الأظهر) إذ لا يجب فيه شيء على المسلم، ومن ثم يجب القسط في الخلطة الموجبة للزكاة، ولا يلزم على ذلك القول ببقاء موسر منهم من غير جزية؛ لأنه لا نظر هنا للأشخاص بل لمجموع الحاصل هل يفي برءوسهم أو لا كما تقرر، وهل يعتبر النصاب كل الحول أو آخره وجهان أصحهما أولهما إلا في مال التجارة ونحوه. والثاني يجب، ففي عشرين شاة شاة، وفي مائة درهم خمسة (ثم الماخوذ جزية) حقيقة فيصرف مصرفها (فلا يؤخذ من مال من لا جزية عليه) ولو زاد المجموع على أقلها فطلبوا إسقاط الزيادة وإعادة اسم الجزية أجبناهم

(فصل)

في جملة من أحكام عقد الذمة

(يلزمننا) عند إطلاق العقد فعند الشرط أولى (الكف عنهم) نفسا ومالا وعرضا واختصاصا وعمما معهم من نحو خمر وخنزير لخبر أبي داود {ألا من ظلم معاهدا أو انتقصه أو كلفه فوق طاقته أو أخذ منه شيئا بغير طيب نفس فأنا حجيجه يوم القيامة} (وضمان ما نتلفه عليهم نفسا ومالا) ورد ما

نأخذه من اختصاصاتهم كالمسلم لأن ذلك هو فائدة الجزية كما أفادته آيتها (ودفع أهل الحرب) والذمة والإسلام وأثر الأولين لأنهم المتعرضون لهم غالبا (عنهم) حيث كانوا يدارنا لأنه يلزمنا الذب عنهم، فإن كانوا يدار الحرب لم يلزمنا ذلك ما لم يشرط علينا أو يكونوا بجوارنا ويلحق بدارنا دار حرب فيها مسلم، فإن أريد أنه يلزمنا دفع المسلم عنهم أو أنه لا يمكن الدفع عن المسلم إلا بالدفع عنهم فقريب، أو دفع الحربيين عنهم بخصوصهم فبعيد، ولعله غير مراد (وقيل إن انفردوا ببلد لم يلزمنا الدفع عنهم) كما يلزمهم الذب عنا، والأصح أنه يلزمنا الدفع عنهم مطلقا مع الإمكان لكونهم في قبضتنا كأهل الإسلام، أما عند شرط عدم ذنبا عنهم فيفسد به العقد إن كانوا معنا، أو بمحل لو قصدوهم مروا علينا لتضمنه تمكين الكفار منا وإلا فلا

(ونمنعهم) حتما (إحداث كنيسة) وبيعة وصومعة للتعبد ولو مع غيره كنزول المارة (في بلد أحدثناه) كالقاهرة والبصرة (أو أسلم أهله عليه) كاليمن، وقول بعض الشراح كالمدينة محل وقفة لأنها من الحجاز وهم ممنوعون من سكناه مطلقا كما مر، ويهدم وجوبا ما أحدثوه، ولو لم يشترط عليهم هدمه والصلح على تمكينهم منه باطل، وما وجد من ذلك ولم يعلم إحداثه بعد الإحداث أو الإسلام أو الفتح يبقى لاحتمال أنه كان بيرية أو قرية واتصل بها العمران، وكذا يقال فيما يأتي في الصلح، أما ما بني من ذلك لنزول المارة ولو منهم فيجوز كما جزم به صاحب الشامل وغيره (وما فتح عنوة) كمصر على ما مر وبلاد المغرب (لا يحدثونها فيه) أي لا يجوز تمكينهم من ذلك فيجب هدم ما أحدثوه فيه لملك المسلمين لها بالاستيلاء (ولا يقرون على كنيسة كانت فيه) حال الفتح يقينا (في الأصح) لذلك. والثاني يقرون بالمصلحة (أو) فتح (صلحا بشرط الأرض لنا وبشرط إسكانهم) بخراج (وإبقاء الكنائس) ونحوها (لهم جاز) لأن الصلح إذا جاز بشرط كون جميع البلد لهم فبعضها بالأولى، وقضية قوله وإبقاء منع الإحداث وهو كذلك، وليس منه إعادتها وترميمها بالنها أو بألة جديدة مع تعذر فعل ذلك بالقديمة وحدها ونحو تطيينها وتنويرها من داخل وخارج أيضا، وقضيته أيضا منع شرط الإحداث وهو كذلك إن لم تدع له ضرورة وإلا جاز.

(وإن أطلق) شرط الأرض لنا وسكت عن نحو الكنائس (فالأصح المنع) من إبقائها وإحداثها فتهدم كلها لأن الإطلاق يقتضي صيرورة جميع الأرض لنا ولا يلزم من بقائهم بقاء محل عبادتهم فقد يسلمون وقد يخفون عبادتهم. والثاني لا، وهي مستثناة بقرينة الحال لحاجتهم إليها في عبادتهم (أو) بشرط أن تكون الأرض لهم ويؤدون خراجها (قررت) كنائسهم أو نحوها (ولهم الإحداث في الأصح) لأن الأرض لهم. والثاني المنع لأن البلد تحت حكم الإسلام، وما فتح في ديار أهل الحرب بشرط مما ذكر لو استولوا عليه بعد كبيت المقدس ثم فتح بشرط يخالف ذلك فهل العبرة بالشرط الأول لأنه بالفتح صار دار إسلام فلا يعود دار كفر، أو بالشرط الثاني لأن الأول نسخ به وإن لم تصر دار كفر، الأوجه الأول، ومعنى لهم هنا وفي نظائره الموهمة حل ذلك لهم أو استحقاقهم له عدم تعرضنا لهم لأنه يجوز لهم ذلك ونفتيهم به بل هو من جملة المعاصي التي يقرون عليها.

(ويمنعون وجوبا) وإن لم يشرط منعهم في عقد الذمة (وقيل ندبا من رفع بناء) لهم وإن خافوا نحو سراق يقصدونهم كما اقتضاه كلامهم (على بناء جار مسلم) وإن كان قصيرا وقدر على رفعه بلا مشقة، نعم يتجه كما قاله البلقيني تقييده بما إذا اعتيد مثله للسكنى، وإلا لم يكلف الذمي النقص عن أقل المعتاد وإن عجز المسلم عن تميم بنائه وذلك لحق الله تعالى وتعظيما لدينه فلا يباح برضا الجار لأنه حق له تعالى، أما جار ذمي فلا منع وإن اختلفت ملتتهما فيما يظهر، وخرج برفع شراؤه لدار عالية لم تستحق

الهدم فلا يمنع من ذلك. نعم ليس له الإشراف منها كما تمنع صبيانهم من طلوع سطحها إلا بعد تحجيرها، ولا يقدر في ذلك كونه زيادة تعليية إن كان بنحو بناء لأنه لما كان لمصلحتنا لم ينظر فيه لذلك وله استئجارها أيضا وسكناهم، ويأتي فيه ما مر قبله كما لا يخفى، ويبقى روشنها كما اقتضاه كلامهم وإن كان حق الإسلام وقد زال لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، ولا نسلم دعوى أن التعليية من حقوق الملك خاصة بل من حقوق الإسلام أيضا كما مر في رضا الجار بها على أنها أولى بالمنع من الروشن، ألا ترى أن المسلم لو أذن في إخراج روشن في هواء ملكه جاز ولا كذلك التعليية، والأوجه أن الجار هنا أهل محلته كما قال الجرجاني واستظهره الزركشي وغيره، ويحتمل أنه يلحق بما مر في الوصية لأنه قد لا يعلو على أهل محلته ويعلو على ملاصقه من محلة أخرى، نعم في هذه الحالة لا بد من مراعاة ملاصقه وإن لم يكن من محلته (والأصح المنع من المساواة) أيضا تمييزا بينهما (و) الأصح (أنهم لو كانوا بمحلة منفصلة) عن المسلمين كطرف منقطع عن العمارة بأن كان داخل السور مثلا وليس بجوارهم مسلم يشرفون عليه لبعدهما بين البناءين (لم يمنعوا من رفع البناء) لانتفاء الضرر هنا بوجه. والثاني يمنعونه منه لما فيه من التجميل والشرف، ولو لاصقت أبنيتهم دور البلد من جانب جاز الرفع من بقية الجوانب أي حيث لا إشراف منه، وأفتى العراقي بمنع بروزهم في نحو الخلجان على بناء جار مسلم لإضرارهم له بالاطلاع على عورته ونحو ذلك كالإعلاء بل قياس منع المساواة ثم منعها هنا، ولو رفع على بناء مسلم اتجه عدم سقوط هدمه بتعليية المسلم بناءه أو شراؤه له أخذا من قولهم في مواضع من الصلح والعارية يثبت للمشتري ما كان لبائعه، نعم قيل الأوجه إبقاؤه لو أسلم قبل هدمه ترغيبا في الإسلام، وأفتى الوالد بخلافه وهو مقتضى إطلاقهم.

(ويمنع الذمي) الذكر المكلف ومثله معاهد ومؤمن (ركوب خيل) لما فيها من العز والفخر، نعم لو انفردوا في محل غير دارنا لم يمنعوا، واستثنى الجويني البراذين الخسيصة ويلحق بذلك ركوب نفيسة زمن قتال استعنا بهم فيه كما بحثه الأذرعى (لا حمير) ولو نفيسة (وبغال نفيسة) لخستهما، ولا اعتبار بطرو عزة البغال في بعض البلاد على أنهم يفارقون من اعتاد ركوبها من الأعيان بهيئة ركوبهم التي فيها غاية تحقيرهم وإذلالهم كما قال (ويركبها) عرضا بأن يجعل رجله من جهة واحدة، وخصصاه بحثا بسفر قريب في البلد (بأكاف) أو برذعة (وركاب خشب لا حديد) أو رصاص (ولا سرج) لكتاب عمر بذلك وليتميزوا عنا بما يحقرهم، والأوجه كما قاله الأذرعى منعه من الركوب مطلقا في مواطن زحمتنا لما فيه من الإهانة، ويمنعون من حمل السلاح وتختمه ولو بفضة واستخدام مملوك فاره كتركي ومن خدمة الأمراء كما ذكرهما ابن الصلاح، واستحسنه في الأولى الزركشي ومثلها الثانية بل أولى كما قال ابن كج وغير الذكر البالغ: أي العاقل لا يلزم بصغار: أي مما مر (ويلجأ) وجوبا عند ازدحام المسلمين بطريق (إلى أضييق الطريق) لأمره صلى الله عليه وسلم بذلك لكن بحيث لا يتأذى بنحو وقوع في وهدة أو صدمة جدار. قال الماوردي: ولا يمشون (وجوبا) إلا أفرادا متفرقين. واعلم أن مقتضى تعبيرهم بالوجوب أخذا من الخبر أنه يحرم على المسلم عند اجتماعهما في طريق إثارة بواسطة، لكن يظهر أن محله حيث قصد بذلك تعظيمه أو عده العرف تعظيما له وإلا لم يحرم، ولا يتوهم أن هذا من حقوق الإسلام فلا يتأثر برضا المسلم كالتعليية لوضوح الفرق لدوام ضرر ذلك دون هذا فلا ضرر فيه، ولئن سلمناه فهو ينقض عجلا (ولا يوقر ولا يصدر في مجلس) به مسلم: أي يحرم علينا ذلك إهانة له، وتحرم موادته وهو الميل إليه بالقلب لا من حيث وصف الكفر وإلا كانت كفرا، وسواء في ذلك كانت لأصل أم فرع أم غيرهما، وتكره مخالطته ظاهرا ولو بمهاداة فيما يظهر ما لم يرج إسلامه، ويلحق به ما لو

كان بينهما نحو رحم أو جوار كما دل عليه كلامهم في أماكن كعبادته وتعليمه القرآن وألحق بالكافر في ذلك كل فاسق إذا كان ذلك على وجه الإيناس لهم.

(ويؤمر) وجوبا عند اختلاطهم بنا، وإن دخل دارنا لرسالة أو تجارة وإن قصرت مدة اختلاطه كما اقتضاه إطلاقهم (بالغيار) بكسر الغين وهو تغيير اللباس كأن يخطط فوق أعلى ثيابه كما يفعله كلامه الآتي بموضع لا يعتاد الخياطة عليه كالكتف بما يخالف لونه لونها ويكفي عنه نحو منديل معه كما قاله والعمامة المعتادة لهم الآن والأولى باليهود الأصفر وبالنصارى الأزرق وبالمجوس الأسود وبالسامري الأحمر هذا هو المعتاد في كل بعد الأزمنة المتقدمة، فلا يرد كون الأصفر كان زي الأنصار رضي الله عنهم كما حكى والملائكة يوم بدر، وكأنهم إنما أثروهم به لغلبة الصفرة في ألوانهم الناشئة عن زيادة فساد قلوبهم، ولو أرادوا التمييز بغير المعتاد منعوا خشية الالتباس، وقد اعتيد في هذا الزمن بدل العمائم القلانس للنصارى والطراطير الحمر لليهود، وتؤمر ذمية خرجت بتخالف لون خفيها ومثلها الخنثى (والزناز) بضم الزاي (فوق الثياب) وهو خيط غليظ فيه ألوان يشد بالوسط، نعم تشده المرأة والخنثى تحت إزار بحيث يظهر بعضه وإلا لم يكن له فائدة، وقول الشيخ أبي حامد تجعله فوقه مبالغة في التمييز مردود بأن فيه تشبيها بما يختص بالرجال في العادة وهو حرام، وبتقدير عدم الحرمة فيه زيادة إزرائها فلا تؤمر به، ويمتنع إبداله بنحو منديل أو منطقة والجمع بينهما تأكيد ومبالغة في الشهرة فللإمام الأمر بأحدهما فقط ولا يمنعون من ديباج وطيلسان (وإذا دخل حماما فيه مسلمون) أو مسلم (أو تجرد عن ثيابه) وثم مسلم (جعل في عنقه) أو نحوه (خاتم) أي طوق (حديد أو رصاص) بفتح الراء وكسرها من لحن العامة (ونحوه) بالرفع: أي الخاتم كجلجل، وبالكسر: أي الحديد أو الرصاص كنجاس وجوبا لتمييز وتمنع الذمية من حمام به مسلمة ترى منها ما لا يبدو في المهنة.

(ويمنع) وجوبا ولو لم يشترط عليه (من إسماعه للمسلمين شركا) كالثالث ثلاثة (و) يمنع من (قولهم) القبيح ويصح نصبه عطفًا على شركا (في عزيز والمسيح) صلى الله عليهما وسلم وأنهما أبناء الله والقرآن أنه ليس من الله (ومن إظهار) منكر بيننا نحو (خمر وخنزير وناقوس) وهو ما تضرب به النصارى إعلامًا بأوقات الصلوات (وعيد) ونحو لطم ونوح وقراءة نحو توراة وإنجيل ولو بكنائسهم لأن في ذلك مفاصد لإظهار شعار الكفر، فإن انتفى الإظهار فلا منع، ومتى أظهروا خمرا أريققت ويتلف ناقوس أظهر، ومر ضابط الإظهار في الغضب ويحدون لنحو زنا أو سرقة لا خمر (ولو شرطت) عليهم (هذه الأمور) التي يمنعون منها: أي شرط عليهم الامتناع منها وإن فعلوا كانوا ناقضين (فخالفوا) مع تدينهم بها (لم ينقض العهد) إذ ليس فيه كبير ضرر علينا لكن يباليغ في تعزيرهم حتى يمتنعوا منها (ولو قاتلونا) من غير شبهة (أو امتنعوا) تغلبا أو (من) بذل (الجزية) التي عقد بها لغير عجز وإن كانت أكثر من دينار (أو من إجراء حكم الإسلام) عليهم (انتقض) عهد الممتنع وإن لم يشترط عليه ذلك لإتيانه بنقض عهد الذمة من كل وجه، أما الموسر الممتنع بغير نحو قتال فتؤخذ منه قهرا ولو قاتل بشبهة مما مر في البغاة أو دفعا للصائلين أو قطاع الطريق هنا لم ينتقض (ولو زنى) ذمي (بمسلمة) أو لاط بمسلم (أو أصابها بنكاح) أي بصورته مع علمه بإسلامها فيهما ومثل الزنى مقدماته كما قاله الناشري أو (دل أهل الحرب على عورة) أي خلل (للمسلمين) كضعف (أو فتن مسلما عن دينه) أو دعاه لكفر (أو طعن في الإسلام أو القرآن أو ذكر) جهرا لله تعالى أو (رسول الله) أو القرآن أو نيبا (بسوء) مما لا يتدينون به أو قتل مسلما عمدا (أو قذفه فالأصح أنه إن شرط انتقاض العهد بها انتقض) بمخالفته الشرط (وإلا) بأن لم يشترط ذلك، ومثله ما لو شك هل شرط أو

لا في الأوجه (فلا) ينتقض لانتفاء إخلالها بمقصود العقد وهذا هو المعتمد، وإن صحح في أصل الروضة عدم النقض مطلقا وسواء انتقض أم لا نقيم عليه موجب فعله من حد أو تعزير، فلو رجم وقلنا بانتفاضه صار ماله فيئا، أما ما يتدين به كزعمهم أن القرآن ليس من عند الله أو أن الله ثالث ثلاثة فلا نقض به مطلقا قطعا (ومن انتقض عهده بقتال جاز) بل وجب (دفعه به وقتاله) ولا يبلغ المأمّن لعظم خيانتته ومن ثم جاز قتله وإن أمكن دفعه بغيره كما يظهر من كلامهم، ويتجه أيضا أن محله في كامل ففي غيره يدفع بالأخف لأنه إذا اندفع به كان مالا للمسلمين، ففي عدم المبادرة إلى قتله مصلحة لهم فلا يفوت عليهم (أو بغيره) أي القتال (لم يجب إبلاغه مأمّنه في الأظهر بل يختار الإمام فيه) إن لم يطلب تجديد عقد الذمة وإلا وجبت إجابته (قتلا ورقا) الواو هنا وبعد بمعنى أو وأثرها لأنها أجود في التقسيم عند غير واحد من المحققين (ومنا وفداء) لأنه حربي أبطل أمانه، وبه فارق من دخل بأمان نحو الصبي ظنه أمانا، ولا ينافي هذا قولهما في الهدنة من دخل دارنا بأمان أو هدنة لا يقاتل وإن انتقض عهده بل يبلغ المأمّن مع أن حق الذمي أكد لأن جناية الذمي أفحش لمخالطته لنا خلطة ألحقته بأهل الدار فغلظ عليه أكثر (فإن أسلم) من انتقض عهده (قبل الاختيار امتنع الرق) والقتل والفداء، بخلاف الأسير لأنه لم يحصل في يد الإمام بالقهر وله أمان متقدم فخف أمره. والحاصل أنه يتعين المن (وإذا بطل أمان رجال) حصل بجزية أو غيرها (لم يبطل أمان) ذراريهم من نحو (نسائهم والصبيان في الأصح) لانتفاء جناية منهم ناقضة أمانهم، وإنما تبعوا في العقد دون النقض تغليبا للعصمة فيهما، والثاني يبطل تبعاً لهم كما تبعوهم في الأمان ورد بما مر، ولو طلبوا دار الحرب أوجب النساء دون الصبيان إذ لا اختيار لهم (وإذا اختار ذمي نبذ العهد واللحوق بدار الحرب بلغ المأمّن) وهو المحل الذي يأمن فيه على نفسه وماله من أقرب بلادهم لعدم ظهور جناية منه.

{كتاب الهدنة}

من الهدون وهو السكون لسكون الفتنة بها، إذ هي لغة المصالحة، وشرعا: مصالحة أهل الحرب على ترك القتال المدة الآتية بعوض أو غيره، وتسمى موادعة ومسالمة ومعاهدة ومهادنة. والأصل فيها قبل الإجماع أول سورة براءة {ومهادنته صلى الله عليه وسلم قريشا عام الحديبية}، وكانت سببا لفتح مكة لأن أهلها لما خالطوا المسلمين وسمعوا القرآن أسلم منهم خلق كثير أكثر ممن أسلم قبل، وهي جائزة لا واجبة أصالة، وإلا فالأوجه وجوبها إذا ترتب على تركها لحوق ضرر لنا لا يمكن تداركه كما يعلم مما يأتي (عقدها) لجميع الكفار أو (لكفار إقليم) كالهند (يختص بالإمام) ومثله مطاع بإقليم لا يصله حكم الإمام كما هو القياس في نظائره (ونائبه فيها) وحدها أو مع غيرها ولو بطريق العموم لما فيها من الخطر ووجوب رعاية مصلحتنا (و) عقدها (لبلدة) أو أكثر ولو لجميع أهل إقليمه كما صرح به العمراني وهو المعتمد، وشمل ذلك ما لو فعله الوالي بغير إذن الإمام (يجوز لوالي الإقليم أيضا) أي كما يجوز للإمام أو نائبه لاطلاعه على مصلحته، وبحث البلقيني جوازها مع بلدة مجاورة لإقليمه حيث رآه مصلحة فيها لأهل إقليمه لأنها حينئذ من تعلقات إقليمه، نعم قوله إنه يتعين استئذان الإمام عند إمكانه يظهر جملة حيث تردد في وجه المصلحة (وإنما تعقد لمصلحة كضعفنا بقلّة عدد وأهبة) إذ هو الحامل على المهادنة عام الحديبية (أو) عطف على ضعف (رجاء إسلامهم أو بذل جزية) أو إعانتهم لنا أو كفهم عن الإعانة علينا أو بعد دارهم ولو مع قوتنا في الجميع (فإن لم يكن) بنا ضعف كما في المحرر ورأى المصلحة فيها (جازت أربعة أشهر) ولو بدون غرض للآية السابقة (لا سنة) لأنها مدة الجزية فامتنع تقريرهم

فيها بدون جزية (وكذا دونها) وفوق أربعة أشهر (في الأظهر) للآية أيضا، نعم عقدها لنحو نساء ومال لا يتقيد بمدة، والثاني يجوز لنقصها عن مدة الجزية (ولضعف) بنا (تجوز عشر سنين) فما دونها بحسب الحاجة (فقط) لأنها مدة مهادة قريش ويمتنع الزيادة على القدر المحتاج إليه في الزائد على الأربعة مع الضعف، وقول جمع بجوازها على العشر مع الحاجة إليها في عقود متعددة بشرط أن لا يزيد كل عقد على عشرة، وهو قياس كلامهم في الوقف وغيره صحيح وإن زعم بعضهم أنه غريب، وقال: إن المعنى المقتضي المنع ما زاد على العشر من كونها المنصوص عليها مع عدم علمنا بما يقع بعدها موجود مع التعدد ففيه مخالفة للنص لأن الأصل عدم الزيادة عليه، وبه فارق نظائره. نعم إن انقضت المدة مع بقاء الحاجة استأنفنا عقداً آخر وهكذا، ولو زال نحو خوف أثناءها وجب إبقاؤها وبجتهد الإمام عند طلبهم لها ولا ضرر ويفعل الأصل وجوبا

ولو دخل دارنا بأمان لسماع كلام الله فتكرر سماعه له بحيث ظن عناده أخرج ولا يمهل أربعة أشهر (ومتى زاد) العقد (على الجائز) من أربعة أشهر أو عشر سنين (فقولاً تفريق الصفقة) فيصح في الجائز ويبطل فيما زاد عليه، ولا ينافي ذلك ما مر من كون نحو ناظر الوقف لو زاد على المدة الجائزة بلا عذر بطل في الكل لظهور الفرق وهو أن الغرض هنا النظر لحقن الدماء وللمصلحة التي اقتضت جواز الهدنة على خلاف الأصل فروعياً ذلك ما أمكن (وإطلاق العقد) عن ذكر المدة في غير نحو النساء لما مر (يفسده) لاقتضائه التأييد الممتنع، ولا ينافيه تنزيل الأمان المطلق على أربعة أشهر لأن المفسدة هنا أخطر لتشبههم بعقد يشبه عقد الجزية (وكذا شرط فاسد) اقترن بالعقد فيفسده أيضاً (على الصحيح بأن) أي كان (شرط) فيه (منع فك أسرانا) منهم (أو ترك ما) استولوا عليه (لنا) الصادق بأحدنا بل المتجه أن مال الذمي كذلك (لهم) الصادق بأحدهم بل الأوجه أيضاً أن شرط تركه لذمي أو مسلم كذلك أو رد مسلم أسير أفلت منهم أو سكناهم الحجاز أو إظهارهم الخمر بدارنا أو أن نبعث لهم من جاءنا منهم لا التخلية بينهم وبينه، ويأتي شرط رد مسلمة تأتينا منهم (أو) فعلت (لتعقد لهم ذمة بدون دينار) لكل واحد (أو) لأجل أن (بدفع مال) منا (إليهم) لمنافاة جميع ذلك عزة الإسلام، نعم لو اضطررنا لبذل مال لفداء أسرى يعذبونهم أو لإحاطتهم بنا وخفنا استئصالهم لنا وجب بذله ولا يملكون ذلك لفساد العقد حينئذ، ولا ينافي ذلك قولهم يندب فك الأسرى لأن محله في غير المعذبين إذا أمن من قتلهم، وما ادعاه بعضهم من أن الندب للأحاد والوجوب على الإمام محل نظر، ويتجه أن محل جميع ذلك بعد استقرار الأسرى ببلادهم لأن فكهم قهراً حينئذ يترتب عليهم ما لا يطاق.

أما إذا أسرت طائفة مسلماً ومروا به على المسلمين المكافئين فتجب مبادرتهم إلي فكه بكل وجه ممكن، إذ لا عذر لهم في تركه حينئذ (وتصح الهدنة على أن ينقضها الإمام) أو مسلم ذكر معين عدل ذو رأي في الحرب يعرف مصلحتنا في فعلها وتركها (متى شاء) ولا تجوز مشيئة أكثر من أربعة أشهر عند قوتنا أو أكثر من عشر سنين عند ضعفنا وخرج بذلك ما شاء الله، وإنما قاله صلى الله عليه وسلم لعلمه به بالوحي، ولإمام تولى بعد عقدها نقضها إن كانت فاسدة بنص أو إجماع (ومتى صحت وجب) علينا (الكف عنهم) لأذانا أو أذى أهل الذمة المدين ببلادنا فيما يظهر بخلاف أذى أهل الحرب وبعض أهل الهدنة (حتى تنقضي) مدتها أو ينقضها من علقت بمشيئته أو الإمام أو نائبه بطريقه كما يعلم مما يأتي (أو ينقضوها) هم ونقضها منهم يحصل (بتصريح) منهم (أو) بنحو (قتالنا أو مكاتبة أهل الحرب بعورة لنا أو قتل مسلم) أو ذمي بدارنا أو فعل شيء مما اختلف في نقض عقد الذمة به مما مر وغيره لعدم تأكدها ببذل جزية أو إيواء عين للكفار أو

أخذ مالنا وإن جهلوا أن ذلك ناقض {وإن نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم} أما إذا فسدت وجب تبليغهم مأمَنهم وأنذروا قبل مقاتلتهم إن لم يكونوا بدارهم وإلا فلنا قتالهم بدون إنذار (وإذا انقضت جازت الإغارة عليهم) نهارا (وبياتهم) أي الإغارة عليهم ليلا إن كانوا ببلادهم، فإن كانوا ببلادنا وجب تبليغهم المأمَن: أي محلا يأمَنون فيه منا ومن أهل عهدنا ولو بطرف بلادنا فيما يظهر، ومن جعله دار الحرب أراد باعتبار الغالب، ومن له مأمَنان يسكن بكل منهما يتخير الإمام بينهما، فإن سكن بأحدهما لزمه إبلاغ مسكنه منهما على الأوجه (ولو نقض بعضهم) الهدنة (ولم ينكر الباكون) عليه (بقول ولا فعل) بل استمروا على مساكنتهم وسكتوا (انتقض فيهم أيضا) لإشعار سكوتهم برضاهم بالنقض، ولا يتأتى ذلك في عقد الجزية لقوته (وإن أنكروا) عليهم (باعتزالهم أو إعلام الإمام) أو نائبه (بقائهم على العهد) بحالهم (فلا) نقض في حقهم {أنجينا الذين ينهون عن سوء} ثم ينذر المعلمين بالتميز عنهم، فإن أبوا فناقضون أيضا

(ولو خاف) الإمام أو نائبه (خياتتهم) بشيء مما ينقض إظهاره بأن ظهرت أمانة بذلك (فله نبذ عهدهم إليهم) لقوله تعالى {وإما تخافن من قوم خيانة} الآية، فإن لم تظهر أمانة حرم النقض لأن عقدها لازم، وبعد النبذ ينتقض عهدهم لا بنفس الخوف وهذا مراد من اشترط في النقض حكم الحاكم به (و) بعد النقض واستيفاء ما وجب عليهم من الحقوق (يبلغهم المأمَن) حتما وفاء بعهدهم (ولا ينبذ عقد الذمة بتهمة) بفتح الهاء لأنه أكد لتأييده ومقابلته بمال ولأنهم في قبضتنا غالبا.

(ولا يجوز شرط رد مسلمة تأتينا منهم) مسلمة أو كافرة ثم تسلم لأنه لا يؤمن أن يصيبها زوجها الكافر أو تزوج بكافر ولأنها عاجزة عن الهرب منهم وأقرب إلى الافتتان، وقد قال تعالى {إذا جاءكم المؤمنات} الآية وسواء في ذلك الحرة والأمة، ويجوز شرط رد كافرة ومسلم، فإن شرط رد من جاءنا مسلما منهم صح ولم يجز به رد مسلمة احتياطا لأمرها لخطرته (فإن شرط فسد الشرط، وكذا العقد في الأصح) لفساد الشرط ومثلها الخنثى فيما يظهر، وقد أشار به إلى قوة الخلاف في هذه الصورة، وعبر في صورة تقدمت بالصحيح إشارة إلى ضعف الخلاف فيها فلا تكرار ولا مخالفة

(وإن شرط) الإمام لهم (رد من جاء) منهم (مسلمًا) إلينا (أو لم يذكر ردا فجاءت امرأة) مسلمة (لم يجب) بارتفاع نكاحها بإسلامها قبل الدخول أو بعده (دفع مهر إلى زوجها في الأظهر) لأن البضع ليس بمال حتى يشمل الأمان كما لا يشمل الأمان زوجته، ولأنه لو وجب رد بدلها لكان مهر المثل دون المسمى لأنه للحيلولة، فلما لم يجب مهر المثل لم يجب المسمى، وأما قوله تعالى {وأتوهم} أي: الأزواج ما أنفقوا أي: من المهر فهو وإن كان ظاهرا في وجوب الغرم محتمل لنديه الصادق بعدم الوجوب الموافق للأصل، ورجحوه على الوجوب لما قام عندهم في ذلك. وأما غرمه صلى الله عليه وسلم لهم المهر فلأنه كان قد شرط لهم رد من جاءتنا مسلمة. ثم نسخ ذلك بقوله {فلا ترجعوهن إلى الكفار} فغرم حينئذ لامتناع ردها بعد شرطه. والثاني يجب على الإمام إذا طلب الزوج المرأة أن يدفع إليه ما بذله من كل الصداق أو بعضه من سهم المصالح، فإن لم يبذل شيئا فلا شيء له، وإن لم يطلب المرأة لا يعطى شيئا، ولو وصفت الإسلام من لم تزل مجنونة، فإن أفاقت رددناها له لعدم صحة إسلامها وزوال ضعفها، فإن لم تفق لم ترد، وكذا إن جاءت عاقلة وهي كافرة لا إن أسلمت ثم جنت أو شككنا فلا رد (ولا يرد) من جاءنا أتيا بكلمة الإسلام وطلب رده (صبي ومجنون) وأنتاهما (وكذا عبد) بالغ عاقل أو أمة ولو مستولدة جاء إلينا مسلما، ثم إن أسلم بعد الهجرة أو قبل الهدنة عتق أو بعدها وأعتقه سيده فواضح وإلا باعه الإمام لمسلم أو دفع لسيده قيمته من المصالح وأعتقه عن المسلمين والولاء لهم (وحر) كذلك (لا عشيرة له على المذهب)

لضعفهم، وقيل يرد الأخيران لقوتهما بالنسبة لغيرهما وقطع البعض بالرد في الحر والجمهور بعدمه في العبد (ويرد) عند شرط الرد لا عند الإطلاق إذ لا يجب فيه رد مطلقا (من له عشيرة طلبته إليها) لأنها تذب عنه وتحميه مع قوته في نفسه (لا إلى غيرها) أي لا يرد إلى غير عشيرته الطالب له (إلا أن يقدر المطلوب على قهر الطالب أو الهرب منه) فيرد إليه. (ومعنى الرد) هنا (أن يخلي بينه وبين طالبه) كما في الوديعة ونحوها (ولا يجبر) المطلوب (على الرجوع) إلى طالبه لأنه لا يجوز إجبار المسلم على الانتقال من بلد إلى بلد في دار الإسلام فكيف يجبر على دخول دار الحرب (ولا يلزمه الرجوع) إليه، وقضية كلامه أن له الرجوع لكن في البيان أن عليه في الباطن أن يهرب من البلد إذا علم أنه قد جاء من يطلبه وهذا ظاهر، لا سيما إذا خشى على نفسه الفتنة بالرجوع (وله قتل الطالب) دفعا عن نفسه ودينه ولذلك لم ينكر صلى الله عليه وسلم على أبي بصير امتناعه وقتله طالبه (ولنا التعريض له به) أي بقتله ولو بحضرة الإمام خلافا لليلقيني لما روى أحمد في مسنده والبيهقي {أن عمر قال لأبي جندل حين رده النبي صلى الله عليه وسلم إلى أبيه سهيل اصبر أبا جندل فإنما هم مشركون، وإنما دم أحدهم عند الله كدم الكلب يعرض له بقتل أبيه} (لا التصريح) فيمتنع، نعم من أسلم منهم بعد الهدنة له أن يصرح بذلك كما يقتضيه كلامهم لأنه لم يشترط على نفسه أمانا لهم ولا يتناوله شرط الإمام كما قاله الزركشي

(ولو شرط) عليهم في الهدنة (أن يردوا من جاءهم مرتدا منا لزمهم الوفاء) بذلك عملا بالشرط سواء أكان رجلا أم امرأة حرا أم رقيقا (فإن أبوا فقد نقضوا) العهد لمخالفتهم الشرط (والأظهر جواز شرط أن لا يردوا) من جاءهم مرتدا منا ولو امرأة ورقيقا فلا يلزمهم رده لأنه صلى الله عليه وسلم شرط ذلك في مهادنة قريش ويغرمون مهر المرأة وقيمة الرقيق، فإن عاد إلينا رددنا لهم قيمة الرقيق دون مهر المرأة لأن الرقيق بدفع قيمته يصير ملكا لهم إن قلنا بصحة بيع المرتد للكافر لكن الأصح خلافه والمرأة لا تصير زوجة، والثاني المنع بل لا بد من استرداده لإقامة حكم المرتدين عليه فعليهم التمكين منه والتخية دون التسليم.

{كتاب الصيد}

أفرده لأنه مصدر (والذبائح) جمع ذبيحة وجمعها لأنها تكون بالسكين وبالسهم وبالجوارح، والأصل فيه قوله تعالى {أحل لكم صيد البحر} وقوله {إلا ما ذكيتم} وقوله {وإذا حلتتم فاصطادوا} ومن السنة ما سنذكره، والرافعي ذكر هنا الصيد والذبائح والأطعمة والنذر فتبعه المصنف هنا وفاقا للمزني وأكثر الأصحاب، وخالفه في الروضة فذكرها في آخر ربع العبادات لأن طلب الحلال فرض عين. وأركان الذبح بالمعنى الحاصل بالمصدر أربعة ذبح وذابح وذبيح وآلة (ذكاة الحيوان المأكول) البري المطلوبة شرعا لحل أكله تحصل (بذبحه في حلق) وهو أعلى العنق (أو لبة) بفتح اللام وهي أسفله (إن قدر عليه) بالإجماع، وروى الدارقطني والبيهقي عن أبي هريرة {أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث بديلا يصيح في فجاج منى: ألا إن الذكاة في الحلق واللبة} فلا يحل شيء من الحيوان المأكول من غير ذكاة (وإلا) أي وإن لم يقدر عليه (فبعقر مزهق حيث كان) والكلام في الذبح استقلالا، فلا يرد الجنين لأن ذبحه بذبح أمه تبعاً لخبر {ذكاة الجنين ذكاة أمه}

(وشرط ذابح وصائد حل مناكحته) بأن يكون مسلما أو كتابيا بشرطه المذكور في كتاب النكاح فتحرم ذبيحة مجوسي ومرتد وعابد وثن، ولو أكره مجوسي مسلما على الذبح أو محرم حلالا حل، وشمل كلامه زوجات النبي صلى الله عليه وسلم فتحل ذبيحتهن لهن له صلى الله عليه وسلم

وهو رأس المسلمين (وتحل ذكاة أمة كتابية) وإن حرمت مناكحتها لعموم الآية، ولأن الرق لا أثر له في الذبيحة بخلاف المناكحة (ولو شارك مجوسي) أو وثني أو مرتد (مسلمًا في ذبح أو اصطیاد حرم) بلا خلاف، والحاصل أنه متى شارك من لا تحل ذكاته من تحل حرم لأنه متى اجتمع المبيح والمحرم غلب الثاني (ولو أرسلًا كلبين أو سهمين، فإن سبق آلة المسلم فقتل) الصيد (أو أنهاء إلى حركة مذبح حل) كما لو ذبح المسلم شاة فقدها المجوسي (ولو انعكس) الحال (أو جرحاه معًا أو جهل) ذلك (أو مرتبا ولم يذفف أحدهما) بإعجام وإهمال: أي لم يقتل سريعًا فهلك بهما (حرم) تغليبا للحرمة وقوله أو جهل من زيادته. أما ما اصطاده المسلم بكلب المجوسي فحلال قطعًا، ولو أرسل نحو مجوسي سهما على صيد ثم أسلم ووقع بالصيد لم يحل نظرا لأغلظ الحالين، ولو كان مسلما في حالتي الرمي والإصابة وتخللت ردة بينهما لم يحل أيضا

(ويحل ذبح صبي مميز) سواء كان مسلما أو كتابيا لأن قصده صحيح (وكذا غير مميز) يطبق الذبح (ومجنون وسكران) لا تمييز لهما أصلا فيحل ذبحهم (في الأظهر) لأن لهم قصدا وإرادة في الجملة ومنه يؤخذ عدم حل ذبح النائم، نعم يكره لأنهم قد يخطئون المذبح. والثاني المنع إذ الشارع لم يعتبر قصدهم ومثل ذبحهم صيدهم بسهم أو كلب فيحل كما في المجموع.

(وتكره ذكاة أعمى) لأنه قد يخطئ المذبح وشمل كلامه الحائض والأقلف والخنثى والأخرس فتحل ذبيحتهم (ويحرم صيده برمي) سهم (و) إرسال (كلب) وغيره من الجوارح (في الأصح) لعدم صحة قصده فأشبهه استرسال الكلب بنفسه. والثاني يحل كذبحه. ومحل الخلاف ما إذا دله بصير على الصيد فأرسل. أما إذا لم يدل أحد فلا يحل قطعًا، نعم لو أحس البصير بصيد في ظلمة أو من وراء شجرة أو نحوهما فرماه حل بالإجماع، فكان وجهه أن هذا مبصر بالقوة فلا يعد عرفا رميه عبثًا بخلاف الأعمى وإن أخبر، ولو أخبر فاسق أو كتابي أنه ذكي هذه الشاة قبلناه لأنه من أهل الذكاة ولو وجدنا شاة مذبوحة ولم ندر أذبحها مسلم أو مجوسي فإن كان في البلد مجوسي لم تحل

(وتحل ميتة السمك والجراد) بالإجماع، وسواء في ذلك ما صيد حيا ومات وما مات حتف أنفه، واسم السمك يقع على كل حيوان البحر حيث كان لا يعيش إلا فيه أو إذا خرج منه صار عيشه عيش مذبوح وإن لم يكن على صورته المشهورة (ولو صادهما) أي السمك والجراد (مجوسي) ونحوه فيحل ولا اعتبار بفعله وكذا لو ذبح سمكة ويكره ذبح السمك ما لم يكن كبيرا يطول بقاءه فيندب ذبحه إراحة له ولو تضرر بجراد أو قمل دفع كالصائل، فإن تعين إحراقه طريقا لدفعه جاز (وكذا الدود المتولد من طعام كخل وفاكهة إذا أكل معه) حيا أو ميتا يحل (في الأصح) لعسر تمييزه غالبًا لأنه كجزئه طبعًا وطعمًا فإن كان منفردًا حرم. ومحل ما ذكره حيث لم ينقله من موضع إلى آخر ولم يغيره وإلا حرم، ويقاس بالدود التمر والباقلاء المسوسان إذا طبخا، وكذا العسل إذا وقع به نمل وطبخ، ولو وقع في قدر جزء آدمي لم يحرم لاستهلاكه. والثاني يحل مطلقًا. والثالث يحرم مطلقًا لاستقذاره وإن قيل بطهارته (ولا يقطع بعض سمكة) حية (فإن فعل) ذلك (أو بلع) بكسر اللام (سمكة حية حل) الفعل (في الأصح) إذ ليس في ابتلاعها أكثر من قتلها. والثاني لا يحل المقطوع كما في غير السمك ولا المبلوع لما في جوفه

(وإذا رمى) بصير لا غيره (صيدا متوحشا أو بعيرا ند) أي هرب (أو شاة شردت بسهم) أو غيره من كل محدد يجرح ولو غير حديد (أو أرسل عليه جارحة فأصاب شيئًا من بدنه ومات في الحال) قبل تمكنه من ذبحه (حل) ولا يختص بالحلق واللثة. أما المتوحش فبالإجماع. وأما الإنسي إذا هرب فلخبر رافع بن خديج {أن بعيرا ند فرماه رجل بسهم فحبسه: أي قتله،

فقال صلى الله عليه وسلم: إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش، فما غلبكم فاصنعوا به هكذا { متفق عليه، وقيس الشاة به، والاعتبار بعدم القدرة عليه حال الإصابة، فلو رمى نادا فصار مقدورا عليه قبلها لم يحل إلا إن أصاب مذبحة أو مقدورا عليه فصار نادا عندها حل وإن لم يصب مذبحة. أما صيد تأنس فكمقدور عليه لا يحل إلا بذبحة واستعمل المصنف ند في البعير وشرد بالشاة لاستعمال الأول فيه دون الثاني، نعم الشراد يستعمل في سائر الدواب (ولو تردى بعير ونحوه في بئر ولم يمكن قطع حلقومه) ومريئه (فكناد) في حله بالرمي لتعذر الوصول إليه. ففي السنن الأربعة من حديث أبي العشرء الدارمي عن أبيه أنه قال {يا رسول الله أما تكون الذكاة إلا في الحلق واللبة؟ فقال صلى الله عليه وسلم: لو طعنت في فخذها لأجزأك} قال أبو داود: هذا لا يصح إلا في المتردية والمتوحش (قلت: الأصح لا يحل) المتردي (بإرسال الكلب) الجارح (ونحوه وصححه الروياني والشاشي، والله أعلم) والفرق أن الحديد يستباح به الذبح في القدرة بخلاف فعل الجارحة (ومتى تيسر) يعني أمكن ولو بعسر (لحوقه) أي الناد أو الصيد (بعده أو استغاثه) بغين وثاء معجمتين أو مهملة ونون (بمن يستقبله فمقدور عليه) لا يحل إلا بذبحة في مذبحة. أما إذا تعذر لحوقه حالا فيحل بأي جرح كان كما مر (ويكفي في) الصيد المتوحش (الناد والمتردي جرح يفضي إلى الزهوق) كيف كان إذ القصد حينئذ جراحة تفضي إلى الموت غالبا (وقيل يشترط مذفف) لينزل منزلة قطع الحلقوم والمريء في المقدور عليه، ولو تردى بعير فوق بعير فغرز رمحا في الأول فنغذ إلى الثاني حل عالما كان أو جاهلا كما لو رمى صيدا فأصابه ونغذ منه إلى آخر.

(وإذا أرسل سهما أو كلبا) ونحوه (أو طائرا على صيد) أو بعير أو نحوه تعذر لحوقه ولو بالاستعانة (فأصابه) وجرحه (ومات فإن لم يدرك فيه حياة مستقرة) كان رماه فقدته نصفين (أو أدركها وتعذر ذبحه بلا تقصير بأن سل السكين فمات قبل إمكان) لذبحه (أو امتنع) بقوته (ومات قبل القدرة عليه حل) إجماعا في الصيد، ولخبر الشيخين في البعير بالسهم، وقيس بما فيه غيره، ويندب فيما إذا لم يدرك فيه حياة مستقرة إمرار السكين على مذبحة ليذبحة، فإن لم يفعل وتركه حتى مات حل لقدرته عليه في حالة لا يحتاج فيها لتذكية، ولا يشترط عدو بعد إصابة سهم أو كلب ولو اشتغل بطلب المذبح أو وقع منكسا فاحتاج إلى قلبه أو أشغل بتوجيهه إلى القبلة فمات حل (وإن مات لتقصيره بأن لا يكون معه سكين) تذكر وتؤنث والغالب تذكيرها، سميت بذلك لأنها تسكن الحياة ومدية لأنها تقطع مدة حياته (أو غصبت) منه ولو بعد الرمي (أو نشبت) بكسر الشين المعجمة وفتحها (في الغمد) أي علقت به (حرم) لتقصيره لأن حق من يعاني الصيد أن يستصحب الآلة في غمد موافق وسقوطها منه وسرقتها تقصير. نعم رجع البلقيني الحل فيما لو غصبت عند الرمي أو كان الغمد معتادا غير ضيق فعلق لعارض ولا يكلف العدو إلى ذلك، فلو مشى على عادته كفى كما يكفي في السعي إلى الجمعة وإن عرف التحريم بها بأمانة، ولو حال بينه وبين الصيد سبع فلم يصل إليه حتى مات بالجرح حل، والفرق بينه وبين غصب السكين أن غصبها عائد إليه ومنع السبع عائد إلى الصيد، والحياة المستقرة ما يوجد معها الحركة الاختيارية بقرائن أو أمارات تغلب على الظن بقاء الحياة ويدرك ذلك بالمشاهدة، ومن أماراتها انفجار الدم بعد قطع الحلقوم والمريء، والأصح الاكتفاء بالحركة الشديدة، فإن شك في حصولها ولم يترجح ظن حرم، وأما الحياة المستمرة فهي الباقية إلى خروجها بذبح أو نحوه، وأما حركة المذبوح فهي التي لا يبقى معه سمع ولا إبصار ولا حركة اختيار (ولو رماه فقدته نصفين) مثلا (حلا) لحصول الجرح المذفف.

(ولو أبان منه) أي أزال من الصيد (عضوا) كيد أو رجل (بجرح مذف) بنحو سيف ومات في الحال (حل العضو والبدن) لأن ذكاة بعضه ذكاة كله أما إذا لم يمت في الحال وأمكنت ذكاته وتركه حتى مات فلا يحل (أو) بجرح (غير مذف) أي مسرع للقتل (ثم ذبحه أو جرحه جرحا آخر مذفاً حرم العضو) لأنه أبين من حي (وجل الباقي) اتفاقاً، ومحل ذلك في الثانية ما لم يشته بالجراحة الأولى، فإن أثبتته بها فقد صار مقدوراً عليه فيتعين ذبحه ولا تجزئ سائر الجراحات (فإن لم يتمكن من ذبحه ومات بالجرح) الأول (حل الجميع) كما لو كان الجرح مذفاً (وقيل يحرم العضو) لأنه أبين من حي فأشبهه ما لو قطع ألية شاة ثم ذبحها لا تحل الألية، وهذا هو المصحح في الشرحين والروضة والمجموع وهو المعتمد.

(وذكاة كل حيوان) بري وحشياً كان أو إنسيا (قدر عليه بقطع كل الحلقوم وهو مخرج النفس) يعني مجراه دخولا وخروجاً (والمريء) بالهمز (وهو مجرى الطعام) والشراب إذ الحياة توجد بهما وتفقد بفقدتهما، وخرج بقطع ما لو اختطف رأس عصفور أو غيره بيده أو ببندقية فإنه ميتة، وبقوله قدر عليه ما لو لم يقدر عليه وقد مر، وبقوله كل الحلقوم ما لو قطع البعض وانتهى إلى حركة المذبوح ثم قطع الباقي فلا يحل، ولا بد من كون التذفيف متمحواً لذلك، فلو أخذ في قطعها وآخر في نزع الحشوة أو نخس الخاصرة لم يحل، ولو انهدم سقف على شاة أو جرحها سبع فذبحت وفيها حياة مستقرة حلت، وإن تيقن موتها بعد يوم أو يومين وإن لم يكن فيها حياة مستقرة لم تحل (ويستحب قطع الودجين) لأنه أوحى وأسهل لخروج الروح فهو من الإحسان في الذبح وهما بفتح الواو والمدال عرقان في صفحتي العنق من مقدمه محيطان بالحلقوم وقد يحيطان بالمريء، وتعبير التنبيه بالأوداج من باب إطلاق الجمع على اثنين وهو صحيح (ولو ذبحه من قفاه) أو من صفحة عنقه (عصى) للعدول عن محل الذبح ولما فيه من التعذيب ولأنه لم يحسن في الذبح والقطع من صفحة العنق كالقطع من القفا (فإن أسرع) في ذلك (فقطع الحلقوم والمريء) وبه حياة مستقرة) ولو ظنا بقرينة كما مر (حل) لمصادفة الذكاة له وهو حي كما لو قطع يده ثم ذكاه (وإلا) بأن لم يبق به حياة مستقرة بأن وصل لحركة مذبوح لما انتهى إلى قطع المريء (فلا) يحل لصيرورته ميتة فلا تفد فيه الذكاة (وكذا إدخال سكين بأذن ثعلب) مثلاً ليقطع حلقومه ومريئه داخل الجلد لأجل جلده ففيه التفصيل المار فيما قبلها، نعم يحرم ذلك للتعذيب (ويسن نحر إبل) ونحوه مما طال عنقه وهو قطع اللبة أسفل العنق لأنه أسهل لخروج روحها لطول عنقها، ولا بد في النحر من قطع كل الحلقوم والمريء كما جزم به في المجموع.

(وذبح بقر وغنم) {لأنه صلى الله عليه وسلم ذبح عن نسائه البقر يوم النحر وضحي بكبشين أقرنين ذبحهما وكبر ووضع رجله على صفاحهما} (ويجوز عكسه) أي ذبح الإبل ونحر غيرها بلا كراهة لكنه خلاف الأولى لعدم ورود نهى فيه، والخيل كالبقرة وكذا حمار الوحش وبقرة (وأن يكون البعير قائماً معقول ركية) يسرى للاتباع (والبقرة والشاة مضجعة) بالإجماع، وقوله في الدقائق إن لفظة البقر من زوائده صحيح باعتبار بعض نسخ المحرر، فلا ينافيه وجودها في بعض آخر (لجنبها الأيسر) لأنها أسهل على الذابح في أخذ الآلة باليمين وإمساك رأسها باليسار، ولفظة الأيسر من زياداته وهي حسنة، فلو كان أعسر استحب له استنابة غيره، ولا يضجعه على يمينها كما مر (وتترك رجلها اليمنى) لتستريح بتحريكها (وتشد باقي القوائم) كي لا تضطرب حالة الذبح فيزل الذابح ويندب إضجاعها برفق (وأن يحد شفرته) أو غيرها لخبر {فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته} ويحد بضم الياء والشفرة بفتح أوله: السكين العظيمة، والمراد السكين مطلقاً، وأثرها لأنها

الواردة وكأنها من شفر المال ذهب لإذهابها للحياة سريعا، ويندب إمرارها برفق وتحامل يسير ذهابا وإيابا، ويكره أن يحدها قبالتها وأن يذبح واحدة والأخرى تنظر إليها، ويكره له إبانة رأسها حالا وزيادة القطع وكسر العنق وقطع عضو منها وتحريكها ونقلها حتى تخرج روحها، والأولى سوقها إلى المذبح برفق وعرض الماء عليها قبل ذبحها (ويوجه للقبلة ذبيحته) وفي الأضحية ونحوها أكد، والأصح أنه يوجه مذبحتها، والمعنى فيه كونها أفضل الجهات لا وجهها ليمنه هو الاستقبال أيضا فإنه مندوب (وأن يقول بسم الله) وحده عند الفعل من ذبح أو إرسال سهم أو جارحة للاتباع فيهما رواه الشيخان في الذبح، ويكره تعمد تركها، فلو تركها ولو عمدا حل لأن الله أباح ذبائح أهل الكتاب بقوله {وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم} وهم لا يذكرونها، وأما قوله تعالى {ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه} فالمراد ما ذكر عليه غير اسم الله: يعني ما ذبح للأصنام بدليل قوله تعالى {وما أهل لغير الله به} وسياق الآية دل عليه فإنه قال {وإنه لفسق} والحالة التي يكون فيها فسقا هي الإهلال لغير الله تعالى {أو فسقا أهل لغير الله به} والإجماع قام على أن من أكل ذبيحة مسلم لم يسم عليها ليس بفسق (ويصلي) ويسلم (على النبي صلى الله عليه وسلم) لأنه محل يشرع فيه ذكر الله فشرع فيه ذكر نبيه كالأذان والصلاة (ولا يقل باسم الله واسم محمد) فإن قاله حرم لإبهامه للتشريك لأن من حقه تعالى اختصاص الذبح واليمين باسمه والسجود له من غير مشاركة مخلوق في ذلك، فإن أراد أذبح باسم الله وأتبرك باسم محمد فينبغي كما قاله الرافعي عدم الحرمة، ويحمل إطلاق من نفى جوازه على أنه مكروه إذ المكروه يصح نفى الجواز عنه.

(فصل)

يحل ذبح مقدور عليه وجرح غيره

هو بمعنى قوله في الروضة المقدور عليه لا يحل إلا بذبحه في الحلق واللبة كما يفيد قوله (بكل محدد) بفتح الدال المشددة: أي شيء له حد (يجرح) إذ هو اسم مفعول وهو صفة ومفهومها معتبر فأفهم أنه لا يحل بغيره وهو كذلك (كحديد) أي كمحدد حديد (ونحاس) ورصاص (وذهب) وفضة (وخشب وقصب وحجر وزجاج) لأن ذلك أسرع لإخراج الروح (إلا ظفرا وسنا وسائر العظام) لخبر الصحيحين {ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا، ليس السن والظفر، وسأحدثكم عن ذلك، أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة} أي وهم كفار قد نهينا عن التشبيه بهم: أي لمعنى ذاتي في الآلة التي وقع التشبيه بها، فلا يقال مجرد النهي عن التشبيه بهم لا يقتضي البطلان بل ولا الحرمة في نحو النهي عن السدل واشتمال الصماء وألحق بهما باقي العظام، ومعلوم مما يأتي أن ما قتله الجارحة بظفرها أو نابها حلال فلا يحتاج لاستثنائه (فلو قتل بمثقل) بفتح القاف المشددة (أو ثقل محدد كبندقة وسوط وسهم بلا نصل ولا حد) هذه أمثلة للأول والسهم بنصل أو حد قتل بثقله من أمثلة الثاني (أو) قتل (بسهم وبندقة أو جرحه نصل وأثر فيه عرض السهم في مروره ومات بهما) أي بالجرح والتأثير (أو انخنق بأحبولة) منصوبة ومات وهي ما يعمل من الحبال للصيد به (أو أصابه سهم فوق بأرض) عالية (أو جبل ثم سقط منه) في المسألتين ومات (حرم) في المسائل كلها، أما في القتل بمثقل فلأنه موقوذة، إذ هي ما قتل بحجر أو بما لا حد له، وأما موته بالسهم والبندقة وما بعدها فلأنه مات بسببين: مبيح ومحرم، فغلب الثاني لأنه الأصل في الميتات، وأما إذا أصابه سهم فوق على جبل ثم سقط منه فلأنه لا يدري من أيهما مات ويعلم مما يأتي أن المقتول بثقل الجارحة كالمقتول بجرحها وقد علم مما قررناه أن مراده بالأرض ما نزل عليه ثم سقط منه

إلى غيره بدليل قوله أو جيل فسقط القول بأنه لو عبر بدل أرض بسطح كما بأصله والشرح والروضة كان أولى

(ولو أصابه) سهم (بالهواء) أو على شجرة أو غيرها (فسقط بأرض ومات حل) لأن وقوعه على الأرض لا بد منه فعفى عنه كما لو كان الصيد قائما فوق على جنبه لما أصابه السهم وانصدم بالأرض وكلامه مقيد بما إذا جرحه السهم في الهواء جرحا مؤثرا فلو لم يجرحه بل كسر جناحه فوق ومات أو جرحه جرحا لا يؤثر فعطل جناحه فوق فمات لم يحل لعدم مبيح يحال موته عليه. ولو رماه فوق شجرة فسقط وأصاب غصنها ثم وقع على الأرض أو وقع في بئر لا ماء بها وأصاب جدارها حرم فإن رمى طيرا على وجه الماء ولم يغمسه السهم فيه ومات حل والماء له كالأرض أو في هواء الماء والرامي كذلك حل وإن كان خارج الماء ووقع بعد الإصابة فيه حرم هذا كله ما لم ينته في الهواء إلى حركة مذبوح فإن وصل إليها حل جزما ولو أرسل كلبا معلما في عنقه قلادة يضرب بها فجرح بها الصيد حل كما لو أرسل عليه سهما

(ويحل الاصطياد بجوارح السباع والطير ككلب) ونمر صغير قابل للتعليم (وفهد وباز وشاهين) لقوله تعالى {أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين} أي وصيد ما علمتم (بشروط كونها معلمة) فإن لم يكن كذلك لم يحل ما قتلته فإن أدركه وفيه حياة مستقرة فلا بد من ذبحه لقوله صلى الله عليه وسلم لأبي ثعلبة {ما صدت بكليتك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وما جرحت بكليتك غير المعلم فأدركت ذكاته فكل} متفق عليه ويشترط في كون الكلب ونحوه معلما أمور أشار إليها بقوله (بأن تنزجر جارحة السباع بزجر صاحبها وتسترسل بإرساله) أي تهيج بإغرائه (وتمسك الصيد) أي تحبسه على صاحبه ولا تقتله فإذا جاء صاحبه تخل بينه وبينه، من غير مدافعة (ولا تأكل منه) أي من لحمه أو نحوه كجلده وحشوته قبل قتله أو عقبه. ولا يقدر في حل ذلك أن يكون معلم الجارحة مجوسيا (ويشترط ترك الأكل في جارحة الطير في الأظهر) كما في جوارح السباع، والثاني لا لأن تركه يكون بالضرب وهي لا تحتمله، واقتضاه على هذا الشرط يقتضي عدم اشتراط غيره فيها وليس كذلك فلا بد كما قاله الرافعي أن تسترسل بإرساله. قال الإمام: ولا مطمع في انزجارها بعد طيرانها (ويشترط تكرار هذه الأمور بحيث يظن تأدب الجارحة) ومرجعه أهل الخبرة بالجوارح (ولو ظهر كونه معلما ثم أكل من لحم صيد) قبل قتله أو عقبه (لم يحل ذلك الصيد في الأظهر) لأن عدم الأكل شرط في التعلم ابتداء فكذلك دواما والثاني يحل لأن الأصل بقاؤه على التأديب والأكل يحتمل أن يكون لشدة جوع أو غيظ على الصيد ولو أراد الصائد أخذه منه فامتنع وصار يقاتل دونه فكما لو أكل منه لأنه أمسك على نفسه، وقوله ثم أكل مقيد بمرة كما في المحرر ليخرج به ما إذا تكرر منه الأكل وصار عادة له فإنه يحرم ما أكل منه قطعاً، ونبه بقوله ذلك الصيد على أنه لا ينعطف التحريم على ما اصطاده قبله وهو كذلك، ومعلوم أنه لا يخرج بالأكل عن التعليم إلا إذا أكل ما أرسل عليه، فإن استرسل المعلم بنفسه فقتل وأكل لم يقدر في تعليمه جزما، وقوله من لحم صيد مثال فجلده وحشوته وأذنه وعظمه مثله، وينبغي كما قاله الزركشي القطع بالحل في تناول شعره إذ ليس عادته الأكل منه، ومثله الصوف والريش (فيشترط) على القول بالتحريم (تعليم جديد) لفساد التعليم الأول من حينه لا من أصله (ولا أثر للفق الدم) لأن المنع منوط في الخبر بالأكل من الصيد ولم يوجد ولأنه لم يتناول شيئا من مقصود الصائد فكان كتناوله الفرت.

(ومعض الكلب من الصيد نجس) كغيره مما تنجس منه (والأصح أنه لا يعفى عنه) كما لو أصاب ثوبا فلا بد من غسله وتعفيره، والثاني نعم لعسر الاحتراز فأشبهه الدم الذي في العروق (وأنه يكفي غسله بماء وتراب) سبعا

كغيره لعموم الأمر بذلك (ولا يجب أن يقور ويطرح) لأنه لم يرد، والثاني يجب لأن الموضوع يشرب لعابه فلا يتخلله الماء.

(ولو تحاملت الجارحة على صيد فقتلته بثقلها حل في الأظهر) لعموم قوله تعالى {فكلوا مما أمسكن عليكم} ولأنه يعز تعليمه أن لا يقتل إلا جرحا وليس كالإصابة بعرض السهم فإن ذلك من سوء الرمي. والثاني لا لأنه آلة فلم يحل بثقله كالسلاح ولأن الله سماها جوارح فينبغي أن تجرح، والأول قال: الجوارح الكواسب بالباء، وأنت هنا الجارحة وذكرها فيما مر نظرا للفظ تارة وللمعنى أخرى، واحترز بثقله عما لموات فزعا منه أو بشدة عدوه فلا يحل قطعاً ومحل الخلاف ما لم يجرح الكلب الصيد فإن جرحه ثم تحامل عليه حل قطعاً

(ولو كان بيده سكين فسقط وانجرح به صيد أو احتكت به شاة وهو في يده فانقطع حلقومها ومريئها أو استرسل كلب) مثلا (بنفسه فقتل لم يحل) لأن الذبح يعتبر فيه القصد ولم يوجد في الأولى والثانية، وإنما لم يشترط في الضمان: لأنه أوسع ولانتفاء الإرسال في الثالثة، وقد قيد صلى الله عليه وسلم جواز الأكل بالإرسال فقال {إذا أرسلت كلبك المعلم فكل} (وكذا لو استرسل فأغراه صاحبه فزاد عدوه في الأصح) لاجتماع المحرم والمبيح فغلب المحرم، والثاني يحل لظهور أثر الإغراء بالعدو فانقطع به الاسترسال وصار كأنه جرح بإغراء صاحبه، واحترز بقوله فزاد عدوه عما إذا لم يزد فإنه يحرم جزماً، وبقوله فأغراه عما إذا زجره فإنه إن وقف ثم أغراه وقتل يحل جزماً، وإن لم ينزجر ومضى على وجهه حرم جزماً، وأفهم قوله صاحبه أنه لو أغراه أجنبي لا يكون الحكم كذلك وليس كذلك فقد قال الشافعي في المختصر وسواء استشلاه صاحبه أو غيره (ولو أصابه) أي الصيد (سهم بإعانة ربح) طراً هبونها بعد الإرسال أو قبله كما اقتضاه إطلاقهم وكان يقصر عنه لولا الريح حل لأن الاحتراز عن هبونها لا يمكن فلا يتغير بها حكم الإرسال (ولو أرسل سهماً لاختبار قوته أو إلى غرض فاعترض صيد فقتله حرم في الأصح) لانتفاء قصده، والثاني يحل لوجود قصد الفعل، وكذا لو أرسل على ما لا يؤكل كذئب فأصاب صيدا فيه يحل

(ولو رمى صيدا ظنه حجرا حل أو سرب ظيأ فأصاب واحدة حلت) أما في الأولى فلأنه قتله بفعله ولا اعتبار بظنه، وأما في الثانية فلأنه قصد السرب وهذا منه (فإن قصد واحدة) من السرب (فأصاب غيرها) من ذلك السرب أو غيره (حلت في الأصح) لوجود قصد الصيد، والثاني المنع لإصابته غير ما قصده، ولو أرسل كلبا على صيد فعدل إلى غيره ولو إلى غير جهة الإرسال فأصابه ومات حل، وظاهر كلامهم حله وإن ظهر للكلب بعد إرساله لكن قطع الإمام بخلافه فيما إذا استدبر المرسل إليه وقصد آخر كما نقله في الروضة وجرى عليه الفارقي وابن أبي عسرون، وهو لا يخالف ما قاله الفارقي من أنه لو أرسله على صيد فأمسكه ثم عن له آخر فأمسكه حل سواء كان عند الإرسال موجوداً أم لا لأن المعتبر أن يرسله على صيد وقد وجد، ولو قصد غير الصيد كمن رمى سهماً أو أرسل كلباً على حجر أو عبثاً فأصاب صيدا حرم، وكذا لو قصده وأخطأ في الظن والإصابة معاً، كمن رمى صيدا ظنه حجرا أو خنزيراً فأصاب صيدا غيره حرم لا عكسه كما مر (ولو غاب عنه الكلب والصيد) قبل أن يجرحه الكلب (ثم وجده ميتا حرم على الصحيح) لاحتمال موته بسبب آخر، ولا أثر لتضمخه بدمه فربما جرحه الكلب أو أصابته جراحة أخرى (وإن جرحه) الكلب أو أصابه سهم فجرحه (وغاب ثم وجده ميتا حرم في الأظهر) لما مر والتحريم يحتاج له، وقد نقل في المحرر ذلك عن الجمهور وهو المذهب المعتمد كما قاله البلقيني، ففي سنن البيهقي وغيره بطرق حسنة في حديث {عدي بن حاتم أنه قال قلت يا رسول الله إنا أهل صيد وإن أحداً يرمي الصيد فيغيب عنه الليلتين والثلاث فيجده ميتا، فقال: إذا وجدت فيه أثر سهمك ولم يكن

فيه أثر سبع وعلمت أن سهمك قتله فكل { فهذا مقيد لبقية الروايات ودال على التحريم في محل النزاع وهو ما إذا لم يعلم: أي لم يظن أن سهمه قتله. والثاني يحل، واختاره الغزالي، وقال في الروضة: إنه أصح دليلا، وفي المجموع إنه الصحيح أو الصواب، وثبت فيه أحاديث صحيحة، ومحل الخلاف ما إذا لم يكن قد أنهاه بالجرح إلى حركة مذبوح، فإن أنهاه حل قطعاً، وما إذا لم يجد فيه غير جرحه فإن وجد فيه جراحة أخرى أو وجدته في ماء حرم قطعاً.

(فصل)

فيما يملك به الصيد وما يذكر معه

(يملك الصيد) الذي يحل اصطياده بأن لم يكن حرمياً وليس به أثر ملك كخضب وقص جناح ولم يكن صائده محرماً (بضبطه) أي الإنسان ولو غير مكلف، نعم إن لم يكن له نوع تمييز وأمره غيره فهو لذلك الغير لأنه آلة له محضة (بيده) لأنه مباح فملك بوضع اليد عليه كسائر المباحات سواء قصد بذلك ملكه أم لا حتى لو أخذه لينظر إليه ملكه، ولا فرق بين كونه ممتنعاً أو لا لقوله تعالى {ليلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم} أراد بما تناله الأيدي الصغار، ولو كان الصائد غير مميز كأعجمي ومجنون ولم يأمره به أحد ملكه وإن أمره به غيره فهل هو له إن كان حراً أو لسيده إن كان قنأ أو للآمر؟ فيه الوجهان في تملك المباح، أما الذي لا يحل اصطياده فلا يملكه قطعاً، ولو سعى خلفه فوقف إعياء أو جرحه فوقف عطشاً لعدم الماء لا عجزاً عن الوصول إلى الماء لم يملكه حتى يأخذه (وبجرح مذبف) أي مسرع للقتل (وبإزمان وكسر جناح) أو قصه بحيث يعجز عن الطيران والعدو جميعاً لأنه يعد بذلك مستولياً عليه، ويكفي في ذلك إبطال شدة عدوه بحيث يسهل أخذه، ولو قطع حلقومه ومريئه أو أخرج حشوته بسهمه أو جارحته كان كافياً بالأولى (وبوقوعه) وقوعاً لا يقدر معه على الخلاص (في شبكة) ولو مغصوبة (نصبها) له، نعم إن قدر على خلاصه منها لم يملكه، فلو أخذه غيره ملكه قاله الماوردي، ولا يملكه من طرده إليها لتقدم حق ناصبها، وخرج بنصبها ما لو وقعت منه فتعقل بها صيد ويعود الصيد الواقع فيها مباحاً إن قطعها فانفلت ويملكه أخذه، وإن قطعها غيره فانفلت فهو باق على ملك صاحبها فلا يملكه غيره، فإن ذهب بالشبكة وكان قادراً على امتناعه فهو لمن أخذه وإلا فهو لصاحبها، ولو أرسل عليه كلباً ولو غير معلم أو سبعا له على ذلك يد ملكه، فلو انفلت من نحو الكلب ولو بعد أن أدركه صاحبه لم يملكه، أما إذا قدر معه على ذلك فلا يملكه ما دام قادراً فمن أخذه ملكه (وبإلجائه إلى مضيق لا يفلت) بضم أوله وكسر اللام: أي ينفلت (منه) بأن يدخله بيتاً ونحوه لأنه صار مقدوراً عليه، فلو أدخل سمكاً حوضاً بحيث لا يمكنه الخروج منه لكونه صغيراً يمكنه تناوله ما فيه بيده ملكه، فإن كان كبيراً لا يمكنه أخذ ما فيه إلا بجهد وتعب أو إلقاء شبكة لم يملكه به ولكنه أولى به من غيره فليس لأحد صيده بدون إذنه.

(ولو وقع صيد في ملكه) اتفاقاً أو بما يحل له الانتفاع به ولو بعارية كسفينة كبيرة (وصار مقدوراً عليه بتوكل وغيره لم يملكه في الأصح) إذ لا يقصد بمثله الاصطياد والقصد مرعي في التملك، نعم يصير أحق به من غيره، والثاني يملكه كالشبكة، ومحل ما ذكره المصنف ما لم يقصد به الاصطياد، فإن قصده به واعتيد ذلك ملكه، وعليه يحمل ما نقله المصنف هنا في الروضة عن الإمام وغيره وإن لم يعتد الاصطياد به فلا، وعليه يحمل ما نقله في إحياء الموات عن الإمام أيضاً، ولو أغلق على الصيد باب البيت مثلاً لئلا يخرج ملكه إن أغلقه عليه من له يد لا من لا يد له على البيت ولو عتسش في أرضه وباض وفرخ لم يملكه كبيضه وفرخه لأن مثل ذلك لا يقصد به الاصطياد ويكون أحق به، فإن قصد بنائه ذلك واعتيد الاصطياد به

ملكه نظير ما مر (ومتى ملكه لم يزل ملكه) عنه (بانفلاته) كما لو أبق العبد، ومن أخذه لزمه رده له وإن توحش (وكذا بإرسال المالك له في الأصح) لأن رفع اليد لا يقتضي زوال الملك كما لو سيب دابته، بل لا يجوز ذلك لأنه يشبه السوائب في الجاهلية، وقد قال الله تعالى {ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة} ولأنه قد يختلط بالمباح فيصا، وسواء قصد بذلك التقرب إلى الله تعالى أم لا. والثاني يزول كعتق عبده، ومحل كلامه في غير المحرم. أما لو أحرم وفي ملكه صيد فإنه يلزمه إرساله ويزول عنه ملكه. ويستثنى من عدم الجواز ما إذا خيف على ولده بحبس ما صاده فيتجه وجوب إرساله صيانة لروحه كما يشهد لذلك حديث الغزاة التي أطلقها رسول الله صلى الله عليه وسلم لأجل أولادها لما استجارت به، وحديث الحمرة التي أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برد فرخها عليها، والحديثان صحيحان، لكن نقل الحافظ السخاوي عن ابن كثير أنه لا أصل له وأن من نسبه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقد كذب، ثم قال الحافظ: إنه ورد في عدة أحاديث يقوي بعضها بعضا، نعم لو صاد الولد وكان مأكولا لم يتعين إرساله بل له ذبحه، ومحل ما مر من الحرمة ما لم يقل مرسله أبخته، فإن قال ذلك وهو مطلق التصرف وإن لم يقل لمن يأخذه حل لمن أخذه أكله بلا ضمان، ولا ينفذ تصرفه فيه ببيع ونحوه ولا بإطعام غيره منه خلافا لما بحثه بعض المتأخرين، ويحل أخذ كسر الخبز والسنابل ونحوها المطروحة من مالها المعرض عنها وإن تعلق بها الزكاة وينفذ تصرفه فيها بالبيع وغيره، نعم محل جواز أخذ ذلك كما هو واضح ما لم تدل قرينة على عدم رضا المالك بذلك كأن وكل من يلتقطه له، وبه يعلم أن مال المحجور لا يملك منه شيء بذلك لعدم تصور إعراضه، ولو أخذ جلد ميتة أعرض عنه صاحبه ودبغه ملكه ويزول اختصاص المعرض عنه، ولو وجد درة غير مثقوبة في جوف سمكة ملكها الصائد لها من بحر الدر إن لم يبيعها، فإن باعها فللمشتري تبعها كما نقله في الروضة عن التهذيب وهو المعتمد، فإن كانت مثقوبة فللبائع إن ادعاها وإلا فللقطة

(ولو تحول حمامه إلى برج غيره لزمه رده) إن تميز لبقاء ملكه كالضالة، فإن حصل منهما بيض أو فرخ كان لمالك الأنثى لا الذكر، ومراده بالرد إعلام مالكة به وتمكينه من أخذه كسائر الأمانات الشرعية لا رده حقيقة، فإن لم يرده ضمنه، ولو شك في كون المخالط لحمامه مملوكا لغيره أو مباحا جاز له التصرف فيه لأن الأصل الإباحة، ولو ادعى إنسان تحول حمامه إلى برج غيره لم يصدق والورع تصديقه ما لم يعلم كذبه (فإن اختلط وعسر التمييز لم يصح بيع أحدهما وهبته شيئا منه لثالث) لأنه لا يتحقق الملك فيه (ويجوز لصاحبه في الأصح) للضرورة الداعية لذلك، وقد تدعو إلى المسامحة ببعض الشروط ولهذا صححوا القراض والجعالة مع ما فيهما من الجهالة، وكالبيع غيره من سائر التصرفات. والثاني المنع للجهالة، وينبغي تخصيص الخلاف بما إذا جهلا العدد والقيمة فإن علماها اتجه القطع بالصحة كما قاله ابن الملقن والزرركشي (فإن باعاهما) أي الحمامين المختلطين لثالث ولا يدري أحدهما عين ماله (والعدد معلوم والقيمة سواء صح) لصحة التوزيع على أعدادهما، ويحتمل الجهالة في البيع للضرورة، فإن كان لواحد مائة وللآخر مائتان فالثمن بينهما أثلاث (وإلا) بأن كان العدد مجهولا والقيمة متفاوتة (فلا) يصح لأنه لم يعرف كل واحد ما يستحقه من الثمن والطريق أن يقول كل منهما بعثك الحمام الذي في هذا البرج بكذا فيكون الثمن معلوما، ويحتمل الجهل في المبيع للضرورة ولو اختلطت حمامة مملوكة بحمامات برجه فله الأكل بالاجتهاد إلا واحدة كما لو اختلطت ثمرة غيره بثمرته أو حمام مملوك محصور أو غيره بحمام بلد مباح غير محصور أو انصب ماؤه في نهر لم يحرم على أحد اصطيد واستقاء من ذلك، فإن كان المباح محصورا حرم، ولو اختلطت دراهم أو

دهن أو نحوهما حرام بدراهمه أو دهنه فميز قدر الحرام وصرفه لما يجب صرفه له وتصرف في الباقي جاز للضرورة ولا يخفى الورع، وقد قال بعضهم: ينبغي للمتقي اجتناب طير البرج وبنائها.

(ولو جرح الصيد اثنان متعاقبان، فإن ذفف الثاني أو أزم من دون الأول) أي لم يوجد منه تذييف ولا إزمان (فهو للثاني) لأن جرحه هو المؤثر في امتناعه ولا شيء على الأول بجراحته لأنه كان مباحا حينئذ (وإن ذفف الأول فله) لما سبق وعلى الثاني أرش ما نقص من لحمه وجلده لأنه جنى على ملك غيره (وإن أزم من) الأول (فله) لإزمانه إياه (ثم إن ذفف الثاني بقطع حلقوم ومريء فهو حلال وعليه للأول ما نقص بالذبح) وهو ما بين قيمته زما ومذبوحا كذا ذكره في الروضة وعلل أيضا بإفساده مال غيره كما لو ذبح شاة غيره بغير إذنه قال الإمام وإنما يظهر التفاوت إذا كان فيه حياة مستقرة فإن كان متألما بحيث لو لم يذبح لهلك فما عندي أنه ينقص بالذبح شيء ورده البلقيني بأن الجلد ينقص بالقطع فيلزم الثاني نقصه وعليه فلا يتعين في ضمان النقص أنه ما بين قيمته زما ومذبوحا (وإن ذفف لا يقطعها أو لم يذفف ومات بالجرحين فحرام) أما في الأولى فلأن المقدور عليه لا يحل إلا بذبحه. وأما في الثانية فلا اجتماع المبيح والمحرم كما لو اشترك في الذبح مسلم ومجوسي (ويضمنه الثاني للأول) لأنه أفسد ملكه فلو كانت قيمته صحيحة عشرة ومذبوحا تسعة نظر في قيمته مذبوحا ثم إن لم يتمكن الأول من ذبحه فإن كانت ثمانية فإنما يلزمه ثمانية ونصف لأن فعل الأول وإن لم يكن إفسادا لكنه يؤثر في حصول الزهوق فالدرهم فات بفعلها فيهدر نصفه ويضمن نصفه وإن تمكن الأول من ذبحه وذبحه بعد جرح الثاني لزم الثاني أرش إن حصل بجرحه نقص وإن لم يذبحه حتى مات ضمن الثاني زيادة على الأرش لا الجميع لأن تفریط الأول صير فعله إفسادا فيصير كمن جرح عبده مثلا وجرحه آخر فنقول مثلا قيمة العبد أو الصيد عشرة دنانير فنقص بالجرح الأول دينارًا ثم مات بالجرحين فتجمع القيمتان قبل الجرح الأول والجرح الثاني والمجموع تسعة عشر فيقسم عليه ما فوتاه وهو عشرة فحصة الأول لو كان ضامنا عشرة أجزاء من أصل تسعة عشر جزءا من العشرة ويلزم الثاني تسعة أجزاء من أصل تسعة عشر جزءا من العشرة وإن كانت الجناية ثلاثة وأرش كل جناية دينار جمعت القيم التي هي عشرة وتسعة وثمانية فيكون المجموع سبعة وعشرين فتقسم العشرة عليها (وإن جرحا معا وذففا أو أزمنا فلهما) لاشتراكهما في سبب الملك ولا مزية لأحدهما على الآخر (وإن ذفف أحدهما أو أزم من دون الآخر فله) لانفراده بسبب الملك ولا ضمان على الآخر لوقوع جراحته حين كان مباحا (وإن ذفف واحد) لا بقطع الحلقوم (وأزم من آخر وجهل السابق حرم على المذهب) لاجتماع الحظر والإباحة فإنه يحتمل سبق التذييف فيحل أو تأخره فيحرم فلا يحل إلا بقطع الحلقوم ولم يوجد والطريق الثاني حكاية قولين كما لو جرح الصيد وغاب ثم وجد ميتا ومن قال بالأول فرق بأن هناك جرح سابق يحال عليه الموت وهو معهود في القصاص وغيره وهنا بخلافه والاعتبار في الترتيب والمعية بالإصابة لا بابتداء الرمي.

{كتاب الأضحية}

بضم الهمزة وكسرها مع تخفيف الياء وتشديدها، ويقال ضحية بفتح الضاد وكسرها وأضحاة بفتح الهمزة وكسرها وجمعها ضحايا، وهي ما يذبح من النعم تقربا إلى الله تعالى من يوم عيد النحر إلى آخر أيام التشريق كما سيأتي، وهي مأخوذة من الضحوة سميت بأول أزمنا فعلها وهو الضحى. والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى {فصل لربك وانحر} أي صلاة العيد وانحر النسك، وخبر مسلم عن أنس رضي الله عنه قال {ضحى النبي

صلى الله عليه وسلم بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده وسمى وكبر ووضع رجله على صفاحهما} والأملح قيل الأبيض الخالص، وقيل الذي بياضه أكثر من سواده، وقيل غير ذلك (هي) أي التضحية إذ كثيرا ما تطلق الأضحية ويراد بها الفعل لا المتقرب به (سنة) مؤكدة في حقنا على الكفاية ولو بمنى إن تعدد أهل البيت وإلا فسنة عين، ومعنى كونها سنة كفاية مع كونها تسن لكل منهم سقوط الطلب بفعل الغير لا حصول الثواب لمن لم يفعل كصلاة الجنازة، نعم ذكر المصنف في شرح مسلم أنه لو أشرك غيره في ثوابها جاز وأنه مذهبنا. والأصل في ذلك {أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بمنى عن نسائه بالبقر} رواه الشيخان فلا تجب بأصل الشرع لما روى البيهقي وغيره بإسناد حسن أن أبا بكر وعمر كانا لا يضحيان مخافة أن يرى الناس ذلك واجبا. ويوافق تفويضها في خبر مسلم إلى إرادة المضحي، والواجب لا يقال فيه ذلك ولأن الأصل عدم الوجوب، ويكره تركها لمن تسن له للخلاف في وجوبها ومن ثم كانت أفضل من صدقة التطوع، وإنما تسن لمسلم قادر حر كله أو بعضه (لا تجب إلا بالتزام) كجعلت هذه الشاة أضحية كسائر القرب

(ويسن لمريدها) غير المحرم أي التضحية (أن لا يزيل شعره ولا ظفره) أي شيئا من ذلك (في عشر ذي الحجة حتى يضحى) لقوله صلى الله عليه وسلم {إذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم أن يضحى فليمسك عن شعره وأظفاره} رواه مسلم، والحكمة فيه بقاءه كامل الأجزاء لتشملها المغفرة والعتق من النار، ولو قصد التضحية بعدد زالت الكراهة بأولها كما جزم به بعضهم وهو المعتمد، وسواء في ذلك شعر الرأس واللحية والإبط والعانة والشارب وغيرها، فإن خالف كره وتستمر الكراهة لمريدها إلى انقضاء زمن الأضحية. ومحل ذلك فيما لا يضر، أما نحو ظفر وجلدة تضر فلا

(و) يسن (أن يذبحها) أي الأضحية رجل (بنفسه) إن أحسن الذبح اقتداء به صلى الله عليه وسلم وأصحابه ولأنها قريبة فندبت مباشرتها وكذلك الهدي، وأفهم كلامه جواز الاستنابة والأولى كون التائب فقيها مسلما ويكره استنابة كافر وصبي لا حائض (وإلا فيشهدها) {لأنه صلى الله عليه وسلم أمر فاطمة رضي الله عنها بذلك} رواه الحاكم وصحح إسناده. أما الأنثى والخنثى فتوكيلهما أفضل.

(ولا تصح) أي التضحية (إلا من إبل وبقر) عراب أو جواميس (وغنم) ضأن أو معز لقوله تعالى {ليذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الأنعام} ولأنها عبادة متعلقة بالحيوان فاختصت بالأنعام كالزكاة (وشرط) أجزاء (إبل أن تطعن) بضم العين طعن يطعن في السن طعنا، وطعن فيه بالقول يطعن أيضا: أي تشرع (في السنة السادسة وبقر ومعز في الثالثة وضأن في الثانية) بالإجماع، نعم لو أجدعت الشاة من الضأن: أي سقطت منها قبل تمام السنة أجزاء ويكون ذلك بمنزلة البلوغ بالاحتلام، فقد روى أحمد وغيره {ضحوا بالجذع من الضأن فإنه جائز} وروى مسلم خبر {لا تذبحوا إلا مسنة إلا إن تعسر عليكم فاذبحوا جذعة من الضأن} قال العلماء: المسنة هي الثنية من الإبل والبقر والغنم فما فوقها، وقضيته أن جذعة الضأن لا تجزي إلا عند عجزه عن المسنة والجمهور على خلافه وحملوا الخبر على الندب، وتقديره يسن لكم أن لا تذبحوا إلا مسنة فإن عجزتم فجذعة ضأن (ويجوز ذكر وأنثى) وخنثى، لكن الذكر ولو بلون مفضول فيما يظهر أفضل لأن لحمه أطيب، إلا أن يكثر نزواته فالأنثى التي لم تلد أفضل منه حينئذ، وعلى ذلك حمل قول الشافعي والأنثى أحب إلي، وحمله بعضهم على جزاء الصيد إذا قومت لإخراج الطعام والأنثى أكثر قيمة (وخصي) للاتباع.

(و) يجزئ (البعير والبقرة عن سبعة) للنص فيه كما يجزئ عنهم في التحلل للإحصار، لخبر مسلم وسواء أراد بعضهم الأضحية والآخر اللحم أم لا، ولهم قسمة اللحم إذ هي إفران، وخرج بسبعة ما لو ذبحها ثمانية ظنوا أنهم سبعة فلا تجزئ عن واحد منهم والشاة عن واحد فقط بل لو اشترك اثنان في شاتين في تضحية أو هدي لم يجز، وفرق بينه وبين جواز إعتاق نصفي عبيدين عن الكفارة بأن المأخذ مختلف، إذ المأخذ ثم تخلص رقبة من الرق وقد وجد بذلك وهنا التضحية بشاة ولم توجد بما فعل، وأما خبر {اللهم هذا عن محمد وأمة محمد} فمحمول على أن المراد التشريك في الثواب لا في الأضحية، ولو ضحى ببدنة أو بقرة بدل شاة فالزائد على السبع تطوع يصرفه مصرف التطوع إن شاء (وأفضلها) عند الانفراد فلا ينافي قوله الآتي: وسبع شياه إلخ (بعير) لكثرة اللحم (ثم بقرة) لأنها كسبع شياه (ثم ضأن) لطيبه (ثم معز) وقول الشارح: ولا حاجة إلى ذكر الأخير إذ لا شيء بعده يجاب عنه بأنه إنما ذكر ثم الأخيرة لأن بعده مراتب أخرى تعلم من كلامه، وهي شرك من بدنة ثم من بقرة (وسبع شياه أفضل من بعير) ومن بقرة لأن لحم الغنم أطيب والدم المراق أكثر (وشاة أفضل من مشاركة في بعير) للانفراد بإراقة الدم ولطيب اللحم واستكثار القيمة أفضل من العدد، بخلاف العتق واللحم خير من الشحم والبيضاء أفضل ثم الصفراء ثم البلقاء ثم السوداء، نعم يقدم السمن على اللون عند تعارضهما (وشرطها) أي الأضحية لتجزئ حيث لم يلتزمها ناقصة (سلامة من عيب ينقص لحما) يعني مأكولا إذ مقطوعة الألية لا تجزئ مع أنها ليست بلحم، على أنه قد يطلق عليه في بعض الأبواب كما في قولهم يحرم بيع اللحم بالحيوان، وسواء كان النقص في الحال كقطع فلقه من نحو فخذ أو المال كعرج بين لأنه ينقص رعيها فتعزل، ويعتبر سلامتها وقت الذبح حيث لم يتقدمها إيجاب وإلا فوقت خروجها عن ملكه. وقضية كلامه عدم إجزاء التضحية بالحامل لأن الحمل يهزلها وهو المعتمد، فقد حكاه في المجموع في آخر زكاة الغنم عن الأصحاب، وما وقع في الكفاية من أن المشهور إجزاؤها لأن ما حصل من نقص اللحم يجبر بالجنين غير معول عليه، فقد لا يكون فيه جبر أصلا كالعلقة وأيضا فزيادة اللحم لا تجبر عيبا كعرجاء أو جرباء سمينة، وإنما عدوا الحامل كاملة في الزكاة لأن القصد فيها النسل دون طيب اللحم، وما جمع به بعضهم من حمل الإجزاء على ما إذا لم يحصل بالحمل نقص فاحش، ومقابله على خلافه مردود بما تقرر من أن الحمل نفسه عيب وأن العيب لا يجبر وإن قل. نعم يتجه إجزاء قريبة العهد بالولادة لزوال المحذور بها، أما لو التزمها ناقصة كأن نذر الأضحية بمعيبة أو صغيرة أو قال جعلتها أضحية فإنه يلزمه ذبحها، ولا تجزئ ضحية وإن اختص ذبحها بوقت الأضحية وجرت مجراها في الصرف، وعلم مما قررنا أنه لو نذر التضحية بهذا وهو سليم ثم حدث به عيب ضحى به وثبت له أحكام التضحية، وينقص بفتح أوله وضم ثالثه بضبط المصنف إذ هي لغة القرآن (فلا تجزئ عجفاء) وهي التي ذهب مخها من الهزال، وقد يكون خلقة أو لهرم أو مرض للخبر الصحيح {أربع لا تجزئ في الأضاحي: العوراء البين عورها، والمریضة البین مرضها، والعرجاء البین عرجها، والكسيرة} وفي رواية {والعجفاء التي لا تنقي} من النقي بكسر النون وسكون القاف وهو المخ (ومجنونة) لأنه ورد النهي عن التولاء وهي المجنونة التي تستدبر المرعى ولا ترعى إلا القليل وذلك يورث الهزال (ومقطوعة بعض أذن) أبين وإن قل لذهاب جزء مأكول، وأفهم كلامه عدم إجزاء مقطوعة كلها بالأولى وكذا فاقدتها خلقة، ولا يضر فقد ألية خلقة إذ المعز لا ألية له ولا فقد ضرع إذ الذكر لا ضرع له، ويفارق ما مر في فقد الأذن بأنها عضو لازم غالبا. نعم لو قطع من الألية جزء يسير لأجل كبرها، فالأوجه الإجزاء كما أفتى به الوالد رضي الله تعالى عنه بدليل قولهم لا يضر فقد فلقه يسيرة

من عضو كبير (وذات عرج) بين بحيث تتخلف بسببه عن الماشية في المرعى، وإذا ضر ولو باضطرابها عند ذبحها فكسر العضو وفقده أولى (و) ذات (عور) وعلم منه امتناع العمياء بالأولى ولا يضر ضعف بصرها ولا عدمه ليلا (و) ذات (مرض) بين يحصل بسببه الهزال (و) ذات (جرب بين) للخبر المار، وعطف هذه على ما قبلها من عطف الخاص على العام إذ الجرب مرض، ولا فرق بين نقصها بهذه العيوب أو لا (ولا يضر يسيرها) أي يسير الأربعة لعدم تأثيره في اللحم (ولا فقد قرن) إذ لا يتعلق بالقرن كبير غرض وإن كانت القرناء أفضل، نعم إن أثر انكساره في اللحم ضر كما علم من قوله وشرطها إلخ وتجزئ فاقدة بعض الأسنان (وكذا شق أذن وخرقها وثقبها في الأصح) حيث لم يذهب جزء منها. والثاني يضر ذلك لصحة النهي عن التضحية بالخرقاء وهي مخروقة الأذن والشرقاء وهي مشقوقتها، والأول حمل النهي على التنزيه جمعا بينه وبين مفهوم العدد في خبر {أربع لا تجزئ في الأضاحي} لاقتضائه جواز ما سواها (قلت: الصحيح المنصوص يضر يسير الجرب، والله أعلم) لأنه يفسد اللحم والودك وألحق به القروح والبثور. والثاني لا يضر كالمرض

(ويدخل وقتها) أي التضحية (إذا ارتفعت الشمس كرمح يوم النحر) وهي عاشر الحجة (ثم مضى قدر ركعتين وخطبتين خفيفتين) راجع لكل من الخطبتين والركعتين عملا بقاعدة الشافعي المارة في الوقف أو أن التثنية نظرا للفظين السابقين وأن كلا منهما مثني في نفسه كما في {هذان خصمان اختصموا} إذ يجوز اختصما أيضا بالاتفاق، وضابطه أن يشتمل فعله على أقل مجزئ في ذلك، فلو ذبح قبل مضي ذلك لم يجزه وكان شاة لحم لخبر {من ذبح قبل الصلاة فإنما يذبح لنفسه ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين} نعم لو وقفوا في العاشر حسبت الأيام للذبح على حساب وقوفهم كما مر في باب الحج (ويبقى) وقت التضحية وإن كره الذبح ليلا إلا لحاجة أو مصلحة (حتى تغرب) الشمس (آخر) أيام (التشريق) لخبر {عرفة كلها موقف وأيام منى كلها منحر} وفي رواية {في كل أيام التشريق ذبح} وهي ثلاثة أيام بعد ذبح يوم النحر (قلت: ارتفاع الشمس فضيلة والشرط طلوعها ثم) عقبه (مضى قدر الركعتين والخطبتين) بأقل مجزئ كما مر (والله أعلم) بناء على دخول صلاة العيد بطلوعها وهو الأصح كما مر

(ومن نذر) واحدة من النعم مملوكة له (معينة) وإن امتنعت التضحية بها كالمعينة والفصيل لا نحو ظبية وإنما ألحقت بالأضحية في تعيين زمنها دون الصدقة المنذورة لقوة شبهها بالأضحية لا سيما وإراقة الدم في زمنها أكمل فلا يرد أنها مشبهة بالأضحية وليست بأضحية (فقال لله علي) وكذا علي وإن لم يقل لله كما يعلم من كلامه في باب النذر (أن أضحي بهذه) أو هي أو هذه أضحية أو هدي أو جعلتها أضحية زال ملكه عنها بمجرد تعيينها كما لو نذر التصديق بمال بعينه و (لزمه ذبحها في هذا الوقت) أداء، وهو أول ما يلقاه من وقتها بعد نذره لأنه التزمها أضحية فتعين وقتها لذبحها وتفارق النذور والكفارات حيث لم يجب الفور فيها أصالة بأنها مرسلة في الذمة، بخلاف ما هنا فإنه في عين وهي غير قابلة للتأخير كما لا تقبل التأجيل، ولا يشكل على ذلك ما لو قال علي أن أضحي بشاة مثلا حيث وجب فيها ما مر لإمكان الفرق بأن التعيين هنا هو الغالب فألحقنا ما في الذمة به بخلافه في الأبواب المذكورة، وخرج بقوله فقال ما لو نوى ذلك فإنه يكون لاغيا كما لو نوى النذر، وأفهم كلامه عدم احتياجه إلى نية مع قوله المذكور بل لا عبرة بنية خلافه لصراحته، وحينئذ فما يقع في السنة العوام كثيرا من شرائهم ما يريدون التضحية به من أوائل السنة وكل من سألهم عنها يقولون له: هذه أضحية مع جهلهم بما يترتب على ذلك من الأحكام تصير به أضحية واجبة يمتنع عليه أكله منها، ولا يقبل قوله أردت أن أتطوع بها خلافا لبعضهم، ولا

ينافي ذلك قولهم يسن أن يقول بسم الله اللهم هذه عقيقة فلان مع تصريحهم بحل الأكل منها لصراحته في الدعاء إذ ذكر ذلك بعد البسمة صريح في أنه لم يرد سوى التبرك، وحينئذ فوجد هنا قرينة لفظية صارفة ولا كذلك هذه أضحية، وأفهم قولنا أداء صيرورتها قضاء بعد فوات ذلك الوقت وهو كذلك فيذبحها ويصرفها في مصارفها (فإن تلفت) أو سرقت أو ضلت أو طرأ فيها عيب يمنع إجراءها (قبله) أي وقت التضحية أو فيه ولم يتمكن من ذبحها ولم يقع منه في جميع الحالات تفريط (فلا شيء عليه) فلا يلزمه بدلها لزوال ملكه عنها بالالتزام وبقائها في يده كالوديعة، ولا ينافيه عدم زوال ملكه عن قن التزم عتقه قبل الإعتاق وإن كان يبيعه ونحوه قبل ذلك ممتنعاً لأنه لا يمكن أن يملك نفسه، وبالعقوب لا ينتقل الملك فيه لأحد بل يزول عن اختصاص الآدمي به، ومن ثم لو أتلفه الناذر لم يضمه، وأما الأضحية بعد ذبحها فملاكها موجودون، ومن ثم لو أتلفها ضمنها ولو ضلت من غير تقصير لم يكلف تحصيلها. نعم إن لم يحتج في ذلك إلى مؤنة لها وقع عرفاً فالمتجه لزومه بذلك، ويضمنها بتأخير ذبحها بلا عذر بعد دخول وقته، ولو اشترى شاة وجعلها أضحية ثم وجد بها عيباً قديماً تعين الأرش وامتنع ردها لزوال ملكه عنها كما مر وهو للمضحى، ولو زال عيبها لم تصر أضحية إذ السلامة لم توجد إلا بعد زوال ملكه عنها فأشبه ما لو أعتق عن كفارته أعمى فأبصر، بخلاف ما لو كمل من المتزم عتقه قبل إعتاقه فإنه يجزي عتقه عن الكفارة ولو عين معيبة ابتداء صرفها مصرفها وأردفها بسليمة أو تعيبت فضحية ولا شيء عليه، أو عين سليمة عن نذره ثم عيبه أو تعيب أو تلف أو ضل أبدله بسليم، وله اقتناء تلك المعيبة والضالة لانفكاها عن الاختصاص وعودها لملكه من غير إنشاء تملك خلافاً لما يوهمه كلام جمع (فإن أتلفها) أو تلفت بتقصيره أو ضلت: أي وقد فات وقتها وأيس من تحصيلها فيما يظهر وبه يجمع بينه وبين ما مر أنفاً، أو سرقت (لزمه) أكثر الأمرين من قيمتها يوم تلفها أو نحوه وتحصيل مثلها فلو كانت قيمتها يوم الإتلاف أكثر ثم رخص سعرها وأمكن شراء مثل الشاة الأولى ببعضها فيشترى به كريمة أو شاتان فصاعداً وإن لم توجد وفضل ما لا يكفي لأخرى اشترى به شقص. فإن لم يمكن شراء شقص به لقلته اشترى به لحم أو تصدق به دراهم ولا يؤخرها لوجوده فيما يظهر، وأما إذا تساوى المثل والقيمة أو زادت عنه لزمه (أن يشترى بقيمتها) يوم نحو إتلافها (مثلها) نوعاً وجنساً وسناً (و) أن (يذبحها فيه) أي الوقت لتعديه ويتعين ما اشتراه للأضحية إن وقع الشراء بعين القيمة أو في الذمة بنية كونه عنها وإلا فيجعله بعد الشراء بدلاً عنها، والمتجه عدم تعين الشراء بالقيمة لو كان عنده مثلها وأراد إخراجه عنها وإن اقتضى كلامهم خلافه، والأوجه كما هو ظاهر كلامهم تمكينه من الشراء وإن كان قد خان بإتلاف ونحوه لإثبات الشارع له ولاية الذبح والتفرقة المستدعية لبقاء ولايته على البدل أيضاً، والعدالة هنا غير مشترطة حتى تنتقل الولاية للحاكم، بخلافه في نحو وصي خان فاندفع توقف الأذرع في ذلك وبحثه أن الحاكم هو المشتري (وإن نذر في ذمته) أضحية كعلي أضحية (ثم عين) المنذور بنحو عينت هذه الشاة لنذري. ويلزمه تعيين سليمة ويزول ملكه عنها بمجرد التعيين (لزمه ذبحه فيه) أي الوقت لأنه المتزم أضحية في ذمته وهي مؤقتة ومختلفة باختلاف أشخاصها، فكان في التعيين غرض أي غرض، وبهذا فارقت ما لو قال عينت هذه الدراهم عما في ذمتي من زكاة أو نذر حيث لم تتعين لانتفاء الغرض في تعيينها، ويمكن رجوع ذلك لفرق الروضة وهو أن تعيين كل من الدراهم وما في الذمة ضعيف لأن سبب ضعف تعيينها عدم تعلق غرض به فيرجع للأول، أما إذا التزم معيبة ثم عين معيبة فلا تتعين بل له ذبح سليمة وهو الأفضل فعلم أن المعيب يثبت في الذمة، وما قالاه عن التهذيب إنه لو ذبح المعيبة المعينة للتضحية قبل يوم النحر تصدق بلحمها

ولا يأكل منه شيئاً وعليه قيمتها يتصدق بها ولا يشتري بها أخرى لأن المعيب لا يثبت في الذمة محمول على أنه أراد أن يدل المعيب لا يثبت في الذمة. (فإن تلفت) المعينة وإن لم يقصر ولو (قبله) أي الوقت (بقي الأصل عليه) كما كان (في الأصح) لبطلان التعيين في التلف، إذ ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح، وهذا كما لو اشترى من مدينه سلعة بدينه ثم تلفت قبل تسلمها فإنه يفسخ البيع ويعود الدين كما كان. والثاني لا يجب الإبدال لأنها تعينت بالتعيين

(وتشترط النية) هنا لأنها عبادة وكونها (عند الذبح) لأن الأصل اقترانها بأول الفعل هذا (إن لم يسبق) إفراز أو (تعيين) وإلا فسيأتي (وكذا) تشترط النية عند الذبح (إن قال جعلتها أضحية في الأصح) ولا يكتفي عنها بما سبق إذ الذبح قرينة في نفسه فاحتاج لها وفارقت المنذورة الآتية بأن صيغة الجعل لجريان الخلاف في أصل اللزوم بها أحط من النذر فاحتاجت لتقويتها وهو النية عند الذبح. نعم لو اقترنت بالجعل كفت عنها عند الذبح كما اكتفى باقترانها بإفراز أو تعيين ما يضحى به في مندوبة وواجبة معينة عن نذر في ذمته قياساً على الاكتفاء بها عند الإفراز في الزكاة وبعده وقبل الدفع كما يفهم جميع ذلك قوله إن لم إلخ، وقد يفهم أيضاً عدم وجوب نية عند الذبح في المعينة ابتداءً بالنذر وهو كذلك بل لا يجب له نية أصلاً. والثاني يكتفي بما سبق ولا حاجة إلى التجديد كما لو قال لعبدته أعتقتك، وعلى الأول لو ذبحها فضولي عن المالك في الوقت وأخذ المالك اللحم وفرقه على مستحقه وقع الموقع، وقول الرافعي إن هذا يؤيد القول بأن التعيين يغني عن النية. أوجب عنه بأن ما هنا مفروض في المعين بالنذر وما مر في التعيين بالجعل، ويلزم الذابح أرش الذبح وإن كانت معدة للذبح كالمملوكة ومصرفه مصرف الأصل، فإن فرقه الفضولي وتعدر استرداده فكإتلافه (وإن وكل بالذبح نوى عند إعطاء الوكيل) ما يضحى به وإن لم يعلم كونه أضحية وبحث الزركشي اعتبار إسلامه حينئذ (أو) عند (ذبحه) ولو كافر كتابياً وله تفويض النية لمسلم مميز وكيل في الذبح أو غيره لا كافر ولا نحو مجنون وسكران لانتفاء أهليتهم لها، ويكره استنابة كافر وصبي وذبح أجنبي لواجب نحو أضحية وهدى معين ابتداءً، أو عما في الذمة بنذر في وقته لا يمنعه من وقوعه موقعه مطلقاً لأنه مستحق الصرف لهذه الجهة من غير نية له.

(وله) أي المضحى عن نفسه إن لم يرتد (الأكل من أضحية تطوع) وهدية بل يندب أما الواجبة فيمتنع أكله منها سواء في ذلك المعينة ابتداءً أو عما في الذمة، وخرج بما مر ما لو ضحى عن غيره أو ارتد فلا يجوز له الأكل منها كما لا يجوز إطعام كافر منها مطلقاً، ويؤخذ من ذلك امتناع إعطاء الفقير والمهدى إليه شيئاً للكافر، إذ القصد منها إرفاق المسلمين بالأكل لأنها ضيافة الله لهم فلم يجز لهم تمكين غيرهم منه لكن في المجموع أن مقتضى المذهب الجواز (و) له (إطعام الأغنياء) المسلمين كما علم مما مر نيئاً ومطبوخاً لقوله تعالى {وأطعموا القانع والمعتر} أي السائل والمتعرض للسؤال (لا تملئكم) شيئاً من ذلك ليتصرفوا فيه بالبيع ونحوه، لأن الآية دلت على الإطعام لا على التملك، نعم يرسل لهم ذلك على سبيل الهدية ويتصرفون فيه بنحو أكل وتصدق وضيافة لغني أو فقير، إذ غاية المهدى إليه أن يكون كالمضحى، نعم يتجه كما بحثه البلقيني ملكهم لما أعطاه الإمام لهم من ضحية بيت المال (ويأكل ثلثاً) أي يندب للمضحى عن نفسه أن لا يزيد في الأكل عليه لا أن المراد ندب أكل ذلك المقدار، إذ السنة أن لا يأكل منها إلا لقماً يسيرة يتبرك بها، ودون ذلك أكل الثلث والتصدق بالباقي، ودونه أكل ثلث وتصدق بثلث وإهداء ثلث قياساً على هدي التطوع الوارد فيه {فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير} أي الشديد الفقر. (وفي قول) قديم يأكل (نصفاً) أي يندب

أن لا يزيد عليه ويتصدق بالباقي (والأصح وجوب تصدق) أي إعطاء ولو من غير لفظ تملك كما كادوا أن يطبقوا عليه حيث أطلقوا هنا التصدق، وعبروا في الكفارة بأنه لا بد فيها من التملك، وما في المجموع عن الإمام وغيره أنهما قاسا هذا عليها وأقرهما، فالظاهر أخذنا من كلام الأذرعى أنه مقالة، ويفرق بأن المقصود من التضحية مجرد الثواب فيكفي فيه مجرد الإعطاء لأنه يحصله ومن الكفارة تدارك الجناية بالإطعام فأشبهه البدل والبديلة تستدعي تملك البدل فوجب ولو على فقير واحد (ببعضها) مما ينطلق عليه الاسم فيحرم عليه أكل جميعه لأن المقصود إرفاق المساكين، ولا يحصل ذلك بمجرد إراقة الدم، ولا يغني عن ذلك الهدية ولا الجلد ونحوه من كبد وكرش وكذا ولد، بل له أكله كله وإن انفصل قبل ذبحها، نعم يتجه عدم الاكتفاء باليسير التافه جدا ويقيد به إطلاقهم، ويجب دفع القدر الواجب نئنا لا قديدا، والأوجه عدم الاكتفاء بالشحم إذ لا يسمى لحما، وللفقير التصرف في المأخوذ ببيع وغيره: أي لمسلم كما علم مما مر ويأتي ولو أكل الجميع أو أهده غرم ما ينطلق عليه الاسم ويأخذ بثمنه شقفا إن أمكن وإلا فلا، وله تأخيره عن الوقت لا الأكل منه. ومقابل الأصح لا يجب التصدق، ويكفي في الثواب إراقة الدم بنية القرية (والأفضل) تصدقه (بكلها) لأنه أقرب إلى التقوى وأبعد عن حظ النفس (إلا لقما يتبرك بأكلها) للآية والأخبار، ويؤخذ من ذلك أن الأفضل كبدها لخبر البيهقي {أنه صلى الله عليه وسلم كان يأكل من كبد أضحيته} وحيث تصدق بالبعض وأكل الباقي أثيب عن التضحية بالكل وعلى ما تصدق به، وله من غير كراهة ادخار لحمها ولو زمن غلاء والنهي عن ذلك منسوخ، ويجوز صرفها إلى مكاتب لا عند ما لم يكن رسولا لغيره، ولو مات المضحي وعنده شيء من لحمها كان يجوز له أكله فلوارثه أكله، ويمتنع نقلها عن بلد الأضحية كالزكاة (ويتصدق بجلدها أو ينتفع به) بنفسه أو يعيره لغيره، ويحرم عليه وعلى وارثه بيعه كسائر أجزائها وإجارته وإعطاؤه أجرة للجزار لخبر {من باع جلد أضحيته فلا أضحية له} ولزوال ملكه عنها بذبحها فلا تورث عنه، لكن يتجه كما بحثه السبكي أن لوارثه ولاية قسمته والنفقة فهو أما الواجبة فيلزمه التصدق بنحو جلدتها (وولد الواجبة) المنفصل كما أشعر به التعبير بولد، ويذبح كما يفيد ذلك قولهم في باب الوقف إن الحمل قبل انفصاله لا يسمى ولدا (يذبح) وجوبا سواء المعينة ابتداء أم عما في الذمة علقته به قبل النذر أم بعده لتبعيته لها. فإن ماتت أمه بقي أضحية (وله أكل كله) لأنه جزء منها غير مستقل بالأضحية فأشبهه اللبن، ولأن التصدق إنما يجب بما يقع عليه اسم الأضحية أصالة والولد ليس كذلك، ولزوم ذبحه معها تبعاً لها كما يجوز أكل جنين المذكاة تبعاً وكأنه ذبح معها، ولهذا جاز للموقوف عليه أكل الولد الحادث ولا يكون وقفاً، فكذا الولد هنا، وهذا ما نقله في الروضة عن ترجيح الغزالي وجزم به ابن المقري في روضه وهو المعتمد وليس مبنياً على القول بجواز أكله من أمه خلافاً لجمع متأخرين، وعلم بالأولى حل جنينها المذكى بذكاتها، ولا ينافي ما تقرر عدم أجزاء الأضحية بحامل وأن الحمل عيب يمنع الإجزاء كما مر إذ الحامل لم تقع أضحية وإن تعينت بالنذر، ولا يلزم من ذلك وقوعها أضحية كما لو عينت به معيبة بعيب آخر على أنه لو قيل بوقوعها أضحية وحمله على حملها بعد النذر ووضعها قبل الذبح لم يبعد

(و) له (شرب فاضل لبنها) أي الواجبة، ومثلها بالأولى المعزولة عن ولدها وهو ما لا يضره فقد ضرراً لا يحتمل كماله ركوبها لكن مع الحاجة كأن عجز عن المشي ولم يجد غيرها بأجرة بقدر عليها، ولا أثر لقدرته على الاستعارة لما فيها من المنة والضمان، ولو أركبها المحتاج من غير أجرة ضمن نقصها، فإن حصل النقص في يد مستعير كان هو الضامن له. ويحرم

عليه نحو بيع اللبن ويسن له التصدق به، وله جز صوف ضررها بقاؤه والانتفاع به، ويندب له التصدق بجلالها وقلائدها (ولا تضحية لرقيق) ولو مدبرا وأم ولد ومعلق العتق بصفة لعدم ملكه وهي تعتمد الملك، أما المبعوض فله ذلك لأنه تام الملك على ما ملكه ببعضه الحر (فإن أذن) له (سيده) ولو عن نفسه (وقعت له) أي للسيد لأنه نائب عنه، ويلغو قوله له عن نفسك لعدم إمكانه وللقاعدة وهي إذا بطل الخصوص بقي العموم إذ إذنه متضمن لنية وقوعها عمن تصلح له ولا صالح لها غيره فانحصر الوقوع فيه، وبذلك علم الجواب عن قول المشكك كيف يقع عنه من غير نية منه ولا من العبد نيابة عنه (ولا يضحى مكاتب بلا إذن) من السيد لأنها تبرع وهو ممنوع منه لحق سيده فإن أذن له فيها وقعت للمكاتب (ولا تضحية) أي لا تجوز ولا تقع (عن الغير) أي الحي (بغير إذنه) كسائر العبادات، بخلاف ما إذا أذن له كالزكاة، وللأب والجد فعل ذلك عن ولده محجوره من مال نفسه كما له إخراج فطرته من ماله عنه لأن فعله قائم مقامه دون غيرهما لأنه لا يستقل بتملكه فتضعف ولايته عنه في هذه التضحية، ويتجه جواز إطعام المولى عليه منها، وتقدم جواز إشراك غيره في ثواب أضحيته، وأنه لو ضحى واحد عن أهل البيت أجزاء عنهم من غير نية منهم، وإن للإمام الذبح عن المسلمين من بيت المال إن اتسع، ولا يرد ذلك عليه لأن الإشراك في الثواب ليس أضحية عن الغير، وبعض أهل البيت والإمام جعلهما الشارع قائمين مقام الكل، وحيث امتنعت عن الغير وقعت عن المضحى إن كانت معينة وإلا فلا

(ولا) تجوز ولا تقع أضحية (عن ميت إن لم يوص بها) لما مر، وتفارق الصدقة بشبهها لفاء النفس فتوقفت على الإذن ولا كذلك الصدقة، أما إذا أوصى بها فتصح لما مر. قال القفال: ومتى جوزنا التضحية عن الميت لا يجوز الأكل منها لأحد بل يتصدق بجمعيتها لأن الأضحية وقعت عنه فتوقف جواز الأكل على إذنه وقد تعذر فوجب التصدق بها عنه.

(فصل) في العقيقة

قال ابن أبي الدم: قال أصحابنا: يستحب تسميتها نسيكة أو ذبيحة، ويكره تسميتها عقيقة كما يكره تسمية العشاء عتمة، وهي لغة: الشعر الذي على رأس الولد حين ولادته، وشرعا: ما يذبح عند حلق شعره لأن مذبحة يعق: أي يشق ويقطع، ولأن الشعر يحلق إذ ذاك والأصل فيها الأخبار كخبر {الغلام مرتهن بعقيقته، تذبح عنه يوم السابع، ويحلق رأسه ويسمى} رواه الترمذي وقال حسن صحيح، والمعنى فيه إظهار البشر والنعمة ونشر النسب، وهي سنة مؤكدة، وإنما تجب كالأضحية بجامع أن كلا منهما إراقة دم بغير جناية، ولخبر أبي داود {ومن أحب أن ينسك عن ولده فليفعل} ومعنى مرتهن بعقيقته: قيل لا ينمو نمو مثله حتى يعق عنه. قال الخطابي: وأجود ما قيل فيه ما ذهب إليه أحمد بن حنبل أنه إذا لم يعق عنه لم يشفع في والديه يوم القيامة. وإحاطته بالسنة تدل على أنه لم يقله إلا عن توقيف ثبت فيه لا سيما وقد نقله الحلبي عن جمع متقدمين على أحمد، والقول بوجوبها أو بأنها بدعة إفراط كما قاله الشافعي رضي الله عنه، وذبحها أفضل من التصدق بقيمتها، ولونوى بالشاة المذبوحة الأضحية والعقيقة حصلا خلافا لمن زعم خلافه (يسن) سنة مؤكدة (أن يعق عن) الولد بعد تمام انفصاله لا قبله كما هو الظاهر من كلامهم، والعاق هو من تلزمه نفقته بتقدير فقره من مال نفسه دون ولده بشرط كون العاق موبسرا: أي يسار الفطرة فيما يظهر قبل مضي مدة أكثر النفاس ولا تفوت بالتأخير، وإذا بلغ بلا عق سقط سن العق عن غيره، وهو مخير فيه عن نفسه وعقه صلى الله عليه وسلم عن الحسن وأخيه لأنهما كانا في نفقته

لإعسار والديهما أو كان بإذن أبيهما، وولد الزنا في نفقة أمه فيندب لها العق عنه ولا يلزم من ذلك إظهاره المفضي لظهور العار، والمتجه كما قاله البلقيني عدم ندب العق من الأصل الحر لولده القن لأنه لا يلزمه نفقته، والأفضل أن يعق عن (غلام) أي ذكر، والأوجه إلحاق الخنثى به في ذلك احتياطاً كما جزم به الجوجري تبعاً لتصريح صاحب البيان وبه أفتى الوالد رحمه الله تعالى (بشأتين) ويندب تساويهما (و) يسن أن يعق عن (جارية) أي أنثى (بشاة) لخبر عائشة: {أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نعق عن الغلام بشأتين متكافئتين وعن الجارية بشاة} رواه الترمذي وقال حسن صحيح، ويجزي شاة أو شرك من إبل أو بقر عن الذكر {لأنه صلى الله عليه وسلم عاق عن كل من الحسن والحسين رضي الله عنهما بشاة} وأثر الشاة تبركاً بلفظ الوارد، وإلا فالأفضل هنا نظير ما مر من سبيع شياه ثم الإبل ثم البقر ثم الضأن ثم المعز ثم شرك في بدنة ثم بقرة، ولو ذبح بقرة أو بدنة عن سبعة أولاد جاز، وكذا لو أشرك فيهما جماعة سواء أراد كلهم العقيقة أم بعضهم ذلك وبعضهم اللحم (وسنها) وجنسها (وسلامتها) من العيوب (والأكل والتصدق) والإهداء والإدخار وقدر المأكول وامتناع نحو البيع وتعيينها بالنذر واعتبار النية فيها (كالأضحية) لشبهها بها في ندبها ولو كانت مندورة، فالظاهر كما قاله الشيخ أنه يسلك بها مسلكها بدون نذر: أي فلا يجب التصديق بجميع لحمها نيئاً ولكونها فداء عن النفس قد تفارقها في أحكام يسيرة منها ملك الغني لما يهدى إليه من ذلك فيتصرف فيه بما شاء لانتفاء كونها ضيافة عامة بخلاف الأضحية (و) منها أنه (يسن طبخها) لقول عائشة رضي الله عنها إنه السنة، رواه البيهقي. نعم الأفضل إعطاء القابلة رجلها نيئة، ويتجه أن المراد بها إلى أصل الفخذ والأفضل أن تكون اليمين وإرسالها مع مرقها على وجه التصديق للفقراء أكمل من دعائهم إليها وأن يذبحها عند طلوع الشمس ويقول عند ذبحها: بسم الله والله أكبر، اللهم منك وإليك، اللهم إن هذه عقيقة فلان وطبخها بحلو تفاؤلاً بحلاوة أخلاق الولد ويكره بالحامض (ولا يكسر عظم) ما أمكن تفاؤلاً بسلامة أعضاء الولد، فإن فعله لم يكره لعدم ثبوت نهى فيه لكنه خلاف الأولى، والأقرب كما قاله الشيخ أنه لو عاق عنه بسبع بدنة وتأتي قسمتها بغير كسر تعلق استحباب ترك الكسر بالجميع إذ ما من جزء إلا وللعقيقة فيه حصة (وأن تذبح يوم سابع ولادته) ويحسب يوماً كما مر في الختان مع الفرق بينهما، فإن ولد ليلاً لم يحسب يوماً بل يحسب من يوم تلك الليلة، ويندب العق عن مات بعد الأيام السبعة والتمكن من الذبح وكذا قبلها كما في المجموع (و) أن (يسمى فيه) للخبر الصحيح وإن مات قبله بل يندب تسمية سقطت فيه روح، فإن لم يعلم له ذكورة ولا أنوثة سمي باسم يصلح لهما كطلحة وهند، ووردت أخبار صحيحة بتسميته يوم الولادة، وحملها البخاري على من لم يرد العق والأول على من أراده، ويندب تحسين الأسماء وأحبها عبد الله ثم عبد الرحمن، ولا يكره اسم نبي أو ملك، بل جاء في التسمية بمحمد فضائل جمّة، ويكره بقبيح كحرب ومرة وما يتطير بنفيه كيسار ونافع وبركة ومبارك، ويحرم بملك الملوك إذ لا يصلح لغيره تعالى، وكذا عبد الكعبة أو الدار أو علي أو الحسن لإيهام التشريك، ومثله عبد النبي على ما قاله الأكثرون، والأوجه جوازه لا سيما عند إرادة النسبة له صلى الله عليه وسلم، ويؤخذ من العلة حرمة التسمية بجار الله ورفيق الله ونحوهما لإيهامه المحذور أيضاً، وحرمة قول بعض العوام إذا حمل ثقلاً الحملة على الله، ولا بأس باللقب الحسن إلا ما توسع فيه الناس حتى سمو السفلة بفلان الدين، ويكره كراهة شديدة بنحو ست الناس أو العرب أو القضاة أو العلماء لأنه من أقبح الكذب، ويحرم التكني بأبي القاسم مطلقاً كما مر في الخطبة بما فيه مما يأتي مجيئه هنا (و) أن (يخلق رأسه) ولو أنثى للخبر الصحيح، ويكره لطحه بدم من الذبيحة لأنه

فعل الجاهلية، وإنما لم يحرم لروايات ضعيفة به قال بها بعض المجتهدين، ويكره القزع وهو حلق بعض الرأس من محل أو محال، ويندب لطخه بالخلوق والزعفران، وأن يكون الحلق (بعد ذبحها و) يسن بعد الحلق للأثى والذكر أن (يتصدق بزنته ذهباً أو فضة) لخبر {أنه صلى الله عليه وسلم أمر فاطمة أن تزن شعر الحسين رضي الله عنهما وتتصدق بوزنه فضة} وألحق بها الذهب بالأولى ومن ثم كان أفضل، فأو في كلامه للتنويع لا للتخير لأن القاعدة متى بدئ بالأغلظ قبل، أو كانت للترتيب أو بالأسهل فالتخير. ويندب لكل أحد أن يدهن غبا ويكتحل لكل عين ثلاثة ويقلم ظفره وينتف إبطه ويحلق عاتته، ويجوز العكس، وأن يقص شاربه عند الحاجة حتى يبين طرف الشفة بيانا ظاهرا، ويكره الإحفاء وتأخير هذه الأمور عن حاجتها، وبعد الأربعين أشد كراهة، وأن يغسل البراجم ومعاطف الأذن وصماخها وباطن الأنف تيامنا في الكل، وأن يخضب الشيب بالحمرة والصفرة، ويحرم بالسواد إلا لجهاد، وخضاب اليدين والرجلين بالحناء للرجل والختى حرام بلا عذر، ويندب فرق الشعر وترجيله وتسريح اللحية، ويكره نتفها وحلقها وبتف الشيب واستعجاله بالكبريت وبتف جانبي العنقفة وتصفيفها طاقة فوق طاقة والنظر في سوادها وبياضها إعجابا والزيادة في العذارين والنقص منهما ولا بأس بترك سباليه، ويندب لولده وقنه وتلميذه أن لا يسميه باسمه، وأن يكنى أهل الفضل الذكور والإناث وإن لم يكن لهم ولد، ولا يكنى كافر وفاسق ومبتدع إلا لخوف فتنة أو تعريف ولا بأس بكنية الصغير، ويندب تكنية من له أولاد بأكبر أولاده، والأدب أن لا يكنى نفسه في كتاب أو غيره إلا إن كانت أشهر من الاسم أو لا يعرف إلا بها، ويحرم تكنيته بما يكره وإن كان فيه (و) يسن أن (يؤذن في أذنه اليمنى) ويقيم في اليسرى (حين يولد) لخبر {أنه صلى الله عليه وسلم أذن في أذن الحسين حين ولد} والحكمة في ذلك أن الشيطان ينخسه حينئذ فشرع الأذان والإقامة لأنه يدبر عند سماعهما. وروى البيهقي خبر {من ولد له مولود فأذن في أذنه اليمنى وأقام في أذنه اليسرى لم تضره أم الصبيان} وهي التابعة من الجن، وقيل مرض يلحقهم في الصغر، ويسن أن يقرأ في أذنه اليمنى كما هو الظاهر {وإني أعيدها بك وذريتها من الشيطان الرجيم} على إرادة النسمة وإن كان ذكرا ويزيد في الذكر التسمية وورد {أنه صلى الله عليه وسلم قرأ في أذن مولود الإخلاق} فيسن ذلك أيضا (و) أن (يحنك بتمر) ذكرا كان أو أنثى بأن يمضغه ويدلك به حنكه حتى يصل بعضه إلى جوفه فإن فقد تمر فحلوه لم تمسه النار، والأوجه تقديم الرطب على التمر نظير ما مر في الصوم، وينبغي كون المحنك من أهل الخير والصلاح ليحصل للمولود بركة مخالطة ريقه لجوفه، ويندب تهنئة الوالد ونحوه عند الولادة ببارك الله لك في الولد الموهوب وشكرت الواهب وبلغ أشده ورزقت بره، ويندب الرد عليه بنحو جزاك الله خيرا، والأوجه امتداد ذلك منها ثلاثا بعد العلم أو القدوم من السفر أخذا مما مر في التعزية.

{كتاب} بيان ما يحل ويحرم (من الأطعمة)

وهي جمع طعام ومعرفتهما من أكد مهمات الدين لأن معرفة الحلال والحرام فرض عين، فقد ورد الوعيد الشديد على أكل الحرام بقوله صلى الله عليه وسلم {أي لحم نبت من حرام فالنار أولى به} والأصل فيها قوله تعالى {ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث} وقوله {يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات} أي ما تستطيبه النفس وتشتهيه، ولا يجوز أن يراد الحلال لأنهم سألوه عما يحل لهم فكيف يقول أحل لكم الحلال (حيوان البحر) وهو ما لا يعيش إلا فيه، وإذا خرج منه صار عيشه عيش مذبوح أو حي لكنه لا يدوم (السّمك منه حلال كيف مات) بسبب أم غيره طافيا أم راسبا لقوله تعالى {أحل لكم صيد البحر وطعامه} أي مصيده

ومطعمومه، وفسر جمهور الصحابة والتابعين طعامه بما طفا على وجه الماء، وصح خبر {هو الطهور ماؤه الحل ميتته} نعم إن انتفخ الطافي وأضر حرم، ويحل أكل الصغير ويتسامح بما في جوفه ولا يتنجس به الدهن ويحل شبيهه وقلبه وبلعه ولو حيا، ولو وجدنا سمكة في جوف أخرى ولم تقطع وتتغير حلت وإلا فلا (وكذا) يحل كيف مات (غيره في الأصح) مما لم يكن على صورة السمك المشهور فلا ينافي تصحيح الروضة أن جميع ما فيه يسمى سمكا، ومنه القرش وهو اللحم بفتح اللام والخاء المعجمة، ولا نظر إلا تقويه بنابه لأنه ضعيف ولا بقاء له في غير البحر، بخلاف التمساح لقوته وحياته في البر (وقيل لا) يحل غير السمك لتخصيص الحل به في خبر {أحل لنا ميتتان السمك والجراد} ورد بما مر من تسمية كل ما فيه سمكا (وقيل إن أكل مثله في البر) كالغنم (حل وإلا) بأن لم يؤكل مثله فيه (فلا) يحل (ككلب وحمار) لتناول الاسم له أيضا

(وما يعيش) دائما (في بر وبحر كضفدع) بكسر أوله وفتح ضممه مع كسر ثالثه وفتح في الأول وكسره في الثاني وفتح في الثالث (وسرطان) ويسمى عقرب الماء ونسناس (وحية) وسائر ذوات السموم وسلحفاة وترسة على الأصح قيل هي السلحفاة، وقيل اللجاة هي السلحفاة (حرام) لاستخباته وضرره مع صحة النهي عن قتل الضفدع اللازم منه حرمة كذا في الروضة كأصلها وهو المعتمد، وإن قال في المجموع: إن الصحيح المعتمد أن جميع ما في البحر تحل ميتته إلا الضفدع، وما فيه سم وما ذكره الأصحاب أو بعضهم من تحريم السلحفاة والحية والنسناس محمول على ما في غير البحر هـ. وأما الدنيلس فالمعتمد حله كما جرى عليه الدميري، وأفتى به ابن عدلان وأئمة عصره وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى

(وحيوان البر يحل منه الأنعام) بالإجماع وهي الإبل والبقر والغنم (والخيل) عربية أو غيرها لصحة الأخبار بحلها، وخبر النهي عن لحومها منكر، وبفرض صحته يكون منسوخا بإحلالها يوم خيبر، ولا دلالة في قوله {لتركبوها وزينة} على تحريمها على أن الآية مكية بالاتفاق، والحمير لم تحرم إلا يوم خيبر فدل على أنه صلى الله عليه وسلم لم يفهم من الآية تحريم الحمير فكذا الخيل، والمراد في جميع ما مر، ويأتي الذكر والأنثى (وبقر وحش وحماره) وإن تأنسا لأنهما من الطيبات ولأنه صلى الله عليه وسلم أكل من الثاني وأمر به وقيس به الأول (وظبي) بالإجماع (وضع) بضم الباء أكثر من إسكانها، لقوله صلى الله عليه وسلم "الضبع صيد، فإذا صاده المحرم ففيه جزاء كبش مسن ويؤكل" ولأن نابه ضعيف لا يتقوى به وخبر النهي عنه لم يصح وبفرض صحته فهو للتنزيه، ومن عجيب أمره أنه سنة ذكر وسنة أنثى ويحيض (وضب) وهو حيوان للذكر منه ذكران وللأنثى فرجان، ولا تسقط أسنانه حتى يموت لأنه أكل بحضرتة صلى الله عليه وسلم وبين حله وإن تركه له لعدم إلفه (وأرنب) لأنه صلى الله عليه وسلم أكل منه وهو قصير اليدين طويل الرجلين عكس الزرافة يبطأ الأرض بمؤخر قدميه (وثعلب) بمثلثة أوله، ويسمى أبا الحصين لأنه من الطيبات، والخبران في تحريمه ضعيفان (ويربوع) وهو حيوان قصير اليدين طويل الرجلين لونه كلون الغزال لأنه طيب أيضا ونابهما ضعيف، ومثلهما وبر وأم حبين بمهملة مضمومة فموحدة مفتوحة فتحية تشبه الضب وهي أنثى الحرابي وقنفذ (وفنك) بفتح الفاء والنون وهو دويبة يؤخذ من جلدها الفرو للينها وخفتها، وسنجاب وقاقم وحوصل (وسمور) بفتح السين وضم الميم المشددة أعجمي معرب وهو حيوان يشبه السنور لأن العرب تستطيه وما قبله سواء في ذلك الأنثى والذكر، ومن زعم أنه طير أو نبت أو من الجن فقد غلط، ويحل لدل و ابن عرس

(ويحرم) وشق و (بغل) لنهيه عنه كالحمار يوم خبير ولتولده بين حلال وحرام فيغلب الحرام سواء كان الحرام ذكرا أم أنثى، ويجري ذلك في كل متولد بين مأكول وغيره، ومنه كما قاله بعضهم الزرافة، فلو تولد بين فرس وحمار وحشي مثلا حل بالاتفاق (وحمار أهلي) لما ذكر (وكل ذي ناب) قوي يعدو به (من السباع ومخلب) بكسر الميم: أي ظفر (من الطير) للنهي عنهما فالأول (كأسد) وفهد (ونمر وذئب ودب وفيل وقرد و) الثاني نحو (باز وشاهين وصقر) هو عام بعد خاص لشموله للبزة والشواهين وغيرهما من كل ما يصيد وهو بالسبين والصاد والزاي (ونسر) وهو بفتح النون أشهر من ضمها وكسرهما (وعقاب) بضم أوله وجميع جوارح الطير، وذهب جمع إلى أنه حرمة النسر لاستخباته لا لأن له مخلبا، وإنما له ظفر كظفر الدجاجة (وكذا ابن أوى) بالمد لأن العرب تستخبثه وهو حيوان كربه الريح فيه شبه من الذئب والثعلب وهو فوقه ودون الكلب (وهرة وحش في الأصح) لأنها تعدو بناها. والثاني الحل لأن ناب الأول ضعيف وبالقياس على الحمار الوحشي في الثاني، وفي وجه تحل الهرة الأهلية أيضا، ويحرم النمس لأنه يفترس الدجاج وأبو مقرض على الأصح (ويحرم ما ندب قتله) إذ لو جاز أكله لم يؤمر بقتله (كحية وعقرب وغراب أبقع) أي فيه بياض وسواد (وحدأة) بوزن عنبة (وفأرة وكل) بالجر (سبع) بضم الباء (ضار) بالتخفيف: أي عاد لخبر الشيخين {خمس يقتلن في الحل والحرم: الفأرة والغراب والحدأة والعقرب والكلب العقور} وفي رواية لمسلم {الغراب الأبقع والحية بدل العقرب} وفي رواية لأبي داود والترمذي ذكر السبع العادي مع الخمس، ومر أن الراجح عدم جواز قتل بهيمة وطئها آدمي على أن الأمر بقتلها على القول به لعارض فلا ينافي حلها كحيوان مأكول حل قتله لصياله، وتقييده الغراب بالأبقع لوروده في الخبر ولكونه متفقا على تحريمه وإلا فالأسود وهو الغداف الكبير، ويسمى الجبلي لأنه لا يسكن إلا الجبال حرام أيضا على الأصح، وكذا العقعق، وهو ذو لونين أبيض وأسود طويل الذنب قصير الجناح صوته العقعقة، وخرج بضار نحو ثعلب وضع لضعف نابه كما مر (وكذا رخمة) للنهي عنها ولخبثها (وبغاثة) بتثنية الموحدة، وبالمعجمة والمثلثة طائر أبيض، ويقال أغبر دون الرخمة بطيء الطيران لخبثها أيضا (والأصح حل غراب زرع) وهو أسود صغير يقال له الزاغ، وقد يكون محمر المنقار والرجلين لأنه مستطاب. والثاني أنه حرام لأنه من جنس الغربان. وأما الغداف الصغير وهو أسود أو رمادي اللون فمقتضى كلام الرافعي حله، وبه صرح جمع منهم الروياني. وعلله بأنه يأكل الزرع وهو المعتمد وإن صح في الروضة تحريمه (ويحرم ببغا) بفتح الموحدين وتشديد الثانية، وبالمعجمة وبالقصر الطائر المعروف بالدرة بضم المهملة، ولونها مختلف والغالب أنه أخضر (وطاووس) لخبث غذائهما (ويحل نعامة) بالإجماع (وكركي) وكذا الحبارى والشقراق (وبط) قال الدميري: هو الإوز الذي لا يطير (وإوز) بكسر ففتح وقد تحذف همزته لكن فسر الجوهري وغيره الإوز بالبط. ويحل سائر طيور الماء إلا اللقلق (ودجاج) بفتح أوله أفصح من ضمه وكسره لطبيها (وحمام، وهو كل ما عب) أي شرب الماء بلا تنفس ومص. وفي القاموس: العب شرب الماء أو الجرع أو تتابعه (وهدر) أي صوت، وهو ترجيع الصوت ومواصلته من غير تقطيع له وذكره تأكيد وإلا فهو لازم للأول. ومن ثم اقتصر في الروضة في موضع على عب، ونظر بعضهم في دعوى ملازمتها ودخل في كلامه القمري والدبسي واليمام والفواخت والقطا والحجل وهو على قدر الحمام كالقطا أحمر المنقار والرجلين، ويسمى دجاج البر (وما على شكل عصفور) بضم أوله أفصح من فتحه (وإن اختلف لونه ونوعه كعندليب) وهو الهزار (وصعوة) بفتح الصاد وسكون العين المهملتين، وهو عصفور أحمر الرأس (وزرزور) بضم أوله ونغر وبلبل وكذا الحمرة لأنها من الطيبات (لا

خطاف) بضم الخاء وتشديد الطاء المسمى الآن بعصفور الجنة للنهي عن قتله في مرسل اعتضد بقول صحابي، ويطلق على الخفاش عند اللغويين وهو طائر صغير لا ريش له. يشبه الفأر يطير بين المغرب والعشاء فقد جزما بتحريمه هنا. ولا ينافيه جزمهما بلزوم القيمة فيه بقتل المحرم له فإن ذلك يستلزم حل أكله ويمنع بأنه لا تلازم بين ذلك وبين أكله، إذ المتولد بين مأكول وغيره حرام مع وجوب الجزاء فيه فلعل الخفاش عندهما من هذا (ونمل ونحل) لصحة النهي عن قتلها، وحملوه على النمل السليمانى، وهو الكبير لانتفاء أذاه، بخلاف الصغير فيحل قتله لكونه مؤذيا، بل وحرقه إن تعين طريقا لدفعه كالقمل (وذباب) بضم أوله (وحشرات) وهي صغار دواب الأرض (كخنفساء) بضم أوله فتح ثالثة أشهر من ضمه وبالمد، وحكي ضم ثالثة مع القصر لخبث لحم الجميع (ودود) منفرد على ما مر في الصيد والذبائح ووزغ بأنواعها وذات سموم وإبر وصرارة لاستخباتها، نعم يحل منها نحو يربوع ووبر وأم حبين كما مر، واستدلال الرافعى على تحريم الوزغ بالنهي عن قتلها سبق قلم، فقد روى مسلم {أن من قتلها في أول ضربة كتب له مائة حسنة، وفي الثانية دون ذلك، وفي الثالثة دون ذلك} وفيه حض وأي حض على قتلها. قيل لأنها كانت تنفخ النار على إبراهيم صلى الله عليه وسلم (وكذا) يحرم كل (ما تولد) يقينا (من مأكول وغيره) كسمع بكسر فسكون لتولده بين ذئب وضع، وخرج بقولنا يقينا ما لو نتجت شاة كلبة فإنها تحل كما قاله البغوي كالقاضي لأنه قد تقع الخلقة على خلاف صورة الأصل وإن كان الورع تركها، وذهب جمع إلى أنه إن كان أشبه بالحلال خلقة حل وإلا فلا، ويجوز شرب لبن فرس ولدت بغلا وشاة كلبا لأنه منها لا من الفحل، ولو مسخ حيوان يحل إلى ما لا يحل أو عكسه فهل يعتبر ما قبل المسخ على ما قاله بعضهم عملا بالأصل أو ما تحول إليه كما يدل عليه ما في فتح الباري عن الطحاوي كل محتمل. والأوجه اعتبار الممسوخ إليه إن بدلت ذاته بذات أخرى وإلا بأن لم تبدل إلا صفته فقط اعتبر ما قبل المسخ، والأقرب اعتبار الأصل في الآدمي الممسوخ مطلقا كما يدل عليه الخبر الصحيح، ولو قدم لولي مال مغصوب فقلب كرامة له دما ثم أعيد إلى صفته أو صفة غير صفته فالمتجه عدم حله لأنه بعوده إلى المالية عاد ملك مالكة فيه كما قالوه في جلد ميتة دبع، ولا ضمان على الولي بقلبه إلى الدم كما لا ضمان عليه إذا قتل بحاله (وما لا نص فيه) من كتاب ولا سنة خاص ولا عام بتحليل أو تحريم ولا بما يدل على أحدهما كالأمر بقتله أو النهي عنه (إن استطابه أهل يسار وطبايع سليمة من العرب) الساكنين في البلاد والقرى دون أهل البوادي الذين يأكلون ما دب ودرج (في حال رفاهية حل) سواء ما ببلاد العرب والعجم فيما يظهر (وإن استخبثوه فلا) يحل لأنه تعالى أناط الحل بالطيب والحرمة بالخبيث، ومحال عادة اجتماع العالم على ذلك لاختلاف طبائعهم فتعين أن المراد بعضهم، والعرب أولى لأنهم الأفضل الأعدل طباعا والأكمل عقولا، ومن ثم أرسل صلى الله عليه وسلم منهم ونزل القرآن بلغتهم وكلام أهل الجنة بها كما في حديث، وفي آخر {من أحبهم فبحبي أحبهم، ومن أبغضهم فببغضي أبغضهم} لكن يرجع في كل عصر إلى أكمل الموجودين فيه وهم من جمعوا ما ذكر كما بحثه الرافعى، ومحل ذلك في أمر مجهول. أما ما سبق فيه كلام العرب قبلهم فقد صار معلوم الحكم فلا يلتفت لكلامهم فيه، وما بحثه الزركشي من الاكتفاء بخبر عدلين منهم وأنه لو خالفهما أחרان أخذ بالحظر لأنه الأحوط مفروض في هذا التصوير بخصوصه، وإلا فقد صرحوا بأنه لو استطابه البعض واستخبثه البعض أخذ بالأكثر، فإن استووا رجح قريش لأنهم أكمل العرب عملا وفتوة، فإن اختلف القرشيون ولا مرجح أو شكوا أو سكتوا أو لم يوجدوا هم ولا غيرهم من العرب الحق بالحيوان الأكثر به شبةا، فإن اختلف شرط مما ذكر لم يعتد بهم لانتفاء الثقة بقولهم حينئذ (وإن جهل اسم

حيوان سئلوا) عنه (وعمل بتسميتهم) حلا وحرمة (وإن لم يكن له اسم عندهم اعتبر بالأشبه به) من الحيوان صورة أو طبعاً من عدو أو ضده أو طعاماً، والمنتج تقديم الطبع لقوة دلالة الأخلاق على المعاني الكامنة في النفس فالطعم فالصورة، فإن استوى الشبهان أو لم نجد له شبيهاً حل لقوله تعالى {قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً} الآية، ولا ينافي ذلك ما مر عن الزركشي من الحرمة لأن التعارض في الأخبار ثم أقوى منه هنا (وإذا ظهر تغير لحم جلالة) من طعم أو لون أو ريح، ومن اقتصر على الأخير أراد الغالب وهي أكلة الجلة بفتح الجيم: أي النجاسة كالعذرة (حرم) كسائر أجزائها وما تولد منها كبيضها ولبنها. ويكره إطعام شاة مأكولة نجسا (وقيل يكره) الجلالة (قلت: الأصح يكره، والله أعلم) لأن النهي لتغير اللحم فلا يقتضي تحريمها كما لو نتن اللحم المذكاة أو بيضها، ويكره ركوبها من غير حائل وينبغي كما قاله البلقيني تعدى الحكم إلى شعرها وصوفها المنفصل في حياتها. قال الزركشي: والظاهر إلحاق ولدها بها إذا ذكيت ووجد في بطنها ميتا ووجدت الرائحة فيه، ومثلها سخلة ربيت بلبن كلبية إذا تغير لحمها لا زرع وثمر سقي أو ربي بنجس، بل يحل اتفاقاً ولا كراهة فيه. نعم إن ظهر نحو ريح النجاسة فيه أتجهت الكراهة، ومعلوم أن من أصابه منه نجس يطهر بغسله (فإن علفت طاهراً) أو نجسا أو منتجسا كما هو ظاهر كلام الروض أو لم تغلف كما اعتمده البلقيني وغيره، واقتصر الأكثر على العلف الطاهر جرى على الغالب لأن الحيوان لا بد له من العلف وأنه الطاهر (فطاب) لحمها (حل) هو وبقية أجزائها من غير كراهة فهو تفريع عليهما وذلك لزوال العلة ولا تقدير لمدة العلف، وتقديرها بأربعين يوماً في البعير وثلاثين في البقرة وسبعة في الشاة وثلاثة في الدجاجة للغالب، أما طيبه بنحو غسل أو طبخ فلا أثر له، ولو غذيت شاة بحرام مدة طويلة لم تحرم كما قاله الغزالي وابن عبد السلام إذ هو حلال في ذاته، والحرمة إنما هي لحق الغير، وما في الأنوار من التفصيل في ذلك مبني على حرمة الجلالة

(ولو تنجس طاهر كخل ودبس ذائب) بالمعجمة (حرم) تناوله لتعذر طهره كما مر، أما الجامد فيزيله وما حوله ويأكل باقيه، ولا يكره بيض صلق في ماء نجس، ولا يحرم من الطاهر إلا نحو تراب وحجر ومنة مدر وطفل لمن يضره، وعلى ذلك يحمل إطلاق جمع حرمة بخلاف ما لا يضره كما قاله جمع آخرون واعتمده السبكي وغيره، وسم وإن قل إلا لمن لا يضره ونبت جوز سميته ومسكر ككثير أفيون وجوزة طيب وزعفران وجلد دبغ ومستقذر أصالة بالنسبة لغالب ذوي الطباع السليمة كمخاط ومني وبصاق وعرق إلا لعارض كغسالة يد ولحم أنتن، أما ريق لم يفارق معدنه فيتجه فيه عدم الحرمة لانتفاء استقذاره، ولو وقعت ميتة ما لا نفس لها سائلة ولم تكثر بحيث لا يستقذر أو قطعة يسيرة من لحم آدمي في طيبخ لحم مذكى لم يحرم أكل الجميع خلافاً للغزالي في الثانية، وإذا وقع بول في ماء كثير ولم يغيره جاز استعمال الجميع كما مر لأنه لما استهلك فيه صار كالعدم (وما كسب بمخامرة نجس كحجامة وكنس مكروه) للحر وإن كسبه قن للنهي الصحيح عن كسب الحجام، وإنما لم يحرم {لأنه صلى الله عليه وسلم أعطى الحجام أجرته} ولو حرم لم يعطه لأنه حيث حرم الأخذ حرم الإعطاء كأجرة النائحة إلا لضرورة كإعطاء ظالم أو قاض أو شاعر خوفاً منه فيحرم الأخذ فقط، وأما خبر مسلم {كسب الحجام خبيث} فمؤول على حد {ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون} وعلّة خبثه مباشرة النجاسة على الأصح لا دناءة الحرفة، ومن ثم الحقوا به كل كسب حصل من مباشرتها كزبال ودباغ وقصاب لا فصاد على الأصح لقلّة مباشرته لها، وكذا حلاق وحارس وحائك وصبغ وصواغ وماشطة إذ لا مباشرة للنجاسة فيها (ويسن) للحر (أن لا يأكله) بل يكره له أكله على أنه مثال إذ سائر وجوه

الإِنفاق كذلك حتى التصدق به كما بحثه الأذرعي والزرركشي (و) أن (يطعمه رقيقه وناضحه) أي بعيره الذي يسقى عليه لخبر {أغلفه ناضحك وأطعمه رقيقك} وأثر لفظ الرقيق والناضح مع لفظ الإطعام تبركا بلفظ الخبر، وإلا فالمراد أن يمون به ما يملكه من رقيق وغيره ولدناءة الرقيق لاق به الكسب الدنيء بخلاف الحر، ويندب للإنسان التحري في مؤنة نفسه ومؤنة ما أمكنه، فإن عجز ففي مؤنة نفسه، ولا تحرم معاملة من أكثر ماله حرام ولا الأكل منه. وأفضل المكاسب الزراعة ثم صناعة اليد ثم التجارة (ويحل جنين وجد ميتا في بطن مذكاة) وإن أشعر لخبر {ذكاة الجنين ذكاة أمه} أي التي أحلتها أحلته تبعاً لها ما لم ينفصل وفيه حياة مستقرة وإلا اشترطت تذكيته، فإن خرج وبه حركة مذبوح ومات حالا حل، وإن خرج بعد ذبح أمه ميتا واضطرب في بطنها بعد ذبحها زمانا طويلا ثم سكن لم يحل، أو سكن عقبه حل، كذا ذكره أبو محمد وهو المعتمد، وعليه لو أخرج رأسه وبه حياة مستقرة لم يجب ذبحه حتى يخرج، وإن أخرج رأسه ميتا ثم ذبحت أمه قبل انفصاله لم يحل كما يدل عليه كلام الإمام وهو الأصح خلافاً للبعوي، ولا بد في الحل من أن تكون الذكاة مؤثرة فيه، فلو كان مضغة لم تتبين بها صورة لم تحل، ولو كان للمذكاة عضو أشل حل (ومن خاف على نفسه موتاً أو مرضاً مخوفاً) أو غير مخوف أو نحوهما من كل محذور يبيح التيمم ولم يجد حلالاً وهو معصوم غير عاص بسفره ونحوه (ووجد محرماً) غير مسكر كميته ولو مغلظة ودم (لزمه أكله) لقوله تعالى {فمن اضطر} الآية مع قوله {ولا تقتلوا أنفسكم} وكذا لو خاف العجز عن نحو المشي أو التخلف عن الرفقة إن حصل له به ضرر لا نحو وحشة كما هو واضح، وكذا لو أجهده الجوع وعيل صبره وغلبة الظن في ذلك كافية، بل لو جوز السلامة والتلف على السواء حل له تناول المحرم كما حكاه الإمام عن صريح كلامهم، واكتفي بالظن بالإكراه على أكل ذلك فلا يشترط فيه التيقن ولا الإشراف على الموت، بل لو انتهى إلى هذه الحالة لم يحل له أكله إذ لا فائدة فيه، ولو امتنع مالك طعام من بذله إلا بعد وطئها زنى لم يجز لها تمكينه بناء على الأصح أن الإكراه بالقتل لا يبيحه واللواط ولأنه لما كان مظنة في الجملة لاختلاط الأنساب شدد فيه أكثر (وقيل يجوز) كما في الاستسلام للمسلم، وفرق الأول بأن في هذا إيثارا في الجملة للشهادة بخلاف ذلك، ولو وجد ميتة يحل مذبوحتها وأخرى لا يحل: أي كآدمي غير محترم فيما يظهر تخير أو مغلظة وغيرها تعين غيرها: قاله في المجموع. واعتراض الإسنوي له مردود، أما المسكر فلا يحل تناوله لجوع ولا عطش كما مر، وأما العاصي بسفره ونحوه فلا يجوز له تناول المحرم حتى يتوب ومثله كما قاله البلقيني مرتد وحربي حتى يسلم، قال: وكذا مراق الدم من المسلمين لتمكنه من إسقاط القتل بالتوبة كتارك الصلاة والقاتل في قطع الطريق، ولو وجد لقمة حلالاً لزمه تقديمها على الحرام (فإن توقع حلالاً) يجده (قريباً) أي على قرب بأن لم يخش محذورا قبل وصوله (لم يجز غير سد) بالمهملة على المشهور أو المعجمة (الرمق) وهو بقية الروح على المشهور والقوة على مقابلة (وإلا) بأن لم يتوقعه (ففي قول يشيع) لإطلاق الآية أي يكسر سورة الجوع بحيث لا يسمى جائعاً إلا أن لا يجد للطعام مساعاً. أما ما زاد على ذلك فحرام قطعاً، ولو شيع في حالة امتناعه ثم قدر على الحل لزمه ككل من تناول محرماً التقيؤ إن أطاقه بأن لم يحصل له منه مشقة لا تحتمل عادة (والأظهر سد الرمق) فقط لانتفاء الاضطراب بعد، نعم إن توقف قطعه لبادية مهلكة على الشيع وجب (إلا أن يخاف تلفاً) أو محذور تيمم (إن اقتصر) عليه: أي على سد الرمق فيشيع وجوباً: أي يكسر سورة الجوع قطعاً لبقاء الروح، وعليه المترود إن لم يتوقع وصوله لحلال وإلا جاز. بل

صرح القفال بعدم منعه من حمل ميتة لم تلوثه وإن لم تدع ضرورة إلى ذلك.

(وله) أي المعصوم بل عليه (أكل آدمي ميت) محترم حيث لم يجد ميتة غيره ولو مغلظة لأن حرمة الحي أعظم، نعم لو كانت ميتة نبي امتنع الأكل منها جزماً وكذا ميتة مسلم والمضطر ذمي، والوجه كما هو ظاهر كلامهم عدم النظر لأفضلية الميت مع اتحادهما إسلاماً وعصمة، قيل وقياسه عدم اعتبار اتحادهما نبوة، ويتصور في عيسى والخضر صلى الله وسلم على نبينا وعليهما، والمتجه خلافه إذ هما حيان فلا يصح القياس، وإذا جاز أكل الآدمي حرم طبخه وشبهه. نعم قيد ذلك الأذرعى بحثاً بما إذا كان محترماً، والأوجه الأخذ بإطلاقهم، وقيده أيضاً بعضهم بما إذا أمكن أكله نيئاً، ويؤيده تعليلهم باندفاع الضرر بدون نحو طبخه وشبهه (و) له بل عليه (قتل مرتد وحربي) وزان محصن وتارك صلاة توجه قتله شرعاً ومن يستحق عليه القتل وإن لم يؤذنه الإمام للضرورة، ويؤخذ من هذا أنهم لو كانوا مضطربين لم يلزم أحداً بذل طعامه لهم (لا ذمي ومستأمن) لعصمتهما (وصبي حربي) امرأة حربية لحرمة قتلهم (قلت: الأصح حل قتل الصبي والمرأة الحربيين) ومثلهما الخنثى والمجنون (للأكل، والله أعلم) لعدم عصمتهم، وحرمة قتلهم إنما هو لحق الغانمين ومن ثم لم تجب فيه كفارة، ومحل ذلك كما بحثه البلقيني إذا لم يستول عليهم وإلا صاروا أرقاء معصومين لا يجوز قتلهم قطعاً لحق الغانمين، وبحث ابن عبد السلام حرمة قتل صبي حربي مع وجود حربي بالغ، ويمتنع على والد قتل ولده للأكل، وسيد قتل قنه لذلك، قال ابن الرفعة: إلا أن يكون القن ذمياً فكالحربي والأقرب خلافه.

(ولو وجد) مضطر (طعام غائب ولم يجد سواه أكل) منه حتماً ما يسد رمقه فقط أو ما يشبعه بشرطه وإن كان معسراً للضرورة، ولأن الذمم تقوم مقام الأعيان (وغرم) عند قدرته مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان متقوماً حفظاً لحق المالك. فإن كان مالكة الغائب مضطراً اتجه منع أكله إن كان قريباً بحيث يتمكن من زوال اضطرابه به دون غيره، وغيبة ولي المحجور كغيبة المالك وحضوره كحضوره، ويجوز له بيع ماله نسيئةً هنا وبلا رهن للضرورة وإن امتنع في غير ذلك (أو) وجد وهو غير نبي طعام (حاضر مضطر لم يلزمه بذله) له (إن لم يفضل عنه) بل هو أولى لخبر {أبدأ بنفسك} أما النبي فيجب على غيره إثارة على نفسه وإن لم يطلب، ولو كان بيد إنسان ميتة قدم بها ذو اليد على غيره كسائر المباحات خلافاً للقاضي، فإن فضل عن سد رمقه شيء لزمه بذله كما بحثه الزركشي وإن احتاج إليه مآلاً (فإن أثر) في هذه الحالة وهو ممن يصبر على الإضاعة على نفسه مضطراً (مسلماً) معصوماً (جاز) بل ندب قوله تعالى {ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة} أما المسلم غير المضطر والذمي والبهيمة والمسلم المهتر فيمتنع إثارة (أو) وجد طعام حاضر (غير مضطر لزمه) أي مالك الطعام (إطعام) أي سد رمق (مضطر) أو إشباعه على ما مر معصوم مسلم (أو ذمي) أو مؤمن وإن احتاجه المالك مآلاً للضرورة الناجزة. وكذا بهيمة لغيره محترمة، بخلاف نحو حربي ومرتد وزان محصن وكلب عقور، وعليه ذبح شاته لإطعام كلبه المنتفع به، وله الأكل من لحمها لأنها ذبحت للأكل، ويجب إطعام نحو صبي وامرأة حربيين اضطر قبل استيلاء عليهما وبعده، ولا يعارضه ما مر من حل قتلها لأنه ثم لضرورة فلم يكن منافياً لاحترامهما هنا وإن كانا غير معصومين في نفسها كما مر آنفاً (فإن منع) المالك من إطعامه ولا اضطرابه به أو طلب منه زيادة على ثمن مثله بقدر لا يتغابن به (فله) أي المضطر ولا يلزمه وإن أمن (قهره) على أخذه (وإن قتله) ويكون مهتراً وإن قتل المالك المضطر في الدفع عن طعامه لزمه القصاص، وإن منع منه الطعام فمات جوعاً فلا ضمان إذ

لم يحدث فيه فعلا مهلكا. وقضية كلامهم أن للمضطر الذمي قتل المسلم المانع له إذا أدى دفعه إلى ذلك. قيل وهو الظاهر. ولا ينافيه ما مر من عدم جواز أكله ميتة المسلم لانتفاء تقصير المأكول منه ثم يوجه بخلاف الممتنع مهدر لنفسه بعصيانه بالمنع والمعتمد خلافه، أما إذا رضي ببذله له بثمن مثله ولو بزيادة يتغابن بها فيلزمه قبوله بها ويمتنع عليه القهر (وإنما يلزمه) أي المالك بذل ما ذكر للمضطر (بعوض ناجز) هو ثمن المثل زمانا ومكانا (إن حضر) معه (وإلا) بأن لم يحضر معه عوض بأن غاب ماله (ف) لا يلزمه بذله مجانا مع اتساع الوقت بل بعوض (بنسيئة) ممتدة لزمن وصوله، ودعوى أنه يبيعه بحال ولا يطالبه به إلا عند يساره مردودة لأنه قد يطالبه به قبل وصوله لماله مع عجزه عن إثبات إعساره فيحبسه، أما إذا لم يكن له مال أصلا فلا معنى لوجوب الأجل لأنه لا حد لليسار يؤجل إليه. أما مع الضيق للوقت عن تقدير عوض بأن كان لو قدر مات فيلزمه إطعامه مجانا، ولو اشتراه بأكثر من ثمن مثله ولو بأكثر مما يتغابن به وهو قادر على قهره وأخذه منه لزمه ذلك، وكذا لو عجز عن قهره وأخذه، ولا أجرة لمن خلص مشرفا على هلاك مع ضيق الوقت عن تقدير الأجرة للزوم ذلك عليه مجانا حينئذ، فإن اتسع لم يجب تخليصه إلا بها، كذا قاله ابن المقري في روضه (فلو أطعمه ولم يذكر عوضا فالأصح لا عوض) حملا له على المسامحة المعتادة في الطعام لا سيما في حق المضطر. والثاني يلزمه لأنه خلصه من الهلاك بذلك فيرجع عليه بالبدل، وقول الشارح كما في العفو عن القصاص يلزمه معه الدية مفرع على رأي مرجوح في ذلك، ومحل الخلاف ما لم يصرح بالإباحة، فإن صرح بها فلا عوض قطعا. قال البلقيني: وكذا لو ظهرت قرينتها، فإن اختلفا في ذكر العوض صدق المالك بيمينه، إذ لو لم يصدقه لرغب الناس عن إطعام المضطر وأفضى ذلك إلى الضرر

(ولو وجد مضطر ميتة) غير آدمي محترم (وطعام غيره) الغائب لزمه أكلها على المذهب لإباحتها له بالنص الذي هو أقوى من الاجتهاد المبيح له مال غيره بغير إذنه، أما الحاضر فإن بذله له ولو بثمن مثله أو بزيادة يتغابن الناس بها وهو معه ولو ببذل سائر عورته حيث لم يخف هلاكها بنحو برد أو رضي بذمته لم تحل له الميتة أو لا يتغابن بها حلت ولا يقاتله هنا إن امتنع مطلقا (أو) وجد مضطر (محرم) أو بالحرم (ميتة وصيدا) حيا (فالمذهب) أنه يلزمه (أكلها) لعدم ضمانها وذبح الصيد حرام ويصير به ميتة أيضا، ويحرم أكله ويجب فيه الجزاء، ففي الأول تحريم واحد فكانت أخف، أو ميتة ولحم صيد ذبحه محرم تخير بينهما، ولو لم يجد محرم أو من بالحرم إلا صيدا ذبحه وأكله وافتدى، أو ميتة أكلها ولا فدية أو صيدا وطعام الغير فالظاهر تعين الثاني لأنهما وإن اشتركا في الضمان فطعام الغير حلال والصيد يصير ميتة بذبح المحرم، ولو عم الحرام الأرض جاز له الاستعمال منه بقدر ما تمس حاجته إليه دون ما سوى ذلك، ومحلّه إذا توقعنا معرفة أربابه وإلا صار مالا ضائعا فينتقل لبيت المال ويأخذ منه بقدر ما يستحقه فيه (والأصح تحريم قطع بعضه) أي بعض نفسه (لأكله) بلفظ المصدر لتوقع الهلاك منه (قلت: الأصح جوازه) لما يسد به رمقه أو لما يشبعه على ما مر إذ هو قطع بعض لاستبقاء كل فأشبهه قطع يد متأكلة (وشرطه) أي حل قطع البعض (فقد الميتة ونحوها) كطعام الغير فمتى وجد ما يأكله حرم ذلك قطعا (وأن) لا يكون في قطعه خوف أصلا أو (يكون الخوف في قطعه أقل) منه في تركه، فإن كان مثله أو أكثر أو الخوف في القطع فقط حرم مطلقا. وإنما جاز قطع السلعة في حالة تساوي الخطرين لأنها لحم زائد ويزول الشين بقطعها ويحصل به الشفاء، وهذا تغيير وإفساد للبنية الأصلية فكان أضيّق، ومن ثم لو كان ما يراد قطعه نحو سلعة أو يد متأكلة جاز هنا حيث يجوز قطعها في حالة الاختيار في الأولى قاله البلقيني (ويحرم قطعه) أي البعض من نفسه (لغيره) ولو مضطرا ما لم يكن ذلك الغير نبيا

فيجب له ذلك (ومن معصوم) لأجل نفسه (والله أعلم) والمعصوم هنا ما يمتنع قتله للأكل، أما غير المعصوم كمرتد وحربي فيجوز قطع البعض منه لأكله، وما ذهب إليه الماوردي من تحريمه لما فيه من التعذيب رد بأنه أخف الضررين، ولو وجد مريض طعاما له أو لغيره يضره ولو بزيادة مرضه فله أكل الميتة، ويكره ذم الطعام لا صنعته والزيادة على الشيع في ملك نفسه، ولا ضرر عليه فيها والثمار والزرع في التحريم على غير مالكها والحل له كغيرها، فلو جرت العادة بأكل ما تساقط منها جاز، إلا إن حوط عليه أو منع منه المالك، وله الأكل من طعام غلب على ظنه رضا المالك به فإن شك حرم، وندب ترك تبسط في طعام إلا في حق الضيف.

{ كتاب المسابقة }

على نحو خيل

وتسمى الرهان وقد تعم ما بعدها، بل ظاهر كلام الأزهرى أنها موضوعة لهما، فعليه العطف الآتي عطف خاص على عام من السبق بسكون الباء وهو التقدم، وأما بالتحريك فهو المال الموضوع بين السياق (والمناضلة) على نحو السهام من " نضله " بمعنى غلبه. والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى {وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة} وخبر الصحيحين: أنه صلى الله عليه وسلم أجرى ما ضم من الخيل من الحفيا إلى ثنية الوداع، وما لم يضم من الثنية إلى مسجد بني زريق. وهذا الباب لم يسبق للشافعي رضي الله عنه أحد إلى تصنيفه (هما) أي كل منهما (سنة) للمتأهب للجهاد من المسلمين الرجال كما يأتي لما ذكر دون النساء والخنثى لعدم تأهلها لهما، ويتجه حرمة ذلك عليهما بمال لا بغيره، ويكره كراهة شديدة لمن عرف الرمي تركه ليخبر مسلم {من تعلم الرمي ثم تركه فليس منا أو فقد عصي} والمناضلة أكد من شقيقتها للآية ولخبر السنن {ارموا واركبوا، وأن ترموا خير لكم من أن تركبوا} ولأنه ينفع في المضيق والسعة، وما قاله الزركشي من أنه ينبغي أن يكونا فرض كفاية لأنهما وسيلتان له يمكن رده بمنع كونهما وسيلتين لأصله الذي هو الفرض، وإنما هما وسيلتان لإحسان الإقدام والإصابة الذي هو كمال وحينئذ فالمتجه كلامهم، إما بقصد مباح فمباحان أو حرام كقطع طريق فحرامان (ويحل أخذ عوض عليهما) لأخبار فيه وسيأتي بيانه، ويعتبر في باذله لا قابله إطلاق تصرف فليس للولي صرف شيء من مال موليه فيه بخلاف تعلم نحو قرآن أو علم أو صنعة وصح خبر {لا سبق أي بالفتح وقد تسكن إلا في خوف أو حافر أو نصل} (وتصح المناضلة على سهام) عربية أو عجمية فالأول النبل والثاني النشاب وعلى جميع أنواع القسي والمسلات والإير (وكذا مزاريق) وهي رماح قصار (ورماح) هو عطف عام على خاص (ورمي بأحجار) بيد أو مقلاع بخلاف إشالتها المسماة بالعلاج، والمراماة بها بأن يرمى بها كل إلى صاحبه (ومنجنيق) بفتح الميم والجيم في الأشهر وهو عطف خاص على عام (وكل نافع في الحرب على المذهب) لأنه في معنى السهم المنصوص عليه فحل بعوض ودونه ومحل حل الرمي إذا كان لغير جهة الرامي، أما لو رمى كل إلى صاحبه فحرام قطعا لأنه يؤذي كثيرا، نعم لو كان عندهما حدق بحيث يغلب على ظنهما سلامتهما منه لم يحرم ويحل اصطيد الحية لحاذق في صنعته حيث غلب على ظنه سلامته منها وقصد ترغيب الناس في اعتماد معرفته كما يؤخذ مما ذكره المصنف في فتاويه في البيع. ويؤخذ من كلامه أيضا حل أنواع اللعب الخطرة من الحاذق بها حيث غلب على الظن سلامته. ويحل التفرج على ذلك حينئذ والأقرب جواز التقاف لأنه ينفع في الحرب حيث خلا عن الخصام المعروف عند أهله (لا) مسابقة بمال (على كرة صولجان) أي محجن وهي خشبة منحنية الرأس (وبندق) أي رمى به بيد أو قوس (وسباحة) وغطس بما اعتيد الاستعانة به في الحرب، وإنما

قيد الأخير بما ذكرناه لتولد الضرر منه بل الموت بخلاف السباحة ونحوها (وشطرنج) بكسر أو فتح أوله المعجم أو المهمل (وخاتم ووقوف على رجل) وشباك في أوجه الوجهين (ومعرفة ما بيده) من زوج أو فرد وكذا سائر أنواع اللعب كمسابقة سفن أو أقدام لعدم نفع كل ذلك في الحرب أي نفعاً له وقع يقصد فيه، أما بغير ذلك فيحل كل ذلك (وتصح المسابقة) بعوض (على خيل) وإبل تصلح لذلك وإن لم تكن مما يسهم لها (وكذا فيل وبغل وحمار في الأظهر) لعموم الخف والحافر لكل ذلك، والثاني المنع لأنها لا تصلح للكر والفر ولا يقاتل عليها غالباً أما عقدها على ذلك بغير عوض فصحيح قطعاً (لا طير وصرع) بكسر أوله وقد يضم (في الأصح) لأنها ليست من آلات القتال ومثلها بقرب عوض، ونحو مهارشة ديكة ومناطحة كباش ولو بلا عوض بالاتفاق لأنه سفه ومن فعل قوم لوط. والثاني يجوز للحاجة إليها في الحرب في الطير، ولأن في الصراع إدماناً وقوة، وقد {صارع صلى الله عليه وسلم ركاة على شياه}. وأجاب عنه الأول بأنه أراه شدته ليسلم ولهذا لما أسلم رد عليه غنمه، ومحل الخلاف فيما لو كان على عوض وإلا جاز قطعاً (والأظهر أن عقدهما) المشتمل على إيجاب وقبول: أي المسابقة والمناضلة بعوض منهما أو من أحدهما أو من غيرهما (لازم) كالإجارة، لكن من جهة باذل العوض فقط، وما في الأنوار من أن الصحيح هنا مضمون دون الفاسد رد بأن المرجح وجوب أجرة المثل في الفاسد (لا جائز) من جهته بخلاف غيره كالمحلل الآتي، أما بغير عوض فجائز جزماً وعلى لزومه (فليس لأحدهما) الذي هو ملتزمه ولا للأجنبي الملتزم أيضاً (فسخه) ما لم يظهر عيب في عوض معين وقد التزم كل منهما كما في الأجرة. نعم لا يجب التسليم هنا قبل المسابقة لخطر شأنها، بخلاف الإجارة. وأيضاً ففيها عوض يقبضه حالاً فلزمه فيها الإقباض قبل الاستيفاء ولا كذلك هنا، أما لو اتفقا على الفسخ جاز مطلقاً. ولعلمهم إنما لم ينظروا للمحلل فيما لو اتفقا الملتزمان على الفسخ لأنه لم يثبت له حق ولا التزام منه (ولا ترك العمل قبل شروع وبعده) سواء كان منضولاً أم ناضلاً وأمكن أن يدرك صاحبه ويسبقه، فإن لم يمكنه ذلك كان له المتك لأن حق نفسه (ولا زيادة ونقص فيه) أي في العمل (ولا في مال) ملتزم بالعقد كالإجارة إلا أن يفسخه ويستأنفا عقداً

(وشرط المسابقة) من اثنين مثلاً (علم) المسافة بالمشاهدة أو الذرع و (الموقف) الذي يجريان منه (والغاية) التي يجريان إليها، فإن لم يعينا ذلك وشرطاً المال لمن سبق حيث سبق لم يجز كما صرح به في المحرر، ومحل ما ذكره المصنف حيث لا عرف غالب وإلا لم يشترط شيء، وما غلب عليه العرف وعرفه المتعاقدان يحمل المطلق عليه كما يأتي في نظيره (وتساويهما فيهما) فلو شرط تقدم موقف أحدهما أو تقدم غايته لم يجز لأن المقصود معرفة الفروسية وجودة جري الدابة، وهو لا يعرف مع تفاوت المسافة لاحتمال أن يكون السبق بسبب قرب المسافة لا لحذق الفارس ولا لفراهة الفرس. ويجوز أن يعينا غاية إن اتفق سبق عندها، وإلا فغاية أخرى عيناها بعدها، لا أن يتفقا على أنه إن وقع سبق في نحو وسط الميدان وقعا عن الغاية لأن السابق قد يسبق ولا أن المال لمن سبق بلا غاية (وتعيين) الراكبين كالراميين بإشارة لا وصف و (الفرسين) مثلاً بإشارة أو وصف سلم لأن القصد امتحان سيرهما (ويتعينان) كما يتعين الراكبان والراميان كما يأتي فيمتنع إبدال أحدهما، فإن مات أو عمي أو قطعت يده مثلاً أبدل الموصوف وانفسخ في المعين. نعم في موت الراكب يقوم وارثه ولو بنائبه مقامه، فإن أبى استتاب عليه الحاكم، ومعلوم أن محله حيث كان مورثه لا يجوز له الفسخ لكونه ملتزماً، ويفرق بين الراكب والرامي بأن القصد جودة هذا فلم يقم غيره مقامه، ولو مرض أحدهما ورجي انتظر وإلا جاز الفسخ إلا في الراكب فيتجه إبداله (وإمكان)

قطعتهما المسافة و (سبق كل واحد) منهما لا على ندور، وكذا في الراميين، فلو ندر الإمكان لم يجر لأن قضية السباق توقع سبق كل ليسعى فيعلم أو يتعلم منه. وقال الإمام: لو أخرج المال من يقطع بتخلفه جاز لأنه كالبازل جعلاً، ولو أخرجاه معاً ولا محلل وأحدهما يقطع بسبقه فالسابق كالمحلل لأنه لا يغرم شيئاً وشرط المال من جهته لغو، قالوا: وهو حسن، وعلم من هذا اشتراط اتحاد الجنس لا النوع وإن تباعد النوعان إن وجد الإمكان المذكور. نعم لو وقع السباق بين بغل وحمار جاز لتقاربهما، وأخذ بعضهم من ذلك اعتبار كون أحد أبوي البغل حماراً (والعلم بالمال المشروط) جنساً وقدرًا وصفة كسائر الأعواض، ويجوز كونه عينا ودينًا حالاً أو مؤجلًا أو بعضه كذا وبعضه كذا، فإن كان معيناً كفت مشاهدته أو في الذمة وصف، فلو عقدا على مجهول فسد العقد واستحق السابق أجره مثله ولا بد من ركوبهما لهما، فلو شرطاً جريانها بأنفسهما فسد العقد واستحق السابق أجره مثله، ويعتبر اجتناب الشروط المفسدة كإطعام السبق لأصحابه، أو إن سبقه لا يسبقه إلى شهر وإسلامهما كما بحثه البلقيني لأن مبيحه غرض الجهاد (ويجوز شرط المال من غيرهما بأن يقول الإمام أو أحد الرعية من سبق منكما فله في بيت المال) كذا وهذا مختص بالإمام أو نائبه (أو) فله (علي كذا) وهذا عام لكل أحد حتى الإمام لما في ذلك من الحض على تعلم الفروسية وبذل مال في قربة ويؤخذ منه ندب ذلك (و) يجوز شرطه (من أحدهما فيقول إن سبقتني فلك علي كذا وإن سبقتك فلا شيء) لي (عليك) إذ لا قمار. (فإن شرط أن من سبق منهما فله على الآخر كذا لم يصح) لتردد كل بين أن يغرم ويغرم وهو قمار محرم (إلا بمحلل) كفاء لهما في المركوب وغيره و (فرسه) مثلاً المعين (كفاء) بتثليث أوله: أي مساو (لفرسيهما) إن سبق أخذ مالهما وإن سبق لم يغرم شيئاً ولهذا سمي محللاً لحل المال بسببه وحينئذ فيصح للخبر الصحيح {من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار، ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد آمن أن يسبق فهو قمار} فإذا كان قماراً عند الأمن من سبق فرس المحلل فعند عدم المحلل أولى، وقوله فيه بين فرسين للغالب فيجوز كونه بجنب أحدهما إن رضياً وإلا تعين التوسط، ويكفي محلل واحد بين أكثر من فرسين، فالتثنية فيه كلام المصنف فاعل مطابق للخبر، أما إذا لم يكافئ فرسه فرسيهما فلا يصح نظير ما مر، وينبغي للمحلل أن يجري فرسه بين فرسيهما، فإن أجزاها بجنب أحدهما جاز حيث تراضياً بذلك، والمحلل بكسر اللام. (فإن سبقهما أخذ المالين) سواء أجازا معاً أم مرتباً (وإن سبقاه وجاءا معه) أو لم يسبق أحد (فلا شيء لأحد وإن جاء مع أحدهما) وتأخر الآخر (فمال هذا) الذي جاء معه (لنفسه) لأنه لم يسبق (ومال المتأخر للمحلل والذي معه) لأنهما سبقاه (وقيل للمحلل فقط) بناء على أنه محلل لنفسه والأصح أنه محلل لنفسه ولغيره (وإن جاء أحدهما ثم المحلل ثم الآخر) أو سبقاه وجاءا مرتبين أو سبق أحدهما وجاء مع المتأخر (فمال الآخر للأول في الأصح) لسبقه لهما، فعلم من كلامه حكم جميع الصور الثمانية التي ذكرها الأصحاب وهي أن يسبقهما وهما معاً أو مرتباً أو يسبقاه وهما معاً أو مرتباً أو يتوسطهما أو يصاحب أولهما أو ثانيهما أو تأتي الثلاثة معاً

(وإن تسابق ثلاثة فصاعداً وشرط) من رابع (لثاني مثل الأول فسد) العقد لأن كلا لا يجتهد في السبق لو ثوقه بالمال سبق أو سبق وقد تبع في ذلك المحرر، لكن الأصح في الروضة كالشرحين الصحة وهو المعتمد لأن كلا يجتهد ويسعى أن يكون سابقاً أو مصلياً، نعم لو شرط للثاني أكثر من الأول أو كانا اثنين فقط وشرط للثاني مثل الأول فسد (و) إذا شرط للثاني (دونه) أي الأول (يجوز في الأصح) لأنه يسعى ويجتهد ليفوز بالأكثر والثاني المنع لأنه قد يكسل إذا علم أنه يفوز بشيء. واعلم أن للخيل التي تجتمع

للسباق عشرة أسماء نظمها بعض الفضلاء فقال: سابق بعده مصل مسل ثم تال فعاطف مرتاح سابع فالمؤمل الحظي يليه لطيم لعدوه يرتاح وعاشر فسكل ويسمى سكيئا عدوها كلها حكته الرياح (وسبق إبل) وكل ذي خف عند إطلاق العقد (بكتف) أو بعضه عند الغاية ويعبر عنه بالكند بفتح الفوقية أشهر من كسرهما وهو مجتمع الكتفين بين أصل العنق والظهر ويسمى بالكاهل أيضا، وأثر المصنف الأول لشهرته وإنما اعتبر بذلك لأنها ترفع أعناقها في العدو والفيل لا عنق له فتعذر اعتباره (وخيل) وكل ذي حافر (بعنق) أو بعضه عند الغاية لأنها لا ترفعه، ومن ثم لو رفعت اعتبر فيها الكتف كما بحثه البلقيني وهو ظاهر بل صرح به جمع متقدمون، ولو اختلف طول عنقهما فسبق الأطول بتقدمه بأكثر من قدر الزائد، وأما سبق الأقصر فيظهر فيه الاكتفاء بمجاورة عنقه بعض زيادة الأطول لا كلها (وقيل) سبق (بالقوائم فيهما) أي الإبل والخيل لأن العدو بها، ومحل ما تقرر عند الإطلاق، فإن شرطا في السابق أقداما معلومة لم يحصل بما دونها، ولو سبق أحدهما في وسط الميدان والآخر في آخره فهو السابق، فإن عثر أو ساخت قوائمه في الأرض فتقدم الآخر لم يكن سابقا، وكذا لو وقف بعد جريه لمرض ونحوه فإن وقف بلا علة كان مسبوqa

(ويشترط للمناضلة) أي فيها (بيان أن الرمي مبادرة وهي أن يبدر) بضم الدال أي يسبق (أحدهما بإصابة) الواحد أو (العدد المشروط) إصابته من عدد معلوم كعشرين من كل مع استوائهما في العدد المرمي أو اليأس من استوائهما في الإصابة، فلو شرط أن من سبق لخمسة من عشرين فله كذا فرمى كل عشرين أو عشرة وتميز أحدهما بإصابة الخمسة فهو الناضل وإلا فلا، فإن أصاب أحدهما خمسة من عشرين والآخر أربعة من تسعة عشر أتمها لجواز أن يصيب في الباقي فلا يكون الأول ناضلا، وإن أصاب منها ثلاثة لم يتم الباقي وصار منضولا (أو محاطة) بتشديد الطاء (وهي أن تقابل إصابتهما) من عدد معلوم كعشرين من كل (ويطرح المشترك) بينهما من الإصابات (فمن زاد) منهما بواحد أو (بعدد كذا) كخمس (فناضل) للآخر، وما ذكره من اشتراط ما ذكر تبع فيه المحرر وجرى عليه صاحب التنبيه وأقره عليه المصنف في التصحيح، لكن الأصح في الروضة والشرح الصغير عدمه وهو المعتمد. وعند الإطلاق يحمل على المبادرة وإن جهلاها لأنه الغالب، ويفرق بين هذا وما يأتي بأن الجهل بهذا نادر جدا فلم يلتفت إليه (و) يشترط للمناضلة (بيان عدد نوب الرمي) في المحاطة والمبادرة جميعا ليكون للعمل وهي المناضلة كالميدان في المسابقة ونوب الرمي هي الإرشاق كرمي سهم سهم أو خمسة خمسة، ويجوز اتفاهما على أن يرمي أحدهما الجميع ثم الآخر كذلك، والإطلاق محمول على سهم سهم، فلو رمى أحدهما أكثر من النوبة المستحقة له إما باتفاق أو بإطلاق العقد لم تحسب الزيادة له إن أصاب ولا عليه إن أخطأ، فلو عقدا على عدد كثير على أن يرميا بكرة كل يوم كذا وعشيته كذا جاز، ولا يفترقان كل يوم إلا بعد استكمال عدده ما لم يعرض عذر كمرض أو ريح عاصف، ثم يرميان على ما مضى في ذلك اليوم أو بعده. ويجوز أن يشترط الرمي طول النهار فيلزمهما الوفاء به، وأوقات الضرورة مستثناة كصلاة وطهارة وأكل وقضاء حاجة كالإجارة، وعروض الحر الخفيف ليس بعذر، ومتى غربت الشمس قبل فراغ وظيفة اليوم لم يرميا ليلا إلا أن يشترطاه وهم محتاجون إلى ما يستضيئون به وقد يكتفون بضوء القمر (و) بيان عدد (الإصابة) كخمسة من عشرين لأن الاستحقاق بالإصابة، وبها يتبين حذق الرامي وجودة رميه، ولا بد من كون ذلك ممكنا، فإن ندر كتسعة من عشرة أو عشرة من عشرة لم تصح، ولو كان ممتنعا كمائة متوالية لم يصح أيضا، أو متيقنا كإصابة الحاذق واحدا من مائة فالأوجه عدم الصحة كما جزم به ابن المقري في روضه لأنه عبث، ويشترط اتحاد جنس ما يرمى به لا كسهم مع مزراق، والعلم بمال

شرط وتقارب المتناضلين في الحدق وتعيين الموقف والاستواء فيه (و) بيان علم الموقف والغاية، و (مسافة الرمي) بذرع أو مشاهدة إن لم تكن ثم عادة وقصدا غرضا وإلا لم يحتج لبيان ذلك وينزل على عادة الرماة الغالبة، ثم إن عرفها وإلا اشترط بيانها. ويصح رجوع قوله الآتي إلا أن يعقد إلخ لهذا أيضا، وحينئذ فلا اعتراض عليه، ولو تناضلا على أن يكون السابق لأبعدهما رميا ولم يقصدا غرضا صح العقد إن استوى السهمان خفة ووزانة والقوسان شدة ولينا، فإن ذكرا غاية لا تبلغها السهام لم يصح كما لو كانت الإصابة فيها نادرة. والغالب وقوعها في مائتين وخمسين ذراعا: أي بذراع اليد المعتدلة كما في نظائره، ومعلوم أن التحديد بذلك باعتبار ما مضى للسلف وإلا فلو وجد حاذق يرمي من أضعاف ذلك لم يبعد التقدير فيه بما يناسبه اعتبارا في كل قوم وزمن إلى عرفهم (قدر الغرض) المرمى إليه من نحو خشب وقرطاس ودائرة (طولا وعرضا) وسمكا وارتفاعا من الأرض لاختلاف الغرض بذلك (إلا أن يعقد بموضع فيه غرض معلوم فيحمل) العقد (المطلق) عن بيان غرض (عليه) أي الغرض المعتاد نظير ما مر في المسافة، ولا بد أيضا من بيان كون الغرض هدفا أم غرضا منصوبا فيه أم دائرة في الشن أم خاتما في الدائرة إن قلنا بصحة شرطه (وليبينا) ندبا (صفة الرامي) المتعلق بإصابة الغرض (من قرع) بسكون الرء (وهو إصابة الشن) وهو بفتح أوله المعجم الجلد البالي، والمراد هنا مطلق الغرض (بلا خدش) أي يكفي فيه ذلك لا أن ما بعده يضر، وكذا في الباقي (أو خزق) بفتح فسكون للمعجمتين (وهو أن يثقبه ولا يثبت فيه أو خسق) بفتح المعجمة فسكون للمهملة فقاق (وهو أن يثبت) فيه أو في بعض طرفه وإن سقط بعد، ويسمى خرما. وقد يطلق الخسق على المرق كما جرى عليه في موضع (أو مرق) بالراء (وهو أن ينفذ) بالمعجمة منه ويخرج من الجانب الآخر. والحوابي أن يرمي على أن يسقط الأقرب للغرض الأبعد منه، ولا يتعين ما عيناه من هذه مطلقا بل كان يغني عنها ما بعدها كما مر فالفرع يغني عنه الخزق وما بعده، والخزق يغني عنه الخسق وما بعده وهكذا، والعبرة بإصابة النصل كما يأتي (فإن أطلقا) العقد عن ذكر واحد من هذه (اقتضى الفرع) لأنه المتعارف، وبه يعلم أن الأمر في قوله وليبينا للندب كما مر دون الوجوب وإلا لم يصح مع الإطلاق (ويجوز عوض المناضلة من حيث يجوز عوض المسابقة وبشرطه) فيجوز من غيرهما ومن أحدهما، وكذا من كل منهما بمحلل كفاء لهما، فإن كانا حزبين فكل حزب كشخص (ولا يشترط تعيين قوس وسهم) بصفة ولا نوع لأن اختلاف أنواع القسي والسهام لا يضر هنا، بخلاف نحو الفرس، فإن أطلقا واتفقا على شيء وإلا فسخ العقد (فإن عين) قوس أو سهم بعينه (لغا) تعيينه (وجاز إبداله بمثله) من ذلك النوع، سواء أحدث فيه خلل أم لا، واحترز بمثله عن الانتقال من نوع إلى نوع فلا يجوز إلا بالرضا لأنه ربما كان به أدرب (فإن شرط منع إبداله فسد العقد) لأنه شرط فاسد يخالف مقتضى العقد فأفسده (والأظهر اشتراط بيان البادئ بالرمي) لاختلاف الغرض به، فإن تركاه لم يصح العقد، والثاني لا يشترط ويقرع، ولا بد أيضا من تعيين الرامي بالشخص كما يشترط تعيين المركوب في المسابقة، ولو رمى من غير إذن أصحابه. قال ابن كج: لم يحسب ما رماه أصاب فيه أم أخطأ، وخالفه ابن القطان

(ولو حضر جمع للمناضلة فانتصب) منهم برضاهم (زعيمان) فلا يكفي واحد (يختاران) قبل العقد (أصحابا جاز) ويكون كل حزب في الإصابة والخطأ كالشخص الواحد. ويشترط كما قاله القاضي الحسين أحذق الجماعة، وأن تقسم السهام عليهم بلا كسر، فإن تجاوزوا ثلاثة ثلاثة اشترط أن يكون للسهم ثلث صحيح كالثلاثين، وإن تجاوزوا أربعة أربعة فربع صحيح كأربعين، ولا يجوز أن يختار واحد جميع حزبه أولا لئلا يأخذ الحداق،

ويشترط تساوي عدد الحزبين كما قاله العراقيون، وبه أجاب البغوي، وقال الإمام: لا يشترط ذلك (ولا يجوز شرط تعيينهما) أي الأصحاب (بقرعة) لأنها قد تجمع الحذاق في جانب وضدهم في آخر فيفوت مقصود المناضلة، نعم إن ضم حاذق إلى غيره من كل جانب وأقرع فلا بأس قاله الإمام، وهو ظاهر لانتفاء المحذور المذكور (فإن اختار) أحد الزعيمين (غريباً ظنه رامياً فبان خلافه) أي غير محسن لأصل الرمي (بطل العقد فيه وسقط من الحزب الآخر واحد) في مقابلته ليحصل التساوي، قال جمع واعتمده البلقيني، وغيره هو ما اختاره زعيمه في مقابلته لما مر من أن كل زعيم يختار واحداً ثم الآخر في مقابلته واحداً وهكذا، لكن يرد أنه لو كان كذلك لم يأت قولهم الآتي وتنازعوا فيمن يسقط بدله. أما لو بان ضعيف الرمي أو قليل الإصابة فلا فسخ لأصحابه أو فوق ما ظنوه فلا فسخ للحزب الآخر (وفي بطلان) العقد في (الباقى قولاً) تفريق (الصفقة) وأصحهما الصحة فيصح هنا (فإن صحنا فلهم جميعاً الخيار) بين الفسخ والإجازة للتعيض (فإن أجازوا وتنازعوا فيمن يسقط بدله فسخ العقد) لتعذر إمضائه (وإذا نضل حزب قسم المال) بينهم (بحسب الإصابة) لأنهم استحقوا بها، فمن لا إصابة له لا شيء له، ومن أصاب أخذ بحسب إصابته (وقيل) يقسم بينهم (بالسوية) لأنهم كشخص واحد كما أن المنضولين يغرمون بالسوية، وهذا هو الأصح في الروضة والأشبه في الشرحين بل قال الإسنوي: إن ترجيح الأول سبق قلم (ويشترط في الإصابة المشروطة أن تحصل بالنصل) الذي في السهم دون فوقه وعرضه بالضم لأنه المتعارف، نعم إن قارن ابتداء رمية ريح عاصفة لم يحسب له إن أصاب ولا عليه إن أخطأ لقوة تأثيرها (فلو تلف وتر أو قوس) قبل خروج السهم لا بتقصيره وسوء رمية (أو عرض شيء) كشخص أو بهيمة (انصدم به السهم وأصاب حسب له) لأن الإصابة مع النكبة العارضة تدل على جودة رمية وقوته (وإلا) أي وإن لم يصب (لم يحسب عليه) إحالة على السبب العارض، فإن تلف الوتر أو القوس لسوء رمية وتقصيره حسب عليه (ولو نقلت ريح الغرض فأصاب موضعه حسب له) إذ لو كان فيه لأصابه (وإلا) بأن لم يصب موضعه (فلا يحسب عليه) إحالة على السبب العارض، وقول الشارح: وما بعد إلا مزيد على المحرر، وفي الروضة كأصلها، ولو أصاب الغرض في الموضع المنتقل إليه حسب عليه لا له ولا ترد على المنهاج فيه إشارة إلى أن كلامه فيما إذا طرأت الريح بعد الرمي ونقلت الغرض عن موضعه، وكلام الروضة فيما إذا كانت الريح موجودة في الابتداء فيحسب عليه لتفريطه فهما مسألتان، وهذا هو الذي يعول عليه. وأما ما فهمه ابن شهبه ونقله في شرحه الصغير وقاله في المهمات ونقله النجم بن قاضي عجلون في تصحيحه عن الأذرعى بأنه سبق قلم من المنهاج، فمبني على اتحاد تصوير مسألة المنهاج والروضة (ولو شرط خسق فثقب) السهم الغرض (وثبت) فيه (ثم سقط أو لقي صلابة) منعتة من ثقبه (فسقط حسب له) لعذره، ويندب حضور شاهدين عند الغرض ليشهدا على ما يريانه من إصابة وعدمها وليس لهما أن يمدحا المصيب ولا أن يذما المخطئ لأن ذلك يخل بالنشاط قال ابن كج: لو تراهن رجلان على قوة يختبران بها أنفسهما كالقدرة على رقي جبل أو إقلال صخرة أو أكل كذا أو نحو ذلك كان من أكل أموال الناس بالباطل وكله حرام، ومن هذا النمط ما يفعله العوام في الرهان على حمل كذا من موضع كذا إلى مكان كذا وإجراء الساعي من طلوع الشمس إلى الغروب كل ذلك ضلالة وجهالة مع ما يشتمل عليه من ترك الصلوات وفعل المنكرات.

{كتاب الأيمان}

بالفتح جمع يمين وهو الحلف والقسم والإيلاء ألقاظ مترادفة، وأصلها في اللغة اليد اليمنى لأنهم كانوا إذا حلفوا وضع أحدهم يمينه في يمين صاحبه. وهي في الشرع بالنظر لوجوب تكفيرها تحقيق أمر محتمل بما يأتي، وتسمية الحلف بنحو الطلاق يمينا شرعية غير بعيد، فخرج بالتحقيق لغو اليمين، وبالمحتمل نحو لأموتن أو لا أصعد السماء لعدم تصور الحنث فيه بذاته فلا إخلال فيه بتعظيم اسم الله تعالى، بخلاف لا أموت ولأصعدن السماء ولأقتلن الميت فإنه يمين يجب تكفيرها حالا ما لم يقيد الأخيرة بوقت كغد فيكفر غدا وذلك لهتكه حرمة الاسم، ولا ترد هذه على التعريف لفهمها منه بالأولى إذ المحتمل له فيه شائبة عذر باحتمال الوقوع وعدمه، بخلاف هذا فإنه عند حلفه هتك حرمة الاسم لعلمه باستحالة البر فيه، وشرط الحالف يعلم مما مر في الطلاق وغيره، بل ومما يأتي من التفصيل بين القصد وعدمه وهو مكلف أو سكران مختار قاصد، فخرج صبي ومجنون ومكره وساه. والأصل في الباب قبل الإجماع آيات قوله تعالى {لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم} الآية، وقوله {إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا} وأخبار منها {أنه صلى الله عليه وسلم كان يحلف لا ومقلب القلوب} وقوله {والله لأغزون قريشا ثلاث مرات، ثم قال في الثالثة إن شاء الله} رواه أبو داود (لا تتعقد) اليمين (إلا بذات الله تعالى) أي اسم دال عليها وإن دل على صفة معها (أو صفة له) وستأتي، فالأول (كقوله والله ورب العالمين) أي مالك المخلوقات لأن كل مخلوق دال على وجود خالقه، والعالم بفتح اللام كل المخلوقات (والحي الذي لا يموت ومن نفسي بيده) أي قدرته يصرفها كيف شاء ومن فلق الحبة (وكل اسم مختص به سبحانه وتعالى) كالإله ومالك يوم الدين لأن الأيمان منعقدة بمن علمت حرمة ولزمت طاعته، وإطلاق هذا مختص بالله تعالى فلا تتعقد بمخلوق كوحق النبي والكعبة وجبريل، ويكره لخبر {إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت} قال الشافعي: وأخشى أن يكون الحلف بغير الله معصية، نعم لو اعتقد تعظيمه كما يعظم الله كفر، وما صرح به المصنف من أن الجلالة الكريمة اسم للذات هو الصحيح، ولهذا تجري عليه الصفات فتقول الله الرحمن الرحيم، وقيل هو اسم للذات مع جملة الصفات. فإذا قلت الله فقد ذكرت جملة صفات الله تعالى، وإدخاله الباء على المقصور عليه صحيح إذ هو لغة كما مر في نظائره وإن كان الأفصح دخولها على المقصور الذي عبر به هنا في الروضة، ودعوى تصويب حصر دخولها على المقصور فقط لأن معنى كلامه لا يسمى به غير الله وهو المراد هنا، وأما كلام الروضة فمعناه يسمى الله به ولا يسمى بغيره وليس مرادا مردودة. وأورد على المصنف اليمين الغموس وهي أن يحلف على ماض كاذبا عاما فإنها يمين بالله ولا تتعقد لأن الحنث اقترن بها ظاهرا وباطنا، ورد بأنه اشتباه نشأ من توهم أن المحصور الأخير والمحصور فيه الأول، وليس كذلك بل المقرر أن المحصور فيه هو الجزء الأخير، فانعقادها هو المحصور واسم الذات أو الصفة هو المحصور فيه، فمعناه كل يمين منعقدة لا تكون إلا باسم ذات أو صفة وهذا حصر صحيح، لا أن كل ما هو باسم الله أو صفته لا يكون إلا منعقدا على أن جمعا متقدمين ذهبوا إلى انعقادها (ولا يقبل) باطنا ولا ظاهرا (قوله: لم أرد به اليمين) يعني لم أرد بما سبق من الأسماء والصفات لله تعالى لأنه نص في معناها لا تحتمل غيره، أما لو قال في نحو بالله أو والله لأفعلن أردت بها غير اليمين كبالله أو والله المستعان أو وثقت أو استعنت بالله، ثم ابتدأت بقولي لأفعلن فإنه يقبل ظاهرا لكن بالنسبة للحلف بالله دون عتق وطلاق وإيلاء فلا يقبل ظاهرا لتعلق حق الغير به (وما انصرف إليه سبحانه عند الإطلاق) غالبا وإلى غيره بالتقييد

(كالرحيم والخالق والرازق) والمصور والجبار والمتكبر والحق والظاهر والقادر (والرب تتعقد به اليمين) لانصراف الإطلاق إليه تعالى وأل فيها للكمال (إلا أن يريد) بها (غيره) تعالى بأن أراده أو أطلق، بخلاف ما لو أراد بها غيره لأنه قد يستعمل في ذلك كرحيم القلب وخالق الكذب. وما استشكل به من الرب بأل بأنه لا يستعمل في غيره تعالى فينبغي إلحاقه بالأول، رد بأن أصل معناه في استعماله في غيره تعالى فصح قصده به، وأل قرينة ضعيفة لا قوة لها على إلغاء ذلك القصد (وما استعمل فيه وفي غيره) تعالى (سواء كالشيء والموجود والعالم) بكسر اللام (والحي والسميع والبصير والعليم والحكيم والغني ليس بيمين إلا بنية) بأن أراده تعالى بها، بخلاف ما إذا أراد بها غيره أو أطلق لأنها لما استعملت فيه وفي غيره سواء أشبهت كنايات الطلاق والاشتراك إنما يمنع الحرمة والتعظيم عند انتفاء النية، وكثيرا ما يقع الحلف من العوام بالجناب الرفيع ويريدون به البارئ جل وعلا مع استحالة ذلك عليه، إذ جناب الإنسان فناء داره فلا يعتقد وإن نوى به ذلك كما قاله أبو زرعة لأن النية لا تؤثر مع الاستحالة (و) الثاني ويختص من الصفات بما لا شركة فيه وهو (الصفة) الذاتية وهي (كوعظمة الله وعزته وكبريائه وكلامه وعلمه وقدرته ومشيبته) وإرادته (يمين) وإن أطلق لأنها صفات لم يزل سبحانه وتعالى متصفا بها فأشبهت الأسماء المختصة به (إلا أن ينوي بالعلم المعلوم وبالقدرة المقدور) وبالعظمة وما بعدها ظهور آثارها فلا يكون يمينا ويكون كأنه قال ومعلوم الله ومقدوره، وكأن يريد بالكلام الحروف الدالة عليه وإطلاق كلامه عليها حقيقة شائعة في الكتاب والسنة فلا تكون يمينا لأن اللفظ محتمل لذلك، وينعقد بكتاب الله وبالتوراة والإنجيل ما لم يرد الألفاظ كما هو واضح، وبالقرآن ما لم يرد به نحو الخطبة، وبالمصحف ما لم يرد به ورقه وجلده لأنه عند الإطلاق لا ينصرف عرفا إلا لما فيه من القرآن، ويؤخذ منه عدم الفرق بين قوله والمصحف وحق المصحف، وأخذ من كون العظمة صفة مع قول الناس سبحان من تواضع كل شيء لعظمته، لأن التواضع للصفة عبادة لها ولا يعبد إلا الذات، وهو مردود بأن العظمة هي المجموع من الذات والصفات، فإن أريد بذلك هذا فصحيح أو مجرد الصفة فممتنع ولم يبينوا حكم الإطلاق، والأوجه أنه لا منع فيه، وعلم مما فسر به الصفة أن المراد بالاسم جميع أسمائه الحسنى التسعة والتسعين سواء اشتق من صفة ذاته كالسميع أو فعله كالخالق

(ولو قال وحق الله) أو وحرمته لأفعلن أو لا فعلت كذا (فيمين) وإن أطلق لغلبة، استعماله فيها ولأن معناه وحقيقته الإلهية، وقيد بعضهم حالة الإطلاق بما إذا جر حق وإلا كان كناية، ويفرق بينه وبين ما يأتي أنه لا فرق بين الجر وغيره بأن تلك صرائح لم يؤثر فيها الفرق ولا كذلك هذا (إلا أن يريد) بالحق (العبادات) فلا يكون يمينا قطعاً لأنه يطلق عليها، وقضية كلامهم الآتي في الدعاوى أن الطالب الغالب المدرك المهلك صرائح في اليمين، واعتراض ذلك بأن أسماءه تعالى توقيفية على الأصح ولم يرد شيء منها فلا يجوز إطلاقها عليه. أجيب عنه بأنهم جروا في ذلك على مقابل الأصح للمصلحة فقد استحسناها لما فيها من الجلالة والردع للحالف عن اليمين الغموس

(وحروف القسم) المشهورة (باء) موحدة (وواو وتاء) فوقية (كبالله ووالله وتالله) فهي صريحة سواء أرفع أم نصب أم جر أم سكن لأن اللحن لا يمنع الانعقاد وبدأ بالباء لأنها الأصل في القسم لغة والأعم لدخولها على المظهر والمضمر، ثم بالواو لقربها منها مخرجا بل قيل إنها مبدلة منها ولأنها أعم من التاء لأنها وإن اختصت بالمظهر تعم الجلالة وغيرها ولأنه قيل إن التاء بدل منها (وتختص التاء) الفوقية (بالله) أي بلفظ الجلالة وشد ترب الكعبة وتحياء الله وتالرحمن نعم يتجه عدم الانعقاد بها إلا بنية، فمن

أطلق الانعقاد بها وجعله واردا على كلامهم فقد وهم، ويكفي في احتياجه للنية شذوذه، ومثلها فאלله بالفاء وآلله بالاستفهام، وأدخل الباء على المقصور عليه كما مر وهو صحيح (ولو قال الله) مثلا لأفعلن كذا، ويجوز مد الألف وعدمه إذ حكمهما واحد (ورفع أو نصب أو جر) أو سكن أو قال أشهد بالله أو لعمر الله أو على عهد الله وميثاقه وذمته وأمانته وكفالته لأفعلن كذا (فليس بيمين إلا بنية) للقسم لاحتماله لغيره احتمالا ظاهرا، ولا يضر اللحن فيما ذكر على أنه قيل بمنعه، فالجر بحذف الجار وإبقاء عمله، والنصب بنزع الخافض، والرفع بحذف الخبر: أي الله أحلف به، والسكون بإجراء الوصل مجرى الوقف، وسواء في ذلك النحوي وغيره عند انتفاء النية وقوله بله بتثديد اللام وحذف الألف يمين إن نواها على الأرجح خلافا لجمع ذهبوا إلى أنها لغو (ولو قال أقسمت أو أقسم أو حلفت أو أحلف) أو آليت أو أولي (بالله لأفعلن) كذا (فيمين إن نواها) لاطراد العرف باستعمالها يمينا مع التأكد بنيتها (أو أطلق) للعرف المذكور وأشهد بالله كناية لعدم اشتهاها في اليمين وإن كان صريحا في اللعان، أما مع حذف بالله فلغو وإن نواها (وإن قال قصدت) بما ذكر (خبرا ماضيا) في نحو أقسمت (أو مستقبلا) في نحو أقسم (صدق باطنا) جزما فلا تلزمه كفارة فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال ما يدعيه (وكذا ظاهرا) ولو في نحو أقسمت بالله لا وطئتك (على المذهب) لاحتمال ما يدعيه بل ظهوره والطريق الثاني القطع بالمنع وحمل ما ذكره هنا على القبول باطنا، نعم إن عرف له يمين سابقة قيل في نحو أقسمت جزما.

(ولو قال لغيره أقسم عليك بالله أو أسألك بالله لتفعلن) كذا (وأراد يمين نفسه فيمين) لصلاحية اللفظ لها مع اشتهاه على السنة حملة الشرع وكأنه ابتداء اليمين بقوله بالله، ويستحب للمخاطب إبراره في غير معصية ويلحق بها المكروه، فإن أبي كفر الحالف خلافا لأحمد (وإلا) بأن لم يقصد يمين نفسه بل الشفاعة أو يمين المخاطب أو أطلق (فلا) تنعقد اليمين لأنه لم يحلف هو ولا المخاطب، وظاهر صنيعه حيث سوى بين حلفت وغيرها فيما مر لا هنا أن حلفت عليك ليست كإقسمت وآليت عليك، ويوجه بأن هذين قد يستعملان لطلب الشفاعة بخلاف حلفت، ويكره رد السائل بالله أو بوجهه في غير المكروه والسؤال بذلك

(و) كذا (لو قال إن فعلت كذا فأنا يهودي) أو نصراني (أو بريء من الإسلام) أو من الله أو النبي أو مستحل الزنا (فليس بيمين) لانتفاء الاسم والصفة ولا كفارة وإن حنث، نعم هو حرام كما صرح به في الأذكار كغيره، ولا يكفر به إن قصد تبعيد نفسه عن المحلوف عليه أو أطلق، فإن علق الكفر على حصوله أو قصد الرضا به كفر حالا إذ الرضا بالكفر كفر وإذا لم يكفر ندب له الاستغفار، ويقول كذلك لا إله إلا الله محمد رسول الله، وحذفهم أشهد هنا لا يدل على عدم وجوبه في الإسلام الحقيقي لأنه يفتقر فيما هو بالاحتياط ما لا يفتقر في غيره أو هو محمول على الإتيان بأشهد كما في رواية {أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله}

(ومن سبق لسانه إلى لفظها) أي اليمين (بلا قصد) كبلى والله ولا والله في نحو صلة كلام أو غضب (لم تنعقد) لقوله تعالى {لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم} الآية وعقدتم فيها قصدتم {ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم} وقد فسر صلى الله عليه وسلم لغوها بقول الرجل لا والله وبلى والله، ولا فرق في ذلك بين جمعه لا والله وبلى والله مرة وإفراده أخرى، وهو كذلك خلافا للماوردي لأن الغرض عدم القصد، ولو قصد الحالف على شيء فسبق لسانه لغيره فهو من لغوها، وما ذكره صاحب الكافي من أن من ذلك ما لو دخل على صاحبه فأراد أن يقوم له فقال لا والله لا تقوم لي غيره ظاهر لأنه إن قصد اليمين فواضح أو لم يقصدها فعلى ما مر في قوله

لم أرد به اليمين، ولا يقبل ظاهرا دعوى اللغو في طلاق أو عتق أو إيلاء كما
مر

(وتصح) اليمين (على ماض ومستقبل) نحو والله ما فعلت كذا أو فعلته
أو لأفعلن كذا أو لا أفعله لقوله صلى الله عليه وسلم {والله لأغزون
قريشا} (وهي) أي اليمين (مكروهة) لقوله تعالى {ولا تجعلوا الله عرضة
لأيمانكم} ولأنه ربما عجز عن الوفاء بما حلف عليه. قال الشافعي رضي
الله عنه: ما حلفت بالله لا صادقا ولا كاذبا قط (إلا في طاعة) كجهاد للخبر
المار، وسواء أكانت فعل واجب أم مندوب أم ترك حرام أم مكروه وإلا
لحاجة كتوكيد كلام لخبر {لا يمل الله حتى تملوا} أو تعظيم كقوله {والله
لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلا ولبكيتم كثيرا} وإلا لدعوى عند حاكم فلا
تكره بل قال بعضهم تسن

(فإن حلف على ترك واجب أو فعل حرام عصى) بحلفه، نعم لو كان
الواجب على الكفاية ولم يتعين عليه أو يمكن سقوطه كالقود يسقط
بالعفو فلا عصيان بالحلف على تركهما كما بحثه البلقيني، واستدل للثانية
بقول أنس بن النضر والله لا تكسر ثنية الربيع (ولزمه الحنث) لأن الإقامة
على هذه الحالة معصية (وكفارة) ومثله لو حلف بالطلاق ليصومن العيد
فيلزمه الحنث ويقع عليه الطلاق، ولو كان له طريق غير الحنث كلا ينفق
على زوجته لم يلزمه إذ يمكنه أن يعطيها من صداقها أو يقرضها ثم يبرئها
(أو) على (ترك مندوب) كسنة الظهر (أو فعل مكروه) كالتفات في
الصلاة من غير حاجة (سب حنثه وعليه كفارة) لقوله صلى الله عليه وسلم
{من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر
عن يمينه} وإنما أقر صلى الله عليه وسلم الأعرابي على قوله: والله لا
أزيد على هذا ولا أنقص، لأن يمينه تضمنت طاعة وهو امتثال الأمر (أو)
على فعل مندوب أو ترك مكروه كره حنثه أو على (ترك مباح أو فعله)
كدخول دار وأكل طعام وليس ثوب (فالأفضل ترك الحنث) إبقاء لتعظيم
الاسم، نعم إن كان من شأنه تعلق غرض ديني بتركه أو فعله كان حلف أن
لا يأكل طيبا أو لا يلبس ناعما كان مختلفا باختلاف أحوال الناس وقصودهم
وفراغهم للعبادة، فإن قصد به التأسى بالسلف أو الفراغ للعبادة فهو طاعة
فيكره حنثه فيها وإلا فمكروهة يندب فيها الحنث (وقيل) الأفضل (الحنث)
لينتفع المساكين بالكفارة، والأقرب كما بحثه الأذرعي أنه لو كان في عدم
الحنث أذى للغير كان حلف لا يدخل أو لا يأكل أو لا يلبس كذا ونحو صديقه
يكرهه فالحنث أفضل قطعا. واعلم أن الإمام ذهب إلى عدم وجوب اليمين
مطلقا، واعترضه الشيخ عز الدين بوجوبها فيما لا يباح بالإباحة كالنفس
والبضع إذا تعينت للدفع عنه، قال: بل الذي أراه وجوبها لدفع يمين خصمه
الغموس على مال وإن أبيع بالإباحة انتهى. وهو ظاهر لأنه إعانة على
معصية، وهو متمكن من ترك الحلف والتحليف ورفع المطالبة، وإن زعم
بعضهم أن الأوجه في الأخير عدم الوجوب إلا أن يحمل على عدم وجوب
تعينه

(وله) أي للحالف بعد اليمين (تقديم كفارة بغير صوم على حنث جائز)
أي غير حرام ليشمل الأقسام الخمسة الباقية لخبر {فكفر عن يمينك ثم
أتت الذي هو خير} ولأن سبب وجوبها اليمين والحنث معا والتقديم على
أحد السببين جائز كما مر، والأولى تأخيرها عنهما للخروج من الخلاف، ومر
أن من حلف على ممتنع المبر يكفر حالا بخلافه على ممكنه، فإن وقت
الكفارة فيه يدخل بالحنث أما الصوم فيمتنع تقديمه على الحنث لأنه عبادة
بدنية (قيل و) على حنث (حرام قلت: هذا أصح، والله أعلم) فلو حلف لا
يزني فكفر ثم زنى لم تلزمه كفارة أخرى، لأن الخطر في الفعل ليس من
حيث اليمين لحرمة المحلوف عليه قبلها وبعدها فالتكفير لا يتعلق به
استباحة وشرط أجزاء العتق المعجل كفارة بقاء العبد حيا مسلما إلى

الحنث، بخلاف نظيره في المعجل عن الزكاة لا يشترط بقاؤه إلى الحول، ويفرق بأن المستحقين ثم شركاء للمالك وقد قبضوا حقهم وبه يزول تعلقهم بالمال فأجزأ، وإن تلف قبل الحول لأنهم عنده لم يبق لهم تعلق وأما هنا فالواجب في الذمة وهي لا تبرأ عنه إلا بنحو قبض صحيح، فإذا مات العتيق أو ارتد بان بالحنث الموجب للكفارة بقاء الحق في الذمة وأنها لم تبرأ عنه بما سبق لأن الحق لم يتصل بمستحقه وقت وجوب الكفارة، ولو قدمها ولم يحنث استرجع كالزكاة أي إن شرطه أو علم القابض أنها معجلة وإلا فلا. ولو أعتق ثم مات مثلاً قبل حنثه وقع عتقه تطوعاً كما قاله البغوي لتعذر الاسترجاع فيه: أي لأنه لما لم يقع هنا حنث بان أن العتق تطوع من غير سبب (و) له تقديم (كفارة ظهار على العود) إن كفر بغير صوم كأن ظاهر من رجعية ثم كفر ثم راجعها، وكان طلق رجعياً عقب ظهاره فهو تكفير مع العود لأن اشتغاله بالعتق وذلك لوجود أحد السببين، ومن ثم امتنع تقديمها على الظهار (و) له تقديم كفارة (قتل على الموت) وبعد وجود سببه من جرح أو نحوه (و) له تقديم (منذور مال) على ثاني سببه، كما إذا نذر تصدقاً أو عتقاً إن شفي مريضه أو عقب شفائه بيوم فأعتق، أو تصدق قبل الشفاء عملاً بالقاعدة في ذي السببين أنه يجوز تقديمه على أحدهما لا عليهما.

(فصل)

في صفة الكفارة

وهي مخيرة ابتداء مرتبة انتهاء كما يعلم مما يأتي (يتخير) المكفر الحر الرشيد ولو كافراً (في كفارة اليمين بين عتق كالظهار) أي إعتاق عن كفارته وهو إعتاق رقبة مؤمنة بلا عيب يخل بالعمل والكسب كما مر ولو نحو غائب علمت حياته أو بانت كما مر، وهو أفضلها وإن كان زمن غلاء خلافاً لابن عبد السلام (وإطعام عشرة مساكين كل مسكين مد حب) أو غيره مما يجزي في الفطرة فيعتبر (من غالب قوت بلده) أي المكفر، فلو أذن الأجنبي في أن يكفر عنه اعتبرت بلد المأذون له لا الأذن فيما يظهر، ولا ينافيه أن قياس ما في الفطرة اعتبار بلد المكفر عنه لأن تلك طهارة للبدن فاعتبر بلده ولا كذلك هذا. هكذا قيل. والأوجه اعتبار بلد الأذن كالفطرة، وأفهم كلامه عدم جواز صرف أقل من مد لكل واحد ولا لدون عشرة ولو في عشرة أيام (أو كسوتهم بما يسمى كسوة) مما يعتاد لبسه بأن يعطيهم ذلك على جهة التملك وإن فاوت بينهم في الكسوة (كقميص) ولو بلا كم (أو عمامة) وإن قلت أخذاً من أجزاء منديل اليد (أو إزار) أو مقنعة أو رداء أو منديل يحمل في يد أو كم لقوله تعالى {فكفارته إطعام عشرة مساكين} الآية (لا) ما لا يسمى كسوة ولا ما يعتاد كالجلود، فإن اعتيد أجزاء فمن الأول نحو (خف وقفازين) ودرع من نحو حديد ونعل ومداس وجورب وقلنسوة وقبع وطاقيّة وعرقية، وقول الشيخ في شرح منهجه بإجزائها محمول على شيء آخر يجعل فوق رأس النساء، يقال له عرقية أو على ما يجعل على الدابة تحت السرج ونحوه (ومنطقة) وتكة وفصادية وخاتم وتبان لا يصلح للركبة وبساط وهميان وثوب طويل أعطاه للعشرة قبل تقطيعه بينهم لأنه ثوب واحد، وبه فارق ما لو وضع لهم عشرة أمداد وقال ملكتكم هذا بالسوية أو أطلق لأنها أمداد مجتمعة، وأفهم التخيير امتناع التبويض كأن يطعم خمسة ويكسو خمسة (ولا يشترط) كونه مخيطاً ولا ساتراً للعورة ولا (صلاحيته للمدفع إليه فيجوز سراويل) ونحو قميص (صغير) أي دفعه (لكبير لا يصلح له وقطن وكتان وحرير) وصوف ونحوها (لامرأة ورجل) لوقوع اسم الكسوة على الكل ولو متنجساً، لكن يلزمه إعلامهم به لئلا يصلوا فيه. وقضيته أن كل من أعطى غيره ملكاً أو عارية مثلاً ثوباً مثلاً به نجس خفي غير معفو عنه بالنسبة لاعتقاد الأخذ عليه

إعلامه به حذرا من أن يوقعه في صلاة فاسدة، ويؤيده قولهم: من رأى مصليا به نجس غير معفو عنه: أي عنده لزمه إعلامه به، وفارق التبان السراويل الصغير بأن التبان لا يصلح ولا يعد ساتر عورة صغير فضلا عن غيره، فإن فرض أنه يعد لستر عورة صغير فهو السراويل الصغير (وليس) وإن كثر لبسه و (لم تذهب) عرفا (قوته) باللبس، بخلاف ما ذهبت قوته كالمهلل النسج الذي لا يقوى على الاستعمال ولو جديدا ومرقع ومنسوج من جلد ميتة وإن كان معتادا كما لا يخفى (فإن عجز) بالطريق السابق في كفارة الظهر (عن) كل من (الثلاثة) المذكورة (لزمه صوم ثلاثة أيام) للآية (ولا يجب متابعتها في الأظهر) لإطلاق المدليل، والثاني يجب لقراءة ابن مسعود وأبي بن كعب متتابعات والقراءة الشاذة كخبر الأحاد في وجوب العمل بها، وأجاب الأول بأنها نسخت حكما وتلاوة (وإن غاب ماله انتظره ولم يصم) لأنه واجد وإنما أبيع الصوم لمن لم يجد بخلاف المتمتع إذا أعسر بالدم بمكة فإنه يجزيه الصوم لأن القدرة اعتبرت بمكة لأنها محل نسكه الموجب للدم فلا ينظر إلى غيرها، ولا كذلك الكفارات تعتبر فيها مطلقا، أي وإن غاب ماله فوق مسافة القصر خلافا لبعض المتأخرين لوجوبها على التراخي أصالة.

(ولا يكفر عبد) أي رقيق (بمال) لعدم ملكه (إلا إذا ملكه سيده) أو غيره (طعاما أو كسوة) ليكفر بهما أو مطلقا (وقلنا) إنه (يملك) وهو رأي مرجوح ثم أذن له في التكفير فإنه يكفر، نعم لو مات فلسيده التكفير عنه بغير العتق من إطعام أو كسوة لعدم استدعاء دخوله في ملكه حينئذ بخلافه حال الحياة ولزوال الرق بالموت، ولسيد المكاتب أن يكفر عنه بذلك بإذنه وله التكفير بذلك عن نفسه بإذنه، وفارق العتق بأن القن غير أهل للولاء (بل يكفر) حتى في المرتبة كالظهار (بصوم) لعجزه عن غيره، ومثله في التكفير به محجور سفه أو فليس لامتناع تبرعهما بالمال، نعم لو زال الحجر قبل الصوم امتنع، إذ الاعتبار بوقت الأداء لا الوجوب (فإن ضره) الصوم في الخدمة (وكان حلف وحنث بإذن سيده صام بلا إذن) ولا يجوز له منعه لكونه أذنه في سببه ولا نظر لكونها على التراخي (أو وجدا) أي الحلف والحنث (بلا إذن لم يصم إلا بإذن) لعدم إذنه في سببه. وفرض المسألة أنه يضره فإن شرع فيه فله منعه من إتمامه فإن لم يضره ولا أضعفه لم يجز له منعه منه مطلقا (وإن أذن في أحدهما فالأصح اعتبار الحلف) لأن إذنه فيه إذن فيما يترتب عليه وقد تبع في ذلك المحرر، والأصح في الروضة وغيرها اعتبار الحنث بل قيل إن الأول سبق قلم لأن اليمين مانعة منه فلا يكون إذنه في ذلك إذنا في التزام الكفارة، وبه فارق ما مر من أن الإذن في الضمان دون الأداء يقتضي الرجوع بخلاف عكسه، وخرج بالعبد الأمة التي لا تحل له فلا يجوز لها بغير إذنه صوم مطلقا تقديما لاستمتاعه لأنه ناجز. أما أمة لا تحل فكالعبد فيما مر، وما بحثه الأذرع من أن الحنث الواجب كالحنث المأذون فيه فيما ذكر لوجوب التكفير فيه على الفور محل نظر. والأقرب الأخذ بإطلاقهم لأن السيد لم يبطل حقه بإذنه وتعدي العبد لا يبطله. نعم لو قيل إن إذنه في الحلف المحرم كإذنه في الحنث لا يبعد لأنه حينئذ التزام للكفارة لوجوب الحنث المستلزم لها فورا. قال بعضهم: ولو انتقل من ملك زيد إلى عمرو كان حلف وحنث في ملك زيد فهل لعمرو المنع من الصوم ولو كان زيد أذن فيهما أو في أحدهما، ولو كان السيد غائبا فهل على العبد أن يمتنع من صوم لو كان السيد حاضرا لكان له منعه أو لا؟ الظاهر هنا نعم، ولو أجر السيد عين عبده وكان الصوم يخل بالمنفعة المستأجر لها فقط فهل له الصوم بإذن المستأجر دون إذن السيد؟ فيه نظر، والأقرب أنه ليس لسيد منعه هنا ولم يفرقوا في المسألة بين كون الحنث واجبا أو غيره، ولا بين أن تكون الكفارة عن الفور أو التراخي انتهى. والراجح في المسألة الأولى وفيما لو حلف في ملك شخص وحنث في ملك

آخر أن الأول إن أذن له فيهما أو في الحنث لم يكن للثاني منعه من الصوم إن ضره وإلا فله منعه منه إن ضره (ومن بعضه حر وله مال يكفر بطعام أو كسوة) لا صوم لأنه واجد و (لا عتق) لنقصه عن أهلية الولاء، نعم إن علق سيده عتقه بتكفيره بالعتق كأن أعتقت عن كفارتك فنصيبي منك حر قبله أو معه صح كما قاله البلقيني لزوال المانع به. أما إذا لم يكن له مال فيكفر بالصوم: أي في نوبته بغير إذن وفي نوبة سيده أو حيث لا مهابة بالإذن فيما يظهر.

(فصل)

في الحلف على السكنى والمساكنة وغيرهما مما يأتي

والأصل في هذا وما بعده أن الألفاظ تحمل على حقائقها، إلا أن يكون المجاز متعارفا ويريد دخوله فيدخل أيضا، فلا يحنث أمير حلف لا يبني داره وأطلق إلا بفعله، ولا من حلف لا يخلق رأسه فخلق غيره له بأمره إذا (حلف لا يسكنها) أي هذه المدار أو دارا (أو لا يقيم فيها) وهو فيها عند الحلف (فليخرج) منها حالا بنية التحول في كل من مسألة الإقامة والسكنى فيما يظهر من كلامهم إن أراد عدم الحنث، ومحل ذلك كما قاله الأزرعي حيث كان متوطنا فيه قبل حلفه، فلو دخله لنحو تفرج فحلف لا يسكنه لم يحتج لنية التحول قطعا (في الحال) ببدنه فقط وإن ترك أمتعته لأنه المحلوف عليه ولا يكلف العدو، ولا الخروج من أقرب البابين، نعم لو عدل لباب السطح مع تمكنه من غيره حنث كما قاله الماوردي لأنه بصعوده في حكم المقيم: أي ولا نظر لتساوي المسافتين ولا لأقربية طريق السطح على ما أطلقه لأنه بمشيه إلى الباب أخذ في سبب الخروج، وبالعدول عنه إلى الصعود غير أخذ في ذلك عرفا، أما خروجه بغير نية التحول فيحنث معه لأنه مع ذلك يسمى ساكنا أو مقيما عرفا (فإن مكث بلا عذر) ولو لحظة وهو مراد الروضة بساعة، وقول الغزي كما لو وقف ليشرب مثلا يتعين تقييد مثاله بما إذا لم يكن شربه لعطش لا يحتمل مثله عادة كما أفهمه قولهم (حنث وإن بعث متاعه) وأهله لأن المحلوف عليه سكناه وهو موجود إذ السكنى تطلق على الدوام كالابتداء، فإن كان لعذر كأن أغلق عليه الباب لم يحنث، وجعل الماوردي من ذلك ضيق وقت الصلاة، وقد علم أنه لو اشتغل بالخروج لفاتته فإن طرأ العجز بعد الحلف فكالمكره (وإن) نوى التحول لكنه (اشتغل بأسباب الخروج كجمع متاع وإخراج أهل ولبس ثوب) يعتاد لبسه في الخروج (لم يحنث) لأنه لا يعد ساكنا وإن طال مقامه بسبب ذلك، وكذا لو طرأ عليه عقب حلفه نحو مرض منعه من خروجه ولم يجد من يخرج أو خاف على نفسه أو ماله لو خرج فمكث ولو ليلة أو أكثر فلا حنث، ويتجه ضبط المرض هنا بما يشق معه الخروج مشقة لا تحتمل غالبا. نعم لو أمكنه استئجار من يحمله بأجرة مثله ووجدتها فترك ذلك حنث، وقليل المال ككثيره كما اقتضاه إطلاقهم، ولو خرج ثم عاد إليها لنحو عيادة أو زيادة لم يحنث ما دام يطلق عليه زائرا وعائدا عرفا وإلا حنث، وقيد المصنف رحمه الله عدم الحنث بمقامه لجمع متاع ونحوه بما إذا لم تمكنه الاستنابة وإلا حنث، وبه صرح الماوردي والشاشي، والأوجه أن وجود من لا يرضى بأجرة المثل أو يرضى بها ولا يقدر عليها بأن لم يكن معه ما يبقى له مما مر في الفليس كالعدم فلا يحنث لعذره.

(ولو حلف لا يساكنه في هذه الدار فخرج أحدهما) بنية التحول نظير ما مر (في الحال لم يحنث) لانتفاء المساكنة، إذ المفاعلة لا تتحقق إلا من اثنين ومن المكث هنا لعذر اشتغاله بأسباب الخروج كما مر (وكذا لو بني بينهما جدار) من طين أو غيره (ولكل جانب مدخل في الأصح) لاشتغاله برفع المساكنة وتبع في ذلك المحرر، لكن المنقول في الشرح والروضة عن تصحيح الجمهور الحنث وهو المعتمد لحصول المساكنة إلى تمام البناء

من غير ضرورة، ومحل الخلاف إذا كان البناء بفعل الحالف أو أمره وحده أو مع الآخر وإلا حنث قطعاً، وإرخاء الستر بينهما وهما من أهل البادية مانع من المساكنة على ما قاله المتولي، وليس منها تجاورهما بييتين من خان وإن صغر واتحد مرقاه ولو لم يكن لكل باب ولا من دار كبيرة إن كان لكل باب وغلق، وكذا لو انفرد أحدهما بحجرة انفردت بجميع مرافقها وإن اتحدت الدار والممر، واحترز بقوله في هذه الدار عما لو أطلق المساكنة فإن نوى معيناً حملت يمينه عليه وإلا حنث بالمساكنة في أي محل كان، ولو حلف لا يساكنه وأطلق وكانا في موضعين بحيث لا يعدهما العرف متساكنين لم يحنث، أو حلف لا يساكن زيدا وعمراً بر بخروج أحدهما أو زيدا ولا عمراً لم يبر بخروج أحدهما.

(ولو حلف لا يدخلها) أي الدار (وهو فيها أو لا يخرج) منها (وهو خارج) قال ابن الصباغ: أو لا يملك هذه العين وهو مالكة فاستدام ملكها (فلا حنث بها) لأن حقيقة الدخول انفصاله من خارج لداخل والخروج عكسه ولم يوجد في الاستدامة ولأنهما لا يتقدران بمدة، نعم لو نوى بعدم الدخول الاجتناب فأقام أو بعدم الخروج أن لا ينقل أهله مثلاً فنقلهم حنث (أو حلف لا يتزوج أو لا يتطهر أو لا يلبس أو لا يركب أو لا يقوم أو لا يقعد) أو لا يشارك فلانا أو لا يستقبل القبلة (فاستدام هذه الأحوال حنث) لتقديرها بزمان تقول لبست يوماً وركبت ليلة وشاركته شهراً وكذا البقية، وإذا حنث باستدامة شيء ثم حلف أن لا يفعله فاستدامه لزمه كفارة أخرى لانحلال يمينه الأولى باستدامته الأولى، وقضيته أنه لو قال كلما لبست فأنت طالق تكرر الطلاق بتكرر الاستدامة فتطلق ثلاثاً بمضي ثلاث لحظات وهي لابسة، ودعوى أن ذكر كلما قرينة صارفة للابتداء ممنوعة ولو حلف لابس لا يلبس إلى وقت كذا فهل تحمل يمينه على عدم إيجاده لابساً قبل ذلك الوقت فيحنث باستدامة اللبس ولو لحظة أو على الاستدامة إلى ذلك الوقت فلا يحنث إلا إن استمر لابساً إليه؟. الأوجه الأول كما يدل له قولهم الفعل المنفي بمنزلة النكرة المنفية في إفادة العموم أما لو استدام التسري من حلف لا يتسرى فإنه يحنث كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لأنه حجب الأمة عن أعين الناس وإنزاله فيها وذلك حاصل مع الاستدامة (قلت: تحنيثه باستدامة التزوج والتطهر غلط لذهول) عما في الشرحين فقد جزم فيهما بعدم الحنث كما هو المنقول المنصوص لعدم تقديرهما بمدة كالدخول والخروج فلا يقال تزوجت ولا تطهرت شهراً مثلاً بل منذ شهر، ومحل عدم الحنث فيهما إن لم ينو استدامتهما وإلا حنث بهما جزماً (واستدامة طيب ليست تطيباً في الأصح) لعدم تقديره بمدة عادة ولهذا لم تلزمه بها فدية فيما لو تطيب قبل إحرامه ثم استدامه والثاني نعم لأنه منسوب إلى التطيب (وكذا وطء) وغصب (وصوم وصلاة) فلا يحنث باستدامتها في الأصح (والله أعلم) إذ المراد في نحو نكح أو وطئ فلانة أو غصب كذا وصام شهراً استمرار مدة أحكام تلك لا حقيقتها لانفصالها بانقضاء أدنى زمن في الثلاثة الأول وبمضي يوم لا بعضه في الصوم والصلاة لم يعهد عرفاً ولا شرعاً تقديرها بزمن بل بعدد الركعات، ولا ينافي ما تقرر في الوطاء جعلهم استدامته في الصوم بعد الفجر مع علمه بالحال مفسداً. لأن ذلك لمعنى آخر أشاروا إليه بقولهم تنزيلاً لمنع الانعقاد منزلة الإبطال واستدامة السفر سفر ولو بالعود منه واعلم أن كل ما يقدر عرفاً بمدة من غير تأويل بل يكون دوامه كابتدائه فيحنث باستدامته وما لا فلا، ولو حلف لا يقيم بمحل ثلاثة أيام وأطلق فأقام به يومين ثم سافر ثم عاد وأقام به يوماً حنث كما هو الأوجه أخذاً من كلامهم فيمن نذر اعتكاف شهر أو سنة مثلاً قالوا لصدق الاسم بالمتفرق والمتوالي، بخلاف ما لو حلف لا يكلمه شهراً لأن مقصود اليمين الهجر لا يتحقق بدون تتابع، ولا ينافيه ما في الروضة أنه لو حلف لا تمكث زوجته في الضيافة أكثر من ثلاثة أيام فخرجت منها لثلاث

فأقل ثم رجعت إليها فلا حنث، لأن المعلق عليه وجد هنا لائم، لأن المكث أكثر من ثلاثة أيام للضيافة والرجوع ولو بقصد الضيافة لا يسمى ضيافة لاختصاصها بالمسافر بعد قدومه.

(ومن حلف لا يدخل دارا) عينها أو مدرسة أو رباطا كما بحثه الأذرعى والمسجد مثلها (حنث بدخول دهليز) بكسر الدال وإن طال وفحش طوله كما اقتضاه إطلاقهم خلافا للزركشي (داخل الباب أو بين بابين) لكونه من الدار ويدخل في بيعها (لا بدخول طاق) معقود (قدام الباب) لانتفاء كونه منها عرفا وإن كان مبنيا على تربيعها إذ هو ثخانة الحائط المعقود له قدام باب الأكابر، نعم لو جعل عليه مرد حنث بدخوله ولو غير مسقف كما شمله قوله أو بين بابين، واستشكل الزركشي بأن العرف لا يعده منها مطلقا رد بمنع ذلك مع وجود الباب لأنه يصيره منها وإن لم يدخل في حدودها بل ولا اختص بها، ولا يحنث بدخول إصطبل خارج عن حدودها، وكذا إن دخل فيها وليس فيه باب إليها لا بدخول بستان يلاصقها حيث لم يعد من مرافقها (ولا بصعود سطح) من خارجها (غير محوط) إذ لا يعد منها لغة ولا عرفا (وكذا محوط) من الجوانب الأربعة بحجر أو غيره (في الأصح) لما ذكر، والثاني يحنث لإحاطة حيطان الدار، فإن كان من جانب لم يؤثر قطعا، ومحل ما ذكره المصنف رحمه الله حيث لم يسقف فإن سقف كله أو بعضه ونسب إليها بأن كان يصعد إليه منها كما هو الغالب حنث لأنه حينئذ كطبقة منها، ولا يشكل على ما تقرر صحة الاعتكاف على سطح المسجد مطلقا لأنه منه شرعا وحكما لا تسمية وهو المناط ثم لا هنا (ولو أدخل يده أو رأسه أو رجله) ولم يعتمد على ذلك وحده (لم يحنث) لأنه لا يسمى داخلا حكما (فإن وضع رجله فيها معتمدا عليهما) أو رجلا واحدة واعتمد عليها وحدها بأن كان لورفع الأخرى لم يقع وباقي بدنه خارج (حنث) لأنه يسمى داخلا، بخلاف ما إذا لم يعتمد كذلك كان اعتمد على الداخلة والخارجة معا، ولو أدخل جميع بدنه لكن لم يعتمد على شيء منهما لتعلقه بنحو حبل حنث أيضا، ويقاس بذلك الخروج، ولو تعلق بغصن شجرة من الدار بأن أحاط به بناؤها فإن لم يعمل عليه حنث وإلا فلا (ولو انهدمت) الدار المحلوف عليها بأن قال هذه الدار (فدخل وقد بقي أساس الحيطان) أي شيء بارز منها وإن قل (حنث) لأنها منها فكأنه دخلها والحاصل أن الأمر دائر مع اسم الدار وعدمه ولو قال لا أدخل هذه حنث بالعرضة أو دارا لم يحنث بفضاء ما كان دارا (وإن) عطف على جملة وقد بقي (صارت فضاء) بالمد وهو الساحة الخالية من الباء (أو جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا فلا) حنث إلا إن أعيدت بآلتها الأولى.

(ولو حلف لا يدخل دار زيد) أو حانوته (حنث بدخول ما يسكنها بملك لا بإعارة وإجارة وغصب) ووصية بمنفعتها له ووقف عليه لأن الإضافة إلى من يملك تقتضي ثبوت الملك حقيقة، ومن ثم لو قال هذه لزيد لم يقبل تفسيره بأنه يسكنها، وخالف ابن الرفعة واعتمد تبعا لجمع الحنث بكل ما ذكر لأنه العرف الآن، قال: فالمعتبر عرف اللفظ لا عرف اللفظ كما هو مذهب الأئمة الثلاثة (إلا أن يريد مسكنه) فيحنث بكل ذلك لأنه مجاز قريب، نعم لا تقبل إرادته في هذه في حلف بطلاق أو عتق ظاهرا، ولا يعترض ذلك بأنه مغلظ على نفسه فلم لم يقبل لأنه مخفف عليها من وجه آخر وهو عدم الحنث بما يملكه ولا يسكنه فيقبل ظاهرا فيما فيه تغليظ عليه دون ما فيه تخفيف له (ويحنث بما يملكه) كله وإن تجدد طوره له بعد حلفه (ولا يسكنه) إلا أن يريد مسكنه فلا يحنث به عملا بقصده، ولو كانت الإضافة مشتهرة للتعريف كدار الأرقم بمكة وسوق يحيى ببغداد حنث بدخولها مطلقا لتعذر حمل الإضافة على الملك وفارق المتجدد هنا لا أكلم ولد فلان فإنه يحمل على الموجود دون المتجدد لأن اليمين منزلة على ما للحالف قدرة على تحصيله ولا يشكل بقول الكافي، ولو حلف لا يمسه شعر فلان

فحلقة ثم مس ما نبت منه حنث لأن إخلاف الشعر معهود عادة مطردة في أقرب وقت فنزل منزلة المقدور عليه (ولو حلف لا يدخل دار زيد أو لا يكلم عبده أو) لا يكلم (زوجته فباعهما) أي الدار والعبد بيعا لازما؛ أي ينقل الملك ولو مع الخيار بأن كان للمشتري وحده أو لهما وأجيز البيع وبيع بعضهما وإن قل كبيعهما (أو طلقها) بئنا لأن الرجعية كالزوجة (فدخل) الدار (وكلم) العبد والزوجة (لم يحنث) تغليبا للحقيقة لزوال الملك بالبيع والزوجة بالطلاق، ولو اشترى بعد بيعهما غيرهما فإن أطلق أو أراد أي دار أو عبد ملكه حنث بالثانية أو التقييد بالأول فلا (إلا أن يقول داره هذه أو زوجته هذه أو عبده هذا) أو يريد أي دار أو عبد جرى عليه ملكه أو أي امرأة جرى عليها نكاحه (فيحنث تغليبا للإشارة على الإضافة وغلبة التسمية عليها فيما مر). أنفا لأنها أقوى لأن الفهم يسبق إليها أكثر وعملا بتلك النية وألحق بالتلفظ بالإشارة نيتها، وإنما بطل البيع في بعثك هذه الشاة فإذا هي بقرة لمراعاة الألفاظ في العقود ما أمكن، ولو حلف لا يأكل لحم هذه السخلة فكبرت وأكله لا يحنث، وفارقت نحو دار زيد هذه بأن الإضافة فيها عارضة فلم ينظر إليها بل بمجرد الإشارة الصادقة بالابتداء والدوام، وفي تلك لازمة للزوم الاسم أو الصفة، ولأن زوالها يتوقف على تغيير بعلاج فاعتبرت مع الإشارة وتعلقت بمجموعها، فإذا زالت إحداها لكونها سخلة في ذلك المكان زال المحلوف عليه، وبهذا يعلم أنه لو زال اسم العبد بعثقه واسم الدار بجعلها مسجدا لم يحنث، وإن أشار فالمراد بقولهم السابق تغليبا للإشارة: أي مع بقاء الاسم (إلا أن يريد) الحالف بقوله هذه أو هذا (ما دام ملكه) بالرفع والنصب فلا يحنث بدخول أو تكليم بعد زواله بملك أو طلاق لأنها إرادة قريبة، ويأتي في قبول هذا في حلفه بطلاق أو عتق ما مر، ولو قال ما دام في إجارته وأطلق العراب منه عرفا كما قاله الولي العراقي إنه ما دام مستحقا لمنفعته فتتحل يمينه بإيجاره ذلك لغيره ثم استتجاره منه لانقطاع الديمومة، وأفتى فيمن حلف لا يدخل هذا ما دام فلان فيه فخرج فلان ثم دخل الحالف ثم فلان بأنه لا يحنث باستدامة مكثه لأن استدامة الدخول ليست بدخول، ويحنث بعوده إليه وفلان فيه لبقاء اليمين إن أراد بمدة دوامه فيه ذلك الدوام وما بعده أو أطلق أخذا مما قالوه في لا رأيت منكرا إلا رفعته للقاضي فلان، وأراد ما دام قاضيا من أنه إذا رآه بعد عزله لا يحنث ولا تنحل اليمين لأنه قد يتولى القضاء فيرفعه إليه ويبر، فإن أراد ما دام فيه هذه المرة انحلت بخروجه اهـ. والفرق بين ما هنا ومسألة القاضي ظاهر لأن الديمومة ثم مربوطة بوصف مناسب للمحلوف عليه يطرأ ويزول فأنيط به وهنا بمحل وهو لا يتصور فيه ذلك فأنعدمت بخروجه منه وإن عاد إليه فالمتجه في حالة الإطلاق عدم الحنث كالحالة الأخيرة (ولو حلف لا يدخلها من ذا الباب فنزع) بابها المعلق من خشب أو غيره (ونصب في موضع آخر منها لم يحنث بالثاني) وإن سد الأول (ويحنث بالأول في الأصح) لأن الباب حقيقة في المنفذ مجاز في الخشب، فإن أراد الثاني حمل عليه والثاني على المنصوب فيحنث بالثاني دون الأول والثالث عليهما جميعا (أو لا يدخل بيتا) وأطلق (حنث بكل بيت من طين أو حجر أو آجر أو خشب) أو قصب محكم كما قاله الماوردي (أو خيمة) أو بيت شعر أو جلد وإن كان الحالف حضريا لإطلاق البيت على جميع ذلك حقيقة لغة كما يحنث بجميع أنواع الخبز أو الطعام (وإن اختص بعض النواحي بنوع أو أكثر منه إذ العادة لا تخصص)، وإنما اختص لفظ المرعوس أو المبيض أو نحوهما بما يأتي للقرينة اللفظية وهي تعلق الأكل به، وأهل العرف لا يطلقونه على ما عدا ما يأتي فيها (ولا يحنث بمسجد وحمام وكنيسة وغار جبل) وبيت رحى لأنها لا تسمى في العرف بيوتا مع حدوث أسماء خاصة لها، واسم البيت لا يقع عليها إلا بضرب من التقييد، وما ذكره في غار الجبل ظاهر إذا لم يقصد به الإيواء، أما ما اتخذ منها بيتا للسكن فيحنث به من

اعتاد سكانه كما قاله البلقيني، وبحث الأذرعى أن المراد بالكنيسة محل تعبدهم، أما لو دخل بيتا فيها فإنه يحنث، وقياس ذلك حنثه بخلوة في مسجد لا تعد منه شرعا، وبحث أيضا عدم الحنث بساحة نحو المدرسة والرباط وأبوابها بخلاف بيت فيها، وعلم مما تقرر أن البيت غير الدار، ومن ثم قالوا لو حلف لا يدخل بيت فلان فدخل داره دون بيته لم يحنث أو لا يدخل داره فدخل بيته فيها حنث (أو لا يدخل على زيد فدخل بيتا فيه زيد وغيره حنث) لوجود صورة الدخول حيث كان عالما به ذاكرة للحال مختارا، وخرج بيتا دخوله عليه في نحو مسجد وحمام مما لا يختص به عرفا (وفي قول إن نوى الدخول على غيره دونه لا يحنث) كما يأتي في السلام عليه، وفرق الأول بأن الأقوال تقبل الاستثناء بخلاف الأفعال، ومن ثم صح سلم عليهم إلا زيدا (فلو جهل حضوره فخلاف حنث الناسي) والجاهل والأصح عدم حنثهما كالمكره، نعم لو قال لا أدخل عالما ولا جاهلا حنث وكذا في سائر الصور (قلت: ولو حلف لا يسلم عليه فسلم على قوم هو فيهم) وكان بحيث يسمعه وإن لم يسمعه بالفعل أو كان به جنون بشرط أن لا يكون بحيث يعلم الكلام (واستثناءه) بقلبه (لم يحنث) لما مر (وإن أطلق حنث) إن علم به (في الأظهر والله أعلم) لأن العام يجري على عمومه ما لم يخص وهل يحنث بالسلام عليه من صلاة أو لا؟ ظاهر كلام الرافعي حنثه به وإن لم يقصده، واعتمده ابن الصلاح وجزم به المتولي لكن نازع فيه البلقيني وتبعه الزركشي وغيره قال: لا سيما إذا بعد عنه بحيث لا يسمع سلامه، ومقابل الأظهر المنع لصلاحيه اللفظ للجميع وللبعض.

(فصل)

في الحلف على أكل وشرب مع بيان ما يتناوله بعض المأكولات
لو (حلف لا يأكل) رعوس الشوي اختص بالغنم كما قاله الأذرعى أو لا يأكل (الرعوس) أو لا يشتريها مثلا (ولانية له حنث برعوس) إبل أو رأس لا بيعه على الأصح إذ المراد بلفظ الجمع هنا الجنس، بخلاف ما لو قال رعوسا فلا يحنث إلا بثلاثة (تباع وحدها) أي من شأنها ذلك سواء أعلم عرف بلد الحالف أم لا وهي رعوس البقر والإبل والغنم إذ هو المتعارف (لا طير) وخيل (وحوت وصيد) بري أو بحري كالطباء لأنها لا تفرد بالبيع فلا تفهم من اللفظ عند الإطلاق (إلا) إن كان الحالف (ببلد) أي من أهل بلد علم أنها (تباع فيه مفردة) عن أبدانها لأنها كرعوس الأنعام في حق غيرهم، وظاهر كلامه عدم حنثه بأكلها في غير ذلك البلد وصححه في تصحيح التنبيه، لكن أقوى الوجهين في الشرحين والروضة الحنث وقال إنه الأقرب إلى ظاهر النص وهو المعتمد واحترز بقوله ولانية له عما إذا نوى مسمى الرأس فلا يختص بما تباع وحدها أو نوعا منها لم يحنث بغيره (والبيض) إذا حلف لا يأكله ولانية له (يحمل على مزايل بائضة في الحياة) أي من شأنه أن يفارقه فيها ويؤكل منفردا (كدجاج ونعام وحمام) وبط وإوز وعصافير لأنه المفهوم عند الإطلاق، سواء في ذلك مأكول اللحم وغيره لحل أكله مطلقا كما مر، فعلم أنه يحنث بمتصلب خرج بعد الموت كما لو أكله مع غيره وظهر فيه صورته، بخلاف الناطف، ولو حلف ليأكلن مما في كفه وقد حلف لا يأكل البيض وكان ما في كفه بيض جعل في ناطف وأكل منه ولا حنث عليه (لا) بيض (سمك) لأنه إنما يزياله بعد الموت بشق الجوف وإن بيع ببلد يؤكل فيه منفردا لأنه قد تجدد له اسم آخر وهو البطارخ (وجراد) لأنه لا يؤكل منفردا فإن نوى شيئا عمل به. (واللحم) إذا حلف لا يأكله يحمل عند الإطلاق نظير ما مر (على) مذكى (نعم) وهي الإبل والبقر والغنم (وخيل ووحش وطير) لوقوع اسم اللحم عليها حقيقة، نعم يتجه اعتبار اعتقاد الحالف في حرمة بعضها فلا يحنث به (لا سمك) وجراد لأنه لا يسمى في العرف لحما وإن كان يسماه في اللغة كما في القرآن كما لا يحنث بجلوسه

في الشمس من حلف لا يجلس في سراج وإن سماها الله سراجا، ومن حلف لا يجلس على بساط بجلوسه على الأرض وإن سماها الله بساطا، وعلم مما تقرر عدم حنثه بميتة وخنزير وذئب، هذا كله عند الإطلاق، فإن نوى شيئا حمل عليه، ولا فرق في اللحم بين المشوي والمطبوخ والنيء والقديد (و) لا (شحم بطن) وعين لمخالفتها اللحم اسما وصفة (وكذا كرش وكبد وطحال وقلب) ومخ وأمعاء ورئة (في الأصح) لأنه يصح إطلاق عدم صدق اسم اللحم عليها. والثاني الحنث لأنها في حكم اللحم ولا يحنث بقانصة الدجاجة قطعا ولا بجلد نعم إن رق بحيث يؤكل اتجه الحنث به (والأصح تناوله) أي اللحم (لحم رأس ولسان) أي ولحم لسان والإضافة بيانية: أي ولحما هو لسان وخذ وأكارع لصدق اسم اللحم على ذلك كله والثاني المنع لأن مطلق اللحم لا يقع إلا على لحم البدن، وأما في غيره فبالإضافة كلحم رأس ونحوه (وشحم ظهر وجنب) وهو الأبيض الذي لا يخالطه أحمر لأنه لحم سمين ولهذا يحمر عند الهزال والثاني لا، لأنه شحم. قال تعالى {حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما} فسماه شحما (و) الأصح (أن شحم الظهر لا يتناوله الشحم) لما تقرر أنه لحم بخلاف شحم العين والبطن يتناوله الشحم (وأن الألية والسنام) بفتح أولهما (ليسا شحما ولا لحما) لاختلاف الاسم والصفة. والثاني هما لحمان لقربهما من اللحم السمين (والألية) مبتدأ إذ لا اختلاف في هذا (لا تتناول سناما ولا يتناولها) لاختلافهما كذلك (والدسم) وهو الودك إذا حلف لا يأكله وأطلق (يتناولهما و) يتناول (شحم ظهر) وجنب (وبطن) وعين (وكل دهن) حيواني: أي مأكول كما هو ظاهر أخذا مما مر أنه لا يحنث في اللحم بغير مذكى لصدق الاسم بكل ذلك. ولا يشكل ذكر شحم الظهر هنا بما مر أنه لحم واللحم لا يدخل في الدسم لمنع هذه الكلية بل اللحم الذي فيه دسم يدخل فيه. أما دهن نحو سمسم ولوز فلا يتناولهما على ما قاله البغوي لكن الأقرب خلافه كما هو ظاهر كلام غيره أنه يتناول كل دهن مأكول لا دهن خروج كما صرح به البلقيني، والمتجه عدم تناوله اللبن لأنه لا يسمى دسما في العرف (ولحم البقر يتناول) البقر العراب والبقر الوحشي، (جاموسا) لصدق اسم البقر على كل ذلك، ويفرق بين تناول الإنسي للوحشي هنا دون الربا بأن المدار هنا على مطلق التناول من غير نظر اختلاف أصل أو اسم بخلافه ثم كما يعلم من كلامهم في البابين، وبهذا يظهر عدم تناول الضأن للمعز وعكسه هنا وإن اتحدا جنسا، ثم لأن اسم أحدهما لا يطلق على الآخر لغة ولا عرفا وإن شملهما اسم الغنم المقتضي لاتحاد جنسيهما، وأما الزفر في عرف العوام فيشمل كل لحم ودهن حيواني وببيض ولو من سمك فيتجه حمله على ذلك، ولا يتناول ميتة سمكا ولا جرادا ولا دم كيدا ولا طحالا

(ولو قال مشيرا إلى حنطة لا أكل هذه) ولا نية له (حنث بأكلها) على هيئتها (وبطحنها وخبزها) تغليبا للإشارة ولا يمنع الحنث فتات في الرحي وإناء العجن يدق مدركه أخذا مما مر في أكل نحو هذا الرغيف (ولو قال لا أكل هذه الحنطة) مصرحا بالاسم مع الإشارة (حنث بها مطبوخة) إن بقيت حباتها (ونبئة ومقلية) لوجود الاسم كلا أكل هذا اللحم فجعله شواء إلا إذا هرست أو عصدت (لا بطحينها وسويقها وعجينها وخبزها) لزوال الاسم والصورة، فإن قال لا أكل حنطة لم يحنث بالأربعة ولو حلف لا يأكل بيضا فصار فرخا وأكله لم يحنث (ولا يتناول رطب تمرا ولا بسرا) ولا بلحا ولا طلعا (ولا عنب زيبيا) ولا حصرما (وكذا العكوس) لاختلافها اسما وصفة وأول التمر طلع ثم خلال بفتح المعجمة ثم بلح ثم بسر ثم رطب ثم تمر ولو حلف لا يأكل رطبيا ولا بسرا حنث بالمنصفة أو رطوبة أو بسرة لم يحنث بمنصفة لأنها لا تسمى رطوبة ولا بسرة (ولو قال) ولا نية له (لا أكل هذا الرطب فتتمر فأكله أو لا أكلم ذا الصبي فكلمه) بالغا أو شابا أو (شيخا فلا

حنت في الأصح) لزوال الاسم كما في الحنطة، وكذا لا أكلم هذا العبد فعتق أو لا آكل لحم هذه السخلة فصارت كبشا أو هذا البسر فصار رطبا، والثاني يحنت لأن الصورة لم تتغير وإنما تغيرت الصفة (والخبز يتناول كل خبز) أي كل ما يخبز (كحنطة وشعير وأرز وياقلا) بتشديد اللام مع القصر على الأشهر (وذرة) بمعجمة وهاؤها عوض عن واو أو ياء (وحمص) بكسر ففتح أو كسر وسائر المتخذ من الحبوب وإن لم تعهد ببلده، كما لو حلف لا يلبس ثوبا فإنه يحنت بكل ثوب وإن لم يعهد ببلده وكان سبب عدم نظرهم للعرف هنا بخلافه في نحو المرءوس والبيض أنه هنا لم يطرد لاختلافه باختلاف البلاد فحكمت فيه اللغة بخلاف ذينك، وشمل ما ذكره البقسماط والرقاق دون البسيس، نعم إن خبز ثم بس حنت به (فلو ثرده) بالمثلثة (فأكله حنت) لصدق الاسم، نعم لو صار في المرققة كالحسو فتحساه لم يحنت كما لو دق الخبز اليابس ثم سفه كما بحثه ابن الرفعة لأنه استجد اسما آخر فلم يأكل خبزا.

(ولو حلف لا يأكل سويقا فسفه أو تناوله بأصبع) مبلولة أو حملة على أصبع (حنت) لأنه يعد أكلا إذ القاعدة أن الأفعال المختلفة الأجناس كالأعيان لا يتناول بعضها بعضا فالأكل ليس شربا وعكسه (وإن جعله في ماء فشربه فلا) لأن الحلف على الأكل ولم يوجد، ولو حلف لا أطعم تناول الأكل والشرب جميعا أو لا يذوق شيئا فأدرك طعمه بوضعه في فيه أو مضغه ثم مجه ولم ينزل إلى حلقه حنت، أو حلف لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق فأوجر في حلقه حتى وصل إلى جوفه لم يحنت، أو حلف لا يفطر انصرف إلى الأكل والوقاع ونحوهما لا برده وجنون وحيض ودخول ليل (أو) حلف (لا يشربه فبالعكس) فيحنت في الثانية (أو) حلف (لا يأكل لبنا) حنت بجميع أنواعه من مأكول ولو صيدا حتى نحو الزبد إن ظهر فيه لا نحو جن وأقط ومصل (أو مائعا آخر فأكله بخبز حنت) لأنه كذلك يؤكل (أو شربه فلا) لعدم الأكل (أو) حلف (لا يشربه فبالعكس) فيحنت في الثانية دون الأولى ولو حلف لا يأكل نحو عنب لم يحنت بشرب عصيره ولا بمصه ورمي ثقله أو لا يشرب خمرا لم يحنت بالنيذ كعكسه (أو) حلف (لا يأكل سمنا فأكله بخبز جامدا) كان (أو ذاتيا حنت) لإتيانه بالمحلوف عليه وزيادة وبه يفارق عدم حنت من حلف لا يأكل مما اشتراه زيد فأكل مما اشتراه زيد وعمرو لأنه لم يأكل مما اشتراه زيد خاصة (وإن شرب ذاتيا فلا) يحنت لأنه لم يأكله (وإن أكله في عصيدة حنت إن كانت عينه ظاهرة) أي مرئية متميزة في الحس كما قاله الإمام لوجود اسمه حينئذ بخلاف ما إذا لم تكن متميزة كذلك.

(ويدخل في فاكهة) حلف لا يأكلها ولم ينو شيئا (رطب وعنب ورمان وأترج) بضم أوله وثالثه مع تشديد الجيم ويقال أترنج وترنج وتين ومشمش (ورطب ويابس) من كل ما يتناوله سواء استجد له اسم كتمر وزبيب أم لا كتين لصدق اسمها على جميع ذلك لأنها ما يتفكه: أي يتنعم بأكله مما ليس بقوت، وعطف الرمان والعنب عليها في الآية لا يقتضي خروجهما عنها لأنه من عطف الخاص على العام وزعم أنه يقتضيه خلاف إجماع أهل اللغة كما قاله الأزهري والواحدي والأوجه دخول موز رطب فيها لا يابس وظاهر قولهم رطب وعنب أنه لا حنت بما لم ينضج ويطب فقد صرح في التتمة بعدم دخول بلح وحصرم فيها، نعم هو مقيد بغير ما حلى من نحو بسر ومترطب بعضه قاله البلقيني (قلت: وليمون ونبق) بفتح فسكون أو كسر ونارنج وليمون طريين كما قيده الفارقي ليخرج المملح واليابس وما قيل إن صوابه ليمو بلا نون غلط قاله الزركشي (وكذا بطيخ) هندي أو أصفر (ولب فستق) بضم ثالثه وفتح (وبندق وغيرهما) كجوز ولوز (في الأصح) أما البطيخ فلأن له نضجا وإدراكا كالفواكه وأما الباقي فلعهدها من يابس الفاكهة والثاني المنع إلحاقا للبطيخ بالخيار (لا قثاء وخيار وباذنجان) بكسر المعجمة (وجزر) بفتح أوله وكسره لأنها من الخضراوات لا من الفواكه (ولا

يدخل في الثمار) بالمثلثة (يابس، والله أعلم) لأن التمر اسم للرطب ولا ينافيه دخول اليابس فيها وخروج هذا منه لأن المتبادر من كل ما ذكر (ولو أطلق) في الحلف (بطيخ وتمر) بالمشناة (وجوز لم يدخل هندي) في الجميع للمخالفة في الصورة والطعم والهندي من البطيخ هو الأخضر واستشكل عدم دخوله بأن العرف عند الإطلاق في هذه الديار لا يطلق البطيخ إلا عليه وما سواه يذكر مقيدا، وحينئذ فالأوجه الحنث به. ودعوى أنه لا عبرة بالعرف الطارئ كالعرف الخاص ممنوعة ولا يتناول الخيار خيار الشنبر (والطعام يتناول قوتا وفاكهة وأدما وحلوى) لوقوعه على الجميع لا الدواء كما مر لأنه لا يتناوله عرفا والحلو لا يتناول ما بجنسه حامض كعنب وإجاص ورمان، والحلوى تختص بالمعمولة من حلو (ولو قال لا أكل من هذه البقرة تناول لحمها) لأنه المفهوم من ذلك (دون ولد ولبن) فلا يتناولهما، بخلاف ما سواهما مما مر في اللحم إذ الأكل منها يشمل جميع ما هو من أجزائها الأصلية التي تؤكل (أو) لا يأكل (من هذه الشجرة فثمر) منها مأكول هو الذي يحنث به (دون ورق وطرف غصن) حملا على المجاز المتعارف لتعذر الحقيقة عرفا ويلحق به الجمار كما قاله البلقيني، ولو حلف لا يشرب من النيل أو من ماء النيل حنث بالشرب منه بيده أو فيه أو في إناء أو كرع منه، أو لا أشرب ماء النيل أو ماء هذا النهر أو الغدير لم يحنث بشرب بعضه

(فصل)

في مسائل منشورة ليقاس بها غيرها

لو (حلف لا يأكل هذه الثمرة فاختلطت بتمر فأكله إلا ثمرة) أو بعضها وشك هل هي المحلوف عليها أو غيرها (لم يحنث) لأن الأصل براءة ذمته من الكفارة والورع أن يكفر. فإن أكل الكل حنث لكن من آخر جزء أكله فيعتد في حلفه بطلاق من حينئذ لأنه المتيقن (أو) حلف (ليأكلنها فاختلطت) بتمر وانبهمت (لم يبر إلا بالجميع) أي أكله لاحتمال كون المتروكة هي المحلوف عليها فاشتراط تيقن أكلها، ومن ثم لو اختلطت بجانب من الصبرة أو مما هو بلونها وغيره وقد حلف لا يأكلها لم يحنث لا بأكله مما في جانب الاختلاط وما هو بلونها فقط (أو ليأكلن هذه الرمانة فإنما يبر بجميع حبا) أي أكله لتعلق اليمين بالكل، ولهذا لو قال لا أكلها فترك حبة لم يحنث، ومر في فتات خبز يدق مدركه أنه لا عبرة به فيحتمل مجيء مثله في حبة رمانة يدق مدركها ويحتمل خلافه، ويفرق بأن من شأن الحبة أنه لا يدق إدراكها بخلاف فتات الخبز، ومن ثم كان الأوجه في بعض الحبة التفصيل كفتات الخبز أو لا يلبس هذا الثوب فسل منه خيطا لم يحنث، وفارق لا أساكنك في هذه الدار فانهدم بعضها وساكنه في الباقي بأن المدار هنا على صدق المساكنة ولو في جزء من الدار وثم على لبس الجميع ولم يوجد، ولو حلف لا أركب هذا الحمار أو السفينة فقطع منه جزء وقطع منها لوح مثلا ثم ركب ذلك حنث، أو لا أكلم هذا فقطع أكثر بدنه فكذلك إذ القصد هنا النفس وهي موجودة ما بقي المسمى، ولا كذلك اللبس لأن المدار فيه على ملابسة البدن لجميع أجزائه، ولهذا لو حلف لا يلبس هذا الثوب فسل منه خيطا لم يحنث كما مر (أو لا يلبس هذين لم يحنث بأحدهما) لأن الحلف عليهما (فإن لبسهما معا أو مرتبا حنث) لوجود لبسهما (أو لا يلبس هذا ولا هذا حنث بأحدهما) لأنهما يمينان حتى لو حنث في أحدهما بقيت اليمين منعقدة على الآخر، فإن وجد وجبت كفارة أخرى لأن العطف مع تكرر لا يقتضي ذلك، فإن أسقط لا كان قال لا أكل هذا وهذا، أو لا أكلن هذا وهذا أو اللحم والعنب تعلق الحنث في الأولى والبر في الثانية بهما، وما تقرر من أن الإثبات كالنفي الذي لم يعد معه حرفه هو الظاهر كما قاله البارزي، وما نقله في الروضة عن المتولي من أنه كالمنفي المعاد معه حرفه حتى تتعدد اليمين لوجود حرف العطف فيه

توقف فيه، ثم قال: ولو أوجب حرف العطف تعدد اليمين في الإثبات لأوجبه في النفي: أي غير المعاد معه حرفه انتهى. والمعتمد الأول من أنه يمين واحدة بناء على الصحيح عند النحويين أن العامل في الثاني هو العامل في الأول بتقوية حرف العطف، وكلام المتولي مبني على المرجوح عندهم أن العامل في الثاني فعل مقدر ولو عطف بالفاء أو بضم عمل بقضية كل من ترتيب بمهملة أو عدمها سواء أكان نحويًا أم لا كما هو مقتضى إطلاقه.

(أو ليأكلن ذا الطعام) أو ليقضين حقه أو ليسافرن (غدا فمات قبله) أي الغد لا يقتله نفسه (فلا شيء عليه) لأنه لم يبلغ زمن البر والحنث (وإن مات) أو نسي (أو تلف الطعام) أو بعضه (في الغد بعد تمكنه) من قضائه أو السفر أو (من أكله) بأن أمكنه إيساغته ولو مع شبعه حيث لا ضرر عليه فيه كما علم مما مر في مبحث الإكراه، وما اقتضاه إطلاق بعضهم من كون الشيع عذرا محمول على ما تقرر (حنث) لأنه فوت البر باختياره حينئذ، ومن ثم كان قتله لنفسه قبل الغد مقتضيا لحنثه لأنه مفوت لذلك أيضا، وكذا لو تلف الطعام قبله بتقصيره كان أمكنه دفع أكله فلم يدفعه (و) في موته أو نسيانه (قبله) أي التمكن من ذلك (قولان كمكره) والأظهر عدمه لعذره وحيث أطلقوا قول المكره فمرادهم الإكراه على الحنث فقط، أما إذا أكره على الحلف فلا حنث عليه اتفاقا (وإن أتلفه) عامدا عالما مختارا (بأكل وغيره) كأدائه الدين في الصورة التي قدمناها ولم ينو أنه لا يؤخر أداءه عن الغد (قبل الغد) أو بعده وقبل تمكنه منه (حنث) لتفويته البر باختياره، ومر أن تقصيره في تلفه كإتلافه له، ثم الأصح أنه إنما يحنث بعد مجيء الغد ومضي زمن يمكنه فيه ذلك المحلوف عليه فلو مات قبل ذلك لم يحنث (وإن تلف) الطعام بنفسه (أو أتلفه أجنبي) قبل الغد أو التمكن ولم يقصر فيهما كما مر (فكمكره) فلا يحنث إذ لا يفوت البر باختياره، وما تقرر من إلحاق مسألة لأقضين حقه أو لأسافرن بمسألة الطعام فيما ذكر فيها هو القياس، كما لو حلف بالطلاق الثلاث ليسافرن في هذا الشهر ثم خال بعد تمكنه من الفعل فإنه يقع عليه الثلاث قبل الخلع ويتبين بطلانه لتفويته البر باختياره كما مر مبسوطا في كتاب الطلاق. (أو لأقضينك حقا) ساعة يبقي لكذا فباعه مع غيبة رب المدين حنث، وإن أرسله إليه حالا لتفويته البر باختياره ببيعه ذلك مع غيبة المستحق أو إلى زمن فمات بعد تمكن من قضائه حنث قبيل موته لأن لفظ الزمن لا يعين وقتا فكان جميع العمر مهلته، وإنما وقع الطلاق بعد لحظة في أنت طالق بعد حين أو إلى زمن لأنه تعليق فتعلق بأول ما يسمى زمنا وما هنا وعد وهو غير مختص بأول ما يقع عليه الاسم، وقضيته عدم الفرق هنا بين بالله والطلاق، أو إلى أيام فتلاثة أو (عند) أو مع (رأس الهلال) أو أول الشهر (فليقضه عند غروب الشمس آخر) ظرف لغروب لا يقض لفساد المعنى المراد، ولا يصح كونه بدلا لإبهامه، إذ آخر الذي هو المقصود بالحكم أصالة يطلق على نصفه الآخر واليوم الأخير وآخر لحظة منه (الشهر) الذي وقع الحلف فيه أو الذي قبل المعين لاقتضاء عند ومع المقارنة فاعتبر ذلك ليقع القضاء مع أول جزء من الشهر، والمراد الأولية الممكنة عادة لاستحالة المقارنة الحقيقية (فإن قدم) القضاء على ذلك (أو مضى بعد الغروب قدر إمكانه) العادي ولم يقض (حنث) لتفويته البر باختياره ومحل ذلك حيث لا نية له فإن نوى أن لا يأتي رأس الهلال إلا وقد خرج عن حقه لم يحنث بالتقديم (وإن شرع في) العد أو الذرع أو (الكيل) أو الوزن أو غير ذلك من المقدمات (حينئذ) أي حين غروب الشمس (ولم يفرغ لكثرتة إلا بعد مدة لم يحنث) لأنه أخذ في القضاء عند ميقاته، والأوجه كما بحثه الأذرعى اعتبار تواصل نحو الكيل فيحنث بتخلل فترات تمنع تواصله بلا عذر نعم لو حمل حقه إليه من الغروب ولم يصل منزله إلا بعد ليلة لم يحنث كما لا يحنث بالتأخير لشكه

في الهلال. (أو لا يتكلم فسبح) أو هلك أو حمد أو دعا بما لا يبطل الصلاة كان لا يكون محرماً ولا مشتملاً على خطاب مخلوق غير النبي صلى الله عليه وسلم (أو قرأ) ولو خارج الصلاة (قرآناً) وإن كان جنباً (فلا حنث) بخلاف ما عدا ذلك فإنه يحنث به أي إن أسمع نفسه أو كان بحيث يسمع لولا العارض كما هو قياس نظائره لانصراف الكلام عرفاً إلى كلام الأدميين في محاوراتهم ومن ثم لا تبطل الصلاة بذلك لأنه ليس من كلامهم، ودعوى أن نحو التسييح يصدق عليه كلام لغة وعرفاً وهو لم يحلف لا يكلم الناس بل لا يتكلم ترد بأن عرف الشرع مقدم، وقد علم من الخبر أن هذا لا يسمى كلاماً عند الإطلاق، على أن العادة المطردة أن الحالفين كذلك إنما يريدون غير ما ذكر، وكفى بذلك مرجحاً، وكذا نحو بعض التوراة والإنجيل. (أو لا يكلمه فسلم عليه) ولو من صلاة كما مر أو قال له قم مثلاً أو دق عليه الباب، فقال له عالماً به من (حنث) إن سمعه، وهل يشترط حينئذ فهمه لما سمعه ولو بوجه أو لا؟ كل محتمل. وقضية اشتراطهم سمعه الأول، والأوجه أنه لو كان بحيث يسمعه، لكن منع منه عارض كان كما لو سمعه، ولو عرض له كان خاطب جداراً بحضرته بكلام ليفهمه به أو ذكر كلاماً من غير أن يخاطب أحداً به اتجه جريان ما ذكر في التفصيل في قراءة آية في ذلك (وإن كاتبه أو راسله أو أشار إليه بيد أو غيرها فلا) حنث عليه وإن كان أخرس أو أصم (في الجديد) لانتفاء كونها كلاماً عرفاً وإن كانت لغة وبها جاء القرآن والقديم نعم لقوله تعالى {وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحياً أو من وراء حجاب أو يرسل رسولاً} فاستثنى الرسالة من التكلم وقوله تعالى {أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا} فاستثنى الرمز من الكلام فدل على أنهما منه، نعم إن نوى شيئاً مما مر حنث به لأن المجاز يقبل إرادته بالنية وجعلت نحو إشارة الأخرس في غير هذا ونحوه كعبارته للضرورة (وإن قرأ آية أفهمه بها مقصوده وقصد قراءة) ولو مع قصد التفهيم (لم يحنث) لعدم تكليمه (وإلا) بأن قصد التفهيم وحده أو لم يقصد شيئاً (حنث) لأنه كلمه، وما نوزع به صورة الإطلاق مردود بإباحة القراءة حينئذ للجنب الدالة على أن ما تلفظ به كلام لا قرآن.

ولو حلف ليشين على الله بأجل الثناء وأعظمه فطريق البر أن يقول: سبحانك لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك، فلو قال: أحمده بمجامع الحمد أو بأجلها فإنه يقول: الحمد لله حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده، أو لأصلين على النبي صلى الله عليه وسلم أفضل صلاة فيما يقال عقب التشهد فيها. ولو قيل له كلم زيدا اليوم فقال والله لا كلمته انعقدت على الأبد ما لم ينو اليوم، فإن كان في طلاق وقال أردت اليوم قبل في الحكم أيضاً للقرينة. (أو لا مال له) وأطلق أو عمم (حنث بكل نوع) من أنواع المال له (وإن قل) إذا كان متمولاً كما قاله البلقيني والأذرعي (حتى ثوب بدنه) لصدق اسم المال به، نعم لا يحنث بملكه لمنفعة لانتفاء تسميتها مالا حالة الإطلاق (ومدبر) له لا لمورثه إذا تأخر عتقه خلافاً لبعضهم (ومعلق عتقه بصفة) وأم ولد (وما أوصي) له (به) لأن الكل ملكه (ودين حال) ولو على معسر وجاحد بلا بينة. قال البلقيني: إلا إن مات لأنه صار في حكم العدم، وفيه نظر لاحتمال تبرع آخر بوفائه عنه أو يظهر له بعد بنحو فسخ بيع ويفرض عدمه هو باق له من حيث أخذه بدله من حسنات المدين فالمتجه إطلاقهم، وكونه لا يسمى مالا الآن ممنوع (وكذا مؤجل في الأصح) لثبوته في الذمة وصحة الاعتياض والإبراء عنه ولوجوب الزكاة فيه، وأخذ البلقيني من ذلك عدم حنثه بماله على مكاتبه لأنه ليس بثابت في الذمة بدليل عدم صحة الاعتياض عنه، والمكاتب متمكن من إسقاطه متى شاء، ولا يجب فيه زكاة. وجزم الشيخ به في شرح منهجه مردود إذ لم يخرج عن كونه مالا، ولا أثر هنا لتعرضه للسقوط ولا لعدم وجوب زكاته وعدم الاعتياض هنا لأنه لمانع آخر لا لانتفاء كون ذلك مالا. والثاني المنع لأن

المالية صفة لموجود ولا موجود ههنا، (لا مكاتب) كتابة صحيحة (في الأصح) لأنه كالخارج عن ملكه، إذ لا يملك منافعه ولا أرش جناية عليه، ولذا لم يعد هنا مالا وإن عدوه في الغصب ونحوه مالا وبه يعلم أنه لا أثر لتعجيزه بعد اليمين. والثاني يحنث لأنه قن ما بقي عليه درهم، ولا يحنث أيضا بزوجه واختصاص، وفي مال غائب وضال ومغصوب وانقطع خبره وجهان: أصحهما حنثه بذلك لثبوته في الذمة، ولا نظر لعدم تمكنه من أخذه، وقد جزم به في الأنوار.

ومثل ما ذكر المسروق (أو ليضرينه فالبر) إنما يحصل (بما يسمى ضربا) فلا يكفي مجرد وضع اليد عليه (ولا يشترط إيلام) إذ الاسم صادق بدونه، ولا ينافيه ما في الطلاق من اشتراطه لأنه محمول على كونه بالقوة، وما هنا من نفيه محمول على حصوله بالفعل (إلا أن يقول) أو نوى (ضربا شديدا) أو موجعا مثلا فيشترط حينئذ إيلامه عرفا، ومعلوم أنه يختلف بالزمن وحال المضروب (وليس وضع سوط عليه وعض) وقرص (وخنق) بكسر النون (ونتف شعر ضربا) لانتفاء تسميته بذلك عرفا (قيل: ولا لطم) لوجه بباطن الراحة (ووكز) وهو الضرب باليد مطبقة أو الدفع ولو بغير اليد ورفس ولكم وصفع لأنها لا تسمى في العادة ضربا، والأصح في الجميع أنها ضرب وأنها تسماه عادة، ومثلها الرمي بنحو حجر أصابه كما جزم به الخوارزمي (أو ليضرينه مائة سوط أو خشبة فشد مائة) من السياط في الأولى ومن الخشب في الثانية، ولا يقوم أحدهما مقام الآخر (وضربه بها ضربة أو) ضربه (بعثكال) وهو الضغث في الآية (عليه مائة شمراخ بر إن علم إصابة الكل أو) علم (تراكم بعض) منها (على بعض فوصله) بسبب التراكم (ألم الكل) وعبر في الروضة بدله بثقل الكل، وادعى بعضهم أحسنيتها لما مر من عدم اشتراط الإيلام، وردده بعض آخر بأن ذكر العدد هو قرينة ظاهرة على الإيلام فيكون كقوله ضربا شديدا، هذا والأوجه الأخذ بإطلاقهم في عدم اشتراط الإيلام بالفعل وإن ذكر العدد، وكلامه صريح في أجزاء العثكال في قوله مائة سوط، وهو ما قاله جمع، وصوبه الإسنوي لكن المعتمد ما صحاه في الروضة كأصلها أنها لا تكفي لأنه ليس بسياط ولا من جنسها (قلت: ولو شك) أي تردد باستواء أو مع ترجيح الإصابة (في إصابة الجميع بر على النص والله أعلم) لأن الظاهر الإصابة وفارق ما لو مات المعلق بمشيئته وشك في صدورها منه فإنه كتحقق العدم على ما مر فيه في الطلاق بأن الضرب سبب ظاهر في الانكباس، والمشية لا أمانة عليها ثم والأصل عدمها، فلو ترجح عدم إصابة الكل بر أيضا خلافا للإسنوي في المهمات إحالة على السبب الظاهر مع اعتضاده بأن الأصل براءة الذمة من الكفارة.

(أو ليضرينه مائة مرة) أو ضربة (لم يبر بهذا) أي المشدودة والعثكال لأنه جعل العدد مقصودا، والأقرب عدم اشتراط تواليها وإنما اشترط كالإيلام في الحدود والتعازير لأن القصد منها الزجر والتنكيل (أو لا) أخليك تفعل كذا حمل على نفي تمكينه منه بأن يعلم به ويقدر على منعه منه، أو لا (أفارك حتى أستوفي) حقي منك (فهرب) يعني ففارقه المحلوف عليه ولو بغير هرب كما يعلم مما يأتي (ولم يمكنه اتباعه لم يحنث) بخلاف ما إذا أمكنه اتباعه فإنه يحنث (قلت: الصحيح لا يحنث إذا أمكنه اتباعه، والله أعلم) لأنه إنما حلف على فعل نفسه فلم يحنث بفعل غريمه، سواء أمكنه اتباعه أم لا ولا ينافيه مفارقة أحد المتبايعين الآخر في المجلس حيث ينقطع به خيارهما مع تمكنه من اتباعه لأن التفريق متعلق بهما ثم لا هنا ولهذا لو فارقه هنا بإذنه لم يحنث أيضا، لو أراد بالمفارقة ما يشملهما حنث. ولو حلف لا يطلق غريمه فهل هو كلا أفارقه أو لا أخلي سبيله حتى يحنث بإذنه له في المفارقة وبعدم اتباعه المقذور عليه إذا هرب، الأوجه فيما سوى مسألة الهرب الثاني وفيها عدم الحنث لأن المتبادر لا بأشهر إطلاقه

وبالإذن باشره بخلاف عدم اتباعه إذا هرب (وإن فارقه) الحالف (أو وقف حتى ذهب) المحلوف عليه (وكانا ماشيين) حنث لأن المفارقة منسوبة إليه وقد أحدثها في الصورة الثانية بوقوفه. أما إذا كانا ساكنين فابتدأ الغريم بالمشي فلا حنث كما مر (أو أبرأه) حنث لأنه فوت البر باختياره (أو احتال) به (على غريم) لغريمه أو أحال به على غريم (ثم فارقه) أو حلف ليعطينه دينه يوم كذا ثم أحاله به أو عوضه عنه حنث لأن الحوالة ليست استيفاء ولا إعطاء حقيقة وإن أشبهته، نعم إن نوى عدم مفارقتها له وذمته مشغولة بحقه لم يحنث كما لو نوى بالإعطاء أو الإيفاء براءة ذمته من حقه ويقبل قوله في ذلك ظاهراً وباطناً، ولو تعوض أو ضمنه له ضامن ثم فارقه لظنه صحة ذلك اتجه عدم حنثه لأنه جاهل (أو أفلس ففارقه ليوسر حنث) لوجود المفارقة منه وإن لزمته كما لو قال لا أصلي الفرض فصلاه فإنه حنث، نعم لو ألزمه الحاكم بمفارقتها لم يحنث كالمكره (وإن استوفى وفارقه فوجده) أي ما أخذه منه (ناقصاً، فإن كان جنس حقه لكنه أردأ) منه (لم يحنث) لأن الرداءة لا تمنع الاستيفاء، وتقييد ابن الرفعة تبعاً للماوردي ذلك بما إذا كان التفاوت يسيراً بحيث يتسامح به عرفاً محل نظر لأن ذلك لا يمنع الاستيفاء (وإلا) بأن لم يكن جنس حقه بأن كان حقه دراهم فخرج المأخوذ نحاساً أو مغشوشاً (حنث عالم) بذلك عند المفارقة لأنه فارقه قبل الاستيفاء (وفي غيره) وهو الجاهل به حينئذ (القولان) في حنث الجاهل أظهرهما عدمه. (أو) حلف (لا رأى منكراً) أو نحو لغط (إلا رفعه إلى القاضي فرأى) منكراً (وتمكن) من رفعه له (فلم يرفعه) أي لم يوصله بنفسه ولا غيره بلفظ أو كتابة أو رسالة خبره له في محل ولايته لا في غيره إذ لا فائدة له (حتى مات) الحالف (حنث) قبيل موته لتفويته البر باختياره، والمتجه اعتبار كونه منكراً باعتقاد الحالف دون غيره، وأن الرؤية من الأعمى محمولة على العلم ومن بصير على رؤية البصر (ويحمل) القاضي في لفظ الحالف حيث لانية له (على قاضي البلد) أي بلد الحلف لا بلد الحالف فيما يظهر نظير ما مر في مسألة الرءوس، ولو اتحد قاضيهما فرأى المنكر بأحدهما أو بغيرهما فالمتجه أنه لا بد من رفعه إليه لأن القصد من هذه اليمين التوصل إلى طريق إزالته (فإن عزل فالبر في الرفع إلى) القاضي (الثاني) لأن التعريف بال يعمه ويمنع التخصيص بالموجود حالة الحلف، فإن تعدد في البلد تخير وإن خص كل بجانب فلا يتعين قاضي شق فاعل المنكر خلافاً لابن الرفعة، إذ رفع فعل المنكر للقاضي منوط بإخباره به لا بوجوب إجابة فاعله، ومعلوم أن إزالته ممكنة منه. ولو رآه بحضرة القاضي فالمتجه أنه لا بد من إخباره به لأنه قد يتيقظ له بعد غفلته عنه ولو كان فاعل المنكر القاضي، فإن كان ثم قاضٍ آخر رفعه إليه وإلا لم نكلفه كما هو الظاهر بقوله رفعت إليك نفسك لأن هذا لا يراد عرفاً من لا رأيت منكراً إلا رفعته إلى القاضي (أو إلا رفعه إلى قاضٍ بر بكل قاضٍ) بكل بلد كان لصدق الاسم وإن حصلت له الولاية بعد الحلف (أو إلى القاضي فلان فرأه) أي الحالف المنكر (ثم) لم يرفعه إليه حتى (عزل، فإن نوى ما دام قاضياً حنث) بعزله (إن أمكنه رفعه) إليه قبله (فتركه) لأنه فوت البر باختياره، ولا ينافيه ما في الروضة من عدم حنثه لتمكنه من الرفع إليه بعد ولايته ثانياً لأنه عبر في الكتاب هنا بالديمومة وهي تنقطع بعزله، ولم يعبر في الروضة بها فافترقا، ولا يقال: إن الظرف في لا رأيت منكراً إلا رفعته إلى القاضي فلان ما دام قاضياً، إنما هو ظرف للرفع والديمومة موجودة في رفعه إليه حال القضاء، لأن كلامهم في نحو لا أكلمه ما دام في البلد فخرج ثم عاد يقتضي أنه لا بد من بقاء الوصف المعلق بدوامه من الحلف إلى الحنث، فمتى زال بينهما فلا حنث عملاً بالمتبادر من عبارته. (وإلا) بأن لم يتمكن من الرفع إليه لنحو حبس أو مرض أو تحجب القاضي ولم تمكنه مراسلة ولا كتابة (فكمكره) فلا يحنث (وإن لم ينو) ما دام قاضياً (بر برفع إليه بعد

عزله) سواء أنوى عينه أم لم ينو شيئاً لتعلق اليمين بعينه، وذكر القضاء للتعريف فأشبه قوله لا أدخل دار زيد هذه فباعها ثم دخلها فإنه يحنث تغليبا للعين، مع أن كلا من الوصف والإضافة يطرأ ويزول، وبذلك فارق ما مر في لا أكلم هذا العبد فكلمه بعد عتقه لأن الرق ليس من شأنه أن يطرأ ويزول، ولو حلف لا يسافر بحرا شمل ذلك النهر العظيم كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى، فقد صرح الجوهري في صحاحه بأنه يسمى بحرا، قال: فإن حلف ليسافرن بر بقصير السفر، والأقرب الاكتفاء بوصوله محلا يترخص منه المسافر، وإنما قيدوا ذلك بما يتنفل فيه المسافر على الدابة لأن ذاك رخصة تجوزها الحاجة ولا حاجة فيما دون ذلك.

(فصل)

في الحلف على أن لا يفعل كذا

لو (حلف) لا يشتري عينا بعشرة فاشترى نصفها بخمسة ثم نصفها بخمسة فهل يحنث أو لا؟ الأوجه الثاني سواء قال لا اشتري قنا مثلا أو لا اشتري هذا لأنه لم يصدق عليه عند شراء كل جزء الشراء بالعشرة، وكونها استقامت عليه بعشرة لا يفيد لأن المدار في الأيمان غالبا عند الإطلاق على ما يصدق عليه اللفظ، فلا يقال: القصد عدم دخولها في ملكه بعشرة وقد وجد، أو (لا يبيع أو لا يشتري فعقد لنفسه أو غيره) بوكالة أو ولاية عقدا صحيحا لا فاسدا (حنث) لظهوره في الأول وشمول اللفظ لذلك في الثاني، نعم يحنث في الحج بفاسده ولو ابتداء بأن أحرم بعمره فأفسدها ثم أدخله عليها لأنه كصحيحه لا بباطله، ولو قال لا أبيع فاسدا فباع فاسدا ففيه وجهان أوجههما كما رجحه الإمام الحنث ومال إليه الأذرعى وغيره وإن كان ظاهر كلامهما عدمه وجزم به في الأنوار (ولا يحنث بعقد وكيله له) لأنه لم يعقد، وأخذ الزركشي من تفريقهم بين المصدر وأن والفعل في قولهم يملك المستعير أن ينتفع فلا يؤجر والمستأجر المنفعة فيؤجر أنه لو أتى هنا بالمصدر كلا فعل الشراء أو الزرع حنث بفعل وكيله، وفيه نظر، بل لا يصح لأن الكلام ثم في مدلول ذينك اللفظين شرعا وهو ما ذكره فيهما، وهنا في مدلول ما وقع في لفظ الحالف وهو في لا أفعل الشراء ولا اشتري وفي حلفت أن لا اشتري واحد وهو مباشرته للشراء بنفسه. (أو) حلف (لا يزوج أو لا يطلق أو لا يعتق أو لا يضرب فوكل من فعله لا يحنث) لأن حلفه على فعل نفسه ولم يوجد سواء في ذلك أكان لائقا بالحالف فعله بنفسه ويحسنه أو لا وسواء أكان حاضرا فعل الوكيل أم لا، وإنما جعلوا إعطاء وكيلها بحضرتها. بإعطائها كما مر في الخلع في إن أعطيتني لأنه حينئذ يسمى إعطاء، وأوجبوا التسوية بين الموكل وخصمه في المجلس بين يدي القاضي، ولم ينظروا للوكيل لكسر قلب الخصم بتميز خصمه حقيقة وهو الموكل عليه (إلا أن يريد أن لا يفعل هو ولا غيره) فيحنث بالتوكيل في كل ما ذكر لأن المجاز المرجوح يصير قويا بالنية والجمع بين الحقيقة والمجاز. قاله الشافعي وغيره وإن استبعده أكثر الأصوليين، ولو حلف لا يبيع ولا يوكل لم يحنث ببيع وكيله قبل الحلف لأنه بعده لم يوكل ولم يباشر، وأخذ منه البلقيني أنه لو حلف لا تخرج زوجته إلا بإذنه وكان أذن لها قبل الحلف في الخروج إلى موضع معين فخرجت إليه بعد اليمين لم يحنث، وفي ذلك نظر، والأقرب الحنث (أو لا ينكح) ولا نية له (حنث بعقد وكيله له) لأن الوكيل في النكاح سفير محض ولهذا يتعين إضافة القبول له كما مر، ولو حلفت مجبرة لا تتزوج لم تحنث بتزويج المجر لها بخلاف ما لو زوجت الثيب بإذنها لوليها. قاله البلقيني. وما أفتى به من عدم حنث من حلف لا يراجع فوكل من راجع له مفرع على رأيه أنه لا يحنث بتزويج الوكيل له من حلف لا يتزوج وهو مردود، والقول بذلك لأنهم اغتفروا فيها لكونها استدامة ما لا يغتفر في الابتداء ليس بشيء (لا بقبوله) هو (لغيره) لما مر أنه سفير

محض فلم يصدق عليه أنه نكح، نعم لو نوى أنه لا يفعل ذلك لنفسه ولا لغيره حنث كما علم مما مر، أما لو نوى بما ذكر الوطاء لم يحنث بعقد وكيله لما مر من أن المجاز يتقوى بالنية (أو لا يبيع). (أو لا يؤجر مثلا مال زيد) أو لزيد مالا خلافا للبلقيني في الفرق بينهما ومن ثم تعين في لا تدخل لي دارا أن لي حالا من دارا قدم عليها لكونها نكرة وليس متعلقا بتدخل لأن ذلك هو المتبادر من هذه العبارة فيحنث بدخول دار الحالف وإن كان فيها ودخل لغيره لا دار غيره وإن دخل له (فباعه بإذنه) أو إذن نحو ولي أو حاكم أو بظفر مع علمه بكونه مال زيد. والحاصل أن يبيعه ببيع صحيحا (حنث) لصدق الاسم (وإلا) بأن باعه بباطلا (فلا) حنث لما مر من أن العقد عند الإطلاق مختص بالصحيح وكذا العبادات إلا الحج (أو لا) يتبرع وأطلق شمل كل تبرع من نحو صدقة وعتق ووقف وإبراء لا نحو زكاة أو لا (يهب له) أي لزيد (فأوجب له) العقد (فلم يقبل لم يحنث) لعدم تمام الهبة ويجري هذا في كل عقد يحتاج لإيجاب وقبول (وكذا إن قبل ولم يقبض في الأصح) لا يحنث لأن مقصود الهبة نقل الملك ولم يوجد، والثاني يحنث لأن الهبة قد حصلت والمتخلف الملك.

(ويحنث) من حلف لا يهب (بعمري ورقبي وصدقة) مندوبة لا واجبة كندى وزكاة وكفارة وبهدية لأنها أنواع من الهبة (لا إغارة) إذ لا ملك له فيها وضيافة (ووصية) لأنها جنس مغاير للهبة (ووقف) لأن الملك فيه له تعالى، وما بحثه البلقيني من حنثه بعين موجودة حال الوقف عليه يملكها الموقوف عليه كصوف البهيمة ووبرها ولبنها لأنه ملك أعيانا بغير عوض محل توقف، والأوجه خلافه لأنها وقعت تابعة غير مقصودة (أو لا يتصدق) حنث بصدقة فرض وتطوع ولو على غير ذمي وبعثت ووقف لأنه يسمى صدقة وإبراء، فإن أتى بعارية أو ضيافة أو قرض أو قراض وإن ظهر فيه ربح فيما يظهر فلا ولم (يحنث) بهدية ولا (بهبة في الأصح) لأنها لاقتضائها التمليك لا تسمى صدقة ولهذا حلت له صلى الله عليه وسلم بخلاف الصدقة، وفارق عكسه بأن الصدقة أخص فكل صدقة هبة ولا عكس، نعم إن نوى بالهبة الصدقة حنث، والثاني لا يحنث كما لو حلف لا يهب فتصدق (أو لا يأكل طعاما اشتراه زيد لم يحنث بما اشتراه) زيد (مع غيره) يعني هو وغيره معا أو مرتبا كأن اشترى مشاعا ولو بعد إفراز حصته كما اقتضاه إطلاقهم لأن كل جزء منه لم يختص زيد بشرائه، واليمين محمولة على ما يتبادر منها من اختصاص زيد بشرائه، ومن ثم لو حلف لا يدخل دار زيد لم يحنث بدخول دار شركة بينه وبين غيره وخرج بالإفراز ما لو اقتسما قسمة رد كأن اشترى بطيخة ورمانة فتراضيا برد إحدى الحصتين فيحنث لأن هذه القسمة بيع فيصدق أن زيدا اشتراه وحده (وكذا لو) قال) في يمينه لا أكل (من طعام اشتراه زيد في الأصح) لما تقرر. (ويحنث بما اشتراه) زيد (سلما) وبما ملكه بإشراك وتولية لأنها أنواع من المبيع، وعدم انعقادها بلفظه إنما هو لما فيها من الخصوصية وإن كانت بيوعا حقيقة، إذ الخاص فيه قدر زائد على العام فلا يصح إيراده بلفظ العام لفوات المعنى الزائد فيه على العام، وصورته في الإشراك أن يشتري بعده الباقي ويأتي في الإفراز هنا ما مر وبما اشتراه لغيره بوكالة لا بما اشتراه له وكيله أو عاد إليه بنحو رد بعيب أو إقالة أو صلح أو قسمة ليس فيها لفظ بيع لأنها لا تسمى بيوعا حالة الإطلاق (ولو اختلط) فيما لو حلف لا يأكل طعاما أو من طعام اشتراه زيد إذ التنكير يقتضي الجنسية فلم يشترط أكل الجميع (ما اشتراه) زيد وحده (بمشتري غيره) يعني مملوكه ولو بغير شراء (لم يحنث حتى يتيقن) أي يظن (أكله من ماله) بأن أكل قدرا صالحا كالكف ونحوه لأنه به يعلم الحنث بخلاف نحو عشرين حبة، ولا ينافيه ما مر من أنه لو حلف لا يأكل ثمرة واختلطت بتمر فأكله إلا واحدة لم يحنث لانتفاء تيقنه أو ظنه عادة ما بقيت ثمرة ولا كذلك هنا. ولو نوى هنا نوعا مما ذكر تعلق

الحنث به (أو لا يدخل دارا اشتراها زيد لم يحنث بدار أخذها) أو بعضها (بشفعة) لأن الأخذ بها لا يسمى شراء عرفا ولا شرعا، ويتصور أخذ جميع الدار بها بأن يكون بشفعة الجوار ويحكم بها حاكم يراه وبأن يملك إنسان نصف دار ويبيع شريكه نصفها فيأخذ بها ثم يبيع ما لم يملكه بها لآخر فيبيعه المشتري لآخر فيأخذ الشريك بها فيصدق حينئذ أنه أخذ جميعها بها ولو حلف لا يلبس حليا حنث بخلخال وسوار ودملج وطوق وخاتم ذهب وفضة أو لا يلبس خاتما لم يحنث بلبسه في غير الخنصر ولو من عليه رجل فحلف لا يشرب له ماء من عطش فشرب له ماء من غير عطش أو أكل له خبزا أو لبس له ثوبا لم يحنث أو لا صليت فأحرم بفرض أو نفل حنث إلا صلاة الجنابة فلا حنث بها كما قاله القفال لعدم إطلاق العرف اسم الصلاة عليها أو لينفردن بعبادة الله تعالى، فإما أن يطوف بالبيت منفردا أو يقوم بالإمامة العظمى أو ليتزوج سرا فتزوج بولي وشاهدي عدل حنث لأن التزويج لا يصح بدون ذلك أو لا يكتب بهذا القلم وكان مبريا فكسر برأيته واستأنف برأية أخرى لم يحنث لأن القلم اسم للمبري لا للقصة، وكذا لو حلف لا يقطع بهذه السكين ثم أبطل حدها وجعل الحد من ورائها وقطع بها لم يحنث أو لا يزور فلانا فشييع جنازته فلا حنث.

{كتاب النذر}

عقب الأيمان به لأن أحد واجبيه كفارة يمين أو التخيير بينها وبين ما التزم به وهو بالمعجمة لغة: الوعد بخير أو شر، وشرعا: الوعد بخير بالتزام قرينة على وجه يأتي، فلا يلزم بالنية وحدها وإن تأكد في حقه أيضا ما نواه والأصل فيه الكتاب والسنة، والأصح أنه في اللجاج الآتي مكروه، وعليه يحمل إطلاق المجموع وغيره هنا قال لصحة النهي عنه وأنه لا يأتي بخير وإنما يستخرج به من البخيل، وفي التبرر عدم الكراهة لأنه قرينة سواء في ذلك المعلق وغيره إذ هو وسيلة لطاعة، والوسائل تعطى حكم المقاصد، وأركانها: ناذر، ومنذور، وصيغة. وشرط الناذر: إسلام، واختيار ونفوذ تصرفه فيما ينذره، فيصح نذر سكران لا كافر وغير مكلف ومكروه ومحجور سفيه أو فلس في قرينة مالية عينية ونذر القن مالا في ذمته كضمانه خلافا لبعض المتأخرين، ولا بد من إمكان فعله المنذور فلا يصح نذره صوما لا يطيقه، ولا بعيد عن مكة حجا هذه السنة، وسواء في الصيغة أكانت بلفظ أم كتابة مع نية أم إشارة أخرس تدل أو تشعر بالتزام كيفية العقود، ويكفي في صراحتها نذرت لك كذا وإن لم يقل لله.

(هو ضربان نذر لجاج) بفتح اللام وهو التماذي في الخصومة، ويسمى نذر ويمين لجاج وغضب وغلق بفتح المعجمة واللام، وهو أن يمنع نفسه أو غيرها من شيء أو يحث عليه أو يحقق خيرا غضبا بالتزام قرينة (كإن كلمته) أو إن لم أكلمه أو إن لم يكن الأمر كما قلته (فله علي) أو فعلي (عتق أو صوم) أو عتق وصوم وحج (وفيه) عند وجود المعلق عليه (كفارة يمين) لخبر مسلم {كفارة النذر كفارة يمين} ولا كفارة في نذر التبرر جزما فتعين حملة على نذر اللجاج (وفي قول ما التزم) لخبر {من نذر وسمى فعلية ما سمي} (وفي قول أيهما شاء) لأنه يشبه النذر من حيث إنه التزام قرينة واليمين من حيث إن مقصوده مقصود اليمين، ولا سبيل للجمع بينهما من حيث موجبهما ولا لتعويلهما فتعين التخيير (قلت: الثالث أظهر، ورجحه العراقيون، والله أعلم) لما قلناه، أما إذا التزم غير قرينة كالأكل الخبز فيلزمه كفارة يمين، ومنه ما يعتاد على السنة العوام العتق يلزمه، أو يلزمه عتق عبدي فلان أو العتق لا أفعل، أو لأفعلن كذا. فإن لم ينبو التعليق فلغو أو نواه تخير ثم إن اختار العتق أو عتق المعين أجزاء مطلقا أو الكفارة وأراد عتقه عنها اعتبر فيه صفة الإجزاء أو إن فعلت كذا فعبي حر ثم فعله عتق كما في المجموع خلافا لما وقع للزرکشي لأن هذا محض

تعليق خال عن الالتزام بنحو علي وقوله العتق أو عتق قني فلان يلزمني أو والعتق ما فعلت كذا لغو لأنه لا تعليق فيه ولا التزام، والعتق لا يحلف به إلا على أحد ذينك وهما هنا غير مقصودين (ولو قال إن دخلت فعلي كفارة يمين أو) إن دخلت فعلي كفارة (نذر لزمته كفارة) في الصورتين (بالدخول) تغليبا لحكم اليمين في الأولى ولخبر مسلم في الثانية، أما إذا قال فعلي يمين فلغو لأنه لم يأت بصيغة نذر ولا حلف، واليمين لا تلتزم في الذمة، أو فعلي نذر تخير بين قربة من القرب وكفارة يمين، ومن هنا تعين جر نذر في كلام المصنف عطفا على يمين، وامتنع رفعه لمخالفته ما تقرر إذ تعين الكفارة عند الرفع مخالف لتصحيحه، ويؤيده ما تقرر في علي نذر أنه لو أتى به في نذر التبرر كان شفى الله مريضه فعلي نذر لزمه قربة من القرب والتعيين إليه قاله البلقيني.

(ونذر تبرر) سمي به لطلب البر والتقرب إلى الله تعالى (بأن يلتزم قربة) أو صفتها المطلوبة فيها (إن حدثت نعمة) تقتضي سجود الشكر كما يرشد إليه تعبيرهم بالحدوث (أو ذهبت نعمة) تقتضي ذلك أيضا كذا نقله الإمام عن والده وطائفة من الأصحاب، لكنه رجح قول القاضي عدم تقييدهما بذلك وهو الأوجه كما اعتمده ابن الرفعة وغيره، وصرح به القفال فيما لو قالت لزوجها: إن جامعني فعلي عتق عبد، فإن قالته على سبيل المنع فلجأج أو الشكر لاه حيث يرزقها الاستمتاع به لزمها الوفاء اهـ. والحاصل أن الفرق بين نذري اللجأج والتبرر أن الأول فيه تعليق بمرغوب عنه والثاني بمرغوب فيه، ومن ثم ضبط بأن يعلق بما يقصد حصوله فنحو: إن رأيت فلانا فعلي صوم يحتمل النذرين ويتخصص أحدهما بالقصد، وكذا قول امرأة لآخر إن تزوجتني فعلي أن أبرئك من مهري وسائر حقوقي فهو تبرر إن أرادت الشكر على تزوجه (كان شفى مريضه فله علي أو فعلي كذا) أو ألزمت نفسي كذا أو فكذا لازم لي أو واجب علي ونحو ذلك مما فيه التزام، وما يصرح به كلامه من صحة إن شفى الله مريضه فله علي ألف أو فعلي ألف، ولم يذكر شيئا ولا نواه ليس بمراد لجزمه في الروضة بالبطلان مع ذكره صحة لله أو علي التصدق أو التصدق بشيء ويجزيه به أقل متمول، والفرق أنه لم يعين في تلك مصرفا ولا ما يدل عليه من ذكر مسكين أو تصدق أو نحو ذلك، فكان الإبهام فيها من سائر الوجوه بخلاف هذه لأن التصدق ينصرف للمساكين غالبا، ويؤخذ منه صحة نذره التصدق بألف ويعين ألفا مما يريد. وعلى هذا التفصيل يحمل ما وقع للأذرعى مما يوهم الصحة حتى في الأولى وابن المقري مما هو ظاهر في البطلان حتى في نذر التصدق بألف فقد غفل عن تصوير أصله صورة البطلان بما إذا لم يذكر التصدق، والصحة بما إذا ذكر ألفا وشيئا، فالفارق ذكر التصدق وعدمه، ولو كرر إن شفى الله مريضه فعلي كذا تكرر ما لم يرد التأكيد ولو مع طول الفصل فيما يظهر وله فيما إذا عين أهل الذمة أو أهل البدعة إبدال كافر أو مبتدع بمسلم أو سني لا درهم بدينار ولا موسر عينه بفقر لأنهما مقصودان، ومن ثم لو عين شيئا أو مكانا للصدقة تعين (فيلزمه ذلك) أي ما التزمه (إذا حصل المعلق عليه) لخبر {من نذر أن يطيع الله فليطعه} ويلزمه ذلك فورا إذا كان لمعين وطالب به وإلا فلا، وخرج نحو: إن شفى الله مريضه عمرت مسجد كذا أو دار زيد فيكون لغوا لأنه وعد عار عن الالتزام، نعم إن نوى به الالتزام لم يبعد انعقاده، ولو شك بعد الشفاء في الملتزم أهو عتق أم صوم أم صدقة أم صلاة اجتهد كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى، وفارق من نسي صلاة من الخمس يتيقن شغل ذمته بالكل فلا يخرج منه إلا بيقين، بخلاف ما هنا فإن اجتهد ولم يظهر له شيء وأيس من ذلك فالأوجه وجوب الكل إذ لا يتم له الخروج من واجبه يقينا إلا بفعل الكل، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. (وإن لم يعلقه بشيء كلفه علي صوم) أو علي صوم أو صدقة لفلان أو أن أعطيه كذا ولم

يرد الهبة (لزمه) ما التزم حالا: أي وجوبا موسعا، ولا يشترط قبول المنذور له بل عدم رده كما يأتي (في الأظهر) للخبر المار وهذا من نذر التبرر إذ هو قسمان معلق وغيره، واشترط الجواهر فيه التصريح بالله ضعيف، ويسمى المعلق نذر مجازاة أيضا، ولو قال لله علي أضحية أو عند شفائه لله علي عتق لنعمة الشفاء لزمه ذلك جزما تنزيلا للثاني منزلة المجازاة لوقوعه شكرا في مقابلة نعمة الشفاء. وقضية كلام المصنف عدم اشتراط قبول المنذور له النذر بقسميه وهو كذلك، نعم يشترط عدم رده وهو المراد بقول الروضة عن القفال في إن شفى الله مريضني فعلي أن أتصدق على فلان بعشرة لزمته، إلا إذا لم يقبل فمراده بعدم القبول الرد لا غير، ومما يقع كثيرا من بعض العوام جعلت هذا للنبي صلى الله عليه وسلم، والأقرب فيه الصحة لاشتهاره في النذر في عرفهم ويصرف ذلك لمصالح الحجرة الشريفة، بخلاف قوله متى حصل لي كذا أجيء له بكذا فإنه لغو ما لم يقترن به لفظ التزام أو نذر، ولا يشترط معرفة الناذر ما نذر به فيصح بخمس ما يخرج له من معشر. قاله القاضي، ككل ولد أو ثمرة يخرج من أمتي أو شجرتي هذه وكعتق عبد إن ملكته، وما في فتاوى ابن الصلاح مما يخالف ذلك، ضعفه الأزرعي. والحاصل أنه يشترط في المال المعين لنحو عتق أو صدقة أن يملكه أو يعلقه بملكه ما لم ينو الامتناع منه فهو نذر لجاج، وذكر القاضي أنه لا زكاة في الحب المنذور. قال غيره: ومحلّه إن نذر قبل الاشتداد والأقرب صحته للجنين قياسا على الوصية له بل أولى لأنه وإن شاركها في قبول الأخطار والجهالات والتعليق وصحته بالمعلوم والمعدوم لكنه يتميز عنها بعدم اشتراط القبول فيه ومن ثم اتجهت صحته للقرن كالوصية والهبة له فيأتي فيه أحكامهما، فلا يملك السيد ما في الذمة إلا بقبض القرن، ولا يصح لميت إلا لقبر الشيخ الفلاني حيث أراد به قربة كإسراج ينتفع به أو اطرد عرف بحمل النذر له على ذلك ويبطل بالتأقيت إلا في المنفعة فيأتي في نذرها ما مر في الوصية بها وإلا في نذرت لك بهذا مدة حياتك فيتأبد كالعمري ونذر قراءة قرآن أو علم مطلوب كل يوم صحيح ولا حيلة في حله، ولا يجوز له تقديم وظيفة يوم عليه، فإن فاتت قضى، ولو نذر عمارة هذا المسجد وكان خرابا فعمره غيره فهل يبطل نذره لتعذر نفوذه لأنه إنما أشار إليه وهو خراب فلا يتناول خرابه مرة أخرى أو لا، بل يوقف حتى يخرب فيعمره تصحيحا للفظ ما أمكن كل محتمل والأول أقرب، وتصحيح اللفظ ما أمكن إنما يعدل إليه إن احتمله لفظه، وقد تقرر أن لفظه لا يحتمل ذلك لأن الإشارة إنما وقعت للخراب حال النذر لا غير، نعم إن نوى عمارته وإن خرب بعد لزمته.

(ولا يصح نذر معصية) لخبر مسلم {لا نذر في معصية الله ولا فيما لا يملكه ابن آدم} وأفهم كلام المصنف أنه لو نذر أن يصلي في مغصوب لم ينعقد، وبه قال الزركشي وهو أوجه من قول غيره ينعقد ويصلي في غيره، ويؤيد الأول عدم انعقاد نذر صلاة لا سبب لها في وقت الكراهة وصلاة في ثوب نجس وكالمعصية المكروه لذاته أو لازمه كصوم الدهر لمن يتضرر به، ولا يستثنى من ذلك صحة إعتاق الراهن الموسر لأنه جائز كما مر في بابه، وقد اختلف من أدركناه من العلماء في نذر من افترض شيئا لمقرضه كل يوم كذا ما دام دينه أو شيء منه في ذمته، فذهب بعضهم لعدم صحته لأنه على هذا الوجه الخاص ليس قربة بل يتوصل به إلى ربا النسيئة، وذهب بعضهم وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى إلى صحته لأنه في مقابل نعمة ربح المقرض أو اندفاع نقمة المطالبة إن احتاج لبقائه في ذمته لارتفاق ونحوه، ولأنه يسن للمقترض رد زيادة عما اقترضه، فإذا التزمها ابتداء بالنذر لزمته فهو حينئذ مكافأة إحسان لا وصلة للربا إذ هو لا يكون إلا في عقد كبيع، ومن ثم لو شرط عليه النذر في عقد القرض كان ربا، وذهب بعضهم إلى الفرق بين مال اليتيم وغيره، ولا وجه له. ولو اقتصر على قوله

في نذره ما دام مبلغ القرض في ذمته ثم دفع المقترض شيئاً منه بطل حكم النذر لانقطاع الديمومة (ولا) نذر (واجب) عيني كصلاة الظهر أو مخير كأحد خصال كفارة اليمين مبهما، بخلاف ما لو التزم أعلاها أو واجب على الكفاية تعين بخلافه إذا لم يتعين فيصح نذره سواء احتيج في أدائه لمال كجهاد وتجهيز ميت أم لا كصلاة جنازة وذلك لأنه لزم عينا بالتزام الشرع قبل النذر فلا معنى لالتزامه، ولو نذر ذو دين حال عدم مطالبة غريمه فإن كان معسرا لم يصح لأن إنظاره واجب أو موسرا قصد إرفاقه لارتفاع سعر سلعته، ونحو ذلك لزمه لأن القرية فيه حينئذ ذاتية وهو مع ذلك باق على حلوله لكن منع من المطالبة به مانع، وكثيرا ما تنذر المرأة أنها ما دامت في عصمته لا تطالب زوجها بحال صداقها وهو حينئذ نذرتيرر إن رغبت حال نذرها في بقائها في عصمته، ولها أن توكل في مطالبتة وأن تحيل عليه لأن النذر شمل فعلها فقط، فإن زادت فيه ولا بوكيلها ولا تحيل عليه لزم وامتنع جميع ذلك كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى، ولو أسقط المديون حقه من النذر لم يسقط، ولو نذر أن لا يطالبه مدة فمات قبلها كان لوارثه المطالبة كما قاله الولي العراقي وغيره خلافا للإسنوي ومن تبعه.

(ولو نذر فعل مباح أو تركه) كأكل ونوم من كل ما استوى فعله وتركه أصالة وإن رجع أحدهما بنية عبادة به كالأكل للتقوي على الطاعة (لم يلزمه) لخبر أبي داود {لا نذر إلا فيما ابتغي به وجه الله} وفي البخاري {أمر أبا إسرائيل أن يترك ما نذره من قيام وعدم استئلال} {وإنما قال صلى الله عليه وسلم لمن نذرت إن رده الله سالما أن تضرب على رأسه بالدف لما قدم المدينة أوفي بنذرك} لأنه اقترن بقدمه كمال مسرة المسلمين وإغاظة الكفار فكان وسيلة لقرية عامة، ولا يبعد فيما هو وسيلة لهذا أنه مندوب للزومه، على أن جمعا قالوا بنذبه لكل عارض سرور لا سيما النكاح، ومن ثم أمر به فيه في أحاديث وعليه فلا إشكال أصلا (لكن إن خالف لزمه كفارة يمين على المرجح) في المذهب كما في المحرر، لكن المرجح في المجموع عدم لزومها نظرا إلى أنه نذر في غير معصية، وكلام الروضة كأصلها في موضع يقتضيه وهو المعتمد (وهو نذر صوم أيام) وأطلق لزمه ثلاثة أيام أو الأيام، فكذلك على الراجح فإن عين عددا لزمه ما عينه وعلى كل حال (ندب) تقديمها له (تعجيلها) مسارعة لبراءة ذمته، نعم لو عرض له ما هو أهم كسفر يشق عليه صومه فيه كان التأخير أولى. قاله الأذرعى، أو كان عليه صوم كفارة سبقت النذر ندب تقديمها إن كانت على التراخي وإلا وجب. قاله البلقيني (فإن قيد بتفريق أو موالة وجب) ما قيد به عملا بما التزمه، أما الموالة فظاهر، وأما التفريق فلأن الشارع نظر إليه في صوم المتمتع، فإن نذر عشرة متفرقة فصامها ولاء حسب له منها خمسة (وإلا) بأن لم يقيد بتفريق ولا موالة (جاز) كل منهما والولاء أفضل. (أو) نذر صوم (سنة معينة) كسنة اثنتين وسبعين وتسعمائة أو سنة من الغد أو من أول الشهر أو يوم كذا (صامها وأفطر العيد) الفطر والأضحى (والتشريق) وجوبا لامتناع صومها والمراد عدم نية صوم ذلك لا تعاطي مفطر خلافا للقفال (وصام رمضان عنه) لأنه لا يقبل غيره (ولا قضاء) لأنها لا تقبل صوما فلم تدخل في نذره (وإن أفطرت بحيض ونفاس وجب القضاء في الأظهر) لقبول زمنهما للصوم في ذاته فوجب القضاء كما لو أفطرت رمضان لأجلهما (قلت: الأظهر لا يجب) القضاء (وبه قطع الجمهور، والله أعلم) لأن أيام أحدهما لما لم تقبل الصوم ولو لعروض ذلك المانع لم يشملها النذر (وإن أفطر يوما) منها (بلا عذر وجب قضاؤه) لتفويته البر باختياره (ولا يجب استئناف سنة) بل له الاقتصار على قضاء ما أفطره، لأن التتابع كان للوقت لا لكونه مقصودا في نفسه كما في قضاء رمضان، ومن ثم لو أفطرها كلها لم يجب الولاء في قضائها، والمتجه وجوبه من حيث إن ما تعدى بفطره يجب قضاؤه فورا، وخرج بقوله بلا عذر ما

أفطره بعذر كجنون وإغماء فلا يجب قضاؤه، نعم إن أفطر لعذر سفر لزمه القضاء أو مرض فلا كما اقتضاه كلام المصنف في الروضة وهو المعتمد ويوافق إطلاق الكتاب، ولا يضر إطلاقه العذر الشامل للسفر ونحوه لأننا نقول خرج بقوله بلا عذر غيره وفيه تفصيل، فإن كان سفرا ونحوه وجب القضاء أو مرضا فلا، والمفهوم إذا كان كذلك لا يرد (فإن شرط التتابع) في نذر السنة المعينة ولو في نيته كما قاله الماوردي (وجب) بفطره يوما ولو لعذر سفر ومرض أخذ مما مر في الكفارة، وإن كان قضية سياق كلام المصنف فرضه في عدم العذر الاستئناف (في الأصح) لأن ذكر التتابع يدل على كونه مقصودا. والثاني لا يجب لأن شرط التتابع مع تعيين السنة لغو (أو غير معينة وشرط التتابع وجب) وفاء بما التزمه (ولا يقطعه صوم رمضان عن فرضه وفطر العيد والتشريق) لاستثناء ذلك شرعا، واحتترز بقوله عن فرضه عما لو صامه عن نذر أو قضاء أو تطوع فإنه لا يصح صومه وينقطع به التتابع قطعا (ويقضيها) أي رمضان والعيد والتشريق لأنه التزم صوم سنة ولم يصمها (تباعا) أي متوالية (متصلة بآخر السنة) عملا بما شرطه من التتابع، وفارقت المعينة بأن المعين في العقد لا يبدل بغيره، والمطلق إذا عين فلا يبدل. ألا ترى أن المبيع المعين لا يبدل لعيب ظهر به بخلاف ما في الذمة، ومحل ما تقرر عند الإطلاق فإن نوى ما يقبل الصوم من سنة متتابعة لم يلزمه القضاء قطعا وإن نوى عدد أيام سنة لزمه القضاء قطعا والمطلق منها في المعينة محمول على الهلالية (ولا يقطعه حيض) ونفاس لتعذر الاحتراز عنهما (وفي قضائه القولان) السابقان في المعينة، وقضيته ترجيح عدم القضاء وجزم به غيره (وإن لم يشرطه) أي التتابع (لم يجب) لعدم التزامه فيصوم سنة هلالية أو ثلاثمائة وستين يوما. (أو) نذر صوم (يوم الاثنين أبدا لم يقض أثنائي رمضان) الأربعة لعدم شمول نذره لها لسبق وجوبها وحذف المصنف نون أثنائي هو ما صوبه في المجموع، ووقع له في الروضة ولغيره أيضا إثباتها وهو لغة قليلة، ومن زعم أن حذفها للتبعية لحذفها من المفرد للإضافة رد كلامه بأن التبعية لذلك لم تعهد، وبأن أثنائين ليس جمع مذكر سالما ولا ملحقا به بل حذفها وإثباتها مطلقا لغتان والحذف أكثر استعمالا (وكذا) الاثنين الخامس من رمضان (العيد والتشريق في الأظهر) إن صادفت يوم الاثنين قياسا على أثنائي رمضان. والثاني يقضى لأن ذلك قد يتفق وقد لا يتفق فتناولها النذر، بخلاف أثنائي رمضان وبخلاف ما إذا نذر صوم سنة معينة حيث قلنا لا يقضى لأن وقوعها في السنة لازم ووقوع العيد في الاثنين غير لازم، وليس مثلها يوم الشك لقبوله لصوم النذر وغيره كما مر (فلو لزمه صوم شهرين تباعا لكفارة) أو نذر (صامهما ويقضى أثنائهما) لأنه أدخل على نفسه صوم الشهرين (وفي قول لا يقضى إن سبقت الكفارة) أي موجبها أو سبق نذر الشهرين المتتابعين (النذر) للأثنائين بأن لزمه صوم الشهرين أولا ثم نذر صوم الاثنين لأن الأثنائين الواقعة فيها حينئذ مستثناة بقريئة الحال كما لا يقضى أثنائي رمضان (قلت: ذا القول أظهر، والله أعلم) لما تقرر، وكذا صحه في زيادة الروضة أيضا ولم يصح الرافعي في الشرحين شيئا، وصح في المحرر وجوب القضاء، وصوبه في المهمات حينئذ، وقال البلقيني: إنه المعتمد في المذهب، ورجحه الأذرعى والزرركشي وقالوا: إن الجمهور عليه، والفرق بينه وبين أثنائي رمضان أن لزوم صومه لا صنع له فيه بخلاف الكفارة كما قدمناه، وأيضا فأيام الاثنين الواقعة في الشهرين واقعة عن نذره بخلاف أثنائي رمضان (وتقضى زمن حيض ونفاس) ومرض وقع في الأثنائين (في الأظهر) لأنه لم يتحقق وقوعه فيه فلم يخرج من نذرها. والثاني المنع كما في العيد، ومحل الخلاف حيث لا عادة غالبية فإن كانت فعدم القضاء فيما يقع في عاداتها أظهر لأنها لا تقصد صوم اليوم الذي يقع في عاداتها غالبا في مفتتح الأمر هذا، ولكن قضية كلام الروضة وأصلها

والمجموع وغيرها أنه لا قضاء فيهما، واعتمده جمع متأخرون وهو المعتمد، وسكوت المصنف هنا على ما في المحرر للعلم بضعفه مما قدمه في نظيره وعلى ما في الكتاب يمكن الفرق بينه وبين ما مر ثم بأن وقوع الحيض في يوم الاثنين بعينه غير متيقن بالنسبة لها، إذ قد يلزم حيضها زمنًا ليس منه يوم اثنين، بخلاف نحو يوم العيد فكان هذا كالمستثنى بخلاف ذلك.

(أو) نذر (يوما بعينه) أي صومه (لم يصم قبله) فإن فعل أثم ولم يصح كتقديم الصلاة على وقتها، ويحرم تأخيره عنه من غير عذر، فإن فعل صح وكان قضاء، ولو نذر صوم يوم خميس ولم يعين كفاه أي خميس كان، وإذا مضى خميس: أي يمكنه صومه أخذًا مما مر في الصوم استقر في ذمته حتى لو مات فدي عنه (أو) نذر (يوما من أسبوع) بمعنى جمعة (ثم نسيه صام آخره وهو الجمعة فإن لم يكن). المنذور (هو) أي يوم الجمعة (وقع قضاء) وإن كان فقد وفى بما التزمه وهذا صحيح في صحة انعقاد نذر صوم الجمعة، ولا ينافيه قولهم لا ينعقد النذر في مكروه مع كراهة أفراد الجمعة بصوم لأن محل ذلك إذا صامه نفلًا فإن نذره لم يكن مكروهًا، وقد أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى، ويوجه أيضا بأن المكروه أفراده بالصوم لا نفس صومه، وبه فارق عدم صحة نذر صوم الدهر إذا كره، وعلم من صريح كلامه أيضا أن أول الأسبوع السبت وهو كذلك (ومن) نذر إتمام كل نافلة دخل فيها لزمه الوفاء بذلك لأنه قرينة ومن ثم لو (شرع في صوم نفل) بأن نوى ولو قبل الزوال (فنذر إتمامه لزمه على الصحيح) لأن صومه صحيح فيصح التزامه بالنذر ويلزمه الإتمام والثاني المنع لأنه نذر صوم بعض يوم (وإن نذر بعض يوم لم ينعقد) نذره لانتفاء كونه قرينة (وقيل يلزمه يوم) لأن صوم بعض يوم لا يمكن شرعا فلزمه يوم كامل ويجري ذلك في نذر بعض ركعة (أو) نذر (يوم قدوم زيد) أي صومه، فالأظهر انعقاده لإمكان الوفاء به بأن يعلم أنه يقدم غدا فينوي صومه ليلا والثاني المنع لأنه لا يمكنه الصوم بعد القدوم لأن التبييت شرط في صوم الفرض وإن لم يكن الوفاء بالملتزم يلغو الالتزام (فإن قدم ليلا أو يوم عيد) أو تشريق (أو في رمضان) أو حيض أو نفاس (فلا شيء عليه) لأنه قيد باليوم ولم يوجد القدوم في زمن قابل للصوم، نعم يندب في الأولى صوم صبيحة ذلك الليل خروجًا من خلاف من أوجبه. قال الرافعي: أو يوم آخر شكرا لله (أو) قدم (نهارًا) قابلا للصوم (وهو مفطر أو صائم قضاء أو نذرا وجب يوم آخر عن هذا) أي نذره لقدمه كما لو نذر صوم يوم معين ففاته، واستحب الشافعي رضي الله عنه أن يعيد صوم الواجب الذي هو فيه لأنه بان أنه صام يوما مستحق الصوم لكونه يوم قدوم زيد وخرج بقضاء وما بعده ما لو صامه عن القدوم بأن ظن قدومه فيه: أي بإحدى الطرق السابقة فيما لو تحدث برؤية رمضان ليلا فنوى كما هو ظاهر فبيت النية ليلته فيصح ولا شيء عليه لأنه بناه على أصل صحيح (أو) قدم ولو قبل الزوال (وهو صائم نفلًا فكذلك) يلزمه صوم آخر عن نذره لأنه لم يأت بالواجب عليه بالنذر (وقيل يجب تميمه) بقصد كونه عن النذر (ويكفيه) عن نذره بناء على أنه لا يجب عليه إلا من وقت القدوم، والأصح أنه بقدومه يتبين وجوبه من أول النهار لتعذر تبييضه، وبه يفرق بين هذا وما لو نذر اعتكاف يوم قدومه، فإن الصواب كما في المجموع ونقله عن النص واتفاق الأصحاب أنه لا يلزمه إلا من حين القدوم، ولا يلزمه قضاء ما مضى منه لإمكان تبييضه فلم يجب غير بقية يوم قدومه (ولو) قال إن قدم زيد فله علي صوم اليوم التالي ليوم قدومه (من تلوته وتليته تبعته وتركته فهو ضد والتلو بالكسر ما يتلو الشيء والمراد بالتالي هنا التابع من غير فاصل (وإن قدم عمرو فله علي صوم أول خميس بعده) أي يوم قدومه (فقدما) معا أو مرتبا (في الأربعاء) بتثليث الباء والمد (وجب صوم) يوم (الخميس عن أول النذرين) لسبقه (ويقضي الآخر) لتعذر

الإتيان به في وقته، نعم يصح مع الإثم صوم الخميس عن ثاني النذرين ويقضي يوماً آخر عن النذر الأول، ولو قال إن قدم فعلي أن أصوم أمس يوم قدومه لم يصح نذره علي المذهب كما في المجموع، ووهم بعض الشراح في عزوه له الصحة، أو إن شفى الله مريضه فعلي عتق هذا، ثم قال: إن قدم غائبي فعلي عتقه فحصل الشفاء والقدوم معا فالأرجح انعقاد النذر الثاني وعتقه عن السابق منهما، ولا يجب للآخر شيء إذ لا يمكن القضاء فيه، بخلاف الصوم فإن وقعا معا أقرع بينهما، ويؤخذ من صحة بيع المعلق عتقه بدخول مثلا صحة بيعه قبل وجود الصفة.

(فصل)

في نذر النسك والصدقة والصلاة وغيرها

إذا (نذر المشي إلى بيت الله تعالى) مقيدا له بالحرام أو نواه، ومن ثم كان ذكر بقعة من الحرم كدار أبي جهل أو الصفا كذكر البيت الحرام في جميع ما يأتي فيه (أو إتيانه) أو الذهاب إليه مثلا (فالمذهب وجوب إتيانه بحج أو عمرة) أو بهما وإن نفي ذلك في نذره، لأن القرية إنما تتم بإتيانه بنسك، والنذر محمول على واجب الشرع. والطريق الثاني قولان مبيحان على أن النذر يحمل على واجب الشرع أو على جائزه، أما إذا ذكر البيت ولم يقيده بذلك ولا نواه فيلغو نذره، لأن المساجد كلها بيوت له تعالى، وبحث البلقيني أن من نذر إتيان مسجد البيت الحرام وهو داخل الحرم لا يلزمه شيء لأنه حينئذ بالنسبة له كبقية المساجد وله احتمال آخر، والأقرب لزوم النسك هنا أيضا لأن ذكر البيت الحرام أو جزء منه في النذر صار موضوعا شرعا على المتزام حج أو عمرة ومن بالحرم يصح نذره لهما فيلزمه هنا أحدهما وإن نذر ذلك وهو في الكعبة أو المسجد حولها (فإن نذر الإتيان لم يلزمه مشي) لعدم اقتضائه له فيجوز له الركوب (وإن نذر المشي) إلى الحرم أو جزء منه (أو) نذر (أن يحج أو أن يعتمر ماشيا) فالأظهر وجوب المشي) من المكان الآتي بيانه إلى الفساد أو الفوات أو فراغ التحليلين وإن تأخر رمى بعدهما أو فراغ جميع أركان العمرة، وله ركوب في خلال النسك في حوائجه الخارجة عنه، وإنما لزمه المشي في ذلك لأنه المتزم جعله وصفا للعبادة كما لو نذر أن يصلي قائما، وكون الركوب أفضل لا ينافي ذلك لأن المشي قرينة مقصودة في نفسها وهذا هو المعبر في صحته، وأما انتفاء وجود أفضل من الملتزم فغير شرط اتفاقا فاندفع دعوى التنافي بين كون المشي مقصودا وكونه مفضولا، وإنما وجب بالمشي دم تمتع كعكسه لأنهما جنسان متغايران فلم يجز أحدهما عن الآخر كذهب عن فضة وعكسه، ويفرق بين هذا ونذر الصلاة قاعدا حيث أجزاءه القيام بأن القيام والقعود من أجزاء الصلاة الملتزمة، فأجزأ الأعلى عن الأدنى لوقوعه تبعا، والمشى والركوب خارجان عن ماهية الحج وسببان متغايران إليه مقصودان فلم يقم أحدهما مقام الآخر، وأيضا، فالقيام قعود وزيادة فوجد المنذور هنا بزيادة ولا كذلك في الركوب والذهاب مثلا، ولا يشكل على ذلك قولهم لو نذر شاة أجزاء بدنها لأن الشارع جعل بعض البدنة مجزئا عن الشاة حتى في نحو الدماء الواجبة فأجزاء كلها أولى، بخلاف الذهب عن الفضة وعكسه فإنه لم يعهد في نحو الزكاة فلم يجز أحدهما عن الآخر، ولو أفسد نسكه أو فاته لم يلزمه فيه مشي بل في قضائه إذ هو الواقع عن نذره (فإن كان قال أحج) أو أعتمر (ماشيا) أو عكسه (ف) يلزمه المشي (من حيث يحرم) من الميقات أو قبله وكذا من حيث عن له فيما إذا جاوزه غير مرید نسكا ثم عن له (وإن قال أمشي إلى بيت الله تعالى) بقيده المار (ف) يلزمه المشي مع النسك (من دوبرة أهله في الأصح) لأن قضيته أن يخرج من بيته ماشيا والثاني من الميقات لأن المقصود الإتيان بالنسك فيمشي من حيث يحرم (وإذا

أوجبنا المشي فركب لعذر أجزاءه) حجه عن نذره لأمره صلى الله عليه وسلم من عجز بالركوب (وعليه دم في الأظهر) {لأنه صلى الله عليه وسلم أمر أخت عقبة بن عامر أن تركب وتهدى هديا وحملوه على عجزها}، والثاني لا دم عليه كما لو نذر الصلاة قائما فصلى قاعدا لعجزه، وفرق الأول بأن الصلاة لا تجبر بالمال بخلاف الحج والدم شاة مجزئة في الأضحية، والمراد بالعذر أن تلحقه مشقة ظاهرة كتنظيره في العجز عن القيام في الصلاة والعجز عن صوم رمضان بالمرض، وقيد البلقيني وجوب الدم بما إذا ركب بعد إحرامه مطلقا أو قبله وبعد مجاوزة الميقات مشيا وإلا فلا، إذ لا خلل في النسك يوجب دما، واحترز بقوله إذا أوجبنا المشي عما إذا لم نوجبه فلا يجبر تركه بدم (أو) ركب (بلا عذر أجزاءه على المشهور) مع عصيانه لإتيانه بأصل الحج ولم يبق إلا هيئته فصار كما لو ترك الإحرام من الميقات، والثاني لا يجزئه لأنه لم يأت بما يلتزمه (وعليه دم) على المشهور أيضا كدم التمتع لأنه إذا وجب مع العذر فمع عدمه أولى، ولو نذر الحفاء لم يلزمه لأنه ليس بقربة، نعم بحث الإسنوي لزومه فيما يندب فيه كعند دخول مكة.

(ومن) نذر حجا أو عمرة لزمه فعله بنفسه) إن كان صحيحا ويخرج عن نذره الحج بالإفراد والتمتع والقران، ويجوز له كل من الثلاثة ولا دم عليه من حيث النذر (فإن كان معضوبا استتاب) ولو بمال كما في حجة الإسلام فيأتي في استتابته ما ذكره في كتاب الحج فيهما من التفصيل وحينئذ فلا يستتبع من على دون مرحلتين من مكة ومن عليه حجة الإسلام أو نحوها، ولو نذر المعضوب الحج بنفسه لم ينعقد نذره أو أن يحج من ماله أو أطلق انعقد (ويستحب تعجيله في أول سني الإمكان) مبادرة لبراءة ذمته، فإن خاف نحو غضب أو تلف مال لزمته المبادرة (فإن تمكن) لتوفر شروط الوجوب السابقة فيه فيما يظهر ويحتمل أن يراى بالتمكّن قدرته على الحج عادة وإن لم يلزمه كمشي قوي فوق مرحلتين، وقد ذكر في المجموع الاتفاق على أن الشروط معتبرة في الاستقرار والأداء معا وهو صريح في الأول (فأخر فمات حج) عنه (من ماله) لاستقراره عليه بتمكّنه منه في حياته بخلاف ما إذا لم يتمكن. (وإن) نذر الحج) أو العمرة (عامه) أو عاما بعده معينا (وأمكنه لزمه) في ذلك ما لم تكن عليه حجة إسلام أو قضاء أو عمرته لأن زمن العبادة يتعين بالتعيين فيمتنع تقديمه عليه، أما إذا لم يعين عاما لزمه أي عام شاء، وأما إذا عينه ولم يتمكن من فعله فيه كأن لم يبق من تلك السنة المعينة ما يمكنه فيه الذهاب ولو بأن كان يقطع أكثر من مرحلة في بعض الأيام كما هو الأقرب أخذا مما مر في الحج فلا ينعقد نذره، ولو حج عن النذر وعليه حجة الإسلام وقع عنها (فإن) تمكن من الحج ولكن (منعه) منه (مرض) أو خطأ طريق أو وقت أو نسيان لأحدهما أو للنسك بعد الإحرام في الجميع أي بعد تمكنه فيما يظهر (وجب القضاء) لاستقراره في ذمته بتمكّنه، بخلاف ما إذا لم يتمكن بأن عرض له بعد ذلك قبل تمكنه منه لأن المنذور نسك في ذلك العام ولم يقدر عليه (أو) منعه قبل الإحرام أو بعده (عدو) أو سلطان أو رب دين ولم يتمكن من وفائه حتى مضى إمكان الحج في تلك السنة (فلا) يلزمه القضاء (في الأظهر) كما في نسك الإسلام لو صد عنه في أول سني الإمكان، والثاني يلزمه كما لو منعه المرض، وفرق الأول بجواز التحلل به من غير شرط بخلاف نحو المرض وقول الشارح قال الإمام أو امتنع عليه الإحرام للعدو فلا قضاء على النص لا تكرر فيه مع ما قبله إذ الخلاف في ذلك غير الخلاف الأول، أو أنه عبر أولا بمنعه وثانيا بامتنع، وفرق بينهما فإن الأولى صادقة بما منعه فلا صنع له للممنوع فيه، والثانية صادقة بما إذا خاف فامتنع بنفسه أو الأولى فيما بعد الإحرام والثانية فيما قبله. (أو) نذر (صلاة أو صوما في وقت) يصحان فيه (فمنعه مرض أو عدو) كأسير يخاف إن لم يأكل قتل وكان

يكرهه على التلبس بمنافي الصلاة جميع وقتها " (وجب القضاء) لوجوبهما مع العجز بخلاف الحج إذ شرطه الاستطاعة وبقولنا كأسير يخاف؛ يندفع ما استشكله الزركشي من تصور المنع من الصوم بأنه لا قدرة على المنع من نيته والأكل للإكراه غير مفطر، وبقولنا وكان يكرهه يعلم الجواب عن قوله أنه يصلي كيف أمكن في الوقت المعين ثم يجب القضاء لأن ذلك عذر نادر كما في الواجب بالشرع اه فهم لم يسكتوا عن هذا إلا لكون الغرض ما ذكرناه، فإن انتفى تعين ما ذكره، والمعتمد ما ذكرهنا من التعيين خلافا لما وقع لهما في الاعتكاف من عدم التعيين في الوقت المعين بالنذر، نعم لو عين لها وقتا مكروها لم تتعقد لأنه معصية.

(أو) نذر (هديا) من نعم أو غيره مما يصح التصديق به ولو في نحو دهن نجس وعينه في نذره، وقول الشيخ في شرح منهجه أو بعده محل نظر لأن التعيين بعد النذر إنما يكون في المطلق، وسيأتي أن المطلق يتصرف فيما يجزئ أضحية فلا يصح تعيين غيره (لزمه حمله) إن كان مما يحمل ولم يكن بمحله أزيد قيمة كما يأتي (إلى مكة) أي إلى حرمها إذ إطلاقها عليه سائغ: أي إلى ما عينه منه إن عين وإلا فالإيه نفسه لأنه محل الهدى، وقد قال تعالى {هديا بالغ الكعبة} (والتصدق به على من) هو مقيم أو مستوطن (بها) من الفقراء والمساكين المتقدم ذكرهم في قسم الصدقات ويجب تعميم المحصورين بأن سهل على الآحاد عدهم بمجرد النظر، فإن لم ينحصروا أجاز الاقتصار على ثلاثة منهم، وعند إطلاق الهدى يعتبر فيه كونه مجزئا في الأضحية سلوكا بالنذر مسلك واجب الشرع غالبا، ومؤنة حمله إليها ومؤنته على الناذر، فإن لم يكن له مال بيع بعضه لذلك سواء أقال أهدي هذا أم جعلته هديا للكعبة، ثم إذا حصل الهدى في الحرم إن كان حيوانا يجزئ في الأضحية وجب ذبحه وتفرقة عليهم ويتعين ذبحه في الحرم أو لا يجزئ أعطاه لهم حيا، فإن ذبحه فرقه وغرم ما نقص بذبحه، ولو نوى سوى التصديق كالصرف لستر الكعبة أو طيبها تعين صرفه فيما نواه، وإطلاق بعض الشراح جعله فيها وفي الزيت جعله في مصابيحها، محمول على ما إذا أضاف النذر إليها واحتيج لذلك فيها، وإلا بيع وصرف ثمنه لمصالحها كما لا يخفى. ولو عسر التصديق بعينه كلؤلؤ باعه وفرق ثمنه عليهم، ثم إن استوت قيمته في بلده والحرم باعه في أيهما شاء وإلا لزمه بيعه في أعلاهما قيمة هذا كله فيما يمكنه نقله وإلا بأن لم يمكن، أو عسر كعقار ورحى بيع وفرق ثمنه، ولو تلف المعين في يده بلا تقصير لم يضمه، والمتولي لبيع جميع ذلك الناذر كما هو ظاهر كلامهم وليس لقاضي مكة نزعه منه، نعم يتجه أنه ليس له إمساكه بقيمته لاتهامه في محاباة نفسه ولا اتحاد القابض والمقبض.

(أو) نذر (التصدق) أو الأضحية أو النحر إن ذكر التصديق به أو نواه بالنسبة لغير المحرم (على أهل بلد) وإن لم تكن مكة (معين لزمه) لمساكينه وفاء بالملتزم، وقياس ما مر تعميم المحصورين وجواز الاقتصار على ثلاثة منهم في غير المحصورين، نعم لو تمحض أهل البلد كفارا لم يلزم لأن النذر لا يصرف لأهل الذمة. (أو) نذر (صوما) أو نحوه (في بلد) ولو مكة (لم يتعين) فيلزمه الصوم ويفعله في أي محل شاء لأنه لا قرينة فيه في محل بخصوصه، ولا نظر لزيادة ثوابه فيها ولذا لم يجزه صوم الدم فيها بل لم يجز في بعضه (وكذا صلاة) واعتكاف كما مر ببلد أو مسجد لا يتعين لذلك، نعم لو عين المسجد للفرض لزمه وله فعله في مسجد غيره وإن لم يكن أكثر جماعة فيما يظهر خلافا لمن قيد به لانا إنما أوجبنا المسجد لأنه قرية مقصودة في الفرض من حيث كونه مسجدا فليجز كل مسجد لذلك ويتجه إلحاق النوافل التي يسن فعلها في المسجد بالفرض (إلا المسجد الحرام) فيتعين بالنذر لعظم فضله وتعلق النسك به، والمراد به الكعبة والمسجد حولها مع ما زيد فيه (وفي قول) إلا المسجد الحرام

(ومسجد المدينة والأقصى) لمشاركتها له في بعض الخصوصيات لخبر {لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد} أي لا يطلب شدّها إلا لذلك (قلت: الأظهر تعينهما كالمسجد الحرام، والله أعلم) ويقوم مسجد مكة مقامهما ومسجد المدينة مقام الأقصى ولا عكس فيهما، ثم المضاعفة المذكورة إنما تكون بالنسبة للفضل خاصة لا في حسابان عن منذر أو قضاء بالإجماع ولا يلحق بها مسجد قباء خلافا للزركشي وإن صح الخبر بأن ركعتين فيه كعمرة (أو) نذر (صوما مطلقا) بأن لم يقيده بعدد لفظا ولا نية (فيوم) إذ الصوم الشرعي لا يكون في أقل منه، وسواء في ذلك أوصفه بطول أم كثرة أم حين أم دهر (أو أياما فثلاثة) لأنها أقل الجمع، ومر وجوب التبييت في كل صوم واجب (أو) نذر (صدقة) ف) يجزيه التصديق (بما) أي بأي شيء (كان) وإن قل مما يتمول فلا يكفي غيره، وسواء في ذلك أوصف المال المنذور بكونه عظيما أم لا لإطلاق الاسم، ولأن الخلطاء قد يشتركون في نصاب فيجب على أحدهم شيء قليل.

(أو) نذر صلاة) فركعتان تجزيانه حملا على ذلك، ويجب فعلهما بتسليمة واحدة أو صلاتين وجب التسليم من كل ركعتين (وفي قول ركعة) حملا على جائزه ولا تجزيه سجدة تلاوة أو شكر (فعلى الأول يجب القيام فيهما مع القدرة) لأنهما ألحقا بواجب الشرع (وعلى الثاني لا) إلحاقا بجائزه. (أو) نذر (عتقا) عدل عن قول أصله كالتنبيه إعتاقا مع التعجب من تغييرها، فقد قال في تحريره إنكاره جهل لكنه أحسن لأن في تغييرها ردا على المنكر فكان أهم من ارتكاب الأحسن (فعلى الأول) تجب (رقبة كفارة) تكون مؤمنة سليمة من عيب يخل بالكسب (وعلى الثاني رقبة) وإن لم تجز لكفرها أو عيبها حملا على جائزه (قلت: الثاني هنا أظهر، والله أعلم) لأن الأصل براءة الذمة فاكتفى بما ينطلق عليه الاسم، ولأن الشارع متشوف إلى فك الرقاب من الرق مع أنه غرامة فسومح فيها وخرج عن قاعدة السلوك بالنذر مسلك واجب الشرع (أو) نذر (عتق كافرة معيبة أجزاء كاملة) لأنها أفضل مع اتحاد الجنس (فإن عين ناقصة) بنحو كفر أو عيب وإن جعل العيب وصفا كعلي عتق هذا الكافر أو عتق هذا (تعينت) وامتنع إبدالها لتعلق النذر بعينها وإن لم يزل ملكه عنها به.

(أو) نذر (صلاة قائما) لم يجز قاعدا) لأنه دون ما المتزمه (بخلاف عكسه) بأن نذرها قاعدا فله القيام لأنه أفضل مع اتحاد الجنس ولا يلزمه وإن كان قادرا (أو) نذر (طول قراءة الصلاة) فرضا أو غيرها أو تطويل نحو ركوعها أو القيام في نافلة أو نحو تثليث وضوء (أو) نذر (سورة معينة) يقرؤها في صلاته ولو نفلا. (أو) نذر (الجماعة) فيما تشرع فيه من فرض أو نفل (لزمه) ذلك لأنه قرينة مقصودة وتقيدهما هذه الثلاثة بالفرض من حيث الخلاف لا تقييد الحكم به خلافا لمن وهم فيه، والأوجه ضبط التطويل الملتزم هنا بأدنى زيادة على ما يندب لإمام غير محصورين الاقتصار عليه وأما قول البلقيني: إن محل وجوب التطويل إذا لم يكن إماما لقوم غير محصورين وإلا لم يلزمه لكراهته فهو وإن كان يشير لما قرناه إلا أن كراهة أدنى زيادة على ما يندب لإمام غير محصورين الاقتصار عليه ممنوعة.

(والصحيح) انعقاد النذر بكل قرينة لا تجب ابتداء كعبادة) لمريض تندب عيادته (وتشيع جنازة والسلام) ابتداء حيث شرع وجوبا ما لم يتعين لما مر في فرض الكفاية، وسواء في ذلك غيره ونفسه عند دخول بيت خال، لأن الشارع رغب فيها والعبد يتقرب بها فهي كالعبادات. والثاني المنع لأنها ليست على أوضاع العبادات. ومما ينعقد به تشميت عاطس وزيارة قادم وتعجيل مؤقتة أول وقتها ولم يعارض ذلك معارض مما مر لأن الشارع رغب فيها فكانت كالعبادات البدنية وتصديق على ميت أو قبره ولم يرد تمليكه واطرد العرف بأن ما يحمل له يصرف على نحو فقراء هناك، فإن

لم يكن عرف بطل وخرج بلا تجب ابتداء ما وجب جنسه شرعا كصلاة وصوم وصدقة وعتق وحج فيجب بالنذر قطعاً، ويعتبر زيادة في الضابط أيضاً وهو أن لا يبطل رخصة الشرع ليخرج نذر عدم الفطر في السفر من رمضان ونذر الإتمام فيه إذا كان الأفضل الفطر فإنه لا ينعقد، ولو قال إن شفى الله مريضى فعلى تعجيل زكاة مالى لم ينعقد، أو نذر الاعتكاف صائماً لزمه جزماً، أو قراءة الفاتحة إذا عطس انعقد وإن لم يكن به علة، فإن عطس في نحو ركوع قرأها بعد صلاته، أو في القيام قرأها حالاً إذ تكريرها لا يبطلها، أو أن يحمد الله عقب شربه انعقد، أو أن يجدد الوضوء عند مقتضيه فكذلك.

{كتاب القضاء}

بالمد، وهو في اللغة: إحكام الشيء وإمضاؤه، وأتى لمعان آخر، وفي الشرع: الولاية الآتية والحكم المترتب عليها، أو إلزام من له الإلزام بحكم الشرع فخرج الإفتاء والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع وفي الخبر {إذا حكم الحاكم} أي أراد الحكم {فاجتهد ثم أصاب فله أجران، إذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر} وفي رواية صحيحة بدل الأولى {فله عشرة أجور} وقد أجمع المسلمون على أن هذا في حاكم عالم مجتهد. أما غيره فآثم بجميع أحكامه وإن وافق الصواب وأحكامه كلها مردودة لأن إصابته اتفاقية. وروى الأربعة والحاكم والمبيهقي خبر {القضاة ثلاثة: قاض في الجنة، وقاضيان في النار} وفسر الأول بأنه عرف الحق وقضى به، والأخيران بمن عرف وجار ومن قضى على جهل، والذي يستفيدة بالولاية إظهار حكم الشرع وإمضاؤه فيما يرفع إليه، بخلاف المفتي مظهر لا ممض، ومن ثم كان القيام بحقه أفضل من الإفتاء (هو) أي قبوله من متعددين صالحين (فرض كفاية) بل هو أسنى فروض الكفايات حتى ذهب الغزالي إلى تفضيله على الجهاد وذلك للإجماع مع الاضطرار إليه لأن طباع البشر مجبولة على التظالم وقل من ينصف من نفسه، والإمام الأعظم مشغول بما هو أهم منه فوجب من يقوم به، فإن امتنع الصالحون له أثموا وأجبر الإمام أحدهم. أما تقليده ففرض عين على الإمام فوراً في قضاء الإقليم، ويتعين فعل ذلك على قاضي الإقليم فيما عجز عنه كما يأتي، ولا يجوز إخلاء مسافة العدو عن قاض أو خليفة له لأن الإحضار من فوقها مشق، وبه فارق اعتبار مسافة القصر بين كل مفتيين أما إيقاع القضاء بين المتخاصمين ففرض عين على الإمام أو نائبه كما قاله البلقيني، ويمتنع عليه الدفع إذا أفضى لتعطيل أو طول نزاع، ومن صريح التولية وليتك أو قلدتك أو فوضت إليك القضاء، ومن كنايتها عولت واعتمدت عليك فيه، ولا يعتبر القبول لفظاً بل يكفي فيه الشروع بالفعل كالوكيل كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى، نعم يرتد بالرد.

(فإن تعين) له واحد بأن لم يصلح غيره (لزمه طلبه) ولو بمال قدر عليه فاضلاً عما يعتبر في الفطرة فيما يظهر، وسواء في ذلك أخاف الميل أم لا، علم أن الإمام عالم به ولم يطلبه منه أم لا، بل عليه الطلب والقبول والتحرز ما أمكنه، فإن امتنع أجبره الإمام، وليس مفسقاً لأنه غالباً إنما يكون بتأويل، والأقرب وجوب الطلب وإن ظن عدم الإجابة خلافاً للأذرعى أخذاً من قولهم يجب الأمر بالمعروف وإن علم عدم امتثالهم له (وإلا) بأن لم يتعين عليه (فإن كان غيره أصلح) ندب للأصلح طلبه وقبوله حيث وثق بنفسه (وكان) الأصلح (يتولاه) أي يقبله إذا وليه (فللمفضول القبول) إذا بذل له بلا طلب وتنعقد توليته كالإمامة العظمى (وقيل لا) يجوز له القبول فلا تنعقد توليته وتحرم لخبر المبيهقي والحاكم {من استعمل عاملاً على المسلمين وهو يعلم أن غيره أفضل منه} وفي رواية {رجلاً على عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه فقد خان الله ورسوله

والمؤمنين} وخرج بقوله يتولاه غيره فكالعدم ولا يجبر الفاضل هنا. ومحل الخلاف حيث لم يتميز المفضول بكونه أطوع للناس أو أقرب للقبول أو أقوى في القيام في الحق أو ألزم لمجلس الحكم وإلا جاز له القبول من غير كراهة وانعدت ولايته قطعاً (و) على الأول (يكره طلبه) لوجود من هو أولى منه (وقيل يحرم وإن كان) غيره (مثله) وسئل بلا طلب (فله القبول) من غير كراهة ولا يلزمه لأنه قد يقوم به غيره، نعم يندب له كما قاله البلقيني لأنه من أهله وقد أتاه بلا سؤال فيعان عليه ولو خاف على نفسه لزمه الامتناع كما في المذخائر ورجحه الزركشي (ويندب) له (الطلب) للقضاء والقبول حيث أمن على نفسه منه كما لا يخفى (إن كان خاملاً) أي غير مشهور بين الناس بعلم (يرجو به نشر العلم) ونفع الناس به (أو) كان غير الخامل (محتاجاً إلى الرزق) من بيت المال على الولاية، وكذا لو ضاعت حقوق الناس بتولية ظالم أو جاهل فقصد بطلبه أو قبوله تداركها (وإلا) بأن لم يوجد أحد هذه الأسباب الثلاثة (فالأولى تركه) أي الطلب كالقبول لما فيه من الخطر من غير حاجة، وهذا هو الحامل لأكثر السلف الصالح على الامتناع منه (قلت: ويكره) له الطلب والقبول (على الصحيح، والله أعلم) لورود نهى مخصوص فيه، وعليه حملت الأخبار المحذرة منه كالخبر الحسن {من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين} كناية عن شدة خطره، ويحرم الطلب على جاهل وعالم قصد انتقاماً أو ارتشاء، ويتجه حرمة طلبه مباهاة واستعلاء بقصد هذين. ومحل ما تقرر عند فقد قاض متول، أو كان المتولي جائراً، فلو كان ثم متول صالح حرم على كل أحد السعي في عزله ولو بأفضل منه ويفسق الطالب، ولا يؤثر ممن تعين عليه أو ندب له بذله مالا على ذلك لكن الآخذ ظالم، فلو لم يتعين ولم يندب حرم عليه بذله ابتداء لا دواماً لئلا يعزل، وفي الروضة جواز بذله ليولى أيضاً، ودعوى أنه سبق قلم مردودة، إذ ذاك بالنسبة لعزوه ما ذكر للرويانى لا بالنسبة للحكم. ويندب عزله لغير صالح وينفذ العزل وإن حرم على العازل، والتولية وإن حرم الطلب والقبول مطلقاً خشية الفتنة (والاعتبار في التعيين) السابق (وعدمه بالناحية) ويتجه ضبطها بوطنه ودون مسافة العدو منه بناء على أنه يجب في مسافة كل عدوى نصب قاض فيجوز في التعيين، وغير ما مر من أحكام التعيين وعدمه في الطلب والقبول في وطنه ودون مسافة العدو منه دون الزائد لأنه تعذيب لما فيه من هجر الوطن بالكلية، إذ عمل القضاء لا نهاية له، بخلاف باقي فروض الكفايات المحوجة إلى السفر كالجهاد وتعلم العلم، فلو كان ببلد صالحان وولي أحدهما لم يجب على الآخر ذلك في بلد آخر ليس به صالح خلافاً لبعض المتأخرين.

(وشرط القاضي) أي من تصح توليته للقضاء (مسلم) لانتفاء أهلية الكافر للولاية، ونصبه على مثله مجرد رياسة لا تقليد حكم وقضاء، ومن ثم لم يلزمه بالتحاكم عنده ولا يلزمهم حكمه إلا إن رضوا به (مكلف) لنقص غيره، واشتراط الماوردي زيادة عقل اكتسابي على العقل الغريزي مخالف لكلامهم (حر) كله لنقص غيره بسائر أقسامه (ذكر) فلا تولى امرأة لنقصها ولاحتياج القاضي لمخالطة الرجال وهي مأمورة بالتخدر، والخشي في ذلك كالمرأة، ولخبر البخاري وغيره {لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة} (عدل) فلا يتولى فاسق لعدم الوثوق بقوله ومثله نافي الإجماع أو خبر الآحاد أو الاجتهاد. ومحجور عليه بسفه (سميع) فلا يتولى أصم لا يسمع شيئاً لأنه لا يفرق بين إقرار وإنكار، بخلاف من يسمع بالصياح (بصير) لأن الأعمى لا يعرف الطالب من المطلوب، وفي معنى الأعمى: من يرى الأشباح ولا يعرف الصور، نعم لو كانت إذا قربت منه عرفها صح، فلو كان يبصر نهاراً فقط جازت توليته أو ليلاً فقط. قال الأذرعي ينبغي منعه (ناطق) فلا يصح من الأخرس وإن فهمت إشارته لعجزه عن تنفيذ الأحكام (كاف) أي ناهض

للقيام بأمر القضاء بأن يكون ذا يقظة تامة وقوة على تنفيذ الحق فلا يولى مغفل ومختل نظر بكبير أو مرض (مجتهد) فلا يتولى جاهل بالأحكام الشرعية. ولا مقلد، وهو من حفظ مذهب إمامه لكنه غير عارف بغوامضه وقاصر عن تقرير أدلته لأنه لا يصلح للفتوى فالقضاء أولى. وما قيل من أنه كان ينبغي أن يقول إسلام إلخ أو كونه مسلماً كذلك لأن الشرط المعنى المصدرى لا الشخص نفسه رد بوضوح أن المراد بتلك الصيغ ما أشعرت به من الوصفية كما هو واضح، وأفهم كلامه عدم اشتراط كونه كاتباً أو عارفاً بالحساب المحتاج إليه في تصحيح المسائل الحسابية، لكن صحح في المجموع اشتراطه في المفتي فالقاضي أولى لأنه مفت وزيادة، ولا يشترط معرفته بلغة أهل ولايته: أي حيث كان ثم عدل يعرفه بلغتهم ويعرفهم بلغته كما هو ظاهر، وقياس ما مر في العقود أن المدار في هذه الأمور على ما في نفس الأمر لا على ما في ظن المكلف، فلو ولي من لا يعلم فيه هذه الشروط فتبين اجتماعها فيه صحت توليته، وللمولي إن لم يعلم أن يعتمد في الصالح على شهادة عدلين عارفين بما ذكر. ويندب له اختباره ليزداد فيه بصيرة (وهو) أي المجتهد (أن يعرف من القرآن والسنة ما يتعلق بالأحكام) ولو لم يحفظ ذلك عن ظهر قلب، ولا ينحصر ذلك في خمسمائة آية ولا خمسمائة حديث للاستنباط في الأول من القصص والمواضع وغيرهما أيضاً ولأن المشاهدة قاضية بطلانه في الثاني، فإن أراد القائل بالحصص في ذلك بالنسبة للأحاديث الصحيحة السالمة من الطعن في سند أو نحوه أو الأحكام الخفية الاجتهادية كان له نوع قرب، على أن قول ابن الجوزي إنها ثلاثة آلاف ونحوه مردود بأن غالب الأحاديث لا تكاد تخلو عن حكم أو أدب شرعي أو سياسة دينية، ويكفي اعتمادها فيها على أصل مصحح عنده يجمع غالب أحاديث الأحكام كسنن أبي داود: أي مع معرفة اصطلاحه، وما للناس فيه من نقد ورد (وخاصه) مطلقاً أو الذي أريد به الخصوص (وعامه) راجع لما مطلقاً أو الذي أريد به العموم ومطلقه ومقيده (ومجمله ومبينه وناسخه ومنسوخه) والنص والظاهر والمحكم (ومتواتر السنة وغيره) وهو أحادها لعدم التمكن من الترجيح عند تعارضها إلا بمعرفة ذلك. (و) الحديث (المتصل) باتصال رواته إلى الصحابي فقط، ويسمى الموقوف أو إليه صلى الله عليه وسلم، ويسمى المرفوع (والمرسل) وهو ما سقط فيه الصحابي، ويصح أن يراد به ما يشمل المنقطع والمعضل بدليل مقابلته بالمتصل (وحال الرواة قوة وضعفاً) لأنه يتوصل بذلك إلى تقرير الأحكام، نعم ما تواتر نقله وأجمع السلف على قبوله لا يبحث عن عدالة ناقله وله الاكتفاء بتعديل إمام عرف صحة مذهبه في الجرح والتعديل (ولسان العرب لغة ونحواً) وصرفاً وبلاغة لأنه لا بد منها في فهم الكتاب والسنة (وأقوال العلماء من الصحابة) فمن بعدهم اجتماعاً واختلافاً لا في كل مسألة بل في المسألة التي يريد النظر فيها بأن يعلم أن قوله فيها لا يخالف إجماعاً ولو بان يغلب على ظنه أنها مولدة لم يتكلم فيها الأولون، وكذا يقال في معرفة الناسخ والمنسوخ (والقياس بأنواعه) من جلي، وهو ما يقطع فيه بنفي الفارق كقياس ضرب الأصل على التأفيف أو مساو، وهو ما يبعد فيه انتفاء الفارق كقياس إحراق مال اليتيم على أكله أو دون، وهو ما لا يبعد فيه ذلك كقياس التفاح على البر بجامع الطعم صحة وفساداً وجلاء وخفاء وطرق استخراج العسل والاستنباط، ولا يشترط نهايته في كل ما ذكر، بل يكفي الدرجة الوسطى في ذلك مع الاعتقاد الجازم وإن لم يحسن قوانين علم الكلام المدونة الآن، واجتماع ذلك كله إنما هو شرط للمجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الفقه. أما مقلد لا يعدو مذهب إمام خاص فليس عليه غير معرفة قواعد إمامه، وليراع فيها ما يراعيه المطلق في قوانين الشرع فإنه مع المجتهد كالمجتهد في نصوص الشرع، ومن ثم لم يكن له العدول عن نص

إمامه كما لا يجوز له الاجتهاد مع النص (فإن تعذر جمع هذه الشروط) أو لم يتعذر كما هو ظاهر مما يأتي فذكر التعذر تصوير لا غير (فولى سلطان) أو من (له شوكة) بأن يكون بناحية انقطع غوث السلطان عنها ولم يرجعوا إلا إليه. وظاهر كلامه عدم استلزام السلطنة للشوكة، فلو زالت شوكة السلطان بنحو أسر وحبس ولم يخلع نفذت أحكامه حيث لم يفعلوا ولم يوجد مقتض للخلع وإلا اتجه عدم تنفيذها (فاسقا أو مقلدا) ولو جاهلا (نفذ قضاؤه) المرافق لمذهبه المعتد به وإن زاد فسقه (للضرورة) لئلا يتعطل مصالح الناس، ولو ابتلي الناس بولاية امرأة أو قن أو أعمى فيما يضبطه نفذ قضاؤه للضرورة كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى، وألحق ابن عبد السلام الصبي بالمرأة ونحوها لا كافر، ويجب عليه رعاية الأمثل فالأمثل رعاية لمصلحة المسلمين، وما ذكر في المقلد محله إن كان ثم مجتهد وإلا نفذت تولية المقلد ولو من غير ذي الشوكة، وكذا الفاسق، فإن كان هناك عدل اشترطت شوكة وإلا فلا. ومعلوم أنه يشترط في غير الأهل معرفة طرف من الأحكام، وبحث البلقيني انعزال من ولاه ذو الشوكة بزوال شوكته لزوال المقتضي لنفوذ قضاؤه: أي بخلاف مقلد أو فاسق مع فقد المجتهد والعدل فلا تزول ولايته بذلك لعدم توقفها على الشوكة كما مر، ويلزم قاضي الضرورة بيان مستنده في سائر أحكامه كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله، ولا يقبل قوله حكمت بكذا من غير بيان مستنده فيه وكأنه لضعف ولايته وألحق بعضهم به المحكم، ويجوز تخصيص الرجال بقاض والنساء بآخر، ولو تعارض فقيه فاسق وعامي عدل قدم الأول عند جمع والثاني عند آخرين، ويظهر كما قاله بعضهم أن فسق العالم إن كان لحق الله تعالى فهو أولى، أو بالظلم والرشوة فالعدل أولى ويراجع العلماء.

(ويندب للإمام) أو من ألحق به (إذا ولى قاضيا أن يأذن له في الاستخلاف) ليكون أسهل له وأقرب لفصل الخصومات، ويتأكد ذلك عند اتساع الخطة (فإن نهاه) عنه (لم يستخلف) استخلافًا عامًا لعدم رضاه بنظر غيره، فإن كان ما فوض له أكثر مما يمكنه القيام به اقتصر على الممكن وترك الاستخلاف، ولو ولاه في بلدين متباعدتين كبغداد والبصرة اختار المباشرة في إحدهما كما قاله الماوردي وإن اعترضه البلقيني، فلو اختار إحدهما فهل يكون مقتضيا لانعزاله عن الأخرى أو يباشر كلا مدة؟ وجهان: أوجههما نعم وهو الانعزال، ورجح الزركشي وجمع أن التدريس بمدرستين في بلدين متباعدتين ليس كذلك لأن غيبته عن إحدهما لمباشرة الأخرى لا يكون عذرا، ورجح آخرون الجواز ويستتيب وفعله الفخر ابن عساكر بالشام والقدس أما الخاص كتخليف وسماع بينة فقطع القفال بجوازه للضرورة إلا أن ينص على المنع منه ومقتضى كلام الأكثرين أنه على الخلاف، نعم التزويج والنظر في أمر اليتيم ممتنع حتى عند هؤلاء كالعام (فإن أطلق) الاستخلاف مطلقا أو التولية فيما لا يقدر إلا على بعضه (استخلف فيما لا يقدر عليه) لحاجته إليه (لا غيره في الأصح) لأن قرينة الحال تقتضي ذلك والثاني يستخلف في الكل كالإمام، نعم لو أمكنه القيام بما تولاه كقضاء بلدة صغيرة فليس له الاستخلاف، ولو طرأ له عدم القدرة بعد التولية لنحو مرض أو سفر استخلف جزما، وقول الأذرعي ما لم ينه عنه نظر فيه العزي بأنه عجز عن المباشرة، والإنسان لا يخلو عن ذلك غالبا فليكن مستثنى من النهي عن النيابة ويمكن حمل الأول على نهيه عنها ولو مع العذر، والثاني على خلافه بأن أطلق النهي عنه، ولو فوض الولاية لإنسان وهو في غير محل ولايته ليذهب ويحكم بها صح التفويض كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى ودعوى رده ساقطة.

(وشرط المستخلف) بفتح اللام (كالقاضي) لأنه قاض (إلا أن يستخلف في أمر خاص كسماع بينة) وتخليف (فيكفي علمه بما يتعلق به) من شرط البينة والتخليف ولا يشترط فيه رتبة الاجتهاد ومن ذلك نائب القاضي في

القرى إذا فوض له سماع البينة فقط يكفيه العلم بشروطها ولو عن تقليد، وليس المنصوب للجرح والتعديل مثله في ذلك لأنه حاكم، وله استخلاف أصله وفرعه كما صرح به الماوردي والبعوي وغيرهما، نعم لو فوض له الإمام اختيار قاض أو توليته لرجل لم يجز له اختيارهما لأن التهمة هنا أقوى للفرق الظاهر بين القاضي المستقل والنائب في التولية، وإنما لم يجز لقاض الحكم بشهادتهما لأنه يتضمن الحكم لهما بالتعديل، ولهذا لو ثبتت عدالتهما عند غيره جاز له الحكم بشهادتهما ومحل جواز استخلافهما إذا ظهر فيه عند الناس اجتماع الشروط انتهى، والأقرب أنه حيث صحت توليته وحمدت سيرته جاز له توليتهما إن كانا كذلك (ويحكم) الخليفة (باجتهاده أو باجتهاد مقلده) بفتح اللام (إن كان مقلدا) وسيأتي عدم جواز حكم غير المتبحر بغير معتمد مذهبه والمتبحر إذا شرط ذلك عليه ولو عرفا (ولا يجوز أن يشترط عليه خلافه) لأنه يعتقد بطلانه، والله تعالى إنما أمر بالحكم بالحق، وقضية كلامهما عدم جواز حكم المقلد بغير مذهب مقلده وهو كذلك، وذهب الماوردي وغيره إلى جوازه، وجمع الأذرع وغيره بينهما بحمل الأول على من لم ينته لرتبة الاجتهاد في مذهب إمامه، وهو المقلد الصرف الذي لم يتأهل لنظر ولا ترجيح والثاني على من له أهلية ذلك، ومنع ذلك بعضهم من حيث إن العرف جار بأن تولية المقلد مشروطة بأن يحكم بمذهب مقلده سواء الأهل وغيره، لا سيما إن قال له في عقد التولية على عادة من تقدمك لأنه لم يعتد لمقلد حكم بغير مذهب إمامه. واعلم أن ظاهر الروضة في القضاء على الغائب أن منصب سماع الدعوى والبينة والحكم بها يختص بالقاضي دون الإمام الأعظم، والأصح خلافه، على أن مرادهم بالقاضي ما يشمله بدليل أنهم لم يبنهوا على تخالف أحكامهما إلا في بعض المسائل كانعزال القاضي بالفسق دون الإمام الأعظم، على أن صريح المتن الجواز كما يعلم من قوله ويحكم له ولهؤلاء الإمام أو قاض آخر.

(ولو حكم خصمان) أو اثنان من غير خصومة كفي نكاح أو حكم أكثر من اثنين (رجلا في غير حد) أو تعزير (لله تعالى جاز مطلقا) أي مع وجود قاض أفضل وعدمه (بشروط أهلية القضاء) المطلقة لا في خصوص تلك الواقعة فقط لأن ذلك وقع لجمع من الصحابة ولم ينكر مع اشتهاه فكان إجماعا. أما حده تعالى أو تعزيره فلا يجوز التحكيم فيه، إذ لا طالب له معين، وهذا الاستثناء من زياداته على المحرم. وأخذ منه أن حق الله المالي الذي لا طالب له معين لا يجوز التحكيم فيه. وأما غير الأهل فلا يجوز تحكيمه: أي مع وجود الأهل وإلا جاز ولو في النكاح، نعم لا يجوز تحكيم غير مجتهد مع وجود قاض ولو قاضي ضرورة. قال البلقيني: ولا يجوز لوكيل من غير إذن موكله تحكيم ولا لولي إن أضر بموليه، وكوكيل مأذون له في التجارة وعامل قراض ومفلس إن أضر غرماء ومكاتب إن أضر به (وفي قول لا يجوز) التحكيم لما فيه من الافتيات على الإمام ونوابه، ورد بأنه ليس له حبس ولا ترسيم ولا استيفاء عقوبة لآدمي ثبت موجبها عنده لئلا يخرق أبهتهم فلا افتيات. قيل وقضية كلامهم أن للمحكم أن يحكم بعلمه وهو ظاهر وإن زعم بعض المتأخرين أن الراجح خلافه، وقول الأذرع لم أر فيه شيئا: أي صريحا بشرط اجتهاده وكونه ظاهر التقوى والورع، لكن المعتمد منع ذلك لانحطاط رتبته عن القاضي (وقيل) إنما يجوز (بشرط عدم قاض بالبلد) للضرورة (وقيل يختص) الجواز (بما دون قصاص ونكاح ونحوهما) كلعان وحد قذف (ولا ينفذ حكمه إلا على راض) لفظا فلا أثر للسكوت أخذا من نظائره، ولا بد من رضا الزوجين معا في النكاح، والأوجه الاكتفاء بسكوت البكر في استئذانها في التحكيم (به) أي بحكمه الذي يتحكم به من ابتداء الحكم إلى الانتهاء منه لأنه المثبت للولاية فلا بد من تقدمه، نعم لو كان أحد الخصمين ممن له ولاية القضاء لم يشترط رضاها لأن ذلك تولية

منه وقول ابن الرفعة نقلا عن جمع التحاكم لشخص ليس تولية له يمكن حمله على ما إذا لم يجر غير الرضا، وحمل الأول على ما إذا انضم له لفظ يفيد التفويض كاحكم بيننا مثلا، وفي كلام الماوردي ما يدل على ذلك (فلا يكفي رضا قاتل في ضرب دية على عاقلته) بل لا بد من رضا العاقلة لأنهم لا يؤخذون بإقرار الجاني فكيف يؤخذون برضاه (وإن رجع أحدهما قبل الحكم) ولو بعد استيفاء شروط البيعة (امتنع الحكم) لعدم استمرار الرضا (ولا يشترط الرضا بعد الحكم في الأظهر) كحكم المولى من جهة الإمام، ولا ينقض حكمه إلا من حيث ينقض حكم القاضي، وله أن يشهد على حكمه وإثباته من في مجلسه خاصة لانعزاله بالتفرق، وإذا تولى القضاء بعد سماع بيعة حكم بها بعده من غير إعادتها. والثاني يشترط لأن رضاهما معتبر في الحكم فكذا في لزومه.

(ولو نصب) الإمام أو نائبه (قاضيين) أو أكثر (ببلد وخص كلا بمكان) منه (أو زمن أو نوع) كأن فوض لأحدهما الحكم في الأموال والآخر في الدماء أو بين الرجال والنساء (جاز) لعدم المنازعة بينهما، فإن كان رجل أو امرأة وليس هناك إلا قاضي رجال أو نساء لم يحكم بينهما، بخلاف ما إذا وجدنا فإن العبرة بالطالب على ما مر (وكذا إن لم يخص في الأصح) كنصب الوصيين والوكيلين في شيء، وإذا كان في بلد قاضيان، فإن كان أحدهما أصلا أجيب داعيه وإلا فمن سبق داعيه، فإن جاء معا أقرع، فإن تنازعا في اختيارهما أجيب المدعي، فإن كان كل طالبا ومطلوبا كان اختلف فيما يقتضي تحالفا فأقربهما وإلا فبالقرعة. وقضية كلامه حمله على الاستقلال عند اشتراط اجتماع أو استقلال، وفارق نظيره في الوصيين بأن الاجتماع هنا ممتنع فلم يحمل عليه تصحيحا للكلام ما أمكن، والاجتماع ثم جائز فحمل عليه لكونه أحوط. والثاني لا يجوز كالإمامة العظمى (إلا أن يشترط اجتماعهما على حكم) فلا يجوز قطعاً لأن اجتهادهما مختلف غالبا فلا تنفصل الخصومات، وقضيته أنهما لو كانا مقلدين لإمام واحد ولا أهلية لأحدهما في نظر ولا ترجيح أو شرط اجتماعهما على المسائل المتفق عليها صح شرط اجتماعهما لأنه لا يؤدي إلى تخالف اجتهاد ولا ترجيح، ولو حكم اثنين اشترط اجتماعهما، بخلاف ما ذكر في القاضيين لظهور الفرق، قاله في المطلب، ولا بد من تعيين ما يولى فيه، نعم إن اطرده عرف بتبعية بلاد في توليتها دخلت تبعا لها ويستفيد بتولية القضاء العام سائر الولايات وأمور الناس حتى نحوز كاة وحسبة لم يفوض أمرهما لغيره. نعم يتجه في قوله احكم بين الناس أنه خاص بالحكم لا يتجاوز لغيره، ويفرق بينه وبين وليتك القضاء بأنه في هذا التركيب بمعنى إمضاء الأمر وسائر تصرفات القاضي فيها إمضاء الحكم بخلاف المحكم.

(فصل)

فيما يقتضي انعزال القاضي أو عزله وما يذكر معه

إذا (جن قاض أو أغمي عليه) وإن قل الزمن، أو مرض مرضا غير مرجو الزوال وقد عجز معه عن الحكم (أو عمي) أو صار كالأعمى كما عرف مما مر في قوله بصيرا (أو ذهبت أهلية اجتهاده) المطلق أو المقيد بنحو غفلة (و) كذا إن لم يكن مجتهدا وصحنا ولايته فطراً إذهاب (ضبطه بغفلة أو نسيان لا ينفذ حكمه) لانعزاله بذلك، وكذا إن خرس أو صم، نعم لو عمي بعد ثبوت قضية عنده ولم يبق إلا قوله حكمت بكذا ولم يحتج معه إلى إشارة نفذ حكمه فيها (وكذا لو فسق) أو زاد فسق من لم يعلم موليه بفسقه الأصلي أو الزائد حال توليته كما هو ظاهر فلا ينفذ حكمه (في الأصح) لوجود المنافي. والثاني ينفذ كالإمام. قال الزركشي: والوجهان إذا قلنا إنه لا ينعزل بالفسق. فأما إذا قلنا إنه ينعزل بالفسق لم ينفذ قطعاً. ذكره الإمام في كتاب النكاح، وهو حسن صحيح، وبه يزول محذور التكرار

في كلام المصنف فإنه إنما ذكره في الوصية بالنسبة للانعزال لا لنفوذ الحكم، ولا نظر لفهم أن المراد بعدم النفوذ عدم الولاية من قوله (فإن زالت هذه الأحوال لم تعد ولايته في الأصح) إلا بتولية جديدة كالولاية، والثاني تعود كالأب إذا جن ثم أفاق أو فسق ثم تاب.

(وللإمام) أي يجوز له (عزل قاض) لم يتعين (ظهر منه خلل) لا يقتضي انعزاله ككثرة الشكاوى منه أو ظن أنه ضعيف أو زالت هيئته في القلوب وذلك لما فيه من الاحتياط، أما ظهور ما يقتضي انعزاله وثبت ذلك فيعزل به ولم يحتج لعزل وإن ظن بقرائن فيحتمل أنه كالأول، ويحتمل فيه ندب عزله وإطلاق ابن عبد السلام وجوب صرفه عند كثرة الشكاوى منه اختيار له (أو لم يظهر) منه خلل (وهناك أفضل منه) فله عزله من غير قيد كما يأتي في المثل رعاية للأصلح للمسلمين، ولا يجب وإن قلنا إن ولاية المفضول غير منعقدة مع وجود الفاضل لأن الغرض حدوث الأفضل بعد الولاية فلم يقدر فيها (أو) هناك (مثله) أو دونه (وفي عزله به مصلحة كتسكين فتنة) لما فيه من المصلحة للمسلمين (وإلا) بأن لم يكن فيه مصلحة (فلا) يجوز عزله به لأنه عبث وتصرف الإمام يمان عنه، واستغنى بذكر المصلحة عن قول أصله هنا، وليس في عزله فتنة لأنه لا تتم المصلحة إلا إذا انتفت الفتنة، وبه يندفع قول من زعم أنه لا يغني عنه فقد يكون الشيء مصلحة من وجه ومفسدة من جهة أخرى (لكن ينفذ العزل في الأصح) مع إثم المولي والمتولي بذلا لطاعة السلطان، والثاني لا، لأنه لا خلل في الأول ولا مصلحة في عزله، أما إذا تعين بأن لم يكن ثم من يصلح للقضاء غيره فإنه ليس له عزله، ولو عزله لم ينعزل، وسكت هنا عن انعزاله بعزل نفسه، والأصح أن له ذلك كالوكيل هذا في الأمر العام، أما الوظائف الخاصة كإمامة وأذان وتصوف وتدریس وطلب ونظر ونحوها فلا تنعزل أربابها بالعزل من غير سبب. كما أفتى به جمع متأخرون وهو المعتمد، ومحل ذلك حيث لم يكن في شرط الواقف ما يقتضي خلاف ذلك (والمذهب أنه لا ينعزل قبل بلوغه خبر عزله) لعظم الضرر بنقض وفساد التصرفات، نعم لو علم الخصم أنه معزول لم ينفذ حكمه له لعلمه أنه غير حاكم باطنا ذكره الماوردي، فإن رضيا بحكمه كان كالتحكيم بشرطه، هذا والأوجه خلافه إذا علم الخصم بعزل القاضي لا يخرج عن كونه قاضيا ولم يتعرضوا لما يحصل به بلوغ خبر العزل، وينبغي إلحاق ذلك بخبر التولية بل أولى حتى يعتبر فيه شاهدان وتغني الاستفاضة، والطريق الثاني حكاية قولين كالوكالة، ومر الفرق في باب الوكالة، ولو بلغ الخبر المستتيب دون النائب أو بالعكس انعزل من بلغه ذلك دون غيره خلافا للبلقيني، ويتجه أن العبرة في بلوغ خبر العزل للنائب بمذهبه لا بمذهبه مستتبيه. (وإذا كتب الإمام إليه إذا قرأت كتابي فأنت معزول فقراه انعزل) لوجود الصفة، وكذا لو طالعه وفهم ما فيه وإن لم يتلفظ به (وكذا إن قرئ عليه في الأصح) لأن القصد إعلامه بالعزل لا قراءته بنفسه سواء كان قارئاً أم أمياً، والثاني لا ينعزل وهو المصحح في الطلاق، وفرق الأول بأن المرعي ثم النظر إلى الصفات وهنا إلى الإعلام، والظاهر أنه يكفي هنا قراءة محل العزل فقط لا جميع الكتاب، ولا يأتي فيه الخلاف المار في الطلاق فيما إذا انحى بعضه أو انمحق. (وينعزل بموته وانعزاله من إذن له في شغل معين كبيع مال) ميت أو غائب وسماع شهادة في حادثة معينة كالوكيل (والأصح انعزال نائبه المطلق إن لم يؤذن له في الاستخلاف) لأن الغرض من الاستخلاف المعاونة وقد زالت ولايته فبطلت المعاونة (أو قيل) له (استخلف عن نفسك) لما ذكر (أو أطلق) لظهور غرض المعاونة وبطلانها ببطلان ولايته، وفارق ما مر في نظيره من الوكالة بأن الغرض ثم ليس معاونة الوكيل بل النظر في حق الموكل فحمل الإطلاق على إرادته، نعم إن عين له الخليفة

كان قاطعا لنظره فيكون كما في قوله (فإن قيل) أي قال له مولىه (استخلف عني فلا) ينعزل الخليفة لأنه ليس نائبه.

(ولا ينعزل قاض) غير قاضي ضرورة ولا قاضي ضرورة إذا لم يوجد مجتهد صالح ولا من ولايته عامة كناظر بيت المال والجيش والحسبة والأوقاف (بموت الإمام) الأعظم ولا بانعزاله لعظم الضرر بتعطيل الحوادث، ومن ثم لو ولاه للحكم بينه وبين خصمه انعزل بفراغه منه، ولأن الإمام إنما يولي القضاء نيابة عن المسلمين، بخلاف تولية القاضي لنوابه فإنه عن نفسه ومن ثم كان له عزلهم بغير سبب كما مر، بخلاف الإمام يحرم عليه إلا بسبب. وما بحثه البلقيني من أن قاضي الضرورة حيث انعزل استرد منه ما أخذه من نظر الأوقاف، وعلى القضاء لا يتأتى مع القول بصحة ولايته كما مر، والأوجه عدم انعزاله مع وجود مجتهد صالح إلا إن رجي توليته وإلا فلا فائدة في انعزاله (ولا) ينعزل (ناظر يتيم) ومسجد (ووقف بموت قاض) نصيهم وكذا بانعزاله لثلاثي المصالح، نعم لو شرط النظر لحاكم المسلمين انعزل كما بحثه الأذرعي وغيره بتولية قاض جديد لصيرورة النظر إليه بشرط الواقف (ولا يقبل قوله) وإن كان انعزاله بالعمى على الأوجه خلافا للبلقيني (بعد انعزاله) ولا قول للمحكم بعد مفارقة مجلس حكمه (حكمت بكذا) لأنه لا يملك إنشاء الحكم حينئذ (فإن شهد) وحده أو مع (آخر بحكمه لم يقبل على الصحيح) لأنه يشهد بفعل نفسه، والثاني يقبل لأنه لم يجر لنفسه بذلك نفعاً ولم يدفع ضرراً، ويفارق المرضعة على الأول بأن فعلها غير مقصود بالإثبات مع أن شهادتها لا تتضمن تزكية نفسها بخلاف الحاكم فيهما، وخرج بحكمه شهادته بإقرار صدر في مجلسه فيقبل جزماً (أو) شهد (بحكم حاكم جاز الحكم قبلت) شهادته (في الأصح) كما لو شهدت المرضعة برضاع محرم ولم تذكر فعلها، والثاني المنع لأنه قد يريد نفسه فيجب البيان ليزول اللبس ولا أثر لاحتمال المبطل على الأول، ومن ثم لو علم أنه يعني حكمه لم يقبله، وإنما قيد بقوله جاز الحكم لإيهام حذفه حكم حاكم لا يجوز حكمه كحاكم الشرطة مثلاً (يقبل قوله قبل عزله حكمت بكذا) لقدرته على الإنشاء حينئذ حتى لو قال على سبيل الحكم نساء هذه القرية طوالق من أزواجهن قبل، ومحلّه كما بحثه الأذرعي في محصورات وإلا فهو كاذب مجازف وفي قاض مجتهد ولو في مذهب إمامه قال ولا ريب عندي في عدم نفوذه من فاسق وجاهل، ولا بد في قاضي الضرورة من بيان مستنده، فلو قال حكمت بحجة أوجبت الحكم شرعاً وامتنع من بيان ذلك لم يقبل حكمه كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لاحتمال أن يظن ما ليس بمستند مستندا، وأفتى أيضاً بأنه لو حكم بطلاق امرأة بشاهدين فقالا إنما شهدنا بطلاق مقيد بصفة ولم توجد وقال بل أطلقتما قبل قوله إن لم يتهم في ذلك لعلمه وأمانته (فإن كان في غير محل ولايته) وهو خارج عمله لا مجلس حكمه، ودعوى من أراد الثاني أراد به أن مولىه قيد ولايته بذلك المجلس (فكمعزول) لأنه لا يملك إنشاء الحكم حينئذ فلا ينفذ إقراره به، وأفهم قوله فكمعزول عدم نفوذ تصرف منه استباحه بالولاية كإيجار وقف نظره للقاضي وبيع مال يتيم وتقرير في وظيفة وهو كذلك كتزويج من ليست في ولايته، نعم لو استخلف وهو في غير محل ولايته من يحكم بها بعد وصوله لها صح كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى، إذ الاستخلاف ليس بحكم حتى يمتنع بل مجرد إذن فهو كمحرم، وكل من يزوجه بعد التحلل أو أطلق ومنازعة بعضهم. فيه بأنه إذن استفاده بالولاية بمحل مخصوص فكيف يعتد منه به قبل وصوله إليه، وأن القياس المذكور ليس بمسلم لأنه المحرم ليس ممنوعاً إلا من المباشرة بنفسه والقاضي قبل وصوله لمحل ولايته لم يتأهل لإذن ولا حكم، وإنما قياسه أن يقيد تصرف الوكيل ببلد فليس له كما هو ظاهر كلامهم فيه التوكيل وإن جوزنا له الإذن لغيره، وهو في غيرها

مردودة بصحة القياس لأن عبارة المحرم في النكاح مختلة مطلقا بنفسه أو نائبه في زمن الإحرام وصح إذنه المذكور، فكذلك القاضي يمتنع عليه الحكم في ذلك المكان الخارج عن محل ولايته وصح إذنه فيه فتأمل ذلك. (ولو ادعى شخص على معزول) ومراده بذلك الإخبار، فتسميته دعوى مجاز لأنها لا تكون إلا بعد حضوره (أنه أخذ ما له برشوة) أي على سبيل الرشوة كما بأصله وهي مثلثة المرء وعبارة المصنف بمعناه لأن مراده بالرشوة لازمها: أي بباطل، فاندفع القول أن عبارة الأصل أولى لإيهام عبارة الكتاب أن الرشوة سبب مغاير للأخذ وليس كذلك (أو شهادة عبيد مثلا) وأعطاه لفلان ومذهبه عدم قبول شهادتهما (أحضر وفصلت خصومتها) لتعذر إثبات ذلك بغير حضوره، وله أن يوكل ولا يحضر، فإذا حضر وكيله استؤنفت الدعوى، وإنما يجب إحضاره إذا ذكر شيئا يقتضي المطالبة شرعا كما مثله، فلو طلب إحضاره مجلس الحكم ولم يعين شيئا لم يجب إليه، إذ قد لا يكون له حق وإنما يقصد ابتذاله بالخصومة (وإن قال حكم بعبدین) أو فاسقين أو نحو ذلك قال ابن الرفعة: وهو يعلم ذلك وأنه لا يجوز وأنا أطالبه بالغرم، وقال غيره: لا يحتاج لذلك وإنما سمعت هذه الدعوى مع أنها ليست على قواعد الدعاوى الملزمة إذ ليست بنفس الحق لأن القصد منها التدرج إلى إلزام الخصم (ولم يذكر ما لا أحضر) ليجب عن دعواه (وقيل لا) يحضر (حتى تقوم بينة بدعواه) لأنه كان أمين الشرع، والظاهر من أحكام القضاة وقوعها على وفق الصحة فلا يعدل عن الظاهر إلا بينة صيانة لولاية المسلمين عن البذلة، ويرد بأن هذا الظاهر وإن سلم لا يمنع إحضاره لتبين الحال (فإن حضر) بعد البينة أو من غير بينة (وأنكر) بأن قال لم أحكم عليه أصلا أو لم أحكم إلا بشهادة عدلين حرين (صدق بلا يمين في الأصح) صيانة له عن الابتذال (قلت: الأصح) أنه لا يصدق إلا (بيمين والله أعلم) لعموم خبر {واليمين على من أنكر} ولأن غايته أنه أمين وهو كالوديع لا بد من حلفه، هذا كله فيمن علم بقاء أهليته إلى عزله، أما من ظهر فسقه وجوره وعلمت خيانتة فالظاهر أنه يحلف قطعا، وأما أمناؤه الذين يجوز لهم أخذ الأجرة إذا حوسب بعضهم فبقي عليه شيء فقال أخذت هذا المال أجرة على عملي وصدق المعزول لم ينفعه تصديقه ويسترد منه ما يزيد على أجرة المثل.

(ولو ادعى على قاض) متول (جور في حكم لم تسمع) الدعوى عليه لأجل أنه يحلف له، وكذا لو ادعى على شاهد أنه شهد زورا وأراد تغريمه لأن كلا منهما أمين الشرع (وتشترط) لسماع الدعوى عليهما بذلك (بينة) يحضرها بين يدي المدعي عنده لتخبره حتى يحضره إذ لو فتح باب تحليفهما لكل مدع لاشتد الأمر ورغب الناس عن القضاء والشهادة (وإن) ادعى على متول بشيء (لم يتعلق بحكمه) كغصب أو دين أو بيع (حكم بينهما خليفته أو غيره) كواحد من الرعية يحكمانه قال السبكي: هذا إذا ادعى عليه بما لا يقدر فيه ولا يخل بمنصبه وإلا لم تسمع الدعوى قطعا ولا يحلف ولا طريق للمدعي حينئذ إلا لبينة، قال: بل ينبغي أنها لا تسمع إن لم تقدر فيه حيث لم تظهر للحاكم صحة الدعوى صيانة عن ابتذاله بالدعاوى والتحليف انتهى. وفيه ما مر وبفرض صحته يتعين تقييده بقاض حسن السيرة ظاهر الديانة والعفة، وخرج بما ذكر الدعوى على متول في محل ولايته عند قاض أنه حكم بكذا فلا تسمع بخلافه في غير محلها وبخلاف المعزول فتسمع عليه الدعوى والبينة ولا يحلف كما في الروضة، وأصلها فما مر في المعزول محله في غير هذا.

(فصل)

في آداب القضاء وغيرها

(ليكتب الإمام) أو نائبه كالقاضي الكبير ندبا (لمن يوليه) كتابا بالتولية وما فوضه إليه وما يحتاج إليه القاضي ويعظمه فيه ويعظه ويبالغ في وصيته بالتقوى ومشاورة العلماء والوصية بالضعفاء {اتباعا له صلى الله عليه وسلم في عمرو بن حزم لما ولاه اليمن وهو ابن سبع عشرة سنة}، رواه أصحاب السنن، واقتصر في معاذ لما بعثه إليها على الوصية من غير كتابة (ويشهد بالكتاب) يعني لا بد إن أراد العمل بذلك الكتاب أن يشهد بما فيه من التولية (شاهدين) بصفات عدول الشهادة (يخرجان معه إلى البلد) أي محل التولية وإن كان قريبا (يخبران بالحال) لتلزم طاعته على أهل البلد والاعتماد على ما يشهدان به لا على ما في الكتاب، ولا بد من سماعهما التولية من المولي، وإذا قرئ بحضرته فليعلم أن ما فيه هو الذي قرئ لئلا يقرأ غير ما فيه، ثم إن كان في البلد قاض أديا عنده وأثبت ذلك بشروطه وإلا كفى إخبارهما لأهل البلد: أي لأهل الحل والعقد منهم كما هو ظاهر وحينئذ يتعين الاكتفاء بظاهر العدالة لاستحالة ثبوتها عند غير قاض مع الاضطرار إلى ما يشهدان به، فقولهم بصفات عدول الشهادة إنما يتأتى إن كان ثم قاض، واختار البلقيني الاكتفاء بواحد (وتكفي الاستفاضة في الأصح) لأنها أكد من الشهادة ولأنه لم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم ولا عن الخلفاء الراشدين إشهاد. والثاني المنع لأن التولية عقد والعقود لا تثبت بالاستفاضة كالإجارة والوكالة (لا مجرد كتاب) فلا يكفي (على المذهب) لاحتمال التزوير وإن حفت القرائن بصدقه، ولا يكفي إخبار القاضي لاتهامه، فإن صدقوه لزمهم طاعته في أوجه الوجهين (ويبحث) بالرفع (القاضي) ندبا (عن حال علماء البلد) أي محل ولايته (وعدوله) إن لم يعرفهم قبل دخوله، فإن تعسر فعقبه ليعاملهم بما يليق بهم (ويدخل) وعليه عمامة سوداء اقتداء به صلى الله عليه وسلم لما دخل يوم فتح مكة والأولى دخوله (يوم الاثنين) صبيحته {لأنه صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فيه حين اشتد الضحى}، فإن تعسر فالخميس ثم السبت، وورد: {اللهم بارك لأمتي في بكورها}، وينبغي كما قاله المصنف رحمه الله تحريها لفعل وظائف الدين والدنيا فيها ويقصد المسجد عقب دخوله ليصلي به ركعتين ويأمر بقراءة العهد وينادي من كانت له حاجة ليأخذ في العمل ويستحق الرزق، وقضية ذلك عدم استحقاقه من وقت التولية، وبه صرح الماوردي (وينزل) إن لم يكن ثم محل مهيا للقضاء (وسط) بفتح السين في الأشهر (البلد) ليتساوى أهله في القرب منه (وينظر أولا) ندبا بعد تسلمه ديوان الحكم من الأول، وهو الأوراق المتعلقة بالناس، وأن ينادي في البلد متكررا إن القاضي يريد النظر في المحبوسين يوم كذا فمن كان له محبوس فليحضر (في أهل الحبس) إن لم يكن ثم من هو أهم منهم هل يستحقونه أو لا؟ لأنه عذاب ويبدأ بقرعة فمن حضرت له أحضر خصمه وفصل بينهما وهكذا (فمن قال حبست بحق أدامه) إلى وفائه أو ثبوت إعساره وبعد ذلك ينادى عليه لاحتمال ظهور غريم آخر له ولا يحبس حال النداء ولا يطالب بكفيل بل يراقب وإن كان الحق حدا أقامه عليه وأطلقه أو تعزيرا ورأى إطلاقه فعل (أو) قال حبست (ظلما فعلى خصمه حجة) إن كان حاضرا، فإن أقامها أدامه وإلا حلفه وأطلقه بلا كفيل إلا أن يراه فحسن (فإن كان) خصمه (غائبا) عن البلد (كتب إليه ليحضر) لفصل الخصومة بينهما أو يوكل لأن القصد إعلامه ليلحن بحجته. فإن علم ولم يحضر ولم يوكل حلف وأطلق لتقصير الغائب حينئذ (ثم) في الأوصياء وكل متصرف عن غيره بغير ثبوت ولايتهم عنده لأن رب المالك لا يملك المطالبة بماله فناب القاضي عنه لأنه وليه العام إن كان ببلده وإن كان ماله ببلدة أخرى لما مر أن الولاية العامة لحاكم بلد المالك (فمن ادعى وصاية سأل) الناس (عنها) ألقا حقيقة؟ وما كيفية ثبوتها؟ (وعن حاله) هل توفرت فيه الشروط (وتصرفه فمن) قال فرقت الوصية أو صرفت للموصى عليه لم يتعرض له إن وجدته

عدلا وإن (وجده فاسقا أخذ المال) وجوبا (منه) إن كان باقيا وغرمه بدل ما فوته ومن شك في عدالته لم ينزعه منه كما رجحه الأذرعى، قال: وهو الأقرب إلى كلامهما والجمهور، وإن رجح البلقيني وغيره خلافه، أما إذا ثبتت عدالته عند الأول فلا يؤثر فيه الشك وإن طال الزمن لاتحاد القضية، وبه فارق شاهد أزكى ثم شهد بعد طول الزمن فلا بد من استزكائه (أو) وجده (ضعيفا) عن قيامه بها مع أمانته (عضده بمعين) ولا ينتزع منه المال ثم ينظر بعد الأوصياء في أمناء القاضي المنصوبين عن الأطفال وتفرقة الوصايا، نعم له عزلهم ولو بلا سبب وتولية غيرهم لأنهم مولون من جهته بخلاف الأوصياء. وليس له الكشف عن أب وجد متصرفا إلا بعد ثبوت قاذح عنده فيه ثم ينظر في الأوقاف العامة ومتوليها قال الماوردي والرويانى: وعن الخاصة لأنها تتول لمن لا يتعين من الفقراء والمساكين فينظر هل آلت إليهم وهل له ولاية على من تعين منهم لصغر ونحوه، ثم في أمر اللقطة التي لا يجوز تملكها للملتقط أو يجوز ولم يختر تملكها بعد الحول، ثم في الضوال فيحفظ هذه الأموال في بيت المال مفردة عن أمثالها وله خلطها بمثلها حيث اقتضت المصلحة ذلك، فإذا ظهر المالك غرم له من بيت المال، وله بيعها وحفظ ثمنها لمصلحة مالكيها.

(ويتخذ) ندبا (مزكيا) بصفته الآتية وأراد به وبما بعده الجنس إذ لا يكتفي بواحد (وكاتب) لاحتياجه إليه لكثرة أشغاله، {ولأنه صلى الله عليه وسلم كان له كتاب فوق أربعين}، ومحل ذلك إذا رزق من بيت المال وإلا لم يندب اتخاذه إلا إن تعين كالقاسم والمقوم والمترجم والمسمع والمزكى لئلا يغالوا في الأجرة، وللقاضي وإن وجد كفايته أخذ ما يكفيه وعياله نفقة وكسوة وغيرهما من بيت المال، إلا إن تعين للقضاء ووجد كفايته وكفاية عياله فلا يجوز له أخذ شيء منه، ومحل جواز الأخذ للمكفي وغيره إذا لم يوجد متطوع بالقضاء صالح له وإلا فلا يجوز صرح به الماوردي وغيره، ولا يجوز عقد الإجارة على القضاء، ولا يرزق من خاص مال الإمام أو الأحاد وأجرة الكاتب ولو قاضيا وثمان ورق المحاضر والسجلات ونحوها من بيت المال، فإن لم يكن فيه شيء أو احتيج لما هو أهم من ذلك فعلى من شاء الكتابة، وللإمام أن يأخذ من بيت المال لنفسه ما يليق به من خيل وغلمان ودار واسعة، ولا يلزمه الاقتصار كالصحابه رضي الله عنهم، ويرزق منهم أيضا كل من كان عمله مصلحة عامة للمسلمين كالأمير والمفتي والمحتسب والمؤذن والإمام للصلاة ومعلم القرآن وغيره من العلوم الشرعية (ويشترط كونه) أي الكاتب حرا ذكرا (مسلمًا عدلا) لتؤمن خيانتته (عارفا بكتابة محاضر وسجلات) وسيأتي الفرق بينهما، وقد يترادفان باعتبار إطلاقهما على مطلق المكتوب وسائر الكتب الحكمية لإفساد الجاهل بذلك ما يكتبه (ويستحب) فيه (فقه) فيما يكتبه: أي زيادته من التوسع في معرفة الشروط ومواقع اللفظ والتحرز عن الموهوم والمحتمل لئلا يؤتى من الجهل ومن اشترط فقهه أراد معرفته بما لا بد له من أحكام الكتابة وعفة عن الطمع لئلا يستمال به (ووفور عقل) اكتسابي ليزداد ذكاؤه وفطنته فلا يخدع (وجودة خط) وإيضاحه مع ضبط الحروف، وترتيبها، وتضييقها لئلا يقع فيها إلحاق وتبيينها لئلا يشتهه نحو سبعة بتسعة ومعرفته بحساب الموارد وغيرها لاضطراره إليه، وفصاحته وعلمه بلغات الخصوم.

(و) يتخذ ندبا أيضا (مترجما) لأنه قد يجهل لسان الخصوم أو الشهود، والمراد باتخاذه كونه عارفا باللغات الغالب وجودها في ذلك العمل، فإن كان القاضي يعرف لغة الخصوم لم يتخذه (وشرطه عدالة وحرية وعدد) أي اثنان ولو في زنا، وإن كان شهوده كلهم أعجميين لأنه ينقل إلى القاضي قولاً لا يعرفه فأشبهه المزكى والشاهد، بخلاف الكاتب فإنه لا يثبت شيئاً، نعم يكفي رجل وامرأتان فيما يثبت بهما، وقيس بهما أربع نسوة فيما يثبت

بهن، وأسقط من الأصل اشتراط التكليف لدخوله في العدالة. وشرط
الماوردي انتفاء التهمة فلا تقبل ترجمة الوالد والولد كما لا تقبل شهادتهما.
وهو ظاهر إن كانت الترجمة عن القاضي بالحكم أو عن الخصم بما يتضمن
حقاً لأبيه أو ابنه، فإن كانت فيما يتضمن حقاً عليهما لم يظهر لامتناعه وجه،
ويكفي اثنان عن الخصمين كشهود الفرع، وعلم من اشتراط العدد
اشتراط لفظ الشهادة وهو كذلك (والأصح جواز أعمى) لأن الترجمة تفسير
لفظ فلا تحتاج إلى معاينة وإشارة، بخلاف الشهادة، وعليه فيكلف القاضي
من حضر السكوت لئلا يتكلم غير الخصم والثاني لا كالشاهد، وقد علم أنه
لا يلزم من هذا تغليبهم شائبة الرواية إذ هي شهادة إلا في هذا لعدم وجود
المعنى المشترك له الإبصار هنا (و) الأصح (اشتراط عدد) ولا يضر العمى
هنا أيضاً (في إسماع قاض به صمم) لم يبطل سمعه كالمترجم فإنه ينقل
عين اللفظ كما أن ذاك ينقل معناه. والثاني لا يشترط لأن المسمع لو غير
أنكر عليه الخصم والحاضرون بخلاف المترجم وشرطهما ما مر في
المترجمين، وخرج بإسماع القاضي الذي هو مصدر مضاف لمفعوله إسماع
الخصم ما يقوله القاضي أو خصمه فيكفي فيه واحد لأنه إخبار محض.

(ويتخذ) ندبا (درة) بكسر المهملة (للتأديب) اقتداء بعمر رضي الله
عنه، نعم منع ابن دقيق العيد نوابه من ضرب المستورين بها لأنه صار مما
يعير به ذرية المضروب وأقاربه، بخلاف الأردال وله التأديب بالسوط
(وسجنا لأداء حق وتعزير) كما فعله عمر رضي الله عنه بدار اشتراها بمكة
وجعلها سجنا وإذا هرب المحبوس لم يلزم القاضي طلبه، فإذا حضره
سأله عن سبب هربه فإن تعلل بإعسار لم يعزره، وإلا عزره، ولو أراد
مستحق الدين ملازمته بدلا عن الحبس مكن ما لم يقل تشق علي الطهارة
والصلاة مع ملازمته ويختار الحبس فيجيبه، وأجرة السجن على المسجون
لأنها أجرة المكان الذي شغله، وأجرة السجن على صاحب الحق إذا لم
ينتهي صرف ذلك من بيت المال (ويستحب كون مجلسه) الذي يقضي فيه
(فسيحا) لئلا يتأذى به الخصوم (بارزا) أي ظاهرا ليعرفه كل أحد، ويكره
اتخاذ حاجب لا مع زحمة أو في خلوة (مصونا من أذى) نحو (حر وبرد) وريح
كريه وغبار ودخان (لائقا بالوقت) أي الفصل كمهب الريح وموضع الماء في
الصيف والسكن في الشتاء والخضرة في الربيع، ولم يجعل هذا نفس
المصون كما صنعه أصله بل غيره كأنه للإشارة إلى تغييرهما كان الأول
لدفع المؤذي والثاني لتحصيل التنزه ودفع المكدر عن النفس، فاندفع
دعوى أن عبارة أصله أحسن، ومحل ما تقرر عند اتحاد الجنس، فإن تعدد
وحصل زحام اتخذ مجالس بعدد الأجناس، فلو اجتمع رجال وخنائي ونساء
اتخذت ثلاثة مجالس قاله ابن القاضي (و) لائقا بوظيفة (القضاء) التي هي
أعظم المناصب وأجل المراتب بأن يكون على غاية من الحرمة والجلالة
والأبهة، فيجلس مستقبل القبلة داعيا بالعصمة والتوفيق والتسديد متعمما
متطيلسا على محل عال به فرش ووسادة بحيث يتميز بذلك عن غيره
وليكون أهيب وإن كان من أهل الزهد والتواضع للحاجة إلى قوة الرهبة
والهيبة، ومن ثم كره جلوسه على غير هذه الهيئة (لا مسجدا) أي لا يتخذ
مجلسا للحكم فيكره ذلك صونا له عن ارتفاع الأصوات واللغط الواقعين
بمجلس الحكم عادة، وقد يحتاج إلى إحضاره المجانين والصغار والحيض
والكفار وإقامة الحد فيه أشد كراهة، نعم إن اتفقت قضية أو قضايا وقت
حضوره فيه لصلاة أو غيرها لم يكره فصلها، وكذا إن احتاج لجلوسه فيه
لعذر من مطر أو غيره، فإن جلس له فيه مع الكراهة أو عدمها منع
الخصوم من الخوض فيه بالمشاتمة ونحوها ويقعدون خارجه، وينصب من
يدخل عليه خصمين خصمين، وألحق بالمسجد في ذلك بيته، وهو محمول
على ما لو كان بحيث تحتشم الناس دخوله بأن أعده مع حالة يحتشم

الدخول عليه لأجلها أما إذا أعده وأخلاه من نحو عياله وصار بحيث لا يحتشمه أحد من الدخول عليه فلا معنى للكراهة حينئذ.

(ويكره أن يقضي في حال غضب وجوع وشبع مفرطين وكل حال يسوء خلقه) فيه كمرض ومدافعة حدث وشدة خوف أو حزن أو هم أو سرور لصحة النهي عنه في الغضب وقيس به الباقي ولاختلال فهمه وفكره بذلك ومع ذلك ينفذ حكمه، وقضية ذلك عدم الكراهة فيما لا مجال للاجتهاد فيه، وقد أشار إليه في المطلب وجزم به ابن عبد السلام وقد ينظر فيه بعدم أمن التقصير في مقدمات الحكم، ومقتضى إطلاق المصنف رحمه الله عدم الفرق بين الغضب لنفسه أو لله تعالى، وهو كذلك كما أفتى به الوالد رحمه الله تبعاً للأذرعى خلافاً للبلقيني ومن تبعه، لأن المحذور تشويش الفكر وهو لا يختلف بذلك، نعم تنتفي الكراهة إذا دعت الحاجة إلى الحكم في الحال، وقد يتعين الحكم على الفور في صور كثيرة ولو قضى حال غضبه ونحوه نفذ قضاؤه. (ويندب أن يشاور) عند تعارض الأدلة واختلاف الآراء (الفقهاء) العدول لقوله تعالى {وشاورهم في الأمر} بخلاف الحكم المعلوم بنص أو إجماع أو قياس جلي، ولا يشاور غير عالم ولا عالماً غير أمين فإنه ربما يضل، وإذا حضروا فإنما يذكرون ما عندهم إذا سألهم، ولا يتدرون بالاعتراض عليه إلا فيما يجب نقضه كما يأتي، وشمل ذلك مشاورة من هو دونه لأنه قد يكون عند المفضل في بعض المسائل ما ليس عند الفاضل، وتحرم المباحثة إن قصد بها إيناسه وإلا فلا (وأن لا يشتري ويبيع) أو يعامل مع وجود من يوكله (بنفسه) في عمله فيكره له لئلا يحابي، نعم ينبغي أن يستثنى بيعه من أصوله أو فروعها لانتفاء المعنى إذ لا ينفذ حكمه لهم، وفي معنى البيع والشراء السلم والإجارة وسائر المعاملات، ونص في الأم على أنه لا ينظر في نفقة عياله ولا أمر ضيعته بل بكل ذلك إلى غيره ليتفرغ قلبه (ولا يكون له وكيل معروف) لئلا يحابي أيضاً، فإن عرف وكيله استبدل به، فإن لم يجد وكيلاً عقد بنفسه للضرورة وإن وقعت خصومة لمعامله أناب في فضلها.

(فإن أهدى إليه) أو وهبه أو ضيفه أو تصدق عليه فرضاً أو نفلاً (من له خصومة) أو من غلب على ظنه بأنه سيخاصم ولو بعضاً له فيما يظهر لئلا يمتنع من الحكم عليه أو كان يهدي إليه قبل الولاية (أو) من لا خصومة له و (لم يهد) إليه شيئاً (قبل ولايته) أو له عادة بالإهداء له وزاد عليها قدراً يحال على الولاية غير متميز أو صفة في محل ولايته (حرم) عليه (قبولها) ولا يملكها لأنها توجب الميل إليه في الأولى ويحال سببها على الولاية في الثانية، وقد ورد في الأخبار الصحيحة {هدايا العمال سحت} وإنما حلت له صلى الله عليه وسلم الهدايا لعصمته، وفي الخبر أنه أحلها لمعاذ، فإن صح فهو من خصوصياته أيضاً، وسواء كان المهدي من أهل عمله أو من غيره وقد حملها إليه لأنه صار في عمله، فلو جهزها له مع رسول ولا خصومة له ففيه وجهان أوجههما الحرمة، ولا يحرم عليه قبولها في غير عمله وإن كان المهدي من أهل عمله ما لم يستشعر بأنها مقدمة لخصومة، ومتى بذل له مال ليحكم بغير الحق أو امتنع من حكم بحق فهو الرشوة المحرمة بالإجماع، ومثله ما لو امتنع من الحكم بالحق إلا بمال لكنه أقل إثماً، {وقد لعن صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي في الحكم} وفي رواية: {والرائش، وهو الماشي بينهما}. ومحل في راسح لباطل. أما من علم أخذ ماله بباطل لولا الرشوة فلا ذم عليه، وحكم الرائش حكم موكله، فإن توكل عنهما عصى مطلقاً. واعلم أن محل ما مر من كونه أقل إثماً ما إذا لم يكن له رزق من بيت المال وذلك الحكم مما يصح الاستئجار عليه وطلب أجره مثل عمله فقط وإلا جاز له طلبها وأخذها عند كثيرين وامتنع عند آخرين. قيل والأول أقرب والثاني أحوط (وإن كان) من عادته أنه (يهدي) إليه قبل ولايته وترشحه لها لنحو قرابة أو صداقة ولو مرة واحدة كما أشعر به

كلامهم واعتمده الزركشي وما أشعر به كان في كلام المصنف من التكرار غير مراد (ولا خصومة) له حاضرة ولا متارقة (جاز) قبول هديته إن كانت (بقدر العادة) قيل كالعادة ليعم الوصف أيضا أولى اهـ. وقد يجاب بأن القدر قد يستعمل في الكيف كالكم وذلك لانتفاء التهمة حينئذ بخلافها بعد الترشح، أو مع الزيادة فيحرم قبول الجميع إن كانت الزيادة في الوصف كأن اعتاد إهداء كتان فأهدى حريرا، فإن كان في القدر ولم يتميز فكذلك وإلا حرم الزائد فقط، وجوز السبكي في حليباته قبول الصدقة ممن لا خصومة له ولا عادة، وخصه في تفسيره بما إذا لم يعرف المتصدق بأنه القاضي وعكسه، واعتمده ولده وهو متجه وإلا لأشكك بما يأتي في الضيافة، وبحث غيره القطع بحل أخذه للزكاة، ويتجه تقييده بما ذكر، وألحق الحسابي بالأعيان المنافع المقابلة بمال عادة كسكنى دار بخلاف غيرها كاستعارة كتاب علم وأكله طعام بعض أهل ولايته ضيفا كقبول هديتهم كما علم مما مر. وأما لو وقف عليه بعض أهل عمله فقد تردد فيه السبكي والمتجه فيه وفي النذر أنه إن عينه باسمه وشرطنا القبول كان كالهدية له، وكذا لو وقف على تدریس هو شيخه فإن عين باسمه امتنع وإلا فلا، ويصح إبراؤه عن دينه إن لم يشترط قبوله وهو الأصح، وكذا أدائه عنه بغير إذنه، بخلافه بإذنه بشرط عدم الرجوع. وبحث التاج السبكي أن خلع الملوك التي من أموالهم كما هو ظاهر ليست كالهدية بشرط اعتيادها لمثله وأن لا يتغير بها قلبه عن التصميم عن الحق وسائر العمال مثله في نحو الهدية لكنه أغلظ، ولا يلتحق بالقاضي فيما ذكر المفتي والواعظ ومعلم القرآن والعلم لأنهم ليس لهم أهلية الإلزام، والأولى في حقهم إن كانت الهدية لأجل ما يحصل منهم من الإفتاء والوعظ والتعليم عدم القبول ليكون عملهم خالصا لله تعالى، وإن أهدى إليهم تحببا وتوددا لعلمهم وصلاحتهم فالأولى القبول. وأما إذا أخذ المفتي الهدية ليرخص في الفتوى فإن كان بوجه باطل فهو رجل فاجر يبطل أحكام الله تعالى ويشترى بها ثنا قليلا، وإن كان بوجه صحيح فهو مكروه كراهة شديدة (والأولى) لمن جاز له قبول الهدية (أن يثيب عليها) أو يردّها لمالكها أو يضعها في بيت المال وسد باب القبول مطلقا أولى حسما للباب.

(ولا ينفذ حكمه) ولا سماعه شهادة (لنفسه) لأنه متهم، وإنما جاز له تعزير من أساء أدبه عليه في حكمه كحكمت علي بالجور لئلا يستخف ويستهان به فلا يسمع حكمه، وله الحكم لمحجوره وإن كان وصيا عليه قبل القضاء كما في الروضة وإن تضمن حكمه استيلاءه على المال المحكوم به وتصرفه فيه، وكذا بإثبات وقف شرط نظره لقاض هو بصفته، وإن تضمن حكمه وضع يده عليه وإثبات مال لبيت المال وإن كان يرزق منه، وإفتاء العلم البلقيني بأنه لا يصح من القاضي الحكم بما أجره هو أو مأذونه من وقف هو ناظره يتجه حمله على ما فصله الأذرعى حيث قال: الظاهر منعه لمدرسة هو مدرستها، ووقف نظره له قبل الولاية لأنه الخصم ما لم يكن متبرعا فيكون كالوصي، ورد بعضهم الأول بأن القاضي أولى من الوصي لأن ولايته على الوقف بجهة القضاء تزول بانعزاله، ولا كذلك الوصي إذا تولى القضاء فالتهمة في حقه أقوى، ومن ثم لو شهد القاضي بمال للوقف قبل ولايته عليه قبل أو الوصي بمال لموليه قبل الوصية له لم يقبل (ورقيقه) لذلك نعم له الحكم بجناية عليه قبل رقه بأن جنى ملتزم على ذمي ثم حارب وأرق ويوقف ما ثبت له حينئذ إلى عتقه، فإن مات قنا صار فيئا، قاله البلقيني، قال: وكذا لمن ورث موصى بمنفعته الحكم بكسبه أي لأنه ليس له (وشريكه) أو شريك مكاتبه (في المشترك) لذلك أيضا، نعم لو حكم بشاهد ويمينه جاز لأن المنصوص عليه أنه لا يشاركه كما أفاده البلقيني أيضا، ويؤخذ من علته أنه يشترط أن يعلم أنه لا يشاركه وإلا فالتهمة موجودة باعتبار ظنه وهي كافية (وكذا أصله وفرعه) ولو لأحدهما

على الآخر (على الصحيح) لأنهم أبعاضه فكانوا كنفسه ومن ثم امتنع قضاؤه بعلمه لهم قطعاً. أما حكمه عليهم فيجوز عكس العدو، وحكمه على نفسه إقرار لا حكم في أوجه الوجهين وله تنفيذ حكم بعضه والشهادة على الشهادة لانتفاء التهمة، ومقابل الصحيح ينفذ لأن القاضي أسير البيئة فلا تظهر فيه تهمة بخلاف الشهادة (وبحكم له ولهؤلاء الإمام أو قاض آخر) مستقل إذ لا تهمة (وكذا نائبه على الصحيح) كبقية الحكام، والثاني لا يجوز من نائبه للتهمة.

(وإذا) ادعى عنده بدين حال أو مؤجل أو بعين مملوكة أو وقف أو غير ذلك ثم (أقر المدعى عليه أو نكل فحلف المدعي) أو أو حلف من غير نكول بأن كانت اليمين في جانبه لنحو لوث أو إقامة شاهد مع إرادة الحلف معه (وسأل) المدعي (القاضي أن يشهد على إقراره عنده أو يمينه أو) سأل (الحكم) له عليه (بما ثبت والإشهاد به لزمه) إجابته لما ذكر، وكذا لو حلف مدعى عليه وسأل الإشهاد ليكون حجة له فلا يطالبه مرة أخرى وذلك لأنه قد ينكر بعد فيفوت الحق لنحو نسيان القاضي أو انعزاله، ولو أقام بينة بدعواه وسأله الإشهاد عليه بقبولها لزمه أيضاً لأنه يتضمن تعديل البيئة وإثبات حقه، وخرج بقوله سأل ما إذا لم يسأله لامتناع الحكم للمدعي قبل أن يسأل فيه كامتناعه قبل دعوى صحيحة إلا فيما تقبل فيه شهادة الحسبة وصيغة الحكم الصحيح الذي هو الإلزام النفساني المستفاد من جهة الولاية حكمت أو قضيت له به أو أنفذت الحكم به أو ألزمت خصمه الحق، وعلم مما تقرر أنه إذا عدلت البيئة لم يجز الحكم إلا بطلب المدعي، فإذا طلبه قال لخصمه أنك دافع في هذه البيئة أو قادح، فإن قال لا أو نعم ولم يثبت حكم عليه وقوله ثبت عندي كذا أو صح بالبيئة العادلة ليس بحكم، وإن كان مثل ذلك متوقفاً على الدعوى سواء أكان الثابت الحق أم سببه، فإن صرح بالثبوت كان حكماً بتعديلها وسماعها فلا يحتاج حاكم آخر إلى النظر فيها، وأفاد الشيخ أنه لو قال ثبت عندي وقف هذا على الفقراء لم يكن حكماً ولكنه في معناه فلا يصح رجوع الشاهد بعده، بخلاف ثبوت سببه كوقف فلان لتوقفه على نظر آخر، ومن ثم امتنع على الحاكم الحكم به حتى ينظر في شروطه، ويجوز تنفيذ الحكم في البلد قطعاً من غير دعوى ولا حلف في نحو غائب، بخلاف تنفيذ الثبوت المجرد فيها فإن فيه خلافاً، والأقرب جوازه بناءً على أنه حكم بقبول البيئة. والحاصل أن تنفيذ الحكم ليس بحكم من المنفذ إلا إن وجدت فيه شروط الحكم عندنا وإلا كان إثباتاً لحكم الأول فقط، وقد قدمت في باب الهبة الفرق بين الحكم بالموجب والحكم بالصحة فالأول يتناول الآثار الموجودة والتابعة لها: بخلاف الثاني فإنه إنما يتناول الموجود فقط. واعلم أن الحكم به أقوى من حيث إنه يستلزم الحكم بملك العاقد مثلاً، ومن ثم امتنع على الحاكم الحكم بهذا إلا بحجة تفيد الملك، بخلاف الحكم بالموجب ولو حكم بالصحة ولم يعلم هل استند لحجة أو لا حملنا حكمه على الاستناد لأنه الظاهر، نعم يتجه أن يكون محله في قاض موثوق بدينه وعلمه ككل حكم أجمل ولم يعلم استيفاءه لشروطه فلا يقبل إلا ممن ذكر (أو) سأله المدعي ومثله المدعى عليه كما مر نظيره (أن يكتب له) بقرطاس أحضره من عنده حيث لم يكن من بيت المال (محضراً) بفتح الميم (بما جرى من غير حكم أو سجلاً بما حكم استحباب إجابته) لأنه يذكر وإنما لم يجب لثبوت الحق بالشهود دون الكتاب (وقيل يجب) توثيقه لحقه، نعم إن تعلقت الحكومة بصبي أو مجنون له أو عليه وجب التسجيل جزماً، وألحق بهما الزركشي الغائب ونحو الوقف مما يحتاج له، وأشار المصنف إلى أن المحضر ما تحكى فيه واقعة الدعوى والجواب وسماع البيئة بلا حكم، والسجل ما تضمن إشهاده على نفسه بأنه حكم بكذا أو نفذ (ويستحب نسختان) أي كتابتهما (إحداهما) تدفع (له) بلا

ختم (والأخرى تحفظ في ديوان الحكم) مختومة ويكتب عليها اسم الخصمين وإن لم يطلب الخصم ذلك لأنه طريق التذكر لو ضاعت تلك. (وإذا حكم باجتهاده) وهو من أهله أو باجتهاد مقلده (ثم بان) كون ما حكم به (خلاف نص الكتاب أو السنة) المتواترة أو الآحاد (أو) بان خلاف (الإجماع) ومنه ما خالف شرط الواقف (أو) خلاف (قياس جلي) وهو ما يعم الأولى والمساوي. قال القرافي: أو خالف القواعد الكلية. قال الحنفية: أو كان حكما لا دليل عليه: أي قطعاً، فلا نظر لما بنوه على ذلك من النقض في مسائل كثيرة قال بها غيرهم بأدلة عندهم. قال السبكي: أو خالف المذاهب الأربعة لأنها كالمخالف للإجماع (نقضه) وجوباً أي أظهر بطلانه وإن لم يرفع إليه (هو وغيره) بنحو نقضته أو فسخته أو أبطلته (لا) ما بان خلاف قياس (خفي) وهو ما لا يبعد احتمال الفارق فيه كقياس الذرة على المبر بجامع الطعم فلا ينقضه باحتماله (والقضاء) أي الحكم المذي يستفيده القاضي بالولاية فيما باطن الأمر فيه، بخلاف ظاهره تنفيذاً كان أو غيره (ينفذ ظاهراً لا باطناً) فالحكم بشهادة كاذبين ظاهرهما العدالة لا يفيد الحل باطناً لمال، ولا لبضع لخبر الصحيحين {لعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذه وإنما أقطع له قطعة من النار} وخبر {أمرنا باتباع الظواهر، والله تعالى يتولى السرائر} لكن قال المزي بكسر الميم: لا أعرفه، ويلزم المحكوم عليها بنكاح كاذب الهرب، بل والقتل إن قدرت عليه كالمسائل على البضع، ولا نظر لاعتقاده إباحته كما يجب دفع الصبي عنه وإن كان غير مكلف. أما ما باطن الأمر فيه كظاهره، فإن لم يكن في محل اختلاف المجتهدين كالتسليط على الأخذ بالشفعة، فإن ترتب على أصل كاذب كشهادة زور فكالأول أو صادق، فإن لم يكن في محل اختلاف المجتهدين نفذ باطناً وظاهراً وإن كان مختلفاً فيه كالحكم بشفعة الجوار نفذ ظاهراً قطعاً وباطناً على الأصح، نعم لو قضى قاض بصحة نكاح زوجة المفقود بعد أربع سنين ومدة العدة أو نفي خيار المجلس ونفي بيع العرايا ومنع القصاص في المثقل وصحة بيع أم الولد وصحة نكاح الشغار ونكاح المتعة وحرمة الرضاع بعد حولين وقتل مسلم بذمي وتوريث بين مسلم وكافر أو باستحسان فاسد استناداً لعادة الناس من غير دليل أو على خلاف الدليل نقض قضاؤه كما ذهب إليه الأكثرون، وجزم به ابن المقري في روضه. وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى.

(ولا يقضي) أي لا يجوز له القضاء (بخلاف علمه) أي ظنه المؤكد (بالإجماع) كما لو شهدت عنده بينة برق أو نكاح أو ملك من يعلم حرته أو بينونتها أو عدم ملكه لأنه قاطع ببطلان الحكم به حينئذ، والحكم بالباطل محرم ولا يجوز له القضاء في هذه الصورة بعلمه لمعارضته بالبينة مع عدالتها ظاهراً (والأظهر أنه) أي القاضي المجتهد وجوباً الظاهر التقوى والورع ندباً (يقضي بعلمه) إن شاء: أي بظنه المؤكد الذي يجوز له الشهادة مستنداً إليه، وإن استفاده قبل ولايته كأن يدعي عنده بمال وقد رآه أقرضه إياه أو سمعه يقر به له وإن احتمل الإبراء وغيره، ولو سمع دائماً أبراً مدينه فأخبره بذلك فقال مع إبرائه دينه باق علي عمل به، وليس ذلك على خلاف العلم لأن إقراره المتأخر عن الإبراء رافع له، ولا بد أن يصرح بمستنده فيقول علمت أن له عليك ما ادعاه وقضيت أو حكمت عليك بعلمي، فإن ترك أحد اللفظين لم ينفذ حكمه، ومقابل الأظهر علل بأن فيه تهمة ويقضي بعلمه في الجرح والتعديل والتقويم قطعاً، وكذا على من أقر بمجلسه: أي واستمر على إقراره، لكنه قضاء بالإقرار دون العلم، فإن أنكر كان قضاء بالعلم، ولو رأى وحده هلال رمضان قضى به قطعاً بناء على ثبوته بواحد، أما قاضي الضرورة فيمتنع عليه القضاء به حتى لو قال قضيت بحجة شرعية أوجبت الحكم بذلك وطلب منه بيان مستنده لزمه ذلك، فإن امتنع

رددناه ولم نعمل به كما أفتى الوالد رحمه الله تعالى تبعا لبعض المتأخرين (إلا في حدود الله تعالى) كحد زنا ومحاربة أو سرقة أو شرب، وكذا تعازيره لسقوطها بالشبهة مع ندب سترها في الجملة، نعم من ظهر منه في مجلس حكمه ما يوجب تعزيرا عزره وإن كان قضاء بالعلم، وقد يحكم بعلمه في حدود الله تعالى كما قاله جمع متأخرون، كما إذا علم من مكلف أنه أسلم ثم أظهر الردة فيقضي عليه بموجب ذلك قال البلقيني: وكما إذا اعترف في مجلس الحكم بموجب حد ولم يرجع عنه فيقضي فيه بعلمه، وكما إذا ظهر منه في مجلس الحكم على رءوس الأشهاد، أما حدود الأدميين فيقضي فيها سواء المال والقود وحد القذف.

(ولو رأى) إنسان (ورقة فيها حكمه أو شهادته أو شهد) عليه أو أخبره (شاهدان أنك حكمت أو شهدت بهذا لم يعمل به) القاضي (ولم يشهد) به (الشاهد أي لا يجوز لكل منهما ذلك (حتى يتذكر) الواقعة مفصلة، ولا يكفي بذكره هذا خطه فقط لاحتمال التزوير والغرض علم الشاهد ولم يوجد وخرج بيعمل به عمل غيره إذا شهد عنده بحكمه (وفيها وجه) إذا كان الحكم والشهادة مكتوبين (في ورقة مصونة عندهما) ووثق بأنه خطه ولم تقم عنده فيه ريبة أنه يعمل به، والأصح عدم الفرق لاحتمال الريبة، ولا ينافي ذلك نص الشافعي رحمه الله على جواز اعتماده للبيئة فيما لو نسي نكول الخصم، لأنه يغتفر في الوصف ما لا يغتفر في الأصل، ويؤخذ منه أنه يلحق بالنكول في ذلك كل ما في معناه، وأفاد السبكي أنه كان في زمن قضاؤه يكتب على ما ظهر بطلانه بأنه باطل وإن لم يأذن مالكة ويأمر بأن لا يعطى له بل يحفظ في ديوان الحكم ليراه كل قاض.

(وله الحلف على استحقاق حق أو أدائه اعتمادا على) إخبار عدل وعلى (خط) نفسه على المرجح وعلى نحو خط مكاتبه ومأذونه ووكيله وشريكه و (مورثه إذا وثق بخطه) بحيث انتفى عنه احتمال تزويره (وأمانته) بأن علم منه عدم التساهل في شيء من حقوق الناس اعتضاضا بالقرينة، وضابط ذلك أنه لو وجد مثله بأن لزيد علي كذا سمحت نفسه بدفعه ولم يحلف على نفيه وفارقت ما قبلها بأن خطرهما عام بخلافها لتعلقها بنفسه (والصحيح جواز رواية الحديث بخط) كتبه هو أو غيره وإن لم يتذكر قراءة ولا سماعا ولا إجازة (محفوظ عنده) أو عند غيره لأن باب الرواية أوسع ولهذا عمل به السلف والخلف، ولو رأى خط شيخه له بالإذن له في الرواية وعرفه جاز اعتماده أيضا. والثاني المنع إلا أن يتذكر كالشهادة.

(فصل)

في التسوية وما يتبعها

(ليسو) وجوبا (بين الخصمين) وإن وكلا، وما جرت به العادة كثيرا من التوكيل للتخلص من ورطة التسوية بينه وبين خصمه جهل قبيح، وإذا استويا في مجلس أرفع ووكيلاهما في مجلس أدون أو جلسا مستويين وقام وكيلاهما مستويين جاز كما بحثه البغوي (في دخول عليه) بأن يأذن لهما فيه معا لا لأحدهما فقط ولا قبل الآخر (وقيام لهما) أو تركه (واستماع) لكلامهما ونظر إليهما (وطلاقة وجه) أو عيوسه (وجواب سلام) إن سلما (ومجلس) بأن يقربهما إليه على السواء أو يجعل أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره أو بين يديه وهو الأولى، والأولى أيضا أن يكون على الركب لأنه أهيب، إلا المرأة فالأولى في حقها التريع لأنه أستر ويبعد الرجل عنها. وسائر أنواع الإكرام فلا يجوز له أن يؤثر أحدهما بشيء من ذلك ولا يمازحه وإن شرف بعلم أو حرية أو والديه أو غيرهما لكسر قلب الآخر وإضراره، والأولى ترك القيام لشريف ووضع لأنه يعلم أن القيام لأجل الشريف ولو قام لمن لم يظنه مخاصما فتبين له حاله، بخلاف ذلك قام لخصمه أو اعتذر له، أما إذا سلم أحدهما فقط فلا بأس أن يقول للآخر سلم واغتفر هذا

التكلم بأجنبي ولم يكن قاطعا للرد لذلك أو يصبر حتى يسلم فيجيبهما جميعا ويغتفر طول الفصل للضرورة، وأفهم قوله ومجلس عدم تركهما قائمين وهو الأولى، وعليه يحمل قول الماوردي لا تسمع الدعوى وهما قائمان

(والأصح رفع مسلم على ذمي فيه) أي المجلس وجوبا كما قاله الماوردي واعتمده الزركشي كالبارزي وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى، ولا ينافيه تعبير من عبر بالجواز لأنه بعد منع يصدق بالواجب كما هي القاعدة الأكثرية لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، وفي مخاصمة علي كرم الله وجهه ليهودي في درع بين يدي نائبه شريح أنه قال: لما ارتفع على الذمي لو كان خصمي مسلما لقعدت بين يديك، ولكني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول {لا تساووهم في المجالس} وقضية كلام الرافعي رحمه الله إثارة المسلم في سائر وجوه الإكرام: أي حتى في التقديم بالدعوى كما بحثه بعضهم، وهو ظاهر إن قلت الخصوم المسلمون، وإلا فالظاهر خلافه لكثرة ضرر التأخير، ومقابل الأصح يسوي بينهما لعموم الأمر بالتسوية

(وإذا جلسا) أو قاما بين يديه (فله أن يسكت) لئلا يتهم (و) له (أن يقول ليتكلم المدعي) منكما لأنهما ربما هاباه، فإن عرف عين المدعي قال له تكلم (فإذا ادعى) دعوة صحيحة (طالب) جوازا (خصمه بالجواب) بنحو اخرج من دعواه ولو لم يسأله المدعي ليفصل الأمر بينهما، وقضية كلامهم هنا عدم لزوم ذلك له وإن انحصر الأمر فيه بأن لم يكن في البلد قاض آخر، ولو قال له الخصم طالبه لي بجواب دعواي فالمتجه وجوبه عليه حينئذ وإلا لزم بقاؤهما متخاصمين وإذا أتم بدفعهما عنه فكذا بهذا لأن العلة واحدة (فإن أقر) حقيقة أو حكما (فذاك) ظاهر فيلزمه ما أقر به لثبوت الحق بالإقرار من غير حكم لوضوح دلالاته بخلاف البينة، ومن ثم لو كانت صورة الإقرار مختلفا فيها احتيج للحكم كما بحثه البلقيني، وله المدفع عن أحد الخصمين لعود النفع لهما وأن يشفع له إن ظن قبوله لا عن حياء أو خوف وإلا أتم (وإن أنكر فله أن يقول للمدعي ألك بينة) لخبر مسلم به أو شاهد مع يمينك إن ثبت الحق بهما، وإن كانت اليمين في جانب المدعي لكونه أمينا أو في قسامة أو في قذف الزوج زوجته قال له أتحلف (و) له (أن يسكت) وهو الأولى لئلا يتوهم ميله للمدعي، نعم لو جهل المدعي أن له إقامة البينة لم يسكت بل يجب إعلامه بأن له ذلك كما أفهمه كلام المهذب وغيره. وقال البلقيني: إن علم علمه بذلك فالسكوت أولى إن شك فالقول أولى، وإن علم جهله به وجب إعلامه اهـ. ولو عبر بالحجة بدل البينة كان أولى، وإنما لم يجز له تعليم المدعي كيفية الدعوى ولا الشاهد كيفية الشهادة لقوة الإيهام لذلك، فإن تعدى وفعل فأدى الشهادة بتعليمه اعتد به، قاله الغزي

(فإن قال لي بينة وأريد تحليفه فله ذلك) لأنه إن تورع وأقر سهل الأمر وإلا أقام البينة عليه لتشتهر خيانتة وكذبه، نعم لو كان متصرفا عن غيره أو نفسه وهو محجور عليه بنحو سفه أو فلس تعينت إقامة البينة كما بحثه البلقيني لئلا يحتاج الأمر للدعوى بين يدي من لا يرى البينة بعد الحلف فيحصل الضرر، ونوزع فيه بأن المطالبة متعلقة بالمدعي فلا يرفع غريمه إلا لمن يسمع البينة بعد الحلف بتقدير أن لا ينفصل أمره عند الأول (أو) قال (لا بينة لي) وأطلق أو قال لا حاضرة ولا غائبة أو كل بينة أقيمها زور (ثم أحضرها قبلت في الأصح) لاحتمال نسيانه أو عدم علمه بتحملها، وقضيته أن من ادعى عليه بقرض مثلا فأنكر أخذه من أصله ثم أراد إقامة بينة بأداء أو إبراء قبلت كما جرى عليه الولي العراقي لجواز نسيانه حال الإنكار، كما لو أنكر أصل الإيداع ثم ادعى تلف ذلك أو رده قبل الجحد، ولو قال شهودي عبيد أو فسقة وقد مضت مدة استبراء أو عتق قبلت شهادتهم

وإلا فلا. فإن قال هؤلاء آخرون جهلتهم أو نسيتهم قبلوا وإن قرب الزمن، ومقابل الأصح لا للمناقضة إلا أن يذكر لكلامه تأويلا ككنت ناسيا أو جاهلا (وإن ازدحم خصوم) أي مدعون (قدم) وجوبا (الأسبق) فالأسبق المسلم لأنه العدل والاعتبار بسبق المدعي دون المدعى عليه، ومحل ذلك إذا تعين عليه فصل الخصومة، وبحث البلقيني أنه لو جاء مدع وحده ثم مدع مع خصمه ثم خصم الأول قدم من جاء مع خصمه، ويرد بأن خصم الأول إن حضر قبل دعوى الثاني قدم الأول لسبقه من غير معارض، أو بعدها فتقديم الثاني هنا ليس إلا لأن تقديم الأول وقت دعوى الثاني غير ممكن لبطلان حق الأول، وهذه الصورة ليست مرادة للشيخين كما هو ظاهر، وأما الكافر فيقدم عليه المسلم المسبوق كما بحثه أيضا وسبقه له الفزاري، وأما إذا لم يتعين عليه فصلها فيقدم من شاء كمدرس ومفت في علم غير فرض، فإن كان في فرض عين أو كفاية وجب تقديم السابق وإلا بالقرعة (فإن جهل) السابق (أو جاءوا معا أقرع) لانتفاء المرجح ومنه أن يكتب أسماءهم برقاع بين يديه ثم يأخذ رقعة رقعة فكل من خرج اسمه قدمه، والأولى لهم تقديم مريض يتضرر بالتأخير، فإن امتنعوا قدمه إن كان مطلوبا لأنه مجبور (ويقدم) ندبا (مسافرون) أي يريدون للسفر وإن كان قصيرا (مستوفزون) مدعون أو مدعى عليهم أن يتضرروا بالتأخير عن رفقاتهم (ونسوة) كذلك على رجال ويتجه إلحاق الخناثي بهن (وإن تأخروا) لدفع الضرر عنهم (ما لم يكثروا) أي النوعان، وغالب الذكور لشرفهم، فإن كثروا أو كان الجميع مسافرين أو نسوة فالتقديم بالسبق أو القرعة كما مر، ولو تعارض مسافر وامرأة قدم عليها لأن الضرر فيه أقوى، وما بحثه الزركشي من إلحاق العجوز بالرجل ممنوع، ومن له مريض بلا متعهد يتجه إلحاقه بالمريض (ولا يقدم سابق وقارع إلا بدعوى) واحدة لئلا يزيد ضرر الباقيين، ويقدم المسافر بجميع دعاويه إن خفت بحيث لم يضر بغيره إضرارا بينا: أي لا يحتمل عادة كما هو واضح، وإلا فبدعوى واحدة والحق به المرأة (ويحرم اتخاذ شهود معينين لا يقبل غيرهم) لما فيه من التضيق وضياح كثير من الحقوق، وله أن يعين من يكتب الوثائق وإن تبرع أو رزق من بيت المال، وإلا اتجهت الحرمة كما قاله القاضي لأنه يؤدي إلى تعنت المعين ومغالاته في الأجرة وتعطيله الحقوق أو تأخيرها (وإذا شهد شهود) بين يدي حاكم بحق أو تزكية (فعرف عدالة أو فسقا عمل بعلمه) قطعاً ولم يحتج إلى تزكية وإن طلبها الخصم، نعم لو كان الشاهد أصل الحاكم أو فرعه لم يعمل بعلمه لأنه لا تقبل تزكيته لهما (وإلا) بأن لم يعلم فيهم شيئا (وجب) عليه (الاستزكاء) أي طلب من يزكيهم وإن اعترف الخصم بعدالتهم كما يأتي لأن الحق في ذلك لله تعالى، نعم إن صدقها فيما شهدا به عمل به من جهة الإقرار لا الشهادة، ولو عرف عدالة مزكي المزكى فقط كفى وإن وقع للزركشي ما يخالفه، وله الحكم بسؤال المدعي عقب ثبوت العدالة، والأولى قوله للمدعى عليه أنك دافع في البينة أو لا، ويمهله ثلاثة أيام حيث طلبه المدعى عليه كما هو ظاهر، ويجاب مدع طلب الحيلولة بعد البينة وقبل التزكية، وله حينئذ ملازمته بنفسه أو بنائيه، وبعد الحيلولة لو تصرف واحد منهما لم ينفذ ذلك منه، وللحاكم فعلها بلا طلب إن رآه، ولا يجيب طالب استيفاء أو حجر أو حبس قبل الحكم (بأن) هو بمعنى كأن (يكتب ما يتميز به الشاهد) من اسم وصفة وشهرة لئلا يشتهه، فإن كان مشهورا أو حصل التمييز ببعض هذه الأوصاف كفى (والمشهود له وعليه) كي لا يكون قريبا أو عدوا (وكذا قدر الدين على الصحيح) لأنه قد يغلب على الظن صدق الشاهد في القليل دون الكثير، ولا بعد في كون العدالة تختلف بذلك وإن كانت ملكة وبذلك يرد مقابل الصحيح القائل بعدم الكتابة بما ذكر لأن العدالة لا تختلف بقله المال وكثرته (ويبعث به) أي المكتوب (مزكيا) ليعرف، ومراده بالمزكي اثنان مع كل منهما نسخة مخفية عن صاحبه،

وتسميته بذلك لأنه سبب في التزكية، فلا ينافي قول أصله: إلى المزكي، وهؤلاء المبعوثون يسمون أصحاب المسائل لأنهم يبحثون ويسألون، ويندب بعثهما سرا وأن لا يعلم كل بالآخر ويطلقون على المزكين حقيقة وهم المرسل إليهم (ثم) بعد السؤال والبحث (يشافهه المزكي بما عنده) فإن كان جرحا ستره، وقال للمدعي زدني في شهودك أو تعدّلا عمل بمقتضاه، ثم هذا المزكي إن كان شاهد أصل فواضح، وإلا قبل قوله وإن لم يوجد شرط قبول الشهادة على الشهادة كما قاله جمع للحاجة، ولو ولي صاحب المسألة الحكم بالجرح والتعديل كفى قوله فيه لأنه حاكم (وقيل تكفي كتابته) أي المزكي إلى القاضي بما عنده ليعتمده والأصح أنه لا بد من المشافهة لأن الخط لا يعتمد كما مر

(وشرطه) أي المزكي سواء أكان صاحب المسألة أم المرسل إليه (كشاهد) في كل ما يشترط فيه أما من نصب للحكم بالتعديل والجرح فشرطه كقاض ومحلّه ما لم يكن في واقعة خاصة وإلا فكما مر في الاستخلاف (مع معرفته) أي المزكي لكل من (الجرح والتعديل) وأسبابهما لئلا يجرح عدلا ويزكي فاسقا ومثله في ذلك الشاهد بالرشد نعم أفتى الوالد رحمه الله تعالى بأنه يكفي أن يشهد بأنه صالح لدينه وديناه، ويتجه حمله على عارف بصلاحيهما الذي يحصل به الرشد في مذهبه، وما اعترض به من أنه سيأتي في الشهادات ما يعلم منه أنه لا يكتفي بذلك الإطلاق ولو من موافق للقاضي في مذهبه، لأن وظيفة الشاهد التفصيل لا الإجمال لينظر فيه القاضي غير صحيح لأن حقيقة الإطلاق أن يشهد بمطلق الرشد. أما مع قوله إنه صالح لدينه وديناه فإنه تفصيل لا إطلاق (و) مع معرفته (خبرة) المرسل إليه أيضا إما بحقيقة (باطن من يعدله لصحبة أو جوار) بكسر أوله أفصح من ضمه (أو معاملة) فقد شهد عند عمر اثنان فقال لهما لا أعرفكما، ولا يضركما أني لا أعرفكما اثنا بمن يعرفكما، فأتيا برجل، فقال له عمر: كيف تعرفهما؟ قال: بالصالح والأمانة، قال: هل كنت جارا لهما تعرف صباحهما ومساءهما ومدخلهما ومخرجهما؟ قال لا؟ قال: هل عاملتهما بهذه الدراهم والدنانير التي تعرف بهما أمانات الرجال؟ قال لا، قال: هل صاحبتهما في السفر الذي يسفر عن أخلاق الرجال، قال لا؟ قال: فأنت لا تعرفهما، اثنا بمن يعرفكما ويقبل قولهم في خبرتهم بذلك. والمعنى فيه أن أسباب الفسق خفية غالبا فلا بد من معرفة المزكي حال من يزكيه، وهذا كما في الشهادة بالإفلاس. وعلم مما تقرر عدم الاكتفاء بمعرفته الأوصاف الثلاثة من مدة قريبة كنجو شهرين، وبغني عن خبرة ذلك استفاضة عدالته عنده ممن يخبر باطنه وألحق ابن الرفعة بذلك ما لو تكرر ذلك على سمعه مرة بعد أخرى بحيث يخرج عن حد التواطؤ، وخرج

بمن يعدله من يجرحه فلا يشترط خبرة باطنه لاشتراط تفسير الجرح (والأصح اشتراط لفظ شهادة) من المزكي كبقية الشهادات والثاني لا بل يكفي أعلم وتحقق وهو شاذ (وأنه يكفي هو عدل) لقوله تعالى {وأشهدوا ذوي عدل منكم} فأطلق العدالة، فإذا شهد بأنه عدل فقد أثبت العدالة التي اقتضتها الآية (وقيل يزيد علي ولي) لجواز أن يكون عدلا في شيء دون شيء (ويجب ذكر سبب الجرح) كزنا وسرقة وإن كان فقيها للاختلاف فيه بخلاف سبب التعديل، ولأن الجرح يثبت لنفسه معرفة فنسأله عن بيانها، والمعدل كأنه يقول لا أعرف فلم يطالب ببيان، ولا يجعل بذكر الزنا قاذفا وإن انفرد لأنه مسئول فهو في حقه فرض كفاية أو عين، بخلاف شهود الزنا إذا نقصوا عن الأربعة فإنهم قذفة لأنهم مندوبون إلى الستر فهم مقصرون، ولو علم له مجرحات اقتصر على واحد لعدم الحاجة لأكثر منه، بل قال ابن عبد السلام: لا يجوز جرحه بالأكثر لاستغنائه عنه بالأصغر، فإن لم يبين سببه لم يقبل لكن يجب التوقف عن الاحتجاج به إلى أن يبحث عن ذلك الجرح كما يأتي، أما سبب العدالة فلا يحتاج لذكره لكثرة

أسبابها وعسر عدها. قال جمع من المتأخرين: ولا يشترط حضور المزكى والمجروح ولا المشهود له أو عليه: أي لأن الحكم بالجرح والتعديل حق لله تعالى ومن ثم كفت فيهما شهادة الحسبة، نعم لا بد من تسمية البيعة للخصم ليأتي بدافع أمكنه (ويعتمد فيه) أي الجرح (المعاينة) لنحو زناه أو السماع لنحو قذفه (أو الاستفاضة) عنه بما يجرحه وإن لم يبلغ التواتر وعلم من ذلك اعتماد التواتر بالأولى، ولا يجوز اعتماد عدد قليل إلا أن يشهد على شهادتهم ووجد شرط الشهادة على الشهادة. وفي اشتراط ذكر ما يعتمد من معاينة أو نحوها وجهان: أحدهما وهو الأشهر نعم. وثانيهما وهو الأقيس لا، وهذا أوجه

(ويقدم) الجرح (على التعديل) لزيادة علم الجرح (فإن قال المعدل عرفت سبب الجرح وتاب منه وأصلح قدم) لزيادة علمه، وأفاد بقوله وأصلح عدم الاكتفاء بذكر التوبة، إذ لا يلزم منها قبول شهادته لاشتراط مضي مدة الاستبراء بعدها كما يأتي فهو تأسيس لا تأكيد، لكن ظاهر كلامه الاكتفاء بمجرد قوله وأصلح وليس مرادا، بل لا بد من ذكر مضي تلك المدة إن لم يعلم تاريخ الجرح وإلا لم يحتج إلى ذلك، وكذا يقدم التعديل حيث أرخت البيعتان وكانت بينة التعديل متأخرة. قال ابن الصلاح: إن علم المعدل جرحه، وإلا فيحتمل اعتماده على حاله قبل الجرح. قال القاضي: ولا تتوقف الشهادة به على سؤال الحاكم لأنه تسمع فيه شهادة الحسبة، وقضيته أن التعديل كذلك لسماعها فيه أيضا، ويقبل قول الشاهد قبل الحكم بشهادته أنا مجروح أو فاسق وإن لم يبين سبب الجرح خلافا للروائي وغيره. نعم يتجه أن محله فيما لا يبعد عادة علمه بأسباب الجرح، وما في شرح مسلم من توقف الحاكم عن شاهد جرحه عدل ولم يبين السبب يظهر حملة على ندب التوقف إن قويت الريبة لاحتمال اتضاح القادح، فإن لم يتضح حكم لما يأتي من عدم اعتبار ريبة لا مستند لها (والأصح أنه لا يكفي في التعديل قول المدعى عليه هو عدل وقد غلط) في شهادته علي لما مر أن الاستهزاء حق له تعالى، ولهذا امتنع الحكم بشهادة فاسق وإن رضي الخصم، ومقابله الاكتفاء بذلك في الحكم عليه لا في التعديل وليس بشيء، وقوله غلط ليس بشرط وإنما هو بيان لأن إنكاره مع اعترافه بعدالته مستلزم لنسبته للغلط وإن لم يصرح به، فإن قال عدل فيما شهد به علي كان إقرارا منه.

ويندب للحاكم تفرقة الشهود عند ارتيابه منهم ويسأل كلا ويستقصي ثم يسأل الثاني كذلك قبل اجتماعه بالأول ويعمل بما غلب على ظنه. والأولى كون ذلك قبل التزكية ولا يلزمه ذلك وإن طلبه الخصم، ولا يلزم الشهود إجابته بل إن أصرروا لزمه الحكم بشروطه، ولا عبرة بريئة يجدها. ولو قال لا دافع لي ثم أقام بينة على إقرار المدعي بأن شاهديه شربا الخمر مثلا وقت كذا، فإن كان بينه وبين الأداء دون سنة ردا وإلا فلا، ولو لم يعينا للشرب وقتا سئل الخصم وحكم بما تقتضيه بينته، فإن امتنع من التعيين توقف عن الحكم، ولو ادعى الخصم أن المدعي أقر بنحو فسق بينته وأقام شاهدا ليحلف معه بنى على ما لو قال بعد بينته: شهودي فسقة، والأصح بطلان بينته لا دعواه، فلا يحلف الخصم مع شاهده لأن الغرض الطعن في البيعة وهو لا يثبت بشاهد ويمين، ولو شهدا بأن هذا ملكه ورثه فشهد أخران بأنهما ذكرا بعد موت الأب أنهما ليسا بشاهدين في هذه الحادثة أو أنهما ابتاعا الدار ردا، وما في الروضة مما يوهم خلاف ذلك ليس بمراد.

(باب القضاء على الغائب)

عن البلد أو المجلس لتوار أو تعزز مع ما يذكر معه (هو جائز) في كل شيء سوى عقوبة الله تعالى كما يأتي، وإن كان الغائب في غير عمله للحاجة ولتمكنه من إبطال الحكم عليه بإثبات طاعن في البيعة بنحو فسق

أو في الحق بنحو أداء، وليس له سؤال القاضي عن كيفية المدعى لأن تحريرها إليه. نعم إن سجلت فله القدر بإبداء مبطل لها كما هو ظاهر، {ولأنه صلى الله عليه وسلم قال لهند امرأة أبي سفيان رضي الله عنهما لما شكت له من شحه خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف} فهو قضاء عليه لا إفتاء، وإلا لقال لك أن تأخذي مثلا، ورده في شرح مسلم بأنه كان حاضرا بمكة غير متوار ولا متعزز لأن الواقعة في فتح مكة لما حضرت هند للمبايعة، وذكر صلى الله عليه وسلم فيها أن لا يسرقن، فذكرت هند ذلك، واعترضه غيره بأنه لم يحلفها ولم يقدر المحكوم به لها ولم يحزر دعوى على ما شرطوه، والدليل الواضح أنه صح عن عمر وعثمان رضي الله عنهما القضاء على الغائب ولا مخالف لهما من الصحابة واتفقهم على سماع البينة عليه فالحكم مثلها، والقياس على سماعها على ميت وصغير مع أنهما أعجز عن الدفع عن الغائب، وإنما تسمع المدعى عليه بشروطها الآتية في بابها مع زيادة شروط أخرى. منها أنها لا تسمع عليه إلا (إن كانت عليه) حجة يعلمها الحاكم وقت الدعوى على ما دل عليه كلامهم وإن اعترضه البلقيني وجوز سماعها إذا حدث بعدها علم البينة وتحملها، وهو الأوجه. ثم تلك الحجة إما (بينة) ولو شاهدا وبمينا فيما يقضى فيه بهما، وإما علم القاضي دون ما عداهما لتعذر الإقرار واليمين المردودة (وادعى المدعي جحوده) وأنه يلزمه تسليمه له الآن وأنه يطالبه بذلك (فإن قال هو مقرر) وأنا أقيم البينة استظهارا مخافة أن ينكر أو ليكتب بها القاضي إلى قاضي بلد الغائب (لم تسمع بينته) وإن قال هو ممتنع وذلك لأنها لا تقام على مقرر، ولا أثر لقوله مخافة أن ينكر خلافا للبلقيني، ويؤخذ منه عدم سماع الدعوى على غائب بوديعة للمدعي في يده لانتفاء الحاجة لذلك لكون المودع متمكنا من دعوى التلف أو الرد، وما بحثه العراقي من سماع الدعوى بأن له تحت يده وديعة وسماع بينته بها لكن لا يحكم ولا يوفيه من ماله، إذ ليس له في ذمته شيء، ومن ثم لو كان معه بينة بإتلافه لها أو تلفها عنده بتقصير سمعها وحكم ووفاه من ماله لأن بدلها حينئذ من جملة الديون. قال: وإنما جوزنا ذلك لاحتمال جحود المودع وتعذر البينة فيضبطها عند القاضي بإقامتها لديه وإشهاده على نفسه بثبوت ذلك ليستغني بإقامتها عند جحود المودع إذا حضر لأنها قد تتعذر حينئذ مبني على ما نظر إليه شيخه البلقيني من أن مخافة إنكاره مسوغ لسماع المدعى عليه. ويستثنى ما إذا كان للغائب عين حاضرة في عمل الحاكم الذي وقعت عنده الدعوى، ولو لم يكن ببلده وأراد إقامة البينة على دينه ليوفيه فتسمع البينة وإن قال هو مقرر، وما استثناه البلقيني من أنه لو كان ممن لا يقبل إقراره لفسه أو نحوه لم يمنع قوله هو مقرر من سماعها أو كانت بينته شاهدة بالإقرار فإنه يقول عند إرادة مطابقة دعواه بينته هو مقرر لي بكذا ولي بينة ممنوع في الأخيرة (وإن أطلق) ولم يتعرض لجحود ولا إقرار (فالأصح أنها تسمع) لأنه قد يعلم جحوده في غيبته ويحتاج إلى إثبات الحق فتجعل غيبته ككسوته. والثاني لا تسمع إلا عند التعرض للجحود ولأن البينة إنما يحتاج إليها عنده (و) الأصح (أنه لا يلزم القاضي نصب مسخر) بفتح الخاء المشددة (ينكر عن الغائب) ومن في معناه مما يأتي لأنه قد يكون مقرا فيكون إنكار المسخر كذبا، نعم يستحب نصبه كما صرح به في الأنوار وغيره، والثاني يلزمه لتكون البينة على إنكار منكر (ويجب) فيما إذا لم يكن للغائب وكيل حاضر، سواء أكانت الدعوى بدين أم عين أم بصحة عقد أم إبراء كأن أحال الغائب على مدين له حاضر فادعى إبراءه لاحتمال دعوى أنه مكره عليه (أن يحلفه بعد البينة) وتعديلها (أن الحق ثابت له في ذمته) إلى الآن احتياطا للمحكوم عليه لأنه لو كان حاضرا لربما ادعى أداء أو إبراء أو نحوهما، ولا بد أن يقول مع ذلك وأنه يلزمه تسليمه إلي لأنه قد يكون عليه ولا يلزمه أدائه لتأجيل أو نحوه وظاهر كما قاله البلقيني أن هذا لا

يتأتى في الدعوى بعين بل يحلف فيها على ما يليق بها، وكذا نحو الإبراء كما يأتي، ويعتبر أن يتعرض مع الثبوت ولزوم التسليم إلى أنه لا يعلم أن في شهوده قادحا في الشهادة مطلقا أو بالنسبة للغائب كفسق وعداوة وتهمة بناء على الأصح أن المدعى عليه لو كان حاضرا وطلب تحليف المدعى على ذلك أجيب، ولا يبطل الحق بتأخير هذه اليمين، ولا ترتد بالرد لأنها ليست مكملة للحجة وإنما هي شرط للحكم، ولو ثبت الحق وحلف ثم نقل إلى حاكم آخر ليحكم به فالأوجه عدم وجوب إعادتها. أما إذا كان له وكيل حاضر فإنه يتوقف التحليف على طلبه كما اقتضاه كلامهما واعتمده ابن الرفعة، وما استشكل به في التوشيح من أنه حيث كان له وكيل حاضر لم يكن قضاء على غائب ولم يجب يمين جزما يمكن رده بأن العبرة بالخصومات في نحو اليمين بالموكل لا بالوكيل، وبؤيد ذلك قول البلقيني للقاضي سماع الدعوى على غائب وإن حضر وكيله لوجود الغيبة المسوغة للحكم عليه، والقضاء إنما يقع عليه، وخرج بقوله إن الحق ثابت في ذمته ما لو لم يكن كذلك كدعوى قن عتقا أو امرأة طلاقا على غائب وشهدت البينة حسبة على إقراره به فلا يحتاج ليمين إذ لاحظ جهة الحسبة، وبه أفتى ابن الصلاح في العتق، وألحق به البغوي الطلاق ونحوه من حقوق الله تعالى المتعلقة بشخص معين، بخلاف ما لو ادعى عليه نحو بيع وأقام بينة به وطلب الحكم بثبوته فإنه يجيبه إلى ذلك خلافا لما وقع في الجواهر، وحينئذ فيجب تحليفه خوفا من مفسد قارن العقد أو طرو مزيل له، ويكفي أنه الآن مستحق لما ادعاه (وقيل يستحب) التحليف لإمكان التدارك إن كان ثم دافع نعم لو غاب الموكل في محل تسمع عليه الدعوى وهو به لم يتوقف الحكم بما ادعى به وكيله على حلف بخلاف ما لو كان في محل لا يسوغ سماع الدعوى عليه وهو به فلا بد لصحة الحكم من حلفه (ويجريان) أي الوجهان كما قبلهما من الأحكام (في دعوى على صبي أو مجنون) لا ولي له أو له ولي ولم يطلب إذ اليمين لا تتوقف على طلبه، وميت ليس له وارث خاص حاضر كالغائب بل أولى لعجزهم عن التدارك، فإذا كمل أو قدم الغائب فهم على حجتهم. أما من له وارث خاص حاضر كامل فلا بد في تحليف خصمه بعد البينة من طلبه والفرق بينه وبين ما مر في الولي واضح ومن ثم لو كان على الولي دين مستغرق لم يتوقف على طلبه ما لم يحضر معه جميع الغرماء مع سكوتهم. نعم لو كان سكوته عن طلبها لجهله بالحال عرفه الحاكم، فإن لم يطلبها قضى عليه بدونها.

(ولو) (ادعى وكيل على الغائب) في مسافة يحكم عليه فيها وكذا صبي أو مجنون أو ميت وإن لم يكن وارث غير بيت المال فيما يظهر (فلا تحليف) بل يحكم بالبينة لانتفاء تصوير حلف الوكيل على استحقاقه ذلك واستحقاق موكله له، ولو وقفنا الأمر إلى حضور الموكل لتعذر استيفاء الحقوق بالوكلاء، وما أفتى به ابن الصلاح فيمن ادعى على ميت وأقام بينة ثم وكل ثم غاب فطلب وكيله الحكم أجابه ولم يتوقف على يمين الموكل غير مسلم، إذ التوكيل هنا إنما وقع لإسقاط اليمين بعد وجوبها فلم يسقط بخلافه فيما مر، ولو ادعى قيم صبي أو مجنون دينا له على كامل فادعى وجود مسقط كأثف أحدهما علي من جنس ما يدعيه بقدر دينه وكأبرأني مورثه أو قبضه مني قبل موته وكأقررت لكن على رسم القبالة كما هو الأوجه لم يؤخر الاستيفاء لأجل اليمين المتوجهة على أحدهما بعد كماله لإقراره فلم يراع، بخلاف من قامت عليه البينة في المسألة الآتية وحينئذ فلا تعارض بينهما، أو على أحدهما أو غائب وقف الأمر إلى الكمال والحضور كما صرحا به لتوقفه على اليمين المتعدرة، ويفرق بين هذا وما مر في الوكيل بأنه يترتب على عدم الاستيفاء ثم مفسدة عامة وهي تعذر استيفاء الحقوق بالوكلاء بخلافه هنا، لكن يتجه أخذ كفيل، ونازع في ذلك جمع متأخرون، وذهبوا إلى خلافه لما يترتب على الانتظار من ضياع الحق

وهو قوي مدركا لا نقلا، ويرد بأن الأمر يخف بالكفيل المار، إذ المراد به أخذ الحاكم من ماله تحت يده ما يفي بالمدعى أو ثمنه إن خاف تلفه ويحلف الولي يمين الاستظهار فيما باشره بناء على ما يأتي (ولو) (حضر المدعى عليه وقال) بعد الدعوى عليه من وكيل غائب يدين له عليه (لوكيل المدعي) الغائب (أبرأني موكلك) أو قضيته مثلا فإرفع عني الطلب إلى حضوره ليحلف على نفي ما ادعيت له لم يجب، و (أمر بالتسليم) له ثم يثبت الإبراء أو نحوه إن كان له به حجة. لأننا لو وقفنا الأمر لتعذر الاستيفاء بالوكلاء، نعم لو ادعى علم الوكيل بالإبراء أو نحوه فله تحليفه على نفي علمه بذلك لأن تحليفه إنما جاء من جهة دعوى صحيحة تقتضي اعترافه بما يسقط مطالبته لخروجه باعترافه بها من الوكالة والخصومة، بخلاف يمين الإستظهار فإن حاصلها أن المال ثابت في ذمة الغائب أو نحوه، وهذا لا يتأتى من الوكيل، ويكتفي بمصادقة الخصم للوكيل على دعواه للوكالة، إذ القصد إثبات الحق لا تسلمه لأنه وإن ثبت عليه لا يجبر على دفعه إلا على وجه مبرر ولا يبرأ إلا بعد ثبوت الوكالة.

(وإذا) (ثبت) عند حاكم (مال على غائب) أو ميت وحكم به بشرطه (وله مال) حاضر في محل عمله، أو دين ثابت على حاضر في المحل المذكور كما شمله كلام المصنف واعتمده جمع منهم العراقي في فتاويه، ولا يعارضه قولهم: لا تسمع الدعوى بالدين على غريم الغريم، إذ هو محمول على ما إذا كان الغريم حاضرا أو غائبا ولم يكن دينه ثابتا على غريم الغريم فليس له الدعوى لإثباته (قضاه الحاكم منه) بعد طلب المدعي لأن الحاكم يقوم مقامه ولا يطالبه بكفيل لأن الأصل بقاء المال، ولا يعطيه بمجرد الثبوت لأنه ليس بحكم، أما إذا كان خارج ولايته فسيأتي. واستثنى من ذلك البلقيني ما إذا كان الحاضر يجبر على دفع مقابله للغائب كزوجة تدعي بصداقها الحال قبل الوطاء وبائع يدعي بالثمن قبل القبض، وما إذا تعلق بالمال الحاضر حق كبيع له لم يقبض ثمنه وطلب من الحاكم الحجر على المشتري الغائب حيث استحقه فيجيبه ولا يوفي المدين منه، وكذلك يقدم مومن الغائب ذلك اليوم على الدين الذي عليه وطلب قضاءه من ماله، ولو كان نحو مرهون تزيد قيمته على الدين فللقاضي بطلب المدعي إجبار المرتهن على أخذ حقه بطريقه ليقبض الفاضل للدين أه. ولو باع قاض مال غائب في دينه فقدم وأبطل المدين بإثبات نحو فسق الشاهد به، فالمتجه بطلان البيع خلافا للروياتي (وإلا) بأن لم يكن له مال في محل ولايته أو لم يحكم (فإن سأل المدعي إنهاء الحال إلى قاضي بلد الغائب) أو إلى كل من يصل إليه الكتاب من القضاة (أجاب) حتما وإن كان المكتوب إليه قاضي ضرورة مسارعة لبراءة ذمة غريمه ووصوله إلى حقه (فينهي سماع بينة) ثبت بها الحق ثم إن عدلها لم يحتج المكتوب إليه إلى تعديلها وإلا احتاج إليه (ليحكم بها ثم يستوفي) الحق وخرج بها علمه فلا يكتب به لأنه شاهد الآن لا قاض على ما ذكره في العدة، لكن ذهب السرخسي إلى خلافه واعتمده البلقيني لأن علمه كقيام البينة، ويؤيده قول المصنف الآتي فشافه بحكمه إلخ، والأوجه جواز كتابته بسماع شاهد واحد ليسمع المكتوب إليه شاهدا آخر أو يحلفه له (أو) ينهي إليه (حكما) إن حكم (ليستوفي) الحق لدعاء الحاجة إلى ذلك، ولا يشترط هنا بعد المسافة كما يأتي، ولو شهدا عند غير المكتوب إليه أمضاه إذ الاعتماد على الشهادة، ولو حضر الغائب وطلب من الكاتب أن يبين له البينة التي سمعها وعدلها ولم يسمها ليقدر فيها أجابه، ولو شهدت بينة عند قاض أن القاضي فلانا ثبت عنده لفلان كذا وكان قد عزل أو مات حكم به ولم يحتج لإعادة البينة بأصل الحق، وقولهم إذا عزل بعد سماع بينة ثم ولي أعادها محله كما بينه البلقيني إذا حكم ولم يكن قد حكم بقبول البينة وإلا لم يجب استعادتها وإن لم يكن قد حكم بالإلزام بالحق، وفي الكفاية أنه لو فسق والكتاب بالسماع

لم يقبل ولم يحكم به كما لو فسق الشاهد قبل الحكم، ومحلّه إذا كان فسقه قبل عمل المكتوب إليه بالسماع، فإن كان بعده لم ينقض. واعلم أنه إنما يعتد بكتاب القاضي حيث لم يمكن تحصيله بغيره، فلو طلب منه الحكم لغريب حاضر على غائب بعين غائبة ببلد الغريب وله بينة من بلده ولم تثبت عدالتهم عنده وهم عازمون على السفر إليه وذكر أن له بينة بتزكيتهم عند قاضي بلدهم لم تسمع شهادتهم، وإن سمعها لم يكتب بها بل يقول له اذهب معهم لقاضي بلدك وبلد ملكك ليشهدوا عنده (والإنهاء أن يشهد) ذكرين (عدلين بذلك) أي بما جرى عنده من ثبوت أو حكم ويعتبر فيه رجلان ولو في مال أو هلال رمضان (ويستحب كتاب به) ليذكر الشاهد الحال (يذكر فيه ما يتميز به المحكوم) أو المشهود (عليه) وله من اسم ونسب وصنعة وحلية وأسماء الشهود وتاريخه (ويختمه) ندبا حفظا له وإكراما للمكتوب إليه وختم الكتاب من حيث هو سنة متبعة. وقيل المراد بختمه أن يقرأه هو وغيره بحضرته على الشاهدين ويقول أشهدكما أنني كتبت إلى فلان بما فيه، ولا يكفي أشهدكما أن هذا خطي أو أن ما فيه حكمي، ويدفع لهما نسخة أخرى غير مختومة يتذكران بها، ولو خلفاه أو انمحي أو ضاع فالعبرة بقولهما (و) بعد وصوله للمكتوب إليه (يشهدان عليه إن أنكر) ما فيه، وفي ذلك إيماء إلى اشتراط حضور الخصم وإثبات الكتاب الحكمي في وجهه أو إثبات غيبته الغيبة الشرعية لأنها شهادة عليه، وبه صرح الماوردي وأفتى به السبكي ونقل عن قضية كلام الشيخين، وذهب ابن الصلاح إلى عدم اعتبار ذلك واعتمده أكثر متأخري فقهاء اليمن لأن القاضي المنهى إليه منفذ لما قامت به الحجة عند الأول لا مبتدئ للحكم، وقد قطع الروياني بأن التنفيذ لا يشترط فيه حضور الخصم والدعوى عليه اهـ. ويرد بأن التنفيذ إنما يكون في الأحكام، وأما الحكم هنا فلا يقال له تنفيذ لأن الأول إن لم يحكم فواضح، وإن حكم ولم يكن بمحلّه مال للمحكوم عليه فحكمه لم يتم فينزل منزلة عدم الحكم، وعلى كل فليس ما هنا محض تنفيذ فاعتبر حضور الخصم وإن كان هناك حكم احتياطا (فإن قال لست المسمى في الكتاب صدق بيمينه) في ذلك إذ الأصل براءته (وعلى المدعي بينة) وتكفي فيها العدالة الظاهرة كما أخذه الزركشي من كلام الرافعي (بأن هذا المكتوب اسمه ونسبه) نعم إن كان معروفا بهما حكم عليه ولم يلتفت لإنكاره (فإن أقامها) بذلك (فقال لست المحكوم عليه لزمه الحكم إن لم يكن هناك مشارك له في الاسم والصفات) أو كان ولم يعاصره لأن الظاهر أنه المحكوم عليه (وإن كان) هناك من يشاركه بعلم القاضي أو بينة وقد عاصره وأمكنت معاملته له كما قاله جمع متقدمون أي أو معاملة مورثه أو إتلافه لماله ومات بعد الحكم أو قبله وقع الإشكال فيرساله للكاتب بما يأتي وإن لم يمت (أحضر فإن اعترف بالحق طولب وترك الأول) إن صدق المدعي المقر وإلا فهو مقر لمنكر ويبقى طلبه على الأول (وإلا) بأن أنكر (بعث) المكتوب إليه (إلى الكاتب) بما وقع من الإشكال (ليطلب من الشهود زيادة صفة تميزه ويكتبها) وينهيها إلى قاضي بلد الغائب (ثانيا) فإن لم يرسل ما يحصل به ذلك وقف الأمر إلى تبين الحال، ولا بد من حكم ثان بما كتب به كما بحثه البلقيني لكن بلا دعوى ولا حلف (ولو حضر قاضي بلد الغائب) سواء المكتوب إليه وغيره (ببلد الحاكم) ولو عرفيا توقف تخلص الحق عليه نظير ما يأتي في أداء الشهادة عنده (فشافه بحكمه ففي إمضائه) أي تنفيذه (إذا عاد إلى) محل (ولايته خلاف القضاء بعلمه) الأصح جوازه لقدرته على الإنشاء، وخرج به ما لو شافهه بسماع البينة دون الحكم فإنه لا يقضي بها إذا رجع إلى محل ولايته قطعا لأنه مجرد إخبار كالشهادة (ولو ناداه) كائنين (في طرفي ولايتهما) وقال له إني حكمت بكذا (أمضاه) أي نفذه، وكذا إذا كان في بلد قاضيان ولو نائبا ومستنبا وشافه أحدهما الآخر

فيمضيه وإن لم يحضر الخصم (وإن) (اقتصر) القاضي الكاتب (على سماع بينة) (كتب سمعت بينة على فلان) ويصفه بما يميزه ليحكم عليه المكتوب إليه (ويسميتها) وجوبا ويرفع في نسبتها (إن لم يعدلها) لبحث المكتوب له عن عدالتها وغيرها حتى يحكم بها، وبحث البغوي تعين تعديلها إذا علم أنه ليس في بلد المكتوب إليه من يعرفها (وإلا) بأن عدلها (فالأصح جواز ترك التسمية) ولو في غير مشهوري العدالة كما اقتضاه إطلاقهم، لكن خصه الماوردي بمن لم يشتهر بها وذلك اكتفاء بتعديل الكاتب إليها، كما أنه إذا حكم استغنى عن تسمية الشهود، نعم إن كانت شاهدا ويمينا أو يمينا مردودة وجب بيانها لأن الإنهاء قد يصل لمن لا يرى قبولها والحكم بالعلم، ولو ثبت الحق بالإقرار لزمه بيانه، ولا يجزم بأنه عليه لقبول الإقرار للسقوط بدعوى أنه على رسم القبالة فيطلب يمين خصمه فيردها فيحلف فيبطل الإقرار، ومقابل الأصح المنع لأن الآخر إنما يقضي بقولهم والمذاهب مختلفة فربما لا يرى القضاء بقولهم ولا حاجة في هذا إلى تحليف المدعي (والكتاب بالحكم يمضي مع قرب المسافة) وبعدها (وبسماع البينة لا يقبل على الصحيح لا في مسافة قبول شهادة على شهادة) فيقبل من الحاكم وهي فوق مسافة العدوى الآتية لسهولة إحضار الحجة مع القرب، وأخذ في المطلب من ذلك أنه لو تعسر إحضارها مع القرب لنحو مرض قبل الإنهاء، والعبرة في المسافة بما بين القاضيين لا بما بين القاضي المنهي والغريم، والمنتج قبول ذلك من المحكم.

(فصل)

في غيبة المحكوم به عن مجلس الحكم سواء أكان بمحل ولاية الحاكم أم لا

ولهذا أدخله على الترجمة المناسبة لها، ولا فرق فيما يأتي بين حضور المدعى عليه وغيبته

إذا (ادعى عينا غائبة عن البلد) وإن كانت في غير محل ولايته كما مر (يؤمن اشتباها كعقار وعبد وفرس معروفات) بالشهرة أو بتحديد الأول (سمع) القاضي (بينته وحكم بها) على حاضر وغائب (وكتب إلى قاضي بلد المال ليسلمه للمدعي) كما يسمع البينة ويحكم بها على الغائب فيما مر، وغلب غير العاقل على خلاف القاعدة الأكثرية كقوله تعالى {يسبح لله ما في السموات وما في الأرض} فدعوى أنه خلاف الصواب غير صحيح (ويعتمد في) معرفة (العقار حدوده) الأربعة إن لم يعرف إلا بها، وإلا فالمعرفة فيه لا تتقيد بها فقد يعرف بالشهرة التامة فلا يحتاج لذكر حد ولا غيره، وقد لا يحتاج لذكر حدوده الأربعة بل يكفي بثلاثة وأقل منها، فقول الروضة وأصلها يكفي ثلاثة محمول على ما إذا تميز بها، ولهذا قال ابن الرفعة إن تميز بحد كفي، ويشترط أيضا ذكر بلده وسكته ومحلها منها لا قيمته لحصول التميز بدونها (أو لا يؤمن) اشتباها كغير المعروف مما ذكر (فالأظهر سماع البينة) على عينها وهي غائبة ليميزها بالصفة مع دعاء الحاجة إلى إقامة الحجة عليها كالعقار. والثاني المنع لكثرة الاشتباه (ويبالغ) حتما (المدعي في الوصف) للمثلي بما يمكن الاستقصاء به ليحصل التمييز به الحاصل غالبا بذلك، واشترطت المبالغة هنا دون السلم لأنها تؤدي ثم إلى عزة الوجود المنافية لصحته (ويذكر القيمة) حتما أيضا في المتقوم لأنه لا يصير معلوما بدونها. واعلم أن ذكر القيمة وفي المثلي، والمبالغة في وصف المتقوم مندوب كما قاله هنا، وقولهما في الدعاوى يجب وصف العين بصفة السلم دون قيمتها مثلية كانت أو متقومة محمول على عين حاضرة بالبلد يمكن إحضارها مجلس الحكم، وقد أشاروا لذلك بتعبيرهم هنا بالمبالغة في الوصف وثم بوصف السلم (و) الأظهر (أنه لا يحكم بها) أي بما قامت البينة عليه لأن الحكم مع خطر الاشتباه والجهالة

بعيد، والحاجة تندفع بسماع البيئة بها اعتمادا على صفاتها والمكاتبة بها ومقابله لا ينظر إلى ذلك (بل يكتب إلى قاضي بلد المال بما شهدت به) البيئة، فإن أظهر الخصم ثم عينا أخرى مشاركة لها بيده أو يد غيره أشكل الحال نظير ما مر في المحكوم عليه وإن لم يأت بدافع عمل الحاكم المكتوب إليه به حيث وجد بالصفة التي تضمنها الكتاب وحينئذ (فياخذ) ممن هو عنده (ويبعثه إلي) القاضي (الكاتب ليشهدوا على عينه) ليحصل اليقين (و) لكن (الأظهر أنه) لا (يسلمه للمدعي) إلا (بكفيل) ويتجه اعتبار كونه ثقة مليئا قادرا ليطبق السفر لإحضاره وليصدق في طلبه (بيدنه) احتياطا للمدعى عليه حتى لو لم تعينه الشهود طولب برده، نعم الأمة التي يحرم عليها الخلوة بها لا يرسلها معه بل مع أمين في الرفقة معه، وظاهره أنه لا يحتاج هنا إلى نحو محرم أو امرأة ثقة تمنع الخلوة، ولو قيل به لم يبعد إلا أن يقال: إن اعتبار ذلك يشق فسومح فيه مراعاة لفصل الخصومة، ويندب أن يختم على العين وأن يعلق قلادة بعنق الحيوان بختم لازم لئلا يبدل بما يقع اللبس به ببيع أو نحوه (فإن) ذهب به إلى الحاكم الكاتب و (شهدوا) عنده (بعينه كتب براءة الكفيل) بعد تميم الحكم وتسليم العين للمدعي ولم يحتج لإرسال ثان (وإلا) بأن لم يشهدوا بعينه (فعلى المدعي مؤنة الرد) كالذهاب لظهور تعديه، وعليه مع ذلك أجرة تلك المدة إن كان له منفعة لأنه عطلها على صاحبه بغير حق، ومقابل الأظهر أن القاضي يبيعه للمدعي ثم يقبض منه الثمن ويضعه عند عدل أو يكفله بالثمن، فإن سلم استرد المال وبان بطلان البيع وإلا فهو صحيح، ويسلم الثمن للمدعى عليه وهذا بيع يتولاه القاضي للمصلحة كما يبيع الضوال (أو) ادعى عينا (غائبة عن المجلس لا البلد) أو قريبة من البلد وسهل إحضارها كما قاله الأذرعى كابن الرفعة في المطلب حيث قال: الغائبة عن البلد بمسافة العدوى كالتى بالبلد لاشتراكهما في وجوب الإحضار والقاضي لا يعرف عينا وليست مشهورة للناس (أمر بإحضار ما يمكن) أي يتيسر من غير كبير مشقة لا تحتمل عادة كما هو واضح (إحضاره ليشهدوا بعينه) لتيسر ذلك، أما غيره الذي لم يشتهر كعقار فيحدده ويصف ما يعسر إحضاره ويقيم البيئة بحدوده أو صفاته أو يحضر القاضي بنفسه أو نائبه ولا يشهدون هنا بصفة لعدم الحاجة بخلافه في الغائبة عن البلد، فإن قال الشهود: إنما نعرف عينه فقط تعين حضور القاضي أو نائبه لتقع الشهادة على عينه، فإن كان هو المحدود في الدعوى حكم وإلا فلا، وفي ثقل ومثبت وكل ما يعسر إحضاره يحضر هو أو نائبه كما ذكر وأما ما يعرفه القاضي فإن عرفه الناس أيضا فله الحكم به من غير إحضار وإن اختص به القاضي، فإن حكم بعلمه نفذ أو بالبيئة فلا لأنها لا تسمع بالصفة كما قال

(ولا تسمع شهادة بصفة) لعين غائبة عن مجلس الحكم لعدم الحاجة، نعم إن شهدت بيئة بإقرار المدعى عليه باستيلائه على كذا ووصفه الشهود سمعت، وفيما إذا لم تسمع يؤمر بإحضارها لتسمع البيئة على عينا، وإنما سمعت في الغائبة عن البلد للحاجة فيها كما مر، وعلم مما تقرر قبول الشهادة على العين وإن غابت عن الشهود بعد التحمل، وهو كذلك خلافا لمن اشترط ملازمتها لها من التحمل إلى الأداء (وإذا وجب إحضار فقال) عندي عين بهذه الصفة لكنها غائبة غرم قيمتها للحيلولة، أو (ليس بيدي عين بهذه الصفة صدق بيمينه) على حسب جوابه لأن الأصل معه (ثم) بعد حلف المدعى عليه (للمدعى دعوى القيمة) في المتقوم والمثل في المثلي لاحتمال أنها ملكت (فإن نكل) المدعى عليه (فحلف المدعى أو أقام بيئة) بأن العين الموصوفة كانت بيده وإن قالت لا نعلم أنها ملك المدعى (كلف الإحضار) ليشهد الشهود على عينه كما مر (وحبس عليه) لامتناعه من حق لزمه ما لم يبين له عذرا فيه (ولا يطلق إلا بإحضار) للموصوف (أو دعوى تلف) له مع الحلف عليه، وحينئذ فياخذ منه القيمة أو

المثل وتقبل دعواه وإن ناقض قوله الأول للضرورة، نعم لو أضاف التلف إلى جهة ظاهرة طوّل ببينة بها ثم يحلف على التلف بها كالمودع كما بحثه الأذرعى

(ولو شك المدعى هل تلفت العين فيدعى قيمة أم لا) الأفصح أو (فيدعيها فقال: غصب مني كذا، فإن بقي لزمه رده وإلا فقيمته) في المتقوم ومثله في المثلي (سمعت دعواه) وإن كانت مترددة للحاجة ثم إن أقر بشيء فذاك وإلا حلف أنه لا يلزمه رد العين ولا بدلها وإن نكل حلف المدعى كما ادعى كما هو مقتضى كلامهم (وقيل) لا تسمع دعواه للتردد (بل يدعيها) أي العين (ويحلفه) عليها (ثم يدعى القيمة) إن كان متقوماً وإلا فالمثل (ويجريان) أي الوجهان (فيمن دفع ثوبه لدلال لبيعه فحجده وشك هل باعه فيطلب الثمن أم أتلفه ف) يطلب (قيمته أم هو باق فيطلبه) فعلى الأول الأصح تسمع دعواه مترددة بين هذه الثلاثة فيدعى أن عليه رده أو ثمنه إن باع وأخذه أو قيمته إن أتلفه ويحلف الخصم يمينا واحدة أنه لا يلزمه تسليم الثوب ولا ثمنه ولا قيمته، فإن رد حلف المدعى كما ادعى وإلا كلف المدعى عليه البيان ويحلف إن ادعى التلف، فإن رد حلف المدعى أنه لا يعلم التلف ثم يحبس له (وحيث أوجبنا الإحضار فثبت للمدعى استقرت مؤنته على المدعى عليه) لأنه المحجوج لذلك (وإلا) بأن لم تثبت له (فهى) أي مؤنة الإحضار (ومؤنة الرد) للعين إلى محلها (على المدعى) لأنه المحجوج للغرم وعليه أقصى أجره مثل منافع تلك المدة إن غابت عن البلد لا المجلس فقط ونفقتها إلى أن تثبت في بيت المال ثم باقتراض ثم على المدعى. واعلم أنه لو غاب شخص وليس له وكيل وله مال وأنهى إلى الحاكم أنه إن لم يبعه اختل معظمه لزمه يبعه إن تعين طريقا لسلامته. وفي فتاوى القفال: أن للقاضي بيع مال الغائب بنفسه أو قيمه إذا احتاج إلى نفقة، وكذا إذا خاف فوته أو كان الصلاح في بيعه، ولا يأخذ له بالشفعة، وإذا قدم لم ينقض بيع الحاكم ولا إيجاره، وإذا أجب بغيص ماله ولو قبل غيبته أو بجحد مدينه وخشي فلسه فله نصب من يدعيه ولا يسترد وديعته. وأفتى الأذرعى فيمن طالت غيبته وله دين خشي تلفه بأن الحاكم يغيص من يستوفيه وينفق على من عليه مؤنته، وقد تناقض كلام الرافعي والمصنف رحمهما الله فيما للغائب من دين وعين فظاهره في موضع منع الحاكم من قبضها، وفي آخر جوازه فيهما، وفي آخر جوازه في العين فقط وهو أقرب لأن بقاء الدين في الذمة أحرز منه في يد الحاكم لصيرورته أمانة من غير ضرورة، ومر في الفلس عن الفارقي أن محله إذا كان المديون ثقة مليئا، وإلا وجب أخذه منه وبه يتأيد ما ذكرناه عن القفال والأذرعى. والحاصل أن الأوجه أن ما غلب على الظن فواته على مالكة لفلس أو جحد أو فسق يجب أخذه عينا كان أو دينا، وكذا لو طلب من العين في يده قبضها منه بسفر أو نحوه، وما لا يكون كذلك ففي العين دون الدين، ومحل ذلك في قاض أمين كما علم مما مر في الوديعة، وقد أطلق الأصحاب أنه يلزم الحاكم قبض دين حاضر ممتنع من قبوله بلا عذر والغائب مثله، ولو مات شخص وورثه محجور وليه الحاكم لزمه طلب وقبض جميع ماله من عين ودين.

(فصل)

في بيان من يحكم عليه في غيبته وما يذكر معه

(الغائب الذي تسمع) الدعوى و (البينة) عليه (ويحكم عليه من بمسافة بعيدة) لسهولة إحضار القريب، وقضية كلامه أنه لو حكم على غائب فبان كونه حينئذ بمسافة قريبة تبين فساد الحكم وهو كذلك، ودعوى أن المتبادر من كلامهم الصحة ممنوعة، ويجري ذلك في صبي أو مجنون أو سفیه بان كماله، ولو قدم الغائب وقال ولو بلا بينة كنت بعت أو أعتقت قبل بيع

الحاكم تبين بطلان تصرف الحاكم كما مر، ولو بان المدعى موته حيا بعد بيع الحاكم ما له في دينه، قال أبو شيكل اليميني: بان بطلانه إن كان الدين مؤجلا لتبين بقاءه لا حالا لأن الدين يلزمه وفاؤه حالا انتهى. وإنما يسلم له ذلك في الحال إذا بان معسرا لا يملك غير المبيع أو يملك غيره وظهر أن المصلحة في بيع المبيع لو ظهر له الحال قبل التصرف أخذا مما مر في الرهن، ولو بان أن لا دين بان أن لا يبيع كما لا يخفى (وهي) أي البعيدة (التي لا يرجع منها) متعلق بقوله (مبكر إلى موضعه ليلا) أي أوائله وهو ما ينتهي فيه سفر الناس غالبا، قاله البلقيني، وذلك لأن في إيجاب الحضور منها مشقة بمفارقة الأهل والوطن ليلا، وإنما علقنا منها بمبكر لتوقف صحة المراد عليه مع جعل إلى موضعه من إظهار المضمرة: أي لا يرجع مبكر منها لبلد الحاكم إليها أول الليل بل بعده، فاندفع قول البلقيني تعبيره غير مستقيم لأن منها يعود للبعيدة وهي ليست التي لا يرجع منها بل التي لا يصل إليها من يخرج بكرة من موضعه إلى بلد الحاكم، فلو قال التي لو خرج منها بكرة لبلد الحاكم لا يرجع إليها ليلا لو عاد في يومه بعد فراغ المحاكمة لوفي بالمقصود انتهى. وظاهر أن العبرة في ذلك باليوم المعتدل، ويتجه أن المراد زمن المخاصمة المعتدلة من دعوى وجواب وإقامة بينة حاضرة أو حلف وتعديلها وأن العبرة بسير الأثقال لأنه المنضبط (وقيل) هي (مسافة القصر) لاعتبارها في الشرع في أماكن. ورد بوضوح الفرق هذا كله حيث كان في ولاية الحاكم وإلا سمع الدعوى عليه والبينة وحكم وكاتب، قاله الماوردي وغيره، وأفتى به الوالد رحمه الله، ومقتضاه أنه لو تعددت النواب أو المستقلون في بلدة واحدة وحد لكل واحد حد فطلب من قاض منهم الحكم على من ليس في حده قبل حضوره حكم وكاتب لأنه غائب بالنسبة إليه، والأوجه أنه غير مراد للماوردي ومن تبعه خصوصا إن لم تفحش سعة البلدة (ومن يقريبة) أي بمسافة قريبة ولو بعد الدعوى عليه في حضوره وهو ممن يتأتى حضوره (كحاضر فلا تسمع) دعوى ولا (بينة) عليه (ولا يحكم بغير حضوره) بل يجب إحضاره لسهولة ذلك ليدفع إن شاء أو يقر فيغني عن البينة والنظر فيها (إلا لتواريه) أو حبسه بمحل لا يمكن الوصول إليه أو هربه من مجلس الحكم (أو تعززه) أي تغلبه، وقد ثبت ذلك عليه فتسمع البينة ويحكم بغير حضوره، لكن بعد يمين الاستظهار على أرجح الوجهين كما أفتى به الوالد رحمه الله تبعا لجمع متأخرين احتياطا للحكم فلا يقدح في ذلك تقصيره وقدرته على الحضور، فإن لم يكن للمدعي بينة جعل الآخر في حكم الناكل، فيحلف المدعي يمين الرد على ما ادعاه بعضهم ثم يحكم له، لكن صرح الماوردي بخلافه وتبعه جمع، وعلى الأول فلا بد من تقديم النداء بأنه إن لم يحضر جعل ناكلا قاله الماوردي والرويانى (والأظهر جواز القضاء على غائب في قصاص وحد قذف) لأنه حق آدمي فأشبهه المال (ومنع في حدود الله تعالى) وتعازيره لبنائها على المسامحة والدرء ما أمكن، وما فيه الحقان كالسرقة يقضى فيه بالمال لا القطع. والثاني الجواز مطلقا كالأموال فيكتب إلى قاضي بلد المشهود عليه ليأخذ بالعقوبة. والثالث المنع مطلقا لخطر الدماء والحد يسعى في دفعه ولا يوسع بابه وحقوقه تعالى المالية كحقوق الآدميين على المذهب، ولا تسمع الدعوى والبينة على غائب بإسقاط حق له كان قال كان له علي ألف قضيتها أو أبراني منها ولي بينة بذلك ولا آمن إن خرجت إليه يطالبني ويجحد القبض والإبراء ولا أجد حينئذ البينة فاسمع بينتي واكتب بذلك إلى حاكم بلده لم يجبه لأن الدعوى بذلك والبينة لا تسمع إلا بعد المطالبة بالحق. قال ابن الصلاح: وطريقه في ذلك أن يدعي إنسان أن رب الدين أحاله فيعترف المدعى عليه بالدين لربه وبالحوالة، ويدعي أنه أبراه منه أو أقبضه فتسمع الدعوى بذلك والبينة وإن كان رب الدين حاضرا بالبلد

(ولو) (سمع بينة على غائب فقدم) ولو (قبل الحكم) (لم يستعدها) أي لم يلزمه لوقوع ذلك صحيحا لكنه باق على حجه من إبداء قادح أو رافع (بل يخبره) بالحال فيتوقف حكمه على إخباره كما في المطلب، واعترضه البلقيني بأن الإعزاز غير معتبر عندنا لصحة الحكم، ورده تلميذه العراقي بأن الأمر كذلك في غير هذه الصورة لحضوره الدعوى والبينة فهو المتمكن من الدفع، وأما هنا فلم يعلم فاشترط إعلامه (ويمكنه من الجرح) أو نحوه كإثبات نحو فسق ويمهله ثلاثة أيام. ولا بد أن يؤرخ الجرح بوقت الشهادة أو قبلها وقبل مضي مدة الاستبراء، وقد استطرد ذكر مسائل لها نوع تعلق بالباب فقال (ولو) (عزل) أو انعزل (بعد سماع بينة ثم ولي) ولم يكن حكم بقبولها كما بحثه البلقيني (وجبت الاستعادة) ولا يحكم بالسماع الأول لأنه قد بطل بالانعزال بخلاف ما لو خرج عن محل ولايته ثم عاد لبقاء ولايته، وبخلاف ما لو حكم بقبولها فإن له الحكم بالسماع الأول، ولا أثر لإشهاده على نفسه للسماع لانتفاء كونه حكما على الراجح (وإذا استعدي) بينائه للمفعول (على حاضر بالبلد) أهل لسماع الدعوى، والجواب: أي طلب منه إحضاره (أحضره) وإن كان ما ادعاه محالا عادة كوزير ادعى عليه وضع بأنه اكتراه لشيل زبل مثلا فيلزمه الإحضار مطلقا ما لم يعلم كذبه كما قاله الماوردي وغيره، أو يكون قد استؤجرت عينه ولزم من حضوره تعطيل حق المستاجر فلا يحضره حتى ينقضي أمد الإجارة كما قاله السبكي وغيره، ويتجه ضبط التعطيل المضرب بأن يمضي زمن يقابل بأجرة وإن قلت، فالأوجه أمره بالتوكيل وإن لم يكن من ذوي الهيئات، ويحضر اليهودي يوم سبته، والمخدرة إذا لزمها يمين عليه أن يرسل إليها من يحلفها كما يأتي، وقول الجواهر عن الصيمري يسن ذلك مردود (بدفع ختم طين رطب أو غيره) مكتوب فيه أجب القاضي فلانا وقد كان ذلك معتادا ثم هجر واعتيد الكتابة في الورق قيل وهو أولى (أو مرتب لذلك) وهو العون المسمى الآن بالرسول، وكلامه كأصله محمول على التنوع بحسب ما يراه القاضي وبه صرح في الحاوي، وله أن يجمع بينهما بحسب ما يؤدي به الاجتهاد إليه من قوة الختم وضعفه، وفي الاستقصاء أنه لا يبعث العون إلا إذا امتنع من المجيء بالختم لأن الطالب قد يتضرر بأخذ أجرته منه، وظاهر كلامهم أن الأجرة على الطالب مطلقا حيث لم يرزق العون من بيت المال. وقضية ما يأتي في أعوان السلطان أنها على الممتنع هنا أيضا وهو كذلك، وأجرة الملازم على المدعي بخلاف الحبس، لكن ذهب الولي العراقي إلى أن الأجرة على الطالب وإن امتنع خصمه من الحضور لأنه قد لا يصدقه على المدعى به، ولا يلزمه الذهاب معه بقوله بل لا بد من أمر الحاكم بذلك، وفصل في أجرة الملازم فجعلها على المديون إن كان بإذن الحاكم وإلا فعلى الطالب، ومحل لزوم إجابة الحضور ما لم يعلم أن القاضي المطلوب إليه يقضي عليه بجور برشوة أو غيرها وإلا فله الامتناع باطنا، وأما في الظاهر فلا وقد مر أنه متى وكل لم يلزمه الحضور بنفسه (فإن امتنع) من الحضور من محل يجب عليه الإجابة منه (بلا عذر) من أعدار الجماعة وثبت ذلك عنده ولو بقول عون ثقة كما قاله الماوردي وغيره (أحضره بأعوان السلطان) وأجرتهم عليه حينئذ (وعززه) إن رأى ذلك لتعديه، ولو استخفى نودي عليه متكررا بباب داره إن لم يحضر إلى ثلاثة أيام سمر يابه أو ختم وسمعت الدعوى عليه وحكم بها، فإن لم يحضر بعدها وسأل المدعي أحدهما وأثبت أنه يأوي داره أجابه، وظاهر أن التسمير إذا أفضى إلى نقص لا يفعله إلا في مملوك له، بخلاف الختم ثم يسمع البينة ويحكم عليه بها بعد اليمين كما مر، كما لو هرب قبل الدعوى أو بعدها وقبل الحكم عليه. قال الأذرعى: ولا يسمر داره إذا كان يأويها غيره ولا يخرج الغير فيما يظهر انتهى. ومحل كما هو ظاهر في ساكن بأجرة لا عارية، ولو أخبر أنه بمحل به نساء أرسل إليه ممسوحا أو مميزا، وبعد الظفر يعززه بحبس أو غيره

بحسب ما يراه لائقا به. والمعذور يرسل إليه من يسمع الدعوى بينه وبين خصمه أو يلزمه بالتوكيل، وله الحكم عليه بالبينة كالفائب كما قاله البغوي واعتمده جمع (أو) ادعى على (غائب في غير) محل (ولايته) (فليس له إحصاره) إذ لا ولاية له عليه بل يسمع الدعوى والبينة ثم ينهي كما مر (أو) فيها وله هناك نائب) أو متوسط بين الناس وإن لم يصلح للقضاء (لم يحضره) أي لم يجز إحصاره للمشقة مع تيسير الفصل حينئذ (بل يسمع بيته) عليه (ويكتب إليه) بذلك (أو لا نائب له فالأصح) أنه (يحضره) بعد تحرير الدعوى وصحة سماعها (من مسافة العدو فقط وهي التي يرجع منها مبكر) إلى محله (ليلا) كما علم مما مر، فإن كان فوقها لم يحضره وهذا هو المعتمد وإن اقتضى كلام الروضة كأصلها إحصاره مطلقا، ومر أن أوائل الليل كالنهار فلا تنافي حينئذ بين قوله هنا ليلا وقوله في الروضة قبل الليل، وسميت بذلك لأن القاضي يعدي: أي يعين من طلب خصمه منها على إحصاره (و) الأصح (أن المخدرة لا تحضر) صرفا للمشقة عنها كالمريض وحينئذ فيرسل القاضي لها لتوكل من يفصل بينهما ويغلب عليها بحضور الجامع للتخفيف ولا تحضر برزة من خارج البلد إلا مع نحو محرم أو نسوة ثقات أو امرأة احتياطا لحق الأدمي (وهي من لا يكثر خروجها لحاجات) متكررة كمشراء كتان بأن لا تخرج أصلا أو تخرج نادرا لنحو عزاء أو حمام أو زيارة لأنها غير مبتذلة بهذا الخروج. وأفهم كلامه أن كونها في عدة أو اعتكاف لا يكون مانعا من حضورها مجلس الحكم، وبه صرح الصيمري في الإفصاح، نعم المريضة كالمخدرة، ولو كانت برزة ثم لازمت الخدر فكالفاسق إذا تاب فيعتبر مضي سنة، ولو اختلفا في كونها مخدرة فإن كانت من قوم الغالب على نساءهم الخدر صدقت بيمينها وإلا فهو بيمينه.

(باب القسمة)

بكسر القاف وهي تمييز الحصص بعضها من بعض. والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى {وإذا حضر القسمة} الآية، وأخبار كخبر الصحيحين {كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم الغنائم بين أربابها} والحاجة داعية إليها، فقد يتبرم الشريك من المشاركة أو يقصد الاستبداد بالتصرف، وأدرجها في القضاء لاحتياج القاضي إليها ولأن القاسم كالقاضي على ما سيأتي (قد يقسم) المشترك (الشركاء) الكاملون، أما غير الكاملين فلا يقسم لهم وليهم إلا إن كان لهم في ذلك غبطة (أو منصوبهم) أي وكيلهم (أو منصوب الإمام) أو الإمام نفسه وإن غاب أحدهم لأنه ينوب عنه أو المحكم لحصول المقصود بكل ممكن ذكر، وبمتنع على أحد الشريكين أن يأخذ قبل القسمة حصته إلا بإذن شريكه. قال القفال: أو امتناعه من المتماثل فقط بناء على الأصح الآتي أن قسمته إفراز، وما قبض من المشترك مشترك. نعم للحاضر الانفراد بأخذ نصيبه من مدعى ثبت له منه حصة فكانهم جعلوا غيبة شريكه عذرا في تمكنه منه كامتناعه

(وشرط منصوبه) أي الإمام ومثله المحكم عنهم ما تضمنه قوله (ذكر حر عدل) تقبل شهادته ومن لازمه التكليف والإسلام وغيرهما مما يأتي أول الشهادات من نحو سمع وبصر وضبط ونطق لأنها ولاية، بل وفيها إلزام كالقضاء إذ القسام مجتهد مساحة وتقديرا ثم يلزم بالإقراع (يعلم) إن نصب للقسمة مطلقا أو فيما يحتاج لمساحة وحساب (المساحة) بكسر الميم وهي علم يعرف به طرق استعلام المجهولات العددية العارضة للمقادير وهي قسم من الحساب فعطفه عليها من عطف الأعم (والحساب) لأنها كالفقه للقضاء، واشترط جمع كونه نزها قليل الطمع، وخرج بمنصوبه منصوبهم فيعتبر تكليفه فقط لأنه وكيل، ويجوز كونه قنا وامرأة وفاسقا، نعم إن كان فيهم محجور عليه اشترط ما مر (فإن كان فيها تقويم وجب) حيث لم يجعل حاكما في التقويم (قاسمان) أي

مقومان لأن التقويم لا يثبت إلا باثنين فاشترط العدد من حيث التقويم لا القسمة (وإلا) بأن لم يكن فيها تقويم (فقاسم) واحد يكفي وإن كان فيها خرص لأن قسمته تلزم بنفس قوله ولا يحتاج وإن تعدد للفظ الشهادة لأنها تستند إلى عمل محسوس (وفي قول) يشترط (اثنان) بناء على المرجوح أنه شاهد لا حاكم، هذا في منصوب الإمام، أما منصوبهم فيكفي اتحادهم قطعا، وفارق الخرص القسمة بأنه يعتمد الاجتهاد وهي تعتمد الإخبار بأن هذا يساوي كذا (وللإمام جعل القاسم حاكما في التقويم) وحينئذ (فيعمل فيه بعدلين) ذكرين يشهدان عنده به لا بأقل منهما (ويقسم) بنفسه وله العمل فيه بعلمه كما علم من كلامه في القضاء، وعلم من كلامه عدم اشتراط معرفته بالقيمة فيرجع لقول عدلين خيرين، نعم يندب ذلك للخروج من الخلاف (ويجعل الإمام رزق منصوبه من بيت المال) من سهم المصالح لأنه من جملة المصالح العامة (فإن لم يكن) فيه مال أو كان ثم ما هو أهم منه أو منع الأخذ منه ظلما، ولهذا العموم المستفاد من عبارته حذف قول أصله فيه مال (فأجرته على الشركاء) إن استأجروه، وذلك لأنه يعمل لهم مع التزامهم له عوضا لا إن عمل ساكتا فلا شيء له. أما لو استأجره بعضهم فالكل عليه، وإنما حرم على القاضي أخذ أجره على القضاء مطلقا لأن الحكم حق الله تعالى والقسمة حق الآدمي، ولأن للقاسم عملا يباشره بالأجرة في مقابلته والحاكم مقصور على الأمر والنهي، ولا ينصب حينئذ قاسما معينا بل يدع الناس يستأجرون من شاءوا (فإن استأجروه) كلهم معا (وسمى كل) منهم (قدرا) كاستأجرتك لتقسم هذا بيننا بدينار على فلان ودينارين على فلان أو وكلوا من عقد لهم كذلك (لزمه) أي كلا ما سماه ولو فوق أجره المثل ساوي حصته أم لا. أما مرتبا فيجوز عند القاضي واعتمده البلقيني ورد على الإسنوي اعتماده لمقابله (وإلا) بأن لم يسم كل منهم قدرا بل أطلقوا (فالأجرة موزعة على الحصص) لأنها من مؤن الملك كنفقة الحيوان المشترك ومحل ذلك في غير قسمة التعديل، أما هي فتوزع فيها على حسب المأخوذ قلة وكثرة لا بحسب الحصص الأصلية لأن العمل في الكثير أكثر منه في القليل، هذا كله إن كانت الإجارة صحيحة، وإلا وزعت أجره المثل على حسب الحصص مطلقا كما لو أمر القاضي من يقسم المال بينهم إجبارا (وفي قول على الرءوس) لأن العمل في النصيب القليل كهو في الكثير (ثم) (ما عظم الضرر في قسمته كجوهره وثوب نفيسين وزوجي خف) أي فردتيه (إن طلب الشركاء كلهم قسمته) (لم يجبهم القاضي) إن بطلت منفعته بالكلية بل يمنعهم من قسمته بأنفسهم لأنه سفه، وما نازع به البلقيني في صورة زوجي خف بأنه ليس في قسمتهما إبطال منفعة بل نقصها يرد بأنهما إن كانا بين أكثر من اثنين كانا من هذا القسم أو بين اثنين كانا من القسم الآتي فلا اعتراض (ولا يمنعهم إن قسموا بأنفسهم إن لم تبطل منفعته) بالكلية بأن نقصت (كسيف يكسر) لإمكان الانتفاع بما صار إليه منه على حاله أو باتخاذ سكين مثلا، ولا يجيبهم إلى ذلك لما فيه من إضاعة المال، وكان مقتضى ذلك منعه لهم، غير أنه رخص لهم فعل ما ذكر بأنفسهم تخلصا من سوء المشاركة. نعم بحث جمع أخذا مما مر من بطلان بيع جزء معين من نفيس أن ما هنا في سيف خسيس وإلا منعهم (وما يبطل نفعه المقصود كحمام وطاحونة صغيرين) بحيث لو قسم كل لم ينتفع به بعد القسمة من الوجه المقصود منها قبلها ولو بإحداث مرافق، وتعبيره بصغيرين فيه تغليب للمذكر على المؤنث لأن الحمام مذكر والطاحونة مؤنثة (لا يجاب طالب قسمته) إجبارا (في الأصح) لما فيه من إضرار الآخر ولا يمنعهم منها لما مر (فإن أمكن جعله حمامين) أو طاحونتين (أجيب) وأجبر الممتنع لانتفاء الضرر وإن احتاج إلى إحداث نحو بئر ومستوقد لعسر التدارك. والثاني يجاب إن انتفع به بعد القسمة بوجه ما وإنما بطل بيع ما لا يمر له وإن

أمكن تحصيله بعد لأن شرط المبيع الانتفاع به حالا (ولو) (كان له عشر دار) أو حمام أو أرض (لا يصلح لسكنى) أو كونه حماما أو لما يقصد من تلك الأرض (والباقي لآخر) وهو يصلح لذلك (فالأصح إجبار صاحب العشر بطلب صاحبه) لانتفاعه وضرر صاحب العشر إنما نشأ من قلة نصيبه، والثاني المنع لضرر شريكه (دون عكسه) لأنه مضيع لماله متعنت، نعم إن ملك أو أحيا ما لو ضم إلى عشره صلح. أجيب وأفاد الماوردي والرويانى أنه لو كان في أرض مشتركة بناء أو غراس لهما فأراد أحدهما قسمة الأرض لم يجبر الآخر، وكذا عكسه لبقاء العلقه بينهما. أما برضاها فيجوز ذلك، قاله الرافعي والمصنف، ولو كانوا ثلاثة واقتسم اثنان على أن تبقى الحصه للثالث شائعة مع كل منهما لم يصح، ونقل غيرهما الاتفاق عليه، وإنما أجبر الممتنع على قسمتها مع غراس بها دون زرع فيها لأن له أمدا ينتظر، وإذا تنازع الشركاء فيما لا تمكن قسمته فإن تهايتوا منفعة ذلك مياومة أو غيرها جاز، ولكل الرجوع ولو بعد الاستيفاء، لكن يغرم بدل ما استوفاه ويدخل يده أمانة كالمستاجر، فإن أبوا المهاية أجبرهم الحاكم على إيجاره أو أجره عليهم سنة وما قاربها وأشهد كما لو غابوا كلهم أو بعضهم فإن تعدد طالب الإيجار أجره وجوبا لمن يراه أصلح، وهل له إيجاره من بعضهم تردد فيه في التوشيح، ورجح غيره أن له ذلك إن رآه: أي بأن لم يوجد هو مثله كما لا يخفى، وأنه لو طلب كل منهم استئجار حصه غيره فإن كان ثم أجنبي قدم وإلا أقرع بينهم. فإن تعذر إيجاره: أي لنحو كساد لا يزول عن قرب عادة كما بحثه بعضهم. قال ابن الصلاح: باعه لتعينه واعتمده الأذرعى. ويؤخذ من علته أن المهاية تعذرت لغيبه بعضهم أو امتناعه، فإن تعذر البيع وحضر جميعهم أجبرهم على المهاية إن طلبها بعضهم كما بحثه الزركشي، وإنما لم يعرض عنهم إلى الصلح ولا يجبرهم على شيء مما ذكر على قياس ما مر في العارية لإمكان الفرق بكثرة الضرر هنا لأن كلا منهما ثم يمكن انتفاعه بنصيبه بخلافه هنا، وبأن الضرر ثم إنما هو على الممتنع فقط، وهنا الضرر على الكل فلم يمكن فيه الإعراض

(وما لا يعظم ضرره قسمته أنواع) ثلاثة، وهي الآتية لأن المقسوم إن تساوت الأنصاء منه صورة وقيمة فهو الأول، وإلا فإن لم يحتج إلى رد شيء آخر فالثاني وإلا فالثالث (أحدها بالأجزاء) وتسمى قسمة المتشابهات وقسمة الأجزاء (كمثلي) متفق النوع فيما يظهر، ومر بيانه في الغصب، ومنه نقد ولو مغشوشا لجواز المعاملة به، وأما إذا اختلف النوع فيجب عند عدم الرضا قسمة كل نوع وحده (ودار متفقة الأبنية) بأن يكون ما بشرقيها من بيت وصفة كما بغربيها (وأرض مشتبهة الأجزاء) ونحوها ككرباس لا ينقص بالقطع (فيجبر الممتنع) عليها استوت الأنصاء أم لا للتخلص من سوء المشاركة مع عدم الضرر، نعم لا إجبار في قسمة زرع قبل اشتداده لعدم كمال انضباطه، فإن اشتد ولم ير أو كان إلى الآن بذرا لم تصح قسمته للجهل به (فتعدل) أي تساوى (السهام) أي عند عدم التراضي أو حيث كان في الشركاء محجور عليه كما يعلم مما يأتي (كيلا) في المكيل (أو وزنا) في الموزون (أو ذرعا) في المذروع أو عدا في المعدود (بعدد الأنصاء إن استوت) فإن كانت بين ثلاثة أثلاثا جعلت ثلاثة أجزاء ويؤخذ ثلاثة رقاع متساوية (ويكتب) هنا وفيما يأتي من بقية الأنواع (في كل رقعة) إما (اسم شريك) إن كتب أسماء الشركاء ليخرج على السهام (أو جزء) بالرفع كما يصرح به عبارة الروضة: أي هو مع مميز كما يأتي إن كتب السهام لتخرج على أسماء الشركاء (مميز) عن البقية (بحد أو جهة) مثلا (وتدرج) الرقع (في بنادق) ويندب كونها في بنادق (مستوية) وزنا وشكلا من نحو طين أو شمع لأنها لو تفاوتت لربما سبقت اليد إلى الكبيرة وفيه ترجيح لصاحبها، ولا ينحصر فيما ذكر بل يجوز نحو أقلام ومختلف كدواة وقلم، ثم توضع في حجر من لم يحضر وكونه مغفلا أولى

(ثم يخرج من لم يحضرها) أي الواقعة (رقعة) أما (على الجزء الأول إن كتب الأسماء) في الرقاع (فيعطي من خرج اسمه) ثم يؤمر بإخراج أخرى على الجزء الذي يليه وتعطى من خرج اسمه ويتعين الآخر للآخر بلا قرعة، وكذا فيما يأتي (أو) يخرج (على اسم زيد) مثلا (إن كتب الأجزاء) أي أسماءها في الرقاع فيخرج رقعة على اسم زيد وأخري على اسم عمرو وهكذا، ومن يتبدأ به هنا وفيما قبله من الأجزاء أو الأسماء منوط بنظر القاسم إذ لا تهمة ولا تمييز (فإن اختلفت الأنصاء كنصف وثلث وسدس) في أرض أو نحوها (جزئت الأرض) أو نحوها (على أقل السهام) كسنة هنا لتؤدي القليل والكثير بذلك من غير حيف ولا شطط (وقسمت كما سبق) لكن الأولى هنا كتابة الأسماء لأنه لو كتب الأجزاء وأخرج على الأسماء فربما خرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس فيفرق بذلك ملك من له الثلث أو النصف (و) هو لا يجوز، إذ يجب عليه أن (يحترز عن تفريق حصة واحد) والمجوزون لكتابة الأجزاء احترزوا عن التفريق بقولهم لا يخرج لصاحب السدس أولا لأن التفريق إنما جاء من قبله بل يبدأ بذئ النصف، فإن خرج على اسمه الجزء الأول أو الثاني أعطيهما والثالث ويشئ بذئ الثلث. فإن خرج على اسمه الجزء الرابع أعطيه والخامس، وعلى هذا القياس وأخذ من ذلك أنه لو كان بينهما أرض مستوية الأجزاء ولأحدهما أرض تليها فطلب قسمتها، وأن يكون نصيبه إلى جهة أرضه أوجب حيث لا ضرر كما قد يدل على ذلك قولهم في باب الصلح أجبر على قسمة عرصه ولو طولا ليختص كل بما يليه قبل البناء أو بعد الهدم، وبواقفه قولهم لو أراد جمع من الشركاء بقاء شركتهم وطلبوا من الباقيين أن يتميزوا عنهم بجانب ويكون حق المتفقين متصلا، فإن كان نصيب كل لو انفرد لم ينتفع به أجبوا. واعلم أنه قد يفهم مما ذكره في حالة تساوي الأجزاء واختلافها أن الشركاء الكاملين لو تراضوا على خلاف ذلك امتنع، وهو غير مراد بل التفاوت جائز برضا جميعهم الكاملين وإن كان جزافا كما يظهر من إطلاقهم ولو في الربوي بناء على أن هذه القسمة إفرار لا بيع، والربا إنما يتصور جريانه في العقد دون غيره ويعلم مما تقرر أنها لو كانت بيعا امتنع ذلك في الربوي، إذ لا يجوز لأحد أخذ زائد على حقه فيه ولو مع الرضا فيأتي فيه هنا جميع ما مر في باب الربا في متحدي الجنس ومختلفيه وفي قاعدة مد عجوة. وتصح قسمة الإفرار فيما تعلقت الزكاة به قبل إخراجها ثم يخرج كل زكاة ما آل إليه ولا يتوقف صحة تصرف ما أخرج على إخراج الآخر، وقد نقل الإمام عن الأصحاب أنهما لو تراضيا بالتفاوت جاز، وما نازعهم به من أن الوجه منعه في الإفرار مردود، ويؤيد ما ذكرناه تصريحهم بجواز قسمة الثمر على الشجر ولو مختلطا من نحو بسر ورطب ومنصف وتمر جاف خرصا بناء على أنها إفرار، وهو صريح في ذلك (الثاني) القسمة (بالتعديل) بأن تعدل السهام بالقيمة (كأرض تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة إنبات وقرب ماء) ونحوهما مما يرفع قيمة أحد الطرفين على الآخر كبستان بعضه نخل وبعضه عنب ودار بعضها من حجر وبعضها من لبن فيكون الثلث لجودته كالثلثين قيمة فيجعل سهما وهما سهمان إن كانت نصفين، فإن اختلفت كنصف وثلث وسدس جعلت ستة أجزاء بالقيمة لا بالمساحة فعلم أنه لا بد من علم القيمة عند التجزئة (ويجبر) الممتنع منها (عليها) أي قسمة التعديل (في الأظهر) إلحاقا للتساوي في القيمة به في الأجزاء، نعم إن أمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده لم يجبر عليها فيهما كأرضين يمكن قسمة كل منهما بالأجزاء فلا يجبر عن التعديل كما بحثاه، ولا يمنع من الإجبار في المنقسم الحاجة إلى بقاء طريق ونحوها مشاعة بينهم يمر كل منهما فيها إلى ما خرج له إذا لم يمكن أفراد كل بطريق، ولو اقتسما بالتراضي المتسفل لواحد والمستعلي لآخر ولم يتعرضا للسطح بقي مشتركا بينهما كما هو ظاهر وكأنه إنما لم ينظر لبقاء

العلاقة بينهما لأن السطح تابع كالطريق، والثاني لا، لاختلاف الأغراض والمنافع (ولو استوت قيمة دارين أو حانوتين) سواء أكانا متلاصقين أم لا (فطلب جعل كل لواحد فلا إجبار) لأن الأغراض تختلف باختلاف المحل والأبنية، نعم لو اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة مستوية القيمة لا يحتمل أحدهما القسمة فطلب أحدهما قسمة أعيانها أوجب إن زالت الشركة بها، قال الجيلي: إلا أن تنقص القيمة بقسمتها، وخرج بقوله كل لواحد ما لو لم يطلب أحد خصوص ذلك فيجبر الممتنع (أو) استوت قيمة متقوم نحو (عبيد أو ثياب من نوع) وصنف واحد فطلب جعل كل لواحد كثلاثة أعبد مستوية كذلك بين ثلاثة وكثلاثة يساوي اثنان منها واحدا بين اثنين (أجبر) إن زالت الشركة بها لقلة اختلاف الأغراض فيها (أو) من (نوعين) أو صنفين كهندي وتركي وضائتين مصرية وشامية استوت قيمتهما أم لا، وكعبد وثوب (فلا) إجبار لشدة تعلق الغرض بكل نوع وعند الرضا بالتفاوت في قسمة هي بيع. قال الإمام: لا بد من لفظ البيع لأن لفظ القسمة يدل على التساوي، لكن نازعه البلقيني إذا جرى أمر ملزم وهو القبض بالإذن: أي ويكون الزائد عند العلم كالموهوب المقبوض، ولمستاجري أرض تناوبها وقسمتها وهل يدخلها الإجبار؟ وجهان. وقضية الإجبار في كراء العقب الإجبار هنا إلا أن يفرق بتعذر الاجتماع على كل جزء من أجزاء المسافة فتعينت القسمة إذ لا يمكن استيفاؤهما المنفعة إلا بها بخلافها هنا وهو ظاهر، ولو ملكا شجرا دون أرضه فالمتجه أنهما إن استحقا منفعتها على الدوام بنحو وقف لم يجبرا على القسمة أخذا مما مر عن الماوردي والرويانى لأن استحقاق المنفعة الدائمة كملكها فلم تنقطع العلاقة بينهما وإن لم يستحقاها، كذلك أجبرا إن كانت إفرازا أو تعديلا، ولا نظر لبقاء شركتهما في منفعة الأرض لأنها بصدد الانقضاء، كما لا نظر لشركتهما في نحو التمر مما لا يمكن قسمته، ويأتي في قسمتهما المنفعة الوجهان المتقدمان (الثالث) القسمة (بالرد) وهي التي يحتاج فيها لرد أحد الشريكين للآخر مالا أجنيا (بأن) أي كأن (يكون في أحد الجانبين) ما يتميز به، وليس في الآخر ما يعادله إلا بضم شيء من خارج إليه ومنه (بئر أو شجر) مثلا (لا تمكن قسمته فيرد من يأخذه قسط قيمته) أي نحو البئر أو الشجر، فإذا كانت قيمة كل جانب ألفا وقيمة نحو البئر ألفا رد من أخذ جانبها خمسمائة، وما اقتضته عبارة الروضة وأصلها والمحزر على ما قيل من رد الألف خطأ، وما يمكن قسمته ردا وتعديلا يجاب طالب قسمته إجبارا وإلا اشترط اتفاقهما على واحدة بعينها (ولا إجبار فيه) أي في هذا النوع لأنه دخله ما لا شركة فيه وهو المال المردود (وهو) أي هذا النوع وهو قسمة الرد (بيع) لوجود حقيقته وهو مقابلة المال بالمال فثبتت أحكامه من نحو خيار وشفعة، نعم لا يفتقر للفظ تمليك وقبول بل الرضا قائم مقامهما، ولهما الاتفاق على أن من يأخذ النفيس يرد وأن يحكما القرعة ليرد من خرج له (وكذا التعديل) أي قسمته بيع (على المذهب) لأن كل جزء مشترك بينهما، والطريق الثاني طرد القولين في قسمة الأجزاء (وقسمة الأجزاء) بإجبار أو دونه (إفراز) للحق: أي يتبين بها أن ما خرج لكل هو الذي ملكه كالذي في الذمة لا يتعين إلا بالقبض (في الأظهر) إذ لو كانت بيعا لما دخلها الإجبار ولما جاز فيها الاعتماد على القرعة. ولا يشكل ذلك بقسمة التعديل فإنها بيع ودخلها الإجبار وجاز الاعتماد فيها على القرعة لأن كلا منهما لما انفرد ببعض المشترك بينهما صار كأنه باع ما كان له بما كان للآخر، ولم نقل بالتبين كما قيل به في الإفراز للتوقف هنا على التقويم، وهو تخمين قد يخطئ، ومن ثم كانت قسمة الرد بيعا لذلك، وإنما وقع الإجبار في قسمة التعديل للحاجة إليه كما يبيع الحاكم مال المدين جبرا، ولم يقع في الرد لأنه إجبار على دفع مال غير مستحق وهو بعيد والثاني أنها بيع لأن ما من جزء من المال إلا وكان مشتركا بينهما، فإذا اقتسما فكأنه باع كل منهما ما كان له في حصة

صاحبه بما له في حصته، وصححه الشيخان في أوائل الربا وزكاة المعشرات، ويجوز قسمة الوقف من الملك أو وقف آخر إن كانت إفرازا لا بيعا، سواء أكان الطالب المالك أم الناظر أم الموقوف عليهم، ونظير ذلك ما في المجموع في الأضحية إذا اشترك جمع في بدنة أو بقرة لم تجز القسمة إن قلنا إنها بيع على المذهب وبين أرباب الوقف تمتنع مطلقا لأن فيه تغييرا لشرطه. قال البلقيني: هذا إذا صدر الوقف من واحد على سبيل واحد، فإن صدر من اثنين فقد جزم الماوردي بجواز القسمة، كما تجوز قسمة الوقف عن الملك وذلك أرجح من جهة المعنى وأفتيت به انتهى. وكلامه متدافع فيما إذا صدر من واحد على سبيلين أو عكسه، والأقرب في الأول بمقتضى ما قاله الجواز، وفي الثاني عدمه، نعم لا تمتنع المهياة حيث رضوا بها لانتفاء التغيير بها ولعدم لزومها

(وبشترط في) قسمة (الرد الرضا) باللفظ (بعد خروج القرعة) لأنها بيع وهو لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى التراضي بعده (ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه) كقسمة تعديل وإفراز (اشتراط) فيما إذا كان هناك قرعة (الرضا بعد القرعة في الأصح كقولهما رضينا بهذه القسمة) أو بهذا (أو بما أخرجته القرعة) أما في قسمة التعديل فلأنها بيع كقسمة الرد. وأما في غيرها فقياسا عليها لأن الرضا أمر خفي فوجب أن يناط بأمر ظاهر يدل عليه، ولا يشترط لفظ نحو بيع، وإن لم يحكما القرعة كأن اتفقا على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين والآخر الآخر، أو أحدهما الخسيس والآخر النفيس ويرد زائد القيمة فلا حاجة لتراض آخر. أما قسمة ما قسم إجبارا فلا يعتبر الرضا فيها لا قبل القرعة ولا بعدها، واعترضت عبارته بأن فيها خلا من أوجه إذ ما لا إجبار فيه قسمة الرد فقط وقد جزم باشتراط الرضا فلزم التكرار والجزم أولا وحكاية الخلاف ثانيا وأنه عبر بالأصح وفي الروضة بالصحيح وأنه عكس ما بأصله فإنه لم يذكر فيه هذا الخلاف إلا في قسمة الإجبار، فكأنه في الكتاب أراد أن يكتب ما فيه إجبار فكتب ما لا إجبار فيه. ولعل عبارته ما لا إجبار فيه فحرفت، وبهذا يزول التكرار والتناقض والتعاكس وأنه أطلق الخلاف. وأجيب بأن مراده بما لا إجبار فيه كما دل عليه السياق أنه لا إجبار فيه الآن باعتبار جريانه بالرضا وإن كان أصله الإجبار، وعبارة المحرر القسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي، والمراد بها ما ذكرناه أيضا، وقد أشار الشارح إلى ذلك غير أن دعواه أصرحية عبارة الكتاب علي الأصل محل نظر لا يخفى (ولو ثبت) بإقرار أو علم قاض أو يمين رد أو (بيينة) ذكرين عدلين دون غيرهما فيما يظهر (غلط) وإن لم يكن فاحشا (أو حيف) وإن قل (في قسمة إجبار) (نقضت) كما لو ثبت ظلم قاض أو كذب شاهد، ولا يحلف قاسم كقاض، واستشكل ابن الرفعة بأنه نقض للشيء بمثله ولا مرجح رد بأن الأصل المحقق الشيعي فيرجح به قول مثبت النقض، وخرج بقوله إجبار ما إذا كانت تعديلا أو ردا فلا نقض فيها لأنها بيع ولا أثر للغلط والحيف فيه كما لا أثر للغبن فيه لرضا صاحب الحق بتركه (فإن لم تكن بينة وادعاه) أي أحدهما (واحد) من الشريكين أو الشركاء علي شريكه وبين قدر ما ادعاه (فله تحليف شريكه) أنه لا غلط ولا زائد معه أو أنه لا يستحق عليه ما ادعاه ولا شيئا منه. فإن حلف مضت وإلا حلف المدعي ونقضت كما لو أقر، ولا تسمع الدعوى على القاسم من جهة الحاكم لأنه لو أقر لم ينقض، نعم بحث الزركشي سماعها عليه رجاء أن يثبت حيفه فيرد الأجرة ويغرم كما لو قال قاض غلطت في الحكم أو تعمدت الحيف (ولو ادعاه في قسمة تراض) في غير ربوي بأن نصبا لهما قاسما أو اقتسما بأنفسهما ورضيا بعد القسمة (وقلنا هي بيع) بأن كان تعديلا أو ردا (فالأصح أنه لا أثر للغلط فلا فائدة لهذه الدعوى) وإن تحقق الغبن لرضا صاحب الحق بتركه فصار كما لو اشترى شيئا وغبن فيه، والثاني أنها تنقض لأنهما تراضيا لا اعتقادهما أنها قسمة عدل، أما ربوي

تحقق الغلط في وزنه أو كيله فالقسمة باطلّة بلا شبهة للربا (قلت: وإن قلنا إفراز) بأن كانت بالأجزاء (نقضت إن ثبت) بحجة لأن الإفراز لا يتحقق مع التفاوت (وإلا) أي وإن لم يثبت (فيحلف شريكه، والله أعلم) نظير ما مر في قسمة الإجماع (ولو استحق بعض المقسوم شائعا) كالثالث (بطلت فيه وفي الباقي خلاف تفريق الصفقة) والأظهر فيه أنه يصح ويتخير كل منهم (أو) استحق (من النصيبين) شيء (معين). فإن كان بينهما (سواء بقيت) القسمة في الباقي لعدم المتراجع بين الشريكين (وإلا) أي وإن لم يكن سواء بأن اختص بأحد النصيبين أو عمهما لكنه في أحدهما أكثر (بطلت) لأن ما يبقى لكل ليس قدر حقه بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الإشاعة، ولو بان فساد القسمة وقد أنفق أو زرع أو بنى مثلا أحدهما أو كلاهما جرى هنا ما مر فيما إذا بان فساد البيع وقد فعل ذلك، لكن الأقرب عدم لزوم كل شريك هنا زائد على ما يخص حصته من أرش نحو القطع. واعلم أنه قد علم مما قررناه سابقا أن القرعة شرط لصحة القسمة وليس مرادا كما يفهمه قوله السابق فيجبر الممتنع فتعدل السهام إلخ فلم يجعل التعديل إلا عند الإجماع. ومفهومه أن الشريكين لو تراضيا بقسمة المشترك جاز ولو بلا قرعة كما في الشامل والبيان وغيرهما، فلو قسم بعضهم في غيبة الباقيين وأخذ قسطه فلما علموا قرروه صحت: لكن من حين التقرير، قاله ابن كبن، فلو طلب من الحاكم شركاء قسمة ما بأيديهم لم يجبهم حتى يثبتوا ملكهم وإن لم يكن لهم منازع، لأن تصرف الحاكم في قضية طلب منه فصلها حكم وهو لا يكون بقول ذي الحق وسمعت البيهنة هنا وهي غير شاهد ويمين كما جزم به ابن المقري في روضه مع عدم سبق دعوى للحاجة، ولأن القصد منعهم من الاحتجاج بعد تصرف الحاكم، وتخريج البلقيني من هذا أن القاضي لا يحكم بالموجب بمجرد اعتراف المتعاقدين بالبيع ولا بمجرد إقامة البيهنة عليهما لما صدر منهما لأن المعنى الذي قيل هنا يأتي هناك مردود، لأن معنى الحكم بالموجب أنه إذا ثبت الملك صح فكانه حكم بصحة الصيغة، والله أعلم.

{كتاب الشهادات}

جمع شهادة وهي إخبار عن شيء بلفظ خاص. والأصل فيها آيات كآية {ولا تكتموا الشهادة} وأخبار كخبر الصحيحين {ليس لك إلا شاهدك أو يمينه}. وأركانها شاهد ومشهود له ومشهود به ومشهود عليه وصيغة وكلها تعلم مما يأتي إلا الصيغة وهي لفظ أشهد لا غير كما يأتي (شرط الشاهد) أوصاف تضمنها قوله (مسلم حر مكلف عدل ذو مروءة غير متهم) ناطق غير محجور عليه بسفه متيقظ فلا تقبل شهادة أضداد هؤلاء ككافر ولو على مثله لأنه أخس الفساق، وأما خبر {لا تقبل شهادة أهل دين على غير دينهم إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم} فضعيف وقوله تعالى {أو أحران من غيركم} أي غير عشيرتكم أو منسوخ بقوله تعالى {وأشهدوا ذوي عدل منكم} ولا من فيه رق لنقصه ومن ثم لم يتأهل لولاية مطلقا ولا صبي ومجنون بالإجماع ولا فاسق لهذه الآية وقوله {ممن ترضون من الشهداء} وهو ليس يعدل ولا مرضي، وما اختاره جمع كالأذرع والغازي تبعا لبعض المالكية أنه إذا فقدت العدالة وعم الفسق قضى الحاكم بشهادة الأمثل فالأمثل للضرورة مردود كما قاله ابن عبد السلام بأن مصلحته يعارضها مفسدة المشهود عليه، ولا غير ذي مروءة لأنه لا حياء له ومن لا حياء له يصنع ما شاء لخبر صحيح {إذا لم تستح فاصنع ما شئت} وسيأتي تفسير المروءة، ولا متهم لقوله تعالى ذلك أدنى أن لا ترتابوا والريبة حاصلة بالمتهم، ولا أحرص وإن فهم إشارته كل أحد إذ لا يخلو عن احتمال، ولا محجور سفه لنقصه. وما اعترض به من أنه لا حاجة لذكره إذ هو إما ناقص عقل أو فاسق فما مريغني عنه رد بأن نقص عقله

لا يؤدي إلى تسميته مجنوناً لأنه مكلف، ولا مغفل ولا أصم في مسموع ولا أعمى في مبصر كما يأتي ومن التيقظ ضبط ألفاظ المشهود عليه بحروفها من غير زيادة ولا نقص، ومن ثم كان المتجه عدم جواز الشهادة بالمعنى، ولا يقاس بالرواية لضيقها، ولأن المدار هنا على عقيدة الحاكم لا الشاهد فقد يحذف أو يغير ما لا يؤثر عند نفسه ويؤثر عند الحاكم، نعم يقرب القول بجواز التعبير بأحد المترادفين عن الآخر عند عدم الإيهام كما يشير لذلك قولهم: لو قال شاهد وكله أو قال قال وكلته وقال الآخر فوض إليه أو أنابه قبل أو قال واحد قال وكلت وقال الآخر قال فوضت إليه لم يقبل لأن كلا أسند إليه لفظاً مغايراً للآخر وكان الغرض أنهما اتفقا على اتحاد اللفظ الصادر منه وإلا فلا مانع أن كلا سمع ما ذكر في مرة، ويؤيد ذلك قولهم لو شهد له واحد ببيع وآخر بالإقرار به لم يلفقا، فلورجع أحدهما وشهد بما شهد به الآخر قبل لأنه يجوز أن يحضر الأمرين ويجري ذلك في قول أحدهما قال القاضي: ثبت عندي طلاق فلانة والآخر ثبت عندي طلاق هذه فلا يكفي، بخلاف قول واحد ثبت عنده طلاق فلانة وآخر ثبت عنده طلاق هذه وهي تلك فإنه يكفي اتفاقاً. وقول الشيخ تبعاً للغزي في تليق الشهادة ولو شهد واحد بإقراره بأنه وكله في كذا والآخر بإقراره بأنه أذن له في التصرف فيه أو سلطه عليه أو فوضه إليه لفقت الشهادتان لأن النقل بالمعنى كالنقل باللفظ، بخلاف ما لو شهدا كذلك في العقد أو شهد واحد بأنه قال وكلتك في كذا وآخر بأنه قال سلطتك عليه أو فوضته إليك أو شهد واحد باستيفاء الدين والآخر بالإبراء منه فلا يلفقان انتهى. محمول تعليقه المذكور على ما قررناه من جواز التعبير عن المسموع بمرادفه المساوي له من كل وجه لا غير، ولو شهد له واحد بألف وآخر بألفين ثبت الألف وله الحلف مع الشاهد بالألف الزائد وبه يعلم صحة قول العبادي ولو شهد واحد بأنه وكله ببيع هذا وآخر بأنه وكله ببيع هذا وهذا لفتنا فيه وإن استغربه الهروي، ولو أخبر الشاهد عدل بما ينافي شهادته جاز له اعتماده إن غلب على ظنه صدقه وإلا فلا كما يؤخذ ذلك من قول الوالد رحمه الله تعالى: لو أخبر الحاكم برجوع الشاهد فإن ظن صدق المخبر توقف عن الحكم وإلا فلا، ومن شهد بإقرار مع علمه باطناً بما يخالفه لزمه الإخبار به (وشرط العدالة اجتناب) كل كبيرة من أنواع (الكبائر) إذ مرتكبها فاسق، وهي ما فيه وعيد شديد بنص كتاب أو سنة، ولا يقدر في ذلك عدهم كبائر ليس فيها ذلك كالظهار وأكل لحم الخنزير، وقيل هي كل جريمة تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين ورقة الديانة، واعترض بشموله صغائر الخسة، وقيل هي ما يوجب الحد، واعترض بشموله الإصرار على صغيرة الآتي (و) اجتناب (الإصرار على صغيرة) أو صغائر من نوع واحد أو أنواع بأن لا تغلب طاعته معاصيه فهو فاسق ويتجه ضبط الغلبة بالعد من جانبي الطاعة والمعصية من غير نظر لكثرة ثواب في الأولى وعقاب في الثانية لأن ذلك أمر أخروي لا تعلق له بما نحن فيه، وهذا قريب ممن ضبطه بالعرف. وفي المختصر ضبطه بالأظهر من حال الشخص، والأوجه أنه لا يجري ذلك في المروءة والمخل بها فإن غلب الأول لم يؤثر وإلا ردت شهادته، بل متى وجد خاتمها كفى في ردها وإن لم يتكرر، ومعلوم أن كل صغيرة تاب منها مرتكبها لا تدخل في العد لإذهاب التوبة الصحيحة أثرها رأساً، وما قيل من قوله والإصرار من باب عطف الخاص على العام لما تقرر من أنه ليس المراد مطلقه بل مع غلبة الصغائر أو مساواتها للطاعات وهذا حينئذ كبيرة محل نظر. لأن الإصرار لا يصير الصغيرة كبيرة حقيقة وإنما يلحقها بها في الحكم فالعطف صحيح ولا حاجة إلى التأويل، ولا يعارض ذلك قول جمع كابن عباس والأشعري والأستاذ أبي إسحاق ليس في الذنوب صغيرة لأنهم إنما كرهوا تسمية معصية الله صغيرة إجلالاً له مع اتفاقهم على أن بعض الذنوب يقدر في العدالة وبعضها لا يقدر فيها، وإنما الخلاف في التسمية

والإطلاق. واعلم أنه يتجه أن يكون ترك تعلم ما يتوقف عليه صحة ما هو فرض عليه كبيرة لكن من المسائل الظاهرة دون الخفية، نعم ما مر في شروط الصلاة في العامي الذي يعتقد أن جميع أفعالها فرض إلخ هل يكون ترك تعلمه ذلك كبيرة أو لا محل نظر، والأوجه كما اقتضاه إفتاء الشيخ بأن من لم يعرف أركان أو شروط نحو الوضوء أو الصلاة لا تقبل شهادته أن ذلك كبيرة (ويحرم اللعب بالنرد على الصحيح) لخبر مسلم {من لعب بالنرد فكأنما غمس يده في لحم خنزير ودمه} وفي رواية لأبي داود {فقد عصى الله ورسوله} وهو صغيرة، وفارق الشطرنج بأن معتمده الحساب الدقيق والفكر الصحيح ففيه تصحيح الفكر ونوع من التدبير، ومعتمد النرد الحزر والتخمين المؤدي إلى غاية من السفاهة والحمق. قال الرافعي ما حاصله: ويقاس بهما ما في معناه من أنواع اللهو، فكل ما اعتمد الحساب والفكر كالمنقلة حفر أو خطوط ينقل منها وإليها حصى بالحساب لا يحرم ومحلها في المنقلة إن لم يكن حسابها تبعاً لما يخرجها الطاب الآتي وإلا حرمت، وكل ما معتمده التخمين يحرم، ومن القسم الثاني كما أفاده السبكي والزرکشي وغيرهما لطاب وهو عصى صغار ترمى وينظر للونها ويرتب عليه مقتضاه الذي اصطالحوا عليه، ومن ذلك أيضاً الكنجفة، ويجوز اللعب بالحمام والخاتم حيث خليا عن عوض، لكن متى كثر الأول ردت به الشهادة لما عرف من أهله من خلعتهم جلاب الحياء والمروءة والتعصب، ويقاس بهم ما كثر واشتهر من أنواع حدثت كالجري وحمل الأحمال الثقيلة والنطاح بنحو الكباش وغير ذلك من أنواع اللهو والسفه، ومقابل الصحيح أنه مكروه فقط (ويكره) اللعب (بشطرنج) بكسر أوله وفتح معجماً ومهملاً لأنه يلهي عن الذكر والصلاة في أوقاتها الفاضلة بل كثيراً ما يستغرق فيه لآعبه حتى يخرجها عن وقتها وهو حينئذ فاسق غير معذور بنسيانه كما ذكره الأصحاب. والحاصل أن الغفلة نشأت من تعاطيه الفعل الذي من شأنه أن يلهي عن ذلك فكان كالمتمعد لتفويته، ويجري ذلك في كل لهو ولعب مكروه مشغل للنفس ومؤثر فيها تأثيراً يستولي عليها حتى تشتغل به عن مصالحها الأخروية، ومحل ما تقرر من الكراهة إذا لعبه مع معتقد حله وإلا حرم كما رجحه جمع متأخرون لإعانتته على معصية حتى في ظن الشافعي لأننا نعتقد أنه يلزمه العمل باعتقاد إمامه، وإنما اعتبر في الحاكم اعتقاد نفسه لا الخصم لأنه ملزم، ولو نظرنا لاعتقاد الخصم تعطل القضاء، ولأنه يلزمه الإنكار عليه لما مر أن من فعل ما يعتقد حرمة يجب الإنكار عليه ولو ممن يعتقد إباحته (فإن شرط فيه مال من الجانبين فقمار محرم وإن كان من أحدهما لبيدله إن غلب ويمسكه إن غلب فليس بقمار لكنه عقد مسابقة على غير آلة قتال فهو محرم من جهته، إذ تعاطي العقود الفاسدة حرام وهذا كما قبله صغيرة، لكن أخذ المال كبيرة، وعبر بقمار محرم احترازاً عن اعتراض الإمام على إطلاقهم التحريم بأن المحرم هو ما اقترن بالشطرنج لا هو فإنه لا يتغير بذلك، وترد الشهادة به إن اقترن به أخذ مال أو فحش أو دوام عليه. قال الماوردي: أو لعبه على الطريق، أو كان فيه صورة حيوان كما قاله غيره، ومن ثم صرح بعضهم بأنه يحرم اللعب بكل ما في آله صورة محرمة (وبياح الحداء) بضم الحاء وبالمد (وسماعه) واستماعه لما فيه من إيقاظ النوم وتنشيط الإبل للسير ولأنه صلى الله عليه وسلم أقر فاعله وهو ما يقال خلف الإبل من رجز ونحوه، وهذا أولى من تفسيره بأنه تحسين الصوت الشجي بالشعر الجائر (ويكره الغناء) بكسر أوله وبالمد (بلا آلة وسماعه) يعني استماعه لا مجرد سماعه من غير قصد لما صح عن ابن مسعود، ومثله لا يقال من قبل الرأي فيكون في حكم المرفوع: إنه ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل، وما ذكره في موضع من حرمة محمول على ما لو كان من أمرد أو أجنبية وخاف عن ذلك الفتنة. قال الأزرعي: أما ما اعتيد عند محاولة عمل وحمل

ثقل كحذاء الأعراب لإبلهم وغناء النساء لتسكين صغارهم فلا شك في جوازه، بل ربما يندب إذا نشط على سير أو رغب في خير كالحذاء في الحج والغزو، وعلى هذا يحمل ما جاء عن بعض الصحابة، ومتى اقترن بالغناء آلة محرمة فالقياس كما قاله الزركشي تحريم الآلة فقط وبقاء الغناء على الكراهة، ويؤيده ما مر عن الإمام في الشطرنج مع القمار، وليس تحسين الصوت بقراءة قرآن من هذا القبيل، فإن لحن فيه حتى أخرجه إلى حد لا يقول به أحد من القراء حرم وإلا فلا، وإطلاق الجمهور كراهة القسم الأول مرادهم بها كراهة التحريم، بل قال الماوردي: يفسق القارئ بذلك ويأثم المستمع لأنه عدل به عن نهجه القويم (ويحرم استعمال آلة من شعار الشربة كطنبور) بضم أوله (وعود) ورباب وسنطير وجنك وكمنجة (وصنج) بفتح أوله، وهو صفر يجعل عليه أوتار يضرب بها أو قطعتان من صفر تضرب إحداها بالأخرى وكلاهما حرام (ومزمار عراقي) وسائر أنواع الأوتار والمزامير (واستماعها) لأن اللذة الحاصلة منها تدعو إلى فساد كشرب الخمر لا سيما من قرب عهده بها، ولأنها شعار الفسقة والتشبه بهما حرام، وخرج باستماعها سماعها من غير قصد فلا يحرم، وحكاية وجه بحل العود مردودة، وما سمعناه من بعض صوفية الوقت تبع فيه كلام ابن حزم وأباطيل ابن طاهر وكذبه الشنيع في تحليل الأوتار وغيرها ولم ينظر لكونه مذموم السيرة مع أنه مردود القول عند الأئمة، وقد بالغ بعضهم في تسفيهه وتضليله سيما الأذرع في توسطه، وكل ذلك مما يجب الكف عنه واتباع ما عليه أئمة المذاهب الأربعة وغيرهم لا ما افتراه أولئك. نعم لو أخبر طبيبان عدلان بأن المريض لا ينفعه لمرضه إلا العود عمل بخبرهما وحل له استماعه كالتداوي بنجس فيه الخمر، وعلى هذا يحمل قول الحلبي يباح استماع آلة اللهو إذا نفعت من مرض: أي لمن به ذلك المرض وتعين الشفاء في سماعه، وحكاية ابن طاهر عن الشيخ أبي إسحاق الشيرازي أنه كان يسمع العود من جملة كذبه وتهوره فلا يحل الاعتماد عليه (لا يراع) وهي الشبابة سميت بذلك لخلو جوفها، ومن ثم قالوا لرجل لا قلب له رجل يراع فلا يحرم (في الأصح) لخبر فيه (قلت: الأصح تحريمه، والله أعلم) لأنه مطرب بانفراده، بل قيل إنه آلة كاملة لجميع النغمات إلا يسيرا فحرم كسائر المزامير، والخبر المروي في شبابة الراعي منكر، وبتقدير صحته فهو دليل التحريم لأن ابن عمر سد أذنيه عن سماعها ناقلا له عن النبي صلى الله عليه وسلم ثم استخبر من نافع هل يسمعها فيستديم سد أذنيه، فلما لم يسمعها أخبره فترك سدهما، فهو لم يأمره بالإصغاء إليها بدليل قوله له أسمع ولم يقل له استمع، ولقد أطنب خطيب الشام الدولعي في تحريمها وتقرير أدلته ونسب من قال بحلها إلى الغلط وأنه ليس معدودا من المذهب، ونقل ابن الصلاح أنها إذا اجتمعت مع الدف حرما بالإجماع ممن يعتقد به وفيه ما مر عن الإمام في الشطرنج مع القمار، وعن الزركشي في الغناء مع الآلة، وما حكى عن ابن عبد السلام وابن دقيق العيد من أنهما كانا يسمعان ذلك فكذب. (ويجوز دف) أي ضربه واستماعه (لعرس) {لأنه صلى الله عليه وسلم أقر جوهرات ضربن به حين بنى علي على فاطمة كرم الله وجههما}، بل قال لمن قالت: وفينا نبي يعلم ما في غد دعي هذا وقولي بالتي كنت تقولين: أي من مدح بعض المقتولين ببدر، وضح خبر {فصل ما بين الحلال والحرام الضرب بالدف} وروى الترمذي وغيره خبر {أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدف} وقد أخذ البغوي وغيره من ذلك نذبه في العرس ونحوه (وختان) لأن عمر رحمه الله كان يقره فيه كالنكاح وينكره في غيرهما (وكذا غيرهما) من كل سرور (في الأصح) لخبر {أنه صلى الله عليه وسلم لما رجع إلى المدينة من بعض مغازيه قالت له جارية سوداء: إني نذرت إن ردك الله سالما أن أضرب بين يديك بالدف، فقال لها: إن

كنت نذرت أوفي بنذرك}. والثاني المنع، ومحل الخلاف كما بحثه البلقيني إذا لم يضربه لنحو قدوم عالم أو سلطان وبياح أو يسن عند من قال بنديه (وإن كان فيه جلاجل) لإطلاق الخبر، ودعوى أنه لم يكن بجلاجل يحتاج إلى إثباته وهو إما نحو خلق تجعل داخله كدف العرب أو صنوج عراض من صفر تجعل من خروق دائرته كدف العجم، وقد جزم بحل هذه في الحاوي الصغير وغيره، ومنازعة الأذرعى فيه بأنه أشد إطرابا من الملاهي المتفق على تحريمها ونقله عن جمع حرمة مردودة، وسواء ضرب به رجل أم أثنى، وتخصيص الحلیمی حله بالنساء مردود كما أفاده السبكي (ويحرم ضرب الكوبة) بضم أوله واستماعه أيضا (وهي طبل) طويل (ضيق الوسط) واسع الطرفين ومنه أيضا الموجود في زمننا ما أحد طرفيه أوسع من الآخر الذي لا جلد عليه لخبر {إن الله حرم الخمر والميسر} أي القمار "والكوبة" ولأن في ضربها تشبيها بالمختنن إذ لا يعتادها غيرهم، وتفسيرها بذلك هو الصحيح وإن فسرها بعضهم بالنرد، ومقتضى كلامه حل ما سواها من الطبول وهو كذلك، وإن أطلق العراقيون تحريم الطبول. واعتمده الإسنوي وادعى أن الموجود لأئمة المذهب تحريم ما سوى الدف من الطبول (لا الرقص) فلا يحرم ولا يكره لأنه مجرد حركات على استقامة واعوجاج وإقراره صلى الله عليه وسلم الحبشة عليه في مسجده يوم عيد، واستثناء بعضهم أرباب الأحوال فلا يكره لهم وإن كره لغيرهم مردود كما أفاده البلقيني بأنه إن كان عن رويتهم فهم كغيرهم وإلا لم يكونوا مكلفين، ويجب طرد ذلك في سائر ما يحكى عن الصوفية مما يخالف ظاهر الشرع فلا يحتج به. نعم لو كثر الرقص بحيث أسقط المروءة حرم على ما قاله البلقيني، والأوجه خلافه (إلا أن يكون فيه تكسر كفعل المختن) بكسر النون وهذا أشهر وفتحها وهو أفصح، فيحرم على الرجال والنساء، وهو من يتخلق بخلق النساء حركة وهيئة، وعليه حمل الأحاديث بلعنه، أما من يفعل ذلك خلقه من غير تكلف فلا يثم به. (وبياح) (قول) أي إنشاء (شعر وإنشاده) واستماعه {لأنه صلى الله عليه وسلم كان له شعراء يصغي إليهم كحسان وعبد الله بن رواحة وكعب بن مالك رضي الله عنهم واستنشد من شعر أمية بن أبي الصلت مائة بيت}: أي لأن أكثر شعره حكم وأمثال وتذكير بالبعث، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم {كاد أن يسلم} وروى البخاري {إن من الشعر لحكمة} واستحب الماوردي منه ما حذر عن معصية أو حث على طاعة (إلا أن يهجو) في شعره معينا فيحرم وإن صدق أو عرض به كما في الشرح الصغير، وترد به شهادته للإيذاء مسلما أو ذميا ونحوه، بخلاف الحربي، ويتجه إلحاق المرتد به لا نحو زان محصن وغير متجاهر بفسق وغير مبتدع وبدعته وإثم حاكيه دون إثم منشئه (أو يفحش) بضم أوله وكسر ثالثة: أي يجاوز الحد لأن في الإطراء في المدح ولم يمكن حمله على المبالغة فيحرم أيضا لكونه حينئذ كذبا، وترد به الشهادة حيث أكثر منه (أو يعرض بامرأة معينة) بأن يذكر صفاتها من نحو حسن وطول وغير ذلك فيحرم أيضا، وترد به شهادته لما فيه من الإيذاء أو هتك الستر إذا وصف الأعضاء الباطنة. نعم لو كان ذلك من حليلته بما من حقه الإخفاء كره وردت به شهادته أيضا، ومثل المرأة في ذلك الأمر، وخرج بالمعينة غيرها فلا إثم فيه لأن غرض الشاعر تحسين صنعته لا تحقيق المذكور فيه. نعم يقع لبعض فسقة الشعراء نصب قرائن تدل على التعيين وهو في حكم المعين (والمروءة تخلق بخلق أمثاله في زمانه ومكانه) لاختلاف العرف في هذه الأمور غالبا بخلاف العدالة فإنها ملكة راسخة في النفس لا تتغير بعروض مناف لها، والمراد بذلك تخلقه بخلق أمثاله المباحة غير المزرية فلا نظر لخلق القلندرية اللحاء ونحوها (فالأكل في سوق والمشى) فيه (مكشوف الرأس) أو البدن غير العورة أو كشف ذلك فيه وإن لم يمش وكان ممن لا يليق به ذلك يسقطها لخبر {الأكل في

السوق دناءة} وقيس به الشرب إلا إن صدق جوعه أو عطشه. نعم لو أكل داخل حانوت مستترا بحيث لا ينظره غيره وهو ممن يليق به، أو كان صائما وقصد المبادرة لسنة الفطر اتجه عذره حينئذ. (وقبله زوجة أو أمة) في نحو فمها لا رأسها ووضع يده على نحو صدرها (بحضرة الناس) أو أجنبي يسقطها بخلاف ما لو كان بحضرة جواريه أو زوجاته، والأوجه أن تقبيلها ليلة جلائها بحضرة الناس أو الأجنيات يسقطها لدلالته على المدناءة وإن توقف فيه البلقيني (وإكثار حكايات مضحكة) للحاضرين أو فعل خيالات كذلك بحيث يصير ذلك عادة له يسقطها لخبر {من تكلم بالكلمة يضحك بها جلساءه يهوي بها في النار سبعين خريفا} وتقييده الإكثار بهذا يفهم عدم اعتباره فيما قبله وما بعده، والأوجه كما قاله الأذرعى اعتبار ذلك في الكل إلا في نحو قبلة حليلته بحضرة الناس في طريق مثلا فلا يعتبر تكرره، واعترض بتقبيل ابن عمر الأمة التي خرجت له من السبي. وأجيب عنه بأنه مجتهد فلا يعترض بفعله على غيره وليس الكلام في الحرمة حتى يستدل بسكوت الباقيين عليها بل في سقوط المروءة وسكوتهم لا دخل له فيه، على أنه يحتمل أنه إنما فعله ليبين حل التمتع بالمسبية قبل الاستبراء فهي واقعة حال فعلية محتملة فلا دليل فيها أصلا (ولبس فقيه قباء وقلنسوة) وهي ما يلبس على الرأس وحده وتاجر ثوب نحو حمار وتراب وهذا ثوب نحو عالم ونحو ذلك من كل ما يفعل (حيث) أي بمحل (لا يعتاد) مثله فيه (وإكباب على لعب الشطرنج) أو فعله بنحو طريق وإن قل (أو) على (غناء أو) على (سماعه) أي استماعه أو اتخاذ أمة وامرأة لتغني للناس ولو من غير إكباب (وإدامة رقص) ممن يليق به. أما غيره فيسقطها منه مرة كما يعلم من قوله والأمر إلى آخره ومد الرجل بحضرة من يحتشمه من غير عذر (يسقطها) لمنافاة ذلك كله لها، وما بحثه الرافعي من أن اتخاذ الآدميين الغناء المباح حرفة لا يسقطها إذا لاق به رده الزركشي بنص الشافعي رحمه الله على رد شهادته بها وجرى عليه الأصحاب لأنه حرفة دنيئة ويعد العرف فاعلها ممن لا حياء له. وعلم مما تقرر أن الواو في كلام المصنف بمعنى أو. واعلم أنه قد اختلف في تعاطي خاتم المروءة على أوجه: أوجهها حرمة إن ترتب عليها رد شهادة تعلقت به، وقصد ذلك لأنه يحرم عليه التسبب في إسقاط ما تحمله وصار أمانة عنده لغيره وإلا فلا (والأمر فيه) أي جميع ما ذكر (يختلف با) اختلاف (الأشخاص والأحوال والأماكن) فمدار جميع ذلك على العرف كما مر، إذ قد يستقبح من شخص وفي حال أو مكان ما لا يستقبح من غيره أو فيه (وحرفة دنيئة) بالهمز (كحجامة وكنس وديغ) وحراسة وحياسة وجزارة وكناسة حمام (ممن لا يليق) عادة (به يسقطها) لأنه يشعر بقله المبالاة (فإن اعتادها) أي لاقت به (وكانت) مباحة سواء أكانت (حرفة أبيه) أم لم تكن كما رجحه في الروضة فذكره هنا لأن الغالب كون الولد يتبع حرفة أبيه (فلا) يسقطها (في الأصح) لانتفاء تعيره بذلك. والثاني نعم لما مر. أما ذو حرفة محرمة كمصور ومنجم فلا تقبل شهادتهم مطلقا قال الزركشي: ومما عمت به البلوى التكسب بالشهادة مع أن شركة الأبدان باطلة فتقدح في العدالة لا سيما إذا منعنا أخذ الأجرة على التحمل أو كان يأخذ ولا يكتب إذ نفوس شركائه لا تطيب بذلك. قال بعض المتأخرين: وأسلم طريق فيه أن يشتري المورق شركة ويكتب ويقسم لكل على قدر ما يخصه من ثمن الورق فإن الشركة لا يشترط فيها التساوي في العمل انتهى. وفيه نظر لا يخفى (والتهمة) بضم ففتح في الشاهد (أن يجر) بشهادته (إليه) أو إلى من لا تقبل شهادته له (نفعاً أو يدفع) بها (عنه) أو عمن ذكر (ضرا) وحدوثها قبل الحكم مضر لا بعده، فلو شهد لأخيه بمال فمات وورثه قبل استيفائه فإن كان بعد الحكم أخذه وإلا فلا، وكذا لو شهد بقتل فلان لأخيه الذي له ابن ثم مات وورثه فإن صار وارثه بعد الحكم لم ينقض أو قبله امتنع الحكم (فترد شهادته لعبدته)

أي المأذون له في التجارة وغيره، وتقييد الأصل له بالأول مثال إذ ما يشهد به يكون له. وقضيته قبوله له بأن فلانا قذفه وهو كذلك كما بحثه البلقيني (ومكاتبه) لأنه ملكه فله علقه بماله بدليل منعه له من بعض التصرفات ولأنه بصدد العود إليه بعجز أو تعجيز وشريكه في المشترك حيث قال لنا أو بيننا، بخلاف ما لو قال لي ولزيد فتصح بالنسبة لزيد لا له، نعم يعتبر أن لا يعود له شيء مما ثبت لزيد كوارثين لم يقبضا فإن ما ثبت لأحدهما يشاركه فيه صاحبه (وغريم له ميت) وإن لم تستغرق تركته الديون أو مرتد كما بحثه العراقي (أو عليه حجر فلس) لأنه إذا أثبت للغريم شيئاً أثبت لنفسه المطالبة به. أما إذا لم يحجر عليه فتقبل شهادته له وإن كان معسرا لتعلق الحق بدمته (وبما) مراده فيما الذي بأصله (هو وكيل) أو صبي أو قيم (فيه) لأنه يثبت لنفسه سلطنة التصرف في المشهود به، ولا فرق بين أن يشهد به لموكله أو بشيء متعلق به كعقد صدر منه، ولا تقبل من مودع لمودعه ومرتهن لراهنه لتهمة بقاء يدهما فإن عزل الوكيل نفسه ولم يخض في الخصومة قبلت أو بعدها فلا وإن طال الفصل. أما ما ليس وكيلاً أو وصياً أو قيماً فيه فتقبل. نعم لو وجدا متصاحبين بعد ذلك قبلت عليه كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى، ولو باع الوكيل شيئاً فأنكر المشتري الثمن أو اشترى شيئاً فادعى أجنبي المبيع ولم تعرف وكالته فله أن يشهد لموكله بأن له عليه كذا أو بأن هذا ملكه حيث لم يتعرض لكونه وكيلاً، ويجل له ذلك باطنا لأن فيه توصلاً للحق بطريق مباح، وتوقف الأذرعى فيه بأنه يحمل الحاكم على حكم لو عرف حقيقته لم يفعله مردود بأنه لا أثر لذلك، لأن الغرض وصول الحق لمستحقه، بل صرح جمع بأنه يجب على وكيل طلاق أنكره موكله أن يشهد حسبة بأن زوجة هذا مطلقة، ويؤيد الجواز ما مر في الحوالة نظيره فيمن له دين عجز عن إثباته فاقترض من آخر قدره وأحاله به وشهد له فيحلف معه إن صدقه في أن له عليه ذلك الدين، ونظير ذلك شهادة حاكم معزول بحكمه بصيغة أشهد على حاكم جاز الحكم أنه حكم به كما مر (وببراءة من ضمنه) الشاهد أو أصله أو فرعه أو رقيقه لأنه يدفع بها الغرم عن نفسه أو عمن لا تقبل شهادته له، واحتمال العبارة شهادة الأصيل ببراءة من ضمنه مع أنها مقبولة لانتفاء تهمة فيها غير مراد كما يدل عليه السياق، نعم قول أصله والضامن للأصيل بالإبراء أو الأداء أصرح (وبجراحة مورثه) غير بعضه عندها (قبل اندمالها) وإن اندمل بعدها للتهمة فإنه لو مات أخذ الأرش فكأنه شهد لنفسه وشمل ما لو كان عليه دين يستغرق أرشها وهو كذلك بناء على أن الدين لا يمنع الإرث ودخل في كونه موروثاً عند شهادته، وجزم به ما لو شهد بذلك أخ الجريح وهو وارث له ثم ولد للجريح ابن فلا تقبل شهادته، وخرج به ما لو شهد بذلك وللجريح ابن ثم مات الابن فتقبل شهادته، ثم إن صار وارثاً وقد حكم بشهادته لم ينقض كما لو طراً الفسق أولاً فلا يحكم بها. وخرج بقبل الاندمال شهادته بعد الاندمال فمقبولة لانتفاء التهمة. قال البلقيني: ولو كان الجريح عبداً ثم أعتقه سيده بعد الجرح وادعى به على الجرح وأنه المستحق لإرثه لأنه كان ملكه فشهد له وارث الجريح قبلت شهادته لعدم المعنى المقتضي للرد

(ولو شهد لمورث له مريض أو جريح بمال قبل الاندمال قبلت في الأصح) لانتفاء التهمة إذ شهادته لا تجر له نفعاً، وكونه إذا ثبت لمورثه ينتقل إليه بعد بسبب آخر لا يؤثر. والثاني قال لا كالجراحة، وفرق الأول بأن الجراحة سبب للموت الناقل للحق إليه بخلاف المال، وبعد الاندمال تقبل قطعاً لانتفاء ما ذكر (وترد شهادة عاقله بفسق شهود قتل) يحملونه كما قيده بذلك في دعوى الدم والقسامة وأعادها هنا وما قبلها معولا في حذف قيدها المذكور على ما قدمه فذكره ذلك هنا مثال للتهمة فلا تكرر (و) ترد شهادة (غرماء مفلس) حجر عليه (بفسق شهود دين آخر) ظهر عليه لأنهم يدفعون بها ضرر مزاحمته لهم، وما أخذه البلقيني منه وهو قبول شهادة

غريم لهم رهن يفي بدينه ولا مال للمفلس غيره أو له مال ويقطع بأن الرهن يوفي الدين المرهون به يتجه خلافه لأن فيها مع ذلك نفعاً بتقدير خروج الرهن مستحقاً وهو لا مال له في الأولى، ولو شهد مدين بموت دائنه قبل وإن تضمنت نقل ما عليه لوارثه لأنه خليفته وتقبل من فقير بوصية أو وقف لفقراء حيث لم يصرح بحصرهم وللوصي إعطاؤه، قاله البغوي وخالفه ابن أبي الدم حيث انحصرُوا وإن لم يصرح بحصرهم وهو الأقرب لتهمة استحقاقه (ولو شهد الاثني بوصية) مثلاً (فشهدا) أي الاثنان المشهود لهما (للساهدين بوصية من تلك التركة) ولو في عين واحدة ادعى كل نصفها (قبلت الشهادتان في الأصح) لانفصال كل شهادة عن الأخرى مع أصل عدم المواطأة المانع منها عدالتهما، وأخذ من ذلك أنه لو كانت بيد اثنين عين وادعاها ثالث فشهد كل للآخر أنه اشتراها من المدعي قبل، إذ لا يد لكل على ما ادعى به على غيره حتى تدفع شهادته الضمان عن نفسه، بخلاف من ادعى عليه بشيء فشهد به الآخر. والثاني المنع لتهمة المواطأة، وتقبل شهادة بعض القافلة لبعض على القطاع حيث لم يقل أخذ مالنا أو نحوه، وشهادة غاصب بعد الرد والتوبة بما غصبه لأجنبي كما في الجواهر، وأفهم قوله: بعد الرد أنه لا بد من رد العين وبدل منافعتها لتوقف صحة توبته على ذلك عند قدرته عليه، وخرج بذلك ما إذا بقي للمغصوب منه عليه شيء لانهامه بدفع الضمان له عنه كما تقرر. وظاهر أن المردود بعد أن جنى في يد الغاصب جنابة مضمونة كالتالف فلا تقبل شهادته ولا تقبل من مشتر شراء صحيحاً لبائع بالمبيع إن فسخ البيع كأن رد عليه بعيب أو إقالة أو خيار لاستبقائه الغلة لنفسه إن كان المدعي يدعي الملك من تاريخ متقدم على البيع، ولا تقبل بموت مورثه أو موص له

(ولا تقبل) الشهادة (لأصل) للشاهد وإن علا (ولا فرع) له وإن سفل ولو بالرشد أو بتزكيتته له خلافاً لما نقله ابن الصلاح أو لشاهده لأنه بعضه فكأنه شهد لنفسه، والتزكية وإن كانت حقا لله تعالى ففيها إثبات ولاية للفرع وفيها تهمة وقرن أحدهما ومكاتبه وشريكه في المشترك كذلك. وقضية إطلاقه كغيره عدم قبولها لبعض له على بعض له آخر، وبه جزم الغزالي، وجزم ابن عبد السلام وغيره بالقبول لأن المواضع الطبيعي قد تعارض فضعفت التهمة رد بمنعه إذ كثيراً ما يتفاوتون في المحبة والميل فالتهمة موجودة، وقد تقبل شهادة البعض ضمناً كأن ادعى على زيد شراء شيء من عمرو والمشتري له من زيد صاحب اليد وقبضه وطالبه بالتسليم فتقبل شهادة ابني زيد أو عمرو له بذلك لأنهما أجنبيان عنه وإن تضمنت الشهادة لأبيهما بالملك، وكان شهد على ابنه بإقراره بنسب مجهول فتقبل مع تضمنها الشهادة لحفيده، ولو ادعى الإمام شيئاً لبيت المال قبلت شهادة بعضه به لأن الملك ليس للإمام ومثله ناظر وقف، أو صبي ادعى لشيء لجهة الوقف أو للمولى عليه فشهد به بعض المدعي لانتفاء التهمة بخلافها بنفس النظر أو الوصاية، ولو شهد لبعضه أو على عدوه أو الفاسق بما يعلمه من الحق والحاكم يجهل ذلك قال ابن عبد السلام: المختار جوازه لأنهم لم يحملوا الحاكم على باطل بل على إيصال الحق لمستحقه فلم يآثم الحاكم لعذره ولا الخصم لأخذه حقه ولا الشاهد لإعانتته. قال الأزرعي: بل ظاهر عبارة من جوز ذلك الوجوب اهـ. ويتجه حمله على تعيينه طريقاً لوصول الحق لمستحقه (وتقبل) منه (عليهما) لانتفاء التهمة ومحلله حيث لا عداوة وإلا لم تقبل كما جزم به في الأنوار، ويؤيده ما مر أنه لا يلي إجبار نكاح ابنته حيث كان بينهما عداوة ظاهرة (وكذا) تقبل شهادتهما (على أبيهما بطلاق ضرة أمهما) طلاقاً بائناً وأمهما تحته (أو قذفها) أي الضرة المؤدي للعان المفضي لفراقها (في الأظهر) لضعف تهمة نفع أمهما بذلك إذ له طلاق أمهما متى شاء مع كون ذلك حسبة تلزمهما الشهادة به، والثاني المنع لأنها تجر نفعاً إلى أمهما وهو انفرادها بالأب، أما إذا كان

الطلاق رجعيًا فتقبل قطعاً، هذا كله في شهادة حسبة أو بعد دعوى الضرة، فإن ادعاه الأب لإسقاط نفقة ونحوها لم تقبل شهادتهما للتهمة، وكذا لو ادعته أمهما، ولو ادعى الفرع على آخر بدين لموكله فأنكر فشهد به أبو الوكيل قبل وإن كان فيه تصديق ابنه كما تقبل شهادة الأب وابنهما في واقعة واحدة كما أفتى به ابن الصلاح وهو ظاهر لأن التهمة ضعيفة جداً، وقد أفتى الوالد رحمه الله تعالى بجواز إثبات الوكالة بشهادة بعض الموكل أو الوكيل، ولا ينافيه ما قدمناه من امتناع شهادته له بوصاية لما فيه من إثبات سلطنة له لأن سلطنة الوصي أقوى وأتم وأوسع من سلطنة الوكيل ومحل ما تقرر في الوكالة ما لم تكن بجعل وإلزام

(وإذا) (شهد لفرع) أو لأصل له (وأجنبي) (قبلت للأجنبي في الأظهر) وردت في حق الفرع قطعاً تفريقاً للصفقة، وسواء أقدم الأجنبي أم لا أخذاً مما مر في بابها (قلت: وتقبل لكل من الزوجين) للآخر لأن الحاصل بينهما عقد يطرأ ويذول فلم يمنع قبول الشهادة كما لو شهد الأجير للمستأجر وعكسه. نعم لا تقبل شهادته بزنا زوجته ولو مع ثلاثة لأن الشهادة عليها بذلك تدل على كمال العداوة بينهما ولأنه نسبها إلى خيانة في حقه، ولا شهادته لها بأن فلانا قذفها كما رجحه البلقيني، وتقبل من كل على الآخر قطعاً (ولأخ وصديق، والله أعلم) لضعف التهمة لأنهما لا يتهمان تهمة البعض (ولا تقبل من عدو) على عدوه عداوة دنيوية ظاهرة إذ الباطنة لا يعلمها إلا الله لأنه قد ينتقم منه بشهادة باطلة عليه، ومن ذلك أن يشهدا على ميت بحق فيقيم الوارث بينة بأنهما عدوان له فلا يقبلان عليه في أوجه الوجهين لأنه الخصم حقيقة لانتقال التركة لملكه خلافاً لما بحثه التاج الفزاري وأفتى به الشيخ محتجاً بأن المشهود عليه في الحقيقة الميت (وهو من يبغضه بحيث يتمنى زوال نعمته ويحزن بسروره ويفرح بمصيبته) لشهادة العرف بذلك، وما اعترض به البلقيني من أن البغض دون العداوة لأنه بالقلب وهي بالفعل فكيف يفسر الأغلظ بالأخف؟ رد بمنع تفسيرها بالبغض فقط بل به بقيد ما بعده، وهذا مساو للعداوة الظاهرة بل أشد منه. وقول الأذرعى إنها إذا انتهت إلى ذلك فسق بها لأنه حينئذ حاسد والحسد فسق والفسق مردود الشهادة حتى على صديقه، ولهذا صرح الرافعي بأن المراد العداوة الخالية عن الفسق يرد بأن المراد وصول الأمر لتلك الحيثية بالقوة لا بالفعل، وحينئذ فلم توجد منه حقيقة الحسد المفسقة بل حقيقة العداوة غير المفسقة فصح كونه عدواً غير حاسد، وحصر البلقيني العداوة في الفعل ممنوع، وإنما الفعل قد يكون دليلاً عليها على أنه نقل عن الأصحاب أن المراد بها المفسقة فحينئذ لا إشكال أصلاً، والعداوة قد تكون من الجانبين وقد تكون من أحدهما فيختص برد شهادته على الآخر، فلو عادى من يريد شهادته عليه وبالغ في خصومته فلم يجبه قبلت شهادته عليه، والقاذف قبل الشهادة عدو للمقذوف وإن لم يطالبه بالحد، وكذا دعوى قطع الطريق يصير المدعي عدواً لمن زعم أنه قاطعها وإن لم يظهر بينهما بغض نص عليه، وقد يؤخذ منه أن كل من رمى غيره بكبيرة في غير شهادة صار عدواً له وهو غير بعيد (وتقبل له) حيث لم تصل إلى حسد مفسق لانتفاء التهمة (وكذا) تقبل (عليه في عداوة دين) (ككافر) شهد عليه مسلم (ومبتدع) شهد عليه سني لأن هذه لا تمنع قبولها، وجرح العالم لراوي الحديث ونحوه كالمفتي نصيحة لا تمنعها

(وتقبل شهادة) كل (مبتدع) وهو من خالف في العقائد ما عليه أهل السنة مما كان عليه النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ومن بعدهم، والمراد بهم في الأزمنة المتأخرة إمامها أبو الحسن الأشعري وأبو منصور الماتريدي وأتباعهما، وقد يطلق على كل مبتدع أمر لم يشهد الشرع بحسنه وليس مراداً هنا (لا نكفره) ببدعته وإن سب الصحابة رضي الله عنهم أو استحل أموالنا ودماءنا لأنه يزعم أنه بحق، وشمل كلامه الداعي

إلى بدعته وهو كذلك إلا الخطابية وهم المنسوبون لأبي خطاب الأسدي الكوفي كان يقول بالوهية جعفر الصادق ثم ادعاها لنفسه فلا تقبل شهادتهم لموافقهم من غير بيان السبب لاعتقادهم عدم الكذب لكونه كفرا عندهم، أما من بين السبب كالإقرار وزمن التحمل ومكانه بحيث زالت التهمة بذلك فتقبل منه، ولا ينافي ما قررناه في مستحل ما مر عدم قبول الكتاب بحكمه وشهادته المار في البغاة لإمكان حمل ذلك على أن منع تنفيذه لخصوص بغيتهم احتقار لهم وردع عن بغيتهم. وأما من تكفره ببدعته كمن نسب عائشة للزنى أو نفى صحة أبيها أو أنكر حدوث العالم أو حشر الأجساد أو علمه تعالى بالمعدوم وبالجزئيات فلا تقبل شهادته لكفره (لا مغفل لا يضبط) أصلا أو غالبا لانتفاء الثقة بقوله، نعم إن بين السبب كإقرار وزمانه ومكانه قبلت منه حينئذ، بخلاف من لا يضبط نادرا إذ قل من يسلم منه، ويندب استفعال شاهد راب الحاكم فيه أمر كأكثر العوام ولو عدولا، فإن لم يفصل لزمه البحث عن حاله خلافا للإمام في دعوى وجوبه (ولا مبادر) بشهادته قبل الدعوى أو بعدها وقبل أن تطلب منه في غير شهادة الحسبة لتهمته حينئذ ولهذا ذمه صلى الله عليه وسلم فإن أعادها في المجلس بعد طلبها منه قبلت، وما صح من أنه خير الشهود محمول على ما تقبل فيه شهادة الحسبة كمن شهد لیتيم أو مجنون أو بزكاة أو كفارة أو على من عنده شهادة لمن لا يعلمها فيندب له إعلامه ليطلبها منه، بل لو قيل بوجوبه عند انحصار الأمر فيه لم يبعد، واقتضى إطلاق المصنف رحمه الله عدم الفرق بين ما يحتاج فيه لجواب المدعى وغيره، فلو طلب من الحاكم بيع مال من لا يعبر عن نفسه كمحجور وغائب وأخرس لا إشارة له مفهومة في حاجتهم ولهم بينة بها اتجه نصب من يدعي لهم ذلك ويسأل البينة والأداء ولا يجوز لهم الأداء بدون ذلك وإن لم يحتج إلى حضور الخصم، ولا يقدر في الشاهد جهله بفروض نحو صلاة ووضوء يؤديهما ولم يقصر في التعلم ولا توقفه في المشهود به إن عاد وجزم به فيعيد الشهادة، ولا قوله لا شهادة لي في هذا إن قال نسيت أو أمكن حدوث المشهود به بعد قوله وهو مشتهر بالعفة والصيانة (وتقبل شهادة الحسبة) مأخوذ من الاحتساب، وهو الأجر قبل الاستشهاد ولو بلا دعوى بل لا تسمع في محض حدود الله تعالى، وحينئذ فتسمع في السرقة قبل رد ما لها (في حقوق الله تعالى) كصلاة وزكاة وكفارة وصوم وحج عن ميت بأن يشهد بتركها وحق لنحو مسجد (وفيما له فيه حق مؤكد) وهو ما لا يتأثر برضا الأدمي بأن يقول حيث لا دعوى أنا أشهد أو عندي شهادة على فلان بكذا وهو ينكر فأحضره لأشهد عليه، ومحل سماعها عند الحاجة لها حالا؛ فلو شهدا بأن فلانا أخو فلانة من الرضاع اعتبر فيه أن يقولوا وهو يريد أن ينكحها، أو أنه أعتقه اعتبر وهو يريد أن يسترقه، ولا عبرة بقولهما نشهد لئلا ينكحها (كطلاق) بائن أو رجعي ولو خلعا لكن محله بالنسبة للفراق دون المال (وعتق) بأن يشهد به أو بالتعليق دون وجود الصفة أو بالتدبير مع الموت أو بما يستلزمه كإيلاد، ولا تسمع في شراء قريب لأنها شهادة بالملك والعتق يترتب عليه، وفارق ما مر في الخلع بأن المال فيه تبع للفراق وهنا العتق تبع للمال، ولو ادعى قنان على مالكهما أنه أعتق أحدهما وقامت به بينة سمعت وإن كانت الدعوى فاسدة، إذ بينة الحسبة تستغني عن تقدم دعوى، ويتجه فرضه فيما لو حضر السيد أو غاب غيبة شرعية وإلا فلا بد من حضوره. ويؤخذ منه ترجيح القول بأن كل ما قبلت فيه شهادة الحسبة ينفذ الحكم فيه بها وإن ترتب على دعوى فاسدة (وعفو عن قصاص) لأنها شهادة بإحياء نفس، وهو حق الله تعالى (وبقاء عدة وانقضائها) لما ترتب على الأول من صيانة الفرج عن استباحته بغير حقه، ولما في الثاني من الصيانة والتعفف بالنكاح، ومن ذلك تحريم الرضاع والمصاهرة والبلوغ والإسلام والاستسلام والوقف والوصايا العامة لا إن كانا لجهة خاصة (وحد له) تعالى كالزنى

والشرب وقطع الطريق، لكن الستر في الحدود أفضل، واحترز المصنف عن حق الآدمي فلا تقبل فيه كقصاص وحد قذف وبيع وإقرار (وكذا النسب على الصحيح) لأن فيه حقا لله تعالى إذ الشرع أكد الأنساب ومنع قطعها فضاهى الطلاق والعتاق. والثاني لا، لتعلق حق الآدمي فيه (ومتى) (حكم بشاهدين فبانا كافرين أو عبيدين أو صبيين) أو بان أحدهما كذلك عند الأداء أو الحكم والحاكم لا يرى قبولهما (نقضه) وجوبا: أي أظهر بطلانه وإن لم يصادف محلا (هو وغيره) كما لو حكم باجتهاد فتبين وقوعه مخالفا للنص (وكذا فاسقان في الأظهر) لما ذكر، إذ عدالة الشاهد منصوص عليها في غير آية. والثاني لا ينقض لأن الفسق إنما يعرف بينة تقوم عليه، وعدالة تلك البينة إنما تدرك بالاجتهاد وهو لا ينقض بمثله، ولا أثر لشهادة عدلين بالفسق من غير تاريخ لاحتمال حدوثه بعد الحكم، ولا ينافيه ما مر في النكاح من أنه لو بان فسق الشاهد عند العقد لم يصح، إذ المؤثر ثم بينونة ذلك عند التحمل فقط وهذا عند الأداء أو قبله بدون مضي مدة الاستبراء أو عند الحكم فلا تكرر ولا تخالف في حكاية الخلاف

(ولو) (شهد كافر) أعلن كفره (أو عبد) أي رقيق (أو صبي ثم أعادها بعد كماله) بالإسلام والحرية والبلوغ (قبلت) لانتفاء التهمة لظهور عذره (أو) شهد (فاسق) ولو معلنا أو كافر أخفى كفره أو عدو أو غير ذي مروءة فرد ثم (تاب) ثم أعادها (فلا) تقبل شهادته لأن رده أظهر نحو فسقه الذي كان يخفيه أو زاد في تعبيره بما أعلن به فهو متهم بسعيه في رد ذلك العار، ومن ثم لو لم يصغ الحاكم لشهادته قبلت بعد التوبة. وبحث إسماعيل الحضرمي أنه لو شهد بما لا يطابق الدعوى ثم أعادها بمطابقها قبل، ولا بد من تقييده بمشهور بالديانة عرف منه اعتياد سبق لسان أو نسيان (وتقبل شهادته غيرها) أي غير تلك الشهادة التي رد فيها إذ لا تهمة، ومثله كما اختاره في شرح مسلم تائب من الكذب في الرواية (بشروط اختباره بعد التوبة مدة يظن بها صدق توبته) لأن التوبة من أعمال القلوب وهو متهم بإظهارها لترويج شهادته وعود ولايته فاعتبر الشارع ذلك ليقوي ما ادعاه (وقدرها الأكثرون بسنة) لأن للفصول الأربعة تأثيرا بينا في تهيج النفوس لشهواتها، فإذا مضت وهو على حاله أشعر ذلك بحسن سيرته وقد اعتبرها الشارع في نحو العنة ومدة التغريب في الزني، والأصح أنها تقرب لا تحديد، وتعتبر أيضا في مرتكب خاتم المروءة إذا أقلع عنه كما في التنبيه. وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى، وكذا من العداوة كما رجحه ابن الرفعة خلافا للبلقيني، وقد لا يحتاج لها كشاهد بزني حد لنقص النصاب فتقبل عقب ذلك، وكمخفي فسق أقرب به ليستوفى منه فتقبل حالا أيضا لأنه لم يظهر التوبة عما كان مستورا إلا عن صلاح، وكناظر وقف بشرط الواقف تاب فتعود ولايته حالا كولي النكاح، وكقاذف غير المحصن كما قاله الإمام واعتمده البلقيني، لكن قيده غيره بما إذا لم يكن فيه إيذاء وإلا فلا بد من السنة، لكن الأصح أنه لا بد فيه من الاستبراء. (ويشترط في توبة معصية قولية القول) قياسا على التوبة من الردة بكلمتي الشهادة ووجوبهما، وإن كانت الردة فعلا كسجود لصنم لكون القولية هي الأصل أو لتضمن ذلك تكذيب الشرع. وقضية كلامه اشتراط القول في الغيبة ونحوها، وبه صرح الغزالي فيها، ونص الأم يقتضيه في الكل وهو ظاهر، وإن كان ظاهر كلام الأكثرين اختصاصه بالقذف، وبفرض صحته يفرق بينه وبين غيره بأن ضرره أشد لأنه يكسب عارا ولو لم يثبت فاحتيط بإظهار نقيض ما حصل منه وهو الاعتراف بالكذب جبرا لقلب المقذوف وصونا لما انتهكه من عرضه، وما اشترطه جمع متقدمون من اشتراط الاستغفار في المعصية القولية أيضا محمول على الندم، وخرج بالقولية الفعلية فلا يعتبر فيها القول لتمحض الحق فيها له تعالى فأدير الأمر في ذلك على الصدق باطنا، بخلاف القذف لما تقرر فيه. (فيقول القاذف) وإن كان قذفه بصورة الشهادة لعدم تمام

العدد (قذفي باطل وأنا نادم عليه ولا أعود إليه) أو ما كنت صادقاً في قذفي وقد ثبت منه أو نحو ذلك، ولا يتعين عليه التعرض لكذبه لأنه قد يكون صادقاً. لا يقال: حصل تعرضه له بقول قذفي باطل ولذا عبر أصله تبعاً للأكثر القذف باطل. لأننا نقول: المحذور إلزامه بالتصريح بكذبه لا بالتعريض به، وهذا فيه تعريض لا تصريح، ألا ترى أنك تقول لمن قال لك شيئاً هذا باطل ولا يحصل له به كبير مشقة ولو قلت له كذبت حصل له غاية الحق، وقد علم أن البطلان قد يحصل لاختلال بعض المقدمات فلا ينافي مطلق الصدق بخلاف الكذب، وبهذا علم أن الاعتراض على عبارة الكتاب وأنها مساوية لعبارة أصله. واعلم أنه إن وصل ذلك لعلم القاضي بإقرار أو بينة اشترط أن يقول ذلك بحضرته وإلا فلا فيما يظهر، نعم لا بد أن يقول ذلك بحضرة من ذكره بحضرته أولاً وليس كالقذف فيما ذكر كما بحثه البلقيني، ولو قال لغيره يا خنزير أو يا ملعون مثلاً يشترط في التوبة منه قول لانتفاء توهم صدق قائله حتى يبطله بخلاف القذف. (وكذا شهادة الزور) يشترط في صحة التوبة منها قول نحو ما ذكر كشهادتي باطلة وأنا نادم عليها ولا أعود إليها، ويكفي كذبت فيما قلت ولا أعود إلى مثله (قلت) أخذاً من الرافعي في الشرح (و) المعصية (غير القولية) لا يشترط فيها قول كما مر، وإنما (يشترط) في صحة التوبة منها كالكولية أيضاً (إقلاع) منها حالاً إن كان متلبساً بها أو مصراً على معاودتها (وندم) من حيث المعصية لا لخوف عقوبة لو علم بحاله أو فوات مال أو نحو ذلك، ودعوى أنه لا حاجة له لأن التوبة عبادة وهي من حيث هي شرطها الإخلاص رد بأن فيه تسليماً للاحتياج له (وعزم أن لا يعود) إليها ما عاش إن تصور منه، وإلا كمجبوب تعذر زناه لم يشترط فيه العزم على عدم العود له بالاتفاق، ويشترط أيضاً عدم وصوله لحالة الغرغرة وعدم طلوع الشمس من مغربها، وتصح من سكران حالة سكره كإسلامه، وممن كان في محل معصية. ثم صرح بما يفهمه الإقلاع للاعتناء به فقال (ورد ظلامة آدمي) يعني الخروج منها بأي وجه قدر عليه مالا كانت أو عرضاً نحو قود وحد قذف (إن تعلقت به) سواء أتمحضت له أم كان فيها مع ذلك حق لله تعالى مؤكداً كفارة فورية وزكاة (والله أعلم) لقوله صلى الله عليه وسلم {من كانت لأخيه عنده مظلمة في عرض أو مال فليستحله اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم، فإن كان له عمل يؤخذ منه بقدر مظلمته وإلا أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه} فإن أفلس وجب عليه الكسب كما مر فإن عجز عن المالك ووارثه دفعه لحاكم ثقة، فإن تعذر صرفه فيما شاء من المصالح عند انقطاع خبره بنية القرض وغرم بدله إذا وجدته، فإن أعسر عزم على الأداء عند قدرته، فإن مات قبله فلا مطالبة عليه في الآخرة إن لم يعص بالتزامه والمرجو من فضله تعالى أن يعوض المستحق، وإذا بلغت الغيبة المغتاب اشترط استحلاله، فإن تعذر لموته أو تعسر لغيبته الطويلة استغفر له، ولا أثر لتحليل وارث ولا مع جهل المغتاب بما حلل منه، أما إذا لم تبلغه فيكفي فيها الندم والاستغفار له، وكذا يكفي الندم والإقلاع عن الحسد، ومن لزمه حد وخفي أمره ندب له الستر على نفسه، فإن ظهر أتى للإمام يقيمه عليه، ولا يكون استيفاؤه مزيلاً للمعصية بل لا بد معه من التوبة إذ هو مسقط لحق آدمي. وأما حق الله تعالى فيتوقف على التوبة كما علم مما مر أوائل كتاب الجراح. وتصح التوبة من ذنب وإن أصر على غيره ومما تاب منه ثم عاد إليه، ومن مات وله دين لم يستوفه وارثه كان المطالب به في الآخرة هو دون الوارث على الأصح.

(فصل)

في بيان قدر النصاب في الشهود المختلف باختلاف المشهود

به

ومستند الشهادة وما يتبع ذلك

(لا يحكم بشاهد) واحد (إلا) استثناء منقطع لما مر أول الصوم كذا قيل من أنه لا يتصور الحكم فيه بل الثبوت فقط إذ الحكم يستدعي محكوما عليه معيناً، ويرد بما قدمته أول الصوم عن المجموع من أن الحاكم لو حكم بعدل وجب الصوم بلا خلاف ولا ينقض حكمه إجماعاً، وقد أشار إلى حقيقة الحكم به الشارح هنا بقوله فيحكم به (في هلال رمضان وتوابعه) ومثله شهر نذر صومه ولو ذا الحجة (في الأظهر) كما مر في الصوم وأعادته هنا للحصر، وأورد على الحصر أشياء كذمي مات وشهد عدل أنه أسلم قبل موته لم يحكم بها بالنسبة للإرث والحرمان وتكفي بالنسبة للصلاة عليه وتوابعها، وكاللوث يثبت بواحد وكإخبار العون الثقة بامتناع الخصم المتعزز فيعززه بقوله، ومر الاكتفاء في القسمة بواحد وفي الخرص بواحد، ويمكن بأن يجاب عن الحصر بأن مراده به الحكم الحقيقي المتوقف على سبق دعوى صحيحة فلا إيراد (ويشترط للزنا) واللواط وإتيان الميتة والبهيمة (أربعة رجال) فلا يثبت الحد أو التعزير في ذلك بدونهم لقوله تعالى {ثم لم يأتوا بأربعة شهداء} ولأنه أقبح الفواحش وإن كان القتل أغلظ منه على الأصح فغلظت الشهادة فيه سترًا من الله تعالى على عباده، ولا بد من تفسيرهم له كرايناه أدخل مكلفاً مختاراً حشفته أو قدرها من فاقدها في فرج هذه أو فلانة ويذكر نسبها بالزنا أو نحوه، والأوجه عدم اشتراط ذكر مكان الزنا وزمانه حيث لم يذكره أحدهم وإلا وجب سؤال باقيهم لاحتمال وقوع تناقض يسقط شهادتهم، ولا يشترط قولهم كميل في مكحلة. نعم يندب ولو قالوا تعمدا النظر لأجل الشهادة قبلت شهادتهم لأن ذلك صغيرة لا تبطلها، ويثبت بدون الأربعة سقوط الحصانة والعدالة لثبوت ذلك برجلين، وكذا مقدمات الزنا ووطء شبهة قصد به النسب أو شهد به حسبة يثبت برجلين أو المال ثبت بهما وبرجل وامرأتين وبشاهد ويمين، ولا يحتاج فيه لما مر في الزنا من رأينا حشفته إلى آخره (و) يشترط (للإقرار به اثنان) كغيره (وفي قول أربعة) لأنه يترتب عليه الحد وفرق الأول بأن حده لا يتحتم

(ولمال) عين أو دين أو منفعة ولكل ما قصد به المال (وعقد) أو فسخ (مالي) ما عدا الشركة والقراض والكفالة (كبيع وإقالة وحوالة) هي من عطف الخاص على العام إذ الأصح أنها بيع، وأما الإقالة ففسخ على الأصح لا بيع (وضمان) ورهن وصلح وشفعة ومسابقة وعوض خلع (وحق مالي كخيار وأجل) وجناية توجب مالا (رجلان أو رجل وامرأتان) لعموم الأشخاص المستلزم لعموم الأحوال إلا ما خص بدليل في قوله تعالى {فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان} مع عموم البلوى بالمعاملات ونحوها فوسع في طرق إثباتها، والتخيير مراد من الآية بالإجماع دون الترتيب الذي هو ظاهرها، والخنى كالأنثى أما الشركة والقراض والكفالة فيعتبر فيها رجلاً، إلا أن يريد في الأولين إثبات حصته من الربح كما بحثه ابن الرفعة (ولغير ذلك) أي ما ليس بمال ولا يقصد منه المال (من عقوبة لله تعالى) كقطع طريق وحد شرب (أو لآدمي) كحد قذف وقود (وما يطلع عليه رجال غالباً كنكاح وطلاق ورجعة) وعتق (وإسلام وردة وجرح وتعديل وموت وإعسار ووكالة) وديعة ادعى مالها غصب ذي اليد لها وذو اليد أنها وديعة لأن المقصود بالذات إثبات ولاية الحفظ له وعدم الضمان يترتب على ذلك: أي والحال أن العين باقية (ووصاية وشهادة على شهادة رجلان) لقول الزهري: مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق، وهذا حجة عند أبي حنيفة وهو المخالف، ولأنه تعالى نص في الطلاق والرجعة والوصاية على الرجلين وضح به الخبر في النكاح، وقيس بها ما في معناها من كل ما ليس بمال ولا هو المقصود منه، ولا نظر لرجوع الوصاية والوكالة للمال إذ القصد

منهما إثبات التصرف لا المال. ونقلنا عن الغزالي وأقره أنه لو ادعت طلاقها قبل الوطاء وطالبت بشطر صداقها أو بعد وطالبت بالجميع أو أن هذا الميت زوجها وطلبت إرثها منه قبل نحو شاهد ويمين لأن القصد المال، كما في مسألتي السرقة وتعليق الطلاق بالغصب فإنه يثبت بشاهد ويمين دون الغصب والطلاق، وألحق به قبول شاهد ويمين بالنسبة إلى ميت فيثبت الإرث لا النسب (وما يختص بمعرفة النساء أو لا يراه رجال غالباً كبكاره) وثبوتة وقرن ورتق وولادة وحيض لتعسر اطلاع الرجال عليه، لأن الدم وإن شوهد يحتمل أنه استحاضة وهذا مرادهما بقولهما في الطلاق لتعذر ذلك، إذ كثيراً ما يطلق التعذر ويراد به التعسر (ورضاع) ذكره هنا للتمثيل، وما مر في باب معرفة حكمه فلا تكرار، ومحلّه إذا كان من الثدي، أما شرب اللبن من إناء فلا يقبلن فيه. نعم يقبلن في أن هذا لبن فلانة (وعيوب تحت الثياب) التي للنساء من برص ونحوه ولو في جرح على الفرج حرة كانت أو أمة خلافاً للبغي لأن جنس ذلك يطلع عليه الرجال غالباً (يثبت بما سبق) أي برجلين ورجل وامرأتين (وبأربع نسوة) وهدن للحاجة إليهن هنا ولا يثبت برجل ويمين، وخرج بتحت الثياب، والمراد ما لا يظهر منها غالباً عيب الوجه واليدين من الحرّة فلا بد في ثبوتها إن لم يقصد به مال من رجلين، وكذا فيما يبدو عند مهنة الأمة إذا قصد به فسخ النكاح مثلاً، أما إذا قصد به الرد بالعيب فيثبت برجل وامرأتين ورجل ويمين إذ القصد منه حينئذ المال، ولو أقامت شاهداً بإقرار زوجها بالدخول فلها الحلف معه ويثبت مهرها، فإن أقامه هو على إقرارها لم يكف الحلف معه لأن قصده ثبوت الرجعة والعدة وهما ليسا بمال، وما قررناه في وجه الحرّة ويدها وما يبدو في مهنة الأمة هو المعتمد، والقول بأنه إنما يأتي على المرجوح القائل بحل نظره، أما على الأصح من حرمة فيثبت بالنساء مردود مخالف لصريح كلامهم، سيما ما يبدو في الأمة فإن تخصيصه لا يأتي على قول المصنف رحمه الله إنها كالحرّة، ولا على قول الرافعي بحل ما عدا ما بين سرتها وركبتها، فعلم بذلك أنهم أعرضوا عما ذكر، وحينئذ فوجه كلامهم أنهم لم ينظروا هنا لحل نظر ولا لحرمة إذ للشاهد النظر للشهادة ولو للفرج كما مر، وإنما نظروا لما من شأنه اطلاع الرجال عليه غالباً أو لا، وما ذكر يسهل اطلاعهم عليه كذلك لعدم تحفظ النساء في ستره غالباً فلم يقبلن فيه مطلقاً

(وما لا يثبت برجل وامرأتين لا يثبت برجل ويمين) لأنه إذا لم يثبت بالأقوى فما دونه أولى (وما ثبت بهم) أي برجل وامرأتين وغلبه لشرفه (يثبت برجل ويمين) لأنه صلى الله عليه وسلم قضى بهما في الحقوق والأموال ثم الأئمة من بعده، ورواه البيهقي عن نيف وعشرين صحابياً. فاندفع قول بعض الحنفية إنه خبر واحد فلا ينسخ القرآن على أن النسخ للحكم وهو ظني فليثبت بمثله، ولو ادعى ملكاً تضمن وقفية كأن قال هذه الدار كانت لأبي وقفها علي وأنت غاصب وأقام شاهداً وحلف معه حكم له بالملك ثم تصير وقفاً بإقراره وإن كان الوقف لا يثبت بشاهد ويمين قاله في البحر (إلا عيوب النساء ونحوها) فلا تثبت بهما لخطرهما، نعم يقبلان في عيب فيهن يقتضي المال كما مر (ولا يثبت شيء بامرأتين ويمين) لضعفهما. (وإنما يحلف المدعي بعد شهادة شاهده وتعديله) لأن جانبه إنما يتقوى حينئذ، والأصح أن القضاء بهما، فلو رجع الشاهد غرم نصف المشهود به، وإنما لم يشترط تقدم شهادة الرجل على المرأتين لقيامهما مقام الرجل قطعاً (ويذكر في حلفه) على استحقاقه للمشهود به (صدق الشاهد) وجوباً قبله أم بعده فيقول والله إن شاهدي لصادق وإني لمستحق لكذا لأنهما مختلفا الجنس فاعتبر ارتباطهما ليصيرا كالنوع الواحد (فإن ترك الحلف) مع شاهده (وطلب يمين خصمه فله ذلك) لأنه قد يتورع عن اليمين، فإن حلف خصمه سقطت الدعوى وليس له الحلف بعد ذلك مع

شاهد قاله ابن الصباغ، لأن اليمين قد انتقلت من جانبه إلى جانب خصمه، إلا أن يعود في مجلس آخر فيستأنف الدعوى ويقيم الشاهد، وحينئذ يحلف معه كما قاله الرافعي في آخر الباب، لكن كلام الشافعي يفهم أن الدعوى لا تسمع منه بمجلس آخر. (فإن نكل) المدعى عليه (فله) أي المدعي (أن يحلف يمين الرد في الأظهر) لأنها غير التي امتنع عنها لأن تلك لقوة جهته بالشاهد ويقضى بها في المال فقط وهذه لقوة جهته بنكول المدعى عليه ويقضى بها في كل حق، والثاني لا لأنه يمكنه الحلف مع الشاهد (ولو) (كان بيده أمة وولدها) يسترقهما (فقال رجل هذه مستولدي عقلت بهذا) مني (في ملكي وحلف مع شاهد) أقامه (ثبت الاستيلاء) يعني ما فيها من المالية، وأما نفس الاستيلاء المقتضي لعقبتها بالموت فإنما يثبت بإقراره فتزاع ممن هي في يده وتسلم له لأن أم الولد مال لسيدها، وما بحثه البلقيني من زيادته في دعواه وهي باقية على ملكي على حكم الاستيلاء لجواز بيع المستولدة في صور رد بأنه حيث جاز بيعها ألغي الاستيلاء فلا يصدق معه قوله مستولدي (لا نسب الولد وحرته) فلا يثبتان بهما كما علم مما مر (في الأظهر) فلا ينزع من ذي اليد، وفي ثبوت نسبه من المدعي بالإقرار ما مر في بابه، والثاني يثبتان تبعا فينزع ممن هو في يده ويكون حرا نسيبا بإقرار المدعي (ولو كان بيده غلام) يسترقه وذكره مثال (فقال رجل كان لي وأعتقته وحلف مع شاهد) (فالمذهب انتزاعه ومصيره حرا) بإقراره وإن تضمن استحقاقه الولاء لأنه تابع لدعواه الصالحة حجة لإثباته، والعقق إنما يترتب عليه بإقراره وبه فارق ما قبله. ومنهم من خرج قولا في مسألة الاستيلاء بنفي ذلك فجعل في المسألة قولين، ومنهم من قطع بالأول وهو الراجح في أصل الروضة، والفرق ما مر

(ولو) (ادعت ورثة) أو بعضهم (مالا) عينا أو دينا أو منفعة (لمورثهم) الذي مات قبل نكوله (وأقاموا شاهدا) بالمال بعد إثباتهم لموته منه وإرثهم وانحصاره فيهم (وحلف معه بعضهم) على استحقاق مورثه الجميع ولا يقتصر على قدر حصته، ومثله ما إذا حلف جميعهم لأنه إنما ثبت بحلفه الملك لمورثه (أخذ نصيبه ولا يشارك فيه) من جهة بقيتهم لأن الحجة تثبت في حقه فقط. وأما غيره فمتمكن منها بالحلف ولأن الشخص لا يستحق شيئا بيمين غيره، وبهذين فارق ما لو ادعى دارا إرثا فصدق المدعى عليه أحدهما في نصيبه وكذب الآخر أنهما يشتركان فيه، وكذا لو أقر بدين للميت فأخذ بعض ورثته قدر حصته ولو بغير دعوى ولا إذن من حاكم فللبقية مشاركتة فيه، ولو أخذ أحد شركاء في دار أو منفعتها قدر حصته من أجرتها لم يشاركه فيها البقية، ولو ادعى غريم من غرماء ميت مديون على وارثه بوضع يده من تركته على ما يفي بحقه فأنكر وحلف له أنه لم يضع يده على شيء منها لم تكفه هذه اليمين للبقية بل كل من ادعى عليه منهم بعدها بوضع اليد حلفه أيضا، كذا أفتى به البلقيني. ورد ذلك بقولهم لو ادعى حقا على جمع فردوا عليه اليمين أو أقام شاهدا ليحلف معه كفته يمين واحدة، وقولهم لو ثبت إعسار مدين وطلب غرماؤه تحليفه أجيوا وتكفيه يمين واحدة، وقولهم لو ثبت إعساره بيمينه فظهر له غريم آخر لم يكن له تحليفه. وأجيب بأن ما سوى الأخيرة قد لا يرد عليه لوقوع الدعوى بينهم أو عليهم فوقعت اليمين لجميعهم بخلافه في مسألة البلقيني. وأما الأخيرة فالإعسار خصلة واحدة وقد ثبت. والظاهر دوامه فلم يجب الثاني لتحليفه، بخلاف وضع اليد فإنه إذا انتفى باليمين الأولى ليس الظاهر دوامه فوجبت اليمين على نفيه لكل مدعى به من الغرماء، ويكفي في ثبوت دين على ميت حضور بعض ورثته لكن الحكم لا يتعدى لغير الحاضر، ولو أقر بدين للميت ثم ادعى أداءه إليه وأنه نسي ذلك حالة إقراره سمعت دعواه لتحليف الوارث كما في الإقرار، وتقبل بينته بالأداء لاحتمال نسيانه

(ويبطل حق من لم يحلف) من اليمين (بنكوله إن حضر) في البلد وكان قد شرع في الخصومة أو شعر بها (وهو كامل) فلو مات لم يحلف وارثه ولو مع شاهد يقيمه لأنه خليفة المورث وقد بطل حقه بنكوله، وخرج بقولنا من اليمين البينة فلا يبطل حقه منها فله إقامة شاهد ثان مضموماً إلى الأول ولا يحتاج إلى إعادة شهادته كالدعوى لتصير بينته كاملة، كما لو أقام مدع شاهداً ثم مات فلوارثه إقامة آخر، وخرج بقوله بنكوله توقفه عن اليمين فلا يبطل به حقه منها، فلو مات قبل النكول اتجه حلف وارثه كما أفهمه كلام الرافعي. أما حاضر لم يشرع أو لم يشعر فكصبي أو مجنون (فإن كان) من لم يحلف (غائباً أو صيباً أو مجنوناً، فالمذهب أنه لا يقبض نصيبه) بل يوقف الأمر إلى علمه أو حضوره أو كماله (فإن زال عذره) بأن علم أو قدم أو أفاق (حلف وأخذ) حصته (بغير إعادة شهادة) ما دام الشاهد باقياً بحاله واستئناف دعوى لوجودهما أولاً من الكامل خلافة عن الميت، ومن ثم لو كان ذلك في غير إرث كاشتريت أنا وأخي وهو غائب مثلاً أو أوصى لنا بكذا وجبت إعادتهما. أما إذا تغير حال الشاهد فلا يحلف كما رجحه الأذرعى وغيره لأن الحكم لم يتصل بشهادته إلا في حق الحالف أولاً دون غيره، وبحث هو أيضاً أن محل عدم الإعادة فيما ذكر إن كان الأول قد ادعى الجميع، فإن ادعى بقدر حصته فلا بد من الإعادة جزماً (ولا تجوز شهادة على فعل كزنى وغصب) ورضاع (وإتلاف وولادة إلا بالإبصار) لها ولفاعلها لوصول اليقين به. قال تعالى {إلا من شهد بالحق وهم يعلمون} وفي خبر {على مثل هذا} أي الشمس " فاشهد " نعم يأتي أن ما تعذر فيه اليقين يكفي فيه الظن كالمالك والعدالة والإعسار، وقد تقبل من الأعمى بفعل كما يأتي، ولا ينافي ما تقرر في الولادة دعوى من ادعى ثبوتها بالسمع لإمكان حمله على إرادة إثبات نسبه من أمه

(وتقبل) الشهادة (من أصم) لحصول العلم بالمشاهدة، وعلم من كلامه عدم سماع الشهادة بقيمة عين إلا ممن رآها وعرف جميع أوصافها (والأقوال كعقد) وفسخ (يشترط سماعها وإبصار قائلها) حال صدورها منه فلا يكفي سماعه من وراء حجاب وإن علم صوته لأن ما كان إدراكه ممكناً بإحدى الحواس يمتنع العمل فيه بغلبة الظن لجواز تشابه الأصوات، وقد يحاكي الإنسان صوت غيره فيشتبه به. نعم لو كان بيت وحده وعلم بذلك جاز له اعتماد صوته وإن لم يره، وكذا لو علم اثنين ببيت لا ثالث لهما وسمعهما يتعاقدان وعلم الموجب منهما من القابل لعلمه بمالك المبيع ونحو ذلك فله الشهادة بما سمعه منهما (ولا يقبل أعمى) لانسداد طريق المعرفة مع اشتباه الأصوات وإمكان التصنع فيها، ومثله من يدرك الأشخاص ولا يميزها، وإنما جاز له وطء زوجته اعتماداً على صوتها لكونه أخف، ولذا نص الشافعي على حل وطئها اعتماداً على لمس علامة يعرفها فيها وإن لم يسمع صوتها، وعلى أن من زفت له زوجته أن يعتمد قول امرأة هذه زوجتك ويطؤها، بل ظاهر كلامهم جواز اعتمادها على قرينة قوية أنها زوجته وإن لم يخبره أحد بذلك (إلا أن يقر) إنسان لمعروف الاسم والنسب (في أذنه) بنحو مال أو طلاق أو لا في أذنه بأن تكون يده بيده وهو بصير حال الإقرار (فيتعلق به حتى يشهد عند قاض به على الصحيح) لحصول العلم بأنه المشهود عليه وإن لم يكن في خلوة، وتقبل شهادته أيضاً بالاستفاضة كالموت وغيره مما يأتي إذا لم يحتج إلى تعيين وإشارة، وكذا في الترجمة أو مع وضع يده على ذكر بفرج فيمسكها حتى يشهد عليها بذلك عند قاض لأنه أبلغ من الرؤية وفيما إذا كان جالساً بفراسخ غيره فيتعلق به حتى يشهد عليه. والثاني المنع حسماً للباب (ولو) (حملها) أي الشهادة (بصير ثم عمي) (شهد إن كان المشهود له و) المشهود (عليه معروف في الاسم والنسب) فقال أشهد أن فلان ابن فلان فعل كذا أو أقربه لأنه في هذا كالبصير، بخلاف ما إذا لم يعرف ذلك، وما بحثه الأذرعى من

قبول شهادته على زوجته في حال خلوته بها وعلى بعضه إذا عرف خلوه به للقطع بصدقه حينئذ محل توقف، والفرق بينه وبين ما مر في قولنا نعم لو علمه بيت إلى آخره ظاهر فإن البصير يعلم أنه ليس ثم من يشته به، بخلاف الأعمى وإن اختلى به (ومن سمع قول شخص أو رأى فعله، فإن عرف عينه واسمه ونسبه) أي أباه وجدته (شهد عليه في حضوره إشارة) إليه ولا يكفي مجرد ذكر الاسم والنسب (و) شهد عليه (عند غيبته) المجوزة للدعوى عليه (وموته باسمه ونسبه) معا لحصول التمييز بها دون أحدهما. أما لو لم يعرف اسم جده فيجزئه الاقتصار على ذكر اسمه إن عرفه القاضي بذلك وإلا فلا كما أفاده في المطلب جامعاً به بين كلامهم الظاهر التنافي. ويكفي لقب خاص كسلطان مصر فلان بعد موته. قال غيره: وبه يزول الإشكال في الشهادة على عتقاء السلطان والأمراء وغيرهم، فإن الشهود لا تعرف أنسابهم مع ما يميزهم من أوصافهم، وعليه العمل عند الحكام، وارتضاه البلقيني وغيره. قال بعض الشراح: وقد اعتمدت شهادة من شهد على فلان التاجر بكذا في سوق كذا إلى وقت وفاته وعلم أنه لم يسكنه في ذلك الوقت غيره وحكمت بها. واعلم أنه يقع كثيراً اعتماد الشهود في الاسم والنسب على قول المشهود عليه، ثم يشهد بهما في غيبته وذلك لا يجوز اتفاقاً كما قاله ابن أبي الدم، وصرح كلام المصنف الآتي في قوله لا بالاسم والنسب ما لم يشته ذاك عليه، ويلزمه مثلاً أن يكتب أقر مثلاً من ذكر أن اسمه ونسبه كذا، ولا يجوز فلان بن فلان، نعم لو لم يعرفهما إلا بعد التحمل جاز له الجزم بهما. ومن طرق معرفتهما أن تقام بهما بينة حسبة لما مر من ثبوته بها إلا أن يسمعها من عدلين. قال القفال: بل لو سمعه من ألف رجل لم يجر حتى يتكرر ويستفيض عنده، وكأنه أراد بذلك مجرد المبالغة وإلا فهذا تواتر يفيد العلم الضروري، وقد تساهلت جهلة الشهود في ذلك حتى عظمت به البلية وأكلت به الأموال، فإنهم يعتمدون من يتردد عليهم ويسجلون ذلك ويحكم بهما القضاة (فإن جهلها) أي الاسم والنسب أو أحدهما (لم يشهد عند موته وغيبته) لانتهاء الفائدة به، بخلاف ما إذا حضر وأشار إليه، فإن مات ولم يدفن أحضر ليشهد على عينه إن لم يترتب على ذلك نقل محرم ولا تغير له، أما بعد دفنه فلا يحضر وإن أمن تغيره واشتدت الحاجة لحضوره خلافاً للغزالي كما مر في الجنائز (ولا يصح تحمل شهادة على منتقبة) بنون ثم تاء من انتقبت للأداء عليها (اعتماداً على صوتها) كما لا يتحمل بصير في ظلمة اعتماداً عليه لاشتباه الأصوات ولا أثر لحائل رقيق، وأفهم قوله اعتماداً أنه لو سمعها فتعلق بها إلى قاض وشهد عليها جاز كالأعمى بشرط أن يكشف نقابها ليعرف القاضي صورتها، قال جمع: ولا ينعقد نكاح منتقبة إلا إن عرفها الشاهدان اسماً ونسباً أو صورة، أما لو تحملت على منتقبة بوقت كذا بمجلس كذا وشهد آخران أن هذه الموصوفة فلانة بنت فلان جاز وثبت الحق بالبينتين، ولو شهد على امرأة باسمها ونسبها فسألهم الحاكم أتعرفون عينها؟ أم اعتمدتم صوتها لم تلزمهم إجابته، ومحلها كما علم مما مر في مشهوري الديانة والضبط قاله الأزرعي والزرکشي وغيرهما (فإن عرفها بعينها أو باسم ونسب جاز) تحملها عليها، ولا يضر النقاب بل لا يجوز كشف الوجه حينئذ (ويشهد عند الأداء بما يعلم) مما مر من اسم ونسب، فإن لم يعرف ذلك كشف وجهها وضبط حليتها وكذا يكشفه عند الأداء (ولا يجوز) (التحمل عليها) أي المنتقبة (بتعريف عدل أو عدلين) (على الأشهر) الذي عليه الأكثرون بناء على المذهب أن التسامع لا بد من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب، نعم إن قالوا نشهد أن هذه فلانة ابنة فلان كانا شاهدي أصل فتجوز الشهادة على شهادتهما بشرطه (والعمل) من الشهود لا من الأصحاب كما أفاده البلقيني (على خلافه) وهو الاكتفاء بالتعريف من عدل وجرى عليه جمع حتى بالغ بعضهم وجوز اعتماد قول ولدها الصغير

وهي بين نسوة هذه أُمي (ولو قامت بينة على عينه بحق) أو ثبت بعلم الحاكم مثلا (فطلب المدعي التسجيل) بذلك (سجل) له (القاضي) جوازا (بالحلية لا الاسم والنسب) فيمتنع تسجيله بهما (ما لم يثبتا) عنده بالبينة ولو على وجه الحسبة أو بعلمه لتعذر التسجيل على الغير فيكتب حضر رجل ذكر أنه فلان بن فلان ومن حليته كذا ويذكر أوصافه الظاهرة خصوصا دقيقتها، ومر أنه لا يكفي فيهما قول مدع ولا قول مدعى عليه فإن نسبه لا يثبت بإقراره (وله الشهادة بالتسامع) حيث لم يعارضه أقوى منه كإنكار المنسوب إليه أو طعن أحد في الانتساب إليه، نعم يتجه أنه لا بد من طعن لم تقم قرينة على كذب قائله (على نسب) لذكر أو أنثى كائن (من أب وقبيلة) كهذا ولد فلان أو من قبيلة كذا لتعذر اليقين فيهما إذ مشاهدة الولادة لا تفيد إلا الظن فسومح في ذلك. قال الزركشي: أو على كونه من بلد كذا المستحق من ربع الوقف على أهلها ونحو ذلك (وكذا أم) فتقبل بالتسامع على نسب منها (في الأصح) كالأب وإن تيقن مشاهدة الولادة. والثاني المنع لإمكان رؤية الولادة بخلاف العلوق (وموت على المذهب) كالنسب، وقيل فيه وجهان كالولاء وما في معناه لأنه يمكن فيه المعاينة (لا عتق وولاء ووقف) أي أصله (ونكاح وملك في الأصح) لأن شهادتهما متيسرة وأسبابها غير متعذرة (قلت: الأصح عند المحققين والأكثرين في الجميع الجواز، والله أعلم) لأنها أمور مؤيدة، فإذا طالت عسر إثبات ابتدائها فمست الحاجة إلى إثباتها بالتسامع. وصورة استفاضة الملك أن يستفيض أنه ملك فلان من غير إضافة لسبب، فإن استفاض سببه كالبيع لم يثبت بالتسامع إلا الإرث لكونه ينشأ عن السبب والموت وكل منهما يثبت بالتسامع، وخرج بأصل الوقف شروطه وتفصيله فلا يثبتان به، وبحث البلقيني ثبوت شرط يستفيض غالبا ككونه على حرم مكة، قال: ومحل الخلاف في غير حدود العقار فهي لا تثبت بذلك كما قاله ابن عبد السلام وإن اقتضى كلام أبي حامد خلافه، ومما يثبت بذلك ولاية قاض واستحقاق زكاة ورضاع وجرح وتعديل وإعسار ورشد وأن هذا وارث فلان أو لا وارث له غيره (وشرط التسامع) ليستند له في الشهادة بما ذكر (سماعه) أي المشهود به فهو مصدر مضاف للمفعول (من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب) ويحصل الظن القوي بصدقهم وهذا لازم لما قبله فسقط القول بأنه لا بد من ذكره ولا يشترط فيهم حرية ولا ذكورة ولا عدالة، وقضية تشبيهم هذا بالتواتر عدم اشتراط إسلامهم، لكن أفتى الوالد رحمه الله باشتراطه فيهم، وفرق بينه وبين التواتر بضعف هذا لإفادته الظن القوي فقط، بخلاف التواتر فيفيد العلم الضروري (وقيل يكفي) التسامع (من عدلين) إذا سكن القلب لخبرهما، وعلى الأول لا بد من تكرره وطول مدته عرفا كما يعلم مما يأتي، وشرط ابن أبي الدم أن لا يصرح بأن مستنده الإفاضة ومثلها الاستصحاب، والأوجه أنه إن ذكره على وجه الريبة والتردد بطلت أو لتقوية كلام أو حكاية حال قبلت وكيفية أدائها أشهد أن هذا ولد فلان أو وقفه أو عتيقه أو ملكه أو هذه زوجته مثلا لا نحو أعتقه أو وقفه أو تزوجها لأنها صورة كذب لاقتضائه أنه رأى ذلك وشاهده لما مر في الشهادة بالقول والفعل

(ولا تجوز الشهادة على ملك بمجرد يد) لأنها لا تستلزمه، نعم له الشهادة بها (ولا بيد وتصرف في مدة قصيرة) لاحتمال كونه وكيفا عن غيره (وتجوز) الشهادة بالملك إذا رآه يتصرف فيه وبالحق كحق إجراء الماء على سطحه أو أرضه أو طرح الثلج في ملكه إذا رآه الشاهد (في) مدة (طويلة) عرفا (في الأصح) لأن امتداد الأيدي والتصرف مع طول الزمان من غير منازع يغلب على الظن الملك. والثاني المنع لأن الغاصب والمكتري والوكيل أصحاب يد وتصرف، فإذا انضم إلى اليد والتصرف الاستفاضة ونسبة الناس الملك إليه جازت الشهادة قطعا وإن قصرت المدة، ولا يكفي

قول الشاهد رأينا ذلك سنين، ويستثنى من ذلك الرقيق فلا تجوز الشهادة فيه بمجرد اليد والتصرف المدة الطويلة إلا أن ينضم إلى ذلك السماع من الناس أنه له للاحتياط في الحرية وكثرة استخدام الأحرار (وشرطه) أي التصرف المفيد لما ذكر (تصرف ملاك من سكنى وهدم وبناء وبيع) وفسخ وإجارة (ورهن) لأنها تدل على الملك، والواو في كلامه بمعنى أو، ولا يكفي التصرف مرة واحدة فإنه لا يشير الظن، قال الأذرعى: بل ومرتين ومرارا في مجلس واحد أو أيام قليلة (وتبنى شهادة الإعسار على قرائن ومخايل الضر) وهو سوء الحال (والإضاقه) مصدر ضاق: أي ذهب ماله لتعذر اليقين فيه فاكتمى بما يدل عليه من قرائن أحواله في خلواته بصبره على الضيق والضرر، وهذا شرط لاعتماد الشاهد وقدم في الفلوس اشتراط خبرته الباطنة وهو شرط لقبول شهادته أو أن ما هنا طريق للخبرة المشتركة ثم.

(فصل)

في تحمل الشهادة وأدائها وكتابة الصك

وهي أعني الشهادة تطلق على نفس تحملها وعلى نفس أدائها وعلى المشهود به وهو المراد بقوله (تحمل الشهادة) مصدر بمعنى المفعول (فرض كفاية في النكاح) لتوقف انعقاده عليه، ولو امتنع الجميع أثموا، ولو طلب من اثنين لم يتعينا إن وجد غيرهما بصفة الشهادة زاد الأذرعى وظن إجابة الغير وإلا تعينا (وكذا الإقرار والتصرف المالي) وغيره كعتق وطلاق ورجعة وغيرها التحمل فيه فرض كفاية إلا الحدود (وكتابة) بالرفع عطفا على تحمل (الصك) في الجملة وهو الكتاب فرض كفاية أيضا (في الأصح) للحاجة إليه لتمهيد إثبات الحقوق عند التنازع وكتابة الصك لها أثر ظاهر في التذكر وفيها حفظ الحقوق عند الضياع. والثاني المنع لصحتها بدونه، وقولنا في الجملة إشارة لما مر أنه لا يلزم القاضي أن يكتب للخصم ما ثبت عنده أو حكم به ويندب للشاهد تبجيل الحاكم والزيادة في ألقابه بالحق ويكره الدعاء له بنحو أطال الله بقاءك ولا يلزمه الذهاب للتحمل إلا إن كان ممن تقبل شهادته والمشهود عليه معذور بنحو حبس أو مرض أو تخدير، أو دعا قاض إلى أمر ثبت عنده ليشهده عليه، أو دعا الزوج أربعة إلى الشهادة بزنى زوجته بخلاف دون أربعة وبخلاف دعاء غير الزوج. قال البلقيني نقلا عن جمع: أو لم يكن ممن يقبل غيره وقدم هذه في السير إجمالا، وله طلب أجره الكتابة وحبس الصك وأخذ أجره التحمل وإن تعين عليه حيث كان عليه فيه كلفة مشي أو نحوه لا للأداء وإن لم يتعين عليه لأنه فرض عليه فلا يستحق عليه عوضا ولأنه كلام يسير لا أجره لمثله، وفارق التحمل بأن الأخذ للأداء يورث تهمة قوية مع أن زمنه يسير لا تفوت به منفعة متقومة بخلاف زمن التحمل. نعم إن دعي من مسافة عدوى فأكثر فله نفقة الطريق وأجره الركوب وإن لم يركب وكسب عطل عنه فيأخذ قدره لا لمن يؤدي في البلد إلا إن احتاجه فله أخذه وله صرف المعطى إلى غيره، وله أن يقول: لا أذهب معك إلى فوق مسافة العدوى إلا بكذا وإن كثر واعلم أنه قد يكون مشي الشاهد من بلد إلى بلد مع قدرته على الركوب خرما للمروءة والمتجه امتناعه فيمن هذا شأنه، قاله الإسنوي: قال الأذرعى: بل لا يتقيد ذلك بالبلدين فقد يأتي في البلد الواحد ويعد ذلك خرما للمروءة إلا أن تدعو الحاجة إليه أو يفعله تواضعا (وإذا لم يكن في القضية إلا اثنان) كان لم يتحمل غيرهما أو مات الباقيون أو جنوا أو فسقوا أو غابوا (لزمهما الأداء) لقوله تعالى {ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا} أي للأداء وقيل له وللتحمل وقوله {ومن يكتمها فإنه أثم قلبه} ومتى وجب الأداء كان فوريا، نعم له التأخير لفراغ حمام وأكل ونحوهما ويؤخذ منه أن أعذار الشفاعة أعذار هنا (فلو) (أدى واحد وامتنع الآخر) بلا عذر (وقال)

للمدعي (احلف معه) (عصى) وإن كان الحاكم يرى الحكم بشاهد ويمين لأن مقاصد الإشهاد التورع عن الحلف، وكذا لو امتنع شاهدا نحو ودیعة وقالوا احلف على الرد (وإن) (كان) في الواقعة (شهود) (فالأداء فرض كفاية) عليهم لحصول الغرض ببعضهم، فإن شهد منهم اثنان فذاك، وإلا أثموا كلهم سواء ادعاهم مجتمعين أم متفرقين، والممتنع أولا أكثرهم إثما لأنه متبوع، كما أن المجيب أولا أكثرهم أجرا لذلك (فلو) (طلب) (الأداء) (من اثنين) بأعيانهما (لزمهما) وكذلك لو طلب من واحد منهم ليحلف معه (في الأصح) لئلا يفضي إلى التواكل. والثاني لا كالمتمحل، وفرق الأول بأنه هناك طلبها لتحمل أمانة وهنا لأدائها ومحل الخلاف ما إذا علم المدعون أن في الشهود من يرغب في الأداء أو لم يعلم من حالهم شيء، أما إذا علم إباؤهم لزمهما قطعا (وإن لم يكن) في القضية (إلا واحد لزمه) الأداء إذا دعي له (إن كان فيما يثبت بشاهد ويمين) والقاضي المدعو للأداء عنده يعتقد ذلك (وإلا فلا) لعدم حصول المقصود به (وقيل لا يلزم الأداء إلا من تحمل قصدا لا اتفاقا) لأنه لم يوجد منه التزام، ورد بأنها أمانة حصلت عنده فلزمه أدائها وإن لم يلتزمها كما لو طيرت الريح ثوبا في داره، ويتجه إلحاق النساء فيما يقبل شهادتهن فيه بالرجال في ذلك وإن كان معهن في القضية رجال. والأوجه عدم تكليف المخدرة الخروج بل يرسل إليها من يشهد عليها، ولو دعي لشهادتين في وقت واحد قدم أخوفهما فوتا وإلا تخير

(ولوجوب الأداء شروط) أحدهما (أن يدعى من مسافة العدوى) فأقل ومر بيانها للحاجة إلى الإثبات وتعذره بالشهادة على الشهادة لعدم قبولها حينئذ، فإن دعي لما فوقها لم يجب للضرورة واستثنى الماوردي من الوجوب ما إذا لم يعتد المشي ولا مركوب له أو أحضر له مركوب وهو ممن يستنكر الركوب في حقه فلا يلزم الأداء وخرج بيدعي ما إذا لم يطلب فلا يلزمه الأداء إلا في شهادة حسبة فيلزمه فورا إزالة للمنكر (وقيل) أن يدعى من (دون مسافة قصر) لأنه في حكم الحاضر أما إذا دعي من مسافة القصر فلا تجب الإجابة جزما، نعم بحث الأذرعى وجوبه إذا دعاه الحاكم وهو في عمله أو الإمام الأعظم مستدلا بفعل عمر رضي الله عنه واستدلله إنما يتم من الإمام دون غيره والفرق بينهما ظاهر (و) ثانيها (أن يكون عدلا) فإن ادعى ذو فسق مجمع عليه) ظاهر أو خفي لم يجب عليه الأداء لأنه عبث، بل يحرم عليه وإن خفي فسقه لأنه يحمل الحاكم على حكم باطل، لكن مر عن ابن عبد السلام أوائل الباب جوازه، وهو ظاهر إن انحصر خلاص الحق فيه، وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى، وصرح الماوردي بموافقة ابن عبد السلام في الخفي لأن في قبوله خلافا (قيل أو مختلف فيه) كشرط ما لا يسكر من النبيذ (لم يجب) الأداء لأنه يعرض نفسه لرد القاضي له بما يعتقد الشاهد غير قاذح، والأصح أنه يلزمه وإن اعتقد هو أنه مفسق لأن الحاكم قد يقبله، سواء أكان ممن يرى التفسيق ورد الشهادة به أم لا، فقد يتغير اجتهاده ويرى قبولها. وقضية التعليل عدم اللزوم إذا كان القاضي مقلدا لمن يفسق بذلك وهو ظاهر، وقد يمنع بأنه يجوز أن يقلد غير مقلده. وأجيب بأن اعتبار مثل هذا بعيد، ولو كان مع المجمع على فسقه عدل لم يلزمه الأداء إلا فيما يثبت بشاهد ويمين، إذ لا فائدة له فيما عداه، ويجوز للعدل الشهادة بما يعلم أن القاضي يرتب عليه ما لا يعتقد هو كبيع عند من يرى إثبات الشفعة للجار وإن كان هو لا يراها، أو شهد بتزويج صغيرة بولي غير مجبر عنده من يراه، والشاهد لا يرى ذلك وإن لم يقلد، ويجوز له تحمل ذلك ولو قصدا. نعم لا يجوز له أن يشهد بصحة أو استحراق ما يعتقد فساده ولا أن يتسبب في وقوعه إلا إن قلد القائل بذلك (و) ثالثها (أن لا يكون معذورا بمرض ونحوه) من كل عذر مرخص في ترك الجماعة كما مر، نعم مر أن المخدرة تعذر دون غيرها (فإن كان) معذورا بذلك (أشهد على شهادته أو بعث القاضي من يسمعها)

دفعاً للمشقة عنه، وأفهم اقتصاره على هذه الثلاثة عدم اشتراط زيادة عليها فيلزمه الأداء عند نحو أمير وقاض فاسق لم تصح توليته إن تعين وصول الحق لمستحقه طريقاً له، أو عند قاض متعنت أو جائر: أي لم يخش منه على نفسه كما هو واضح، ولو قال لي عند فلان شهادة وهو ممتنع من أدائها من غير عذر لم يجبه لاعترافه بفسقه، بخلاف ما إذا لم يقل من غير عذر لاحتماله، ويتعين على المؤدي لفظ أشهد فلا يكفي مرادفه كما مر لأنه أبلغ في الظهور، ومر أوائل الباب حكم مجيء الشاهد بمرادف سماعه، ولو عرف الشاهد السبب بالإقرار فهل له أن يشهد بالاستحقاق أو الملك فيه وجهان: أحدهما لا. قال ابن أبي الدم: إنه الأشهر، وهو ظاهر نص المختصر وإن كان فقيهاً موافقاً لأنه قد يظن ما ليس بسبب سبباً، ولأن وظيفته نقل ما سمعه أو رآه ثم ينظر الحاكم فيه ليرتب عليه حكمه لا ترتيب الأحكام على أسبابها. وثانيهما نعم وبه صرح ابن الصباغ وغيره وهو مقتضى كلامهما وهو الأوجه، ولو شهد واحد شهادة صحيحة فقال الآخر أشهد بما أو يمثل ما شهد به لم يكفي حتى يقول مثل ما قال ويستوفيها لفظاً كأول لأنه موضع أداء لا حكاية وقد عمت البلوى بخلافه لجهل أكثر الحكام، قال جمع ولا يكفي أشهد بما وضعت به خطي ولا بمضمونه ونحو ذلك مما فيه إجمال وإبهام ولو من عالم، ويوافقه قول ابن عبد السلام، واعتمده الأذرعى وغيره، ولا يكفي قول القاضي اشهدوا علي بما وضعت به خطي لكن في فتاوى البغوي ما يقتضي الاكتفاء بذلك فيما قبل الأخيرة إذا عرف الشاهد والقاضي ما تضمنه الكتاب، ويقاس به الأخيرة، بل قال جمع: إن عمل كثير على الاكتفاء بذلك في الجميع ولا نعم لمن قال أشهد عليك بما نسب إليك في هذا الكتاب إلا إن قيل له ذلك بعد قراءته عليه وهو يسمعه وكذا المقر. نعم إن قال أعلم بما فيه وأنا مقر به كفى، وأفتى ابن عبد السلام بجواز الشهادة على المكس: أي من غير أخذ شيء منه إذا قصد به ضبط الحقوق لترد لأربابها إن وقع عدل، ويكفي قول شاهد النكاح أشهد أني حضرت العقد أو حضرته وأشهد به، ولو قال لا شهادة لنا في كذا ثم شهدا في زمن يحتمل وقوع الحمل فيه لم يؤثر، وإلا أثر، ولو قال لا شهادة لي على فلان ثم قال كنت نسيت أتجه قبولها حيث اشتهرت ديانتته.

(فصل)

في الشهادة على الشهادة

(تقبل الشهادة على الشهادة في غير عقوبة لله) تعالى من حقوق الآدمي وحقوق الله تعالى كزكاة وهلال نحو رمضان للحاجة إلى ذلك، بخلاف عقوبة لله تعالى كحد زنا وشرب وسرقة، وكذا إحصان من ثبت زناه وما يتوقف عليه الإحصان، لكن بحث البلقيني قبولها فيه إن ثبت زناه بإقراره لإمكان رجوعه، ورد بأنهم لم ينظروا لذلك، إذ لو كان كذلك لأجازوها في الزنا المقر به لإمكان الرجوع وليس كذلك، وكذا الإحصان وذلك لأن مبنائها على الدرء ما أمكن (وفي عقوبة لآدمي) كقود وحد وقذف (على المذهب) لبناء حقه على المضايقة، وخرج قول في ذلك من عقوبته تعالى بناء على أن علقته أن العقوبة لا يوسع بابها، ودفع التخريج بأن العلة أن حق الله مبني على المساهلة، بخلاف حق الآدمي فلذلك عبر المصنف فيه بالمذهب، وهذا الخلاف والترجيح والتخريج ذكره الرافعي في الشرح في القضاء على الغائب والكتب إلى قاضي بلده ليبنى عليه، وأحال هنا عليه حكم الشهادة على الشهادة، واقتصر على تصحيح القبول في الشق الأول والمنع في الثاني وتبعه في الاقتصار في الروضة وعبر بالمذهب خلاف تعبيره في المنهاج في القضاء بالأظهر

(وتحملها) المعتد به يحصل بثلاثة أمور: إما (بأن يسترعيه) الأصل: أي يلتمس منه ضبط شهادته ليؤديها عنه لأنها نيابة فاعتبر فيها إذن المنوب

عنه أو ما يقوم مقامه مما يأتي، نعم لو سمعه يسترعي غيره جاز له أن يشهد على شهادته وإن لم يسترعه هو بخصوصه (فيقول أنا شاهد بكذا) ولا يكفي أنا عالم ونحوه (وأشهدك) أو أشهدتك (أو أشهد على شهادتي) أو إذا استشهدت على شهادتي فقد أدنت لك أن تشهد ونحو ذلك (أو) بأن (يسمعه يشهد) بما يريد أن يتحملة (عند قاض) أو محكم. قال البلقيني: أو نحو أمير: أي تجوز الشهادة عنده لما مر فيه قال: إذ لا يؤدي عند هؤلاء إلا بعد التحقق فأغناه ذلك عن إذن الأصل له فيه (أو) بأن يبين السبب كأن يسمعه (يقول) ولو عند غير حاكم (أشهد أن فلان على فلان ألفا من ثمن مبيع أو غيره) لأن إسناد السبب يمنع احتمال التساهل فلم يحتج لإذنه أيضا (وفي هذا) الأخير (وجه) أنه لا بد من إذنه لأنه قد يتوسع في العبارة ويحجم عند طلب الشهادة منه، ويتعين ترجيحه فيما لو دلت القرائن القطعية من حال الشاهد على تساهله وعدم تحريره العبارة (ولا يكفي سماع قوله فلان علي فلان كذا أو أشهد بكذا أو عندي شهادة بكذا) وإن قال شهادة جازمة لا أتردد فيها لاحتمال هذه الألفاظ الوعد والتجوز كثيرا (وليبين الفرع عند الأداء جهة التحمل) كأشهد أن فلانا شهد بكذا وأشهدني أو سمعته يشهد به عند قاض أو بين سببه ليتحقق القاضي صحة شهادته إذ أكثر الشهود لا يحسنها هنا (فإن لم يبين) جهة تحمله (ووثق القاضي بعلمه فلا بأس) لانتفاء المحذور ويتجه اعتبار موافقته له في تلك المسألة أيضا، نعم يندب له استفضاله (ولا يصح التحمل على شهادة مردود الشهادة) لقيام مانع به مطلقا أو بالنسبة لتلك الواقعة لأن بطلان الأصل يستلزم بطلان الفرع (ولا) يصح تحمل (الخنثي) مدة إشكاله (و) لا تحمل (النسوة) ولو على مثلهن في نحو رضاع لأن الشهادة على الشهادة مما يطلع عليه الرجال غالبا، وشهادة الفرع إنما تثبت شهادة الأصل ما شهد به الأصل ومن ثم لم يصح تحمل فرع واحد عن أصل واحد فيما يثبت بشاهد وبميين وإن أراد المدعي الحلف مع الفرع

(فإن مات الأصل أو غاب أو مرض لم تمنع شهادة الفرع) لأن ذلك ليس بنقص بل هو أو نحوه السبب في قبول شهادة الفرع كما سيذكره، وإنما قدمه توطئة لقوله (وإن حدث) بأصل (ردة أو فسق أو عداوة) بينه وبين المشهود عليه أو كذبه الأصل كأن قال نسيت التحمل ولا أعلمه قبل الحكم ولا بعد أداء الفرع (منعت) شهادة الفرع لأن كلا من غير الأخيرة لا يهجم دفعة فيورث ريبة فيما مضى إلى التحمل، ولو زالت هذه الأمور اشترط تحمل جديد. أما حدوث ذلك بعد الحكم فغير مؤثر، نعم لو كان عقوبة ولم تستوف آخر أخذ مما يأتي في الرجوع، قاله البلقيني (وجنونه) المطبق (كموته على الصحيح) فلا يؤثر إذ لا يوقع ريبة في الماضي وأطلقوا الجنون هنا وإن قيد في الحضانة وحينئذ فيؤدي عنه حال الجنون مطلقا، ويفرق بينه وبين الإغماء برجاء زواله غالبا، بخلاف الجنون وبين ما هنا والحضانة بأن الحق ثم ثابت له فلم ينتقل عنه إلا بتحقيق ضياع المحضون، وحنون يوم في سنة لا يضيغه، ومثله خرس وعمى، وكذا إغماء إن غاب وإلا انتظر زواله لقربه أي باعتبار ما من شأنه، ولا ينافيه ما مر في ولي النكاح من التفصيل لإمكان الفرق، بخلاف نحو المرض لا ينتظر زواله لعدم منافاته للشهادة. والثاني كفسقه فيمنع شهادة الفرع (ولو) (تحمل فرع فاسق أو عبد) أو صبي (فأدى وهو كامل) (قبلت) شهادته كالأصل إذا تحمل ناقصا وأدى بعد كماله (وتكفي شهادة اثنين على) كل من (الشاهدين) كما إذا شهد على إقرار كل من رجلين فلا تكفي شهادة واحد على هذا وواحد على هذا ولا واحد على واحد في هلال رمضان (وفي قول يشترط لكل رجل أو امرأة اثنان) لأنهما إذا شهد على أصل كانا كشطر البينة فلا يجوز قيامهما بالشطر الثاني

(وشرط قبولها) أي شهادة الفرع على الأصل (تعذر أو تعسر الأصل بموت أو عمى) فيما لا يقبل فيه الأعمى (أو مرض) غير إغماء لما مر فيه (يشق) معه (حضوره) مشقة ظاهرة بأن يجوز ترك الجمعة كما قاما له الأم وإن اعترض ومن ثم كانت أعذار الجمعة أعتذارا هنا لأن جميعها يقتضي تعذر الحضور. قالوا: وكذا سائر الأعذار الخاصة بالأصل فإن عمت الفرع أيضا كالمطر والوحد لم يقبل، لكن الأوجه كما قاله الإسنوي وغيره خلافه فقد يتحمل المشقة لنحو صداقة دون الأصل وليس من الأعذار الاعتكاف كما اقتضاه كلامهم (أو غيبة لمسافة عدوى) يعني لفوقها كما في الروضة كأصلها لأن ما دونه في حكم البلد فيقبل حينئذ الفرع لما في تكليف الأصل الحضور من المشقة (وقيل) لمسافة (قصر) لذلك ورد بمنعه في هذا الباب، وإنما اعتبروها في غيبة الولي عن النكاح لأنه يمكنه التوكيل بلا مشقة بخلاف الأصل هنا، ومر في التزكية قبول شهادة أصحاب المسائل بها عن آخرين في البلد وإن قلنا إنها شهادة على شهادة في البلد لمزيد الحاجة لذلك. ولو حضر الأصل قبل الحكم تعينت شهادته، وليس ما ذكر تكرارا مع ما مر أنفا من أن نحو موت الأصلي وجنونه وعماه لا يمنع شهادة الفرع لأن ذلك في بيان طريان العذر وهذا في مسوغ الشهادة على الشهادة وإن علم ذلك من هذا كما مرت الإشارة إليه (وأن يسمى) الفرع (الأصول) ليعرف القاضي عدالتهم أو ضدها ويتمكن الخصم من الجرح إن عرفه، والمراد تسمية تحصل بها المعرفة، وصوب الأذرعى وجوب تسمية القاضي المشهود عليه في هذه الأزمنة لما غلب على القضاة من الجهل والفسق (ولا يشترط أن تزكيهم الفروع) ولا أن يتعرضوا لصدقهم فيما شهدوا به بل لهم إطلاق الشهادة والقاضي يبحث عن عدالتهم (فإن زكوهم قبل) ذلك منهم إن تأهلوا للتعليل لانتفاء تهمتهم في تعديلهم، وإنما لم تقبل تزكية أحد شاهدين في واقعة للآخر لأنه قام بأحد شطري الشهادة فلا يقوم بالآخر، وتزكية الفرع الأصل من تنمة شهادة الفرع ولذا شرطت على وجه، وتفنن هنا بجمع الأصول والفروع تارة وإفراد كل أخرى (ولو شهدوا على شهادة عدلين أو عدول ولم يسموهم لم يجز) لأنه يسد باب الجرح على الخصم، ولو اجتمع شاهدا فرع وشاهدا أصل قدمت شهادة الأصل قبل شهادة الفرع كما إذا كان معه بعض ماء لا يكفيه يستعمله ثم يتيمم.

(فصل)

في الرجوع عن الشهادة

إذا (رجعوا) أي الشهود (عن الشهادة) بعد الأداء و (قبل الحكم) (امتنع) الحكم بها لزوال سببه، كما لو طرأ ما يمنع قبول الشهادة قبله لنحو فسق أو عداوة أو انتقال المال المشهود به للشاهد بإرث من المشهود له لا نحو موته أو جنونه أو إغمائه كما قاله الأذرعى، ولأنه لا يدرى أصدقوا في الأول أم في الثاني، ويفسقون ويعزرون إن قالوا: تعمدنا، ويحدون للقفذ إن كانت بزنا وإن ادعوا الغلط، وشمل كلامه رجوعهم بعد الثبوت بناء على الأصح السابق أنه ليس بحكم مطلقا، وسواء أصرح الشاهد بالرجوع أم قال: شهادتي باطلة أم لا شهادة لي على فلان أم هي منفوضة أم مفسوخة لأنه إخبار بأنها لم تقع صحيحة من أصلها، وفي أبطلتها أو فسختها أو رددتها وجهان: أرجحهما أنه رجوع، ولو قال للحاكم: توقف عن الحكم وجب توقفه، فإن قال له: اقض قضى لعدم تحقق رجوعه، نعم إن كان عاميا وجب سؤاله عن سبب توقفه كما علم مما مر، ولو قامت بينة بعد الحكم شهدت برجوعهما قبله عمل بها وتبين بطلانه وإن كذباها كما تقبل بفسقهما وقته أو قبله بزمن لا يمكن فيه الاستبراء، والأوجه عدم قبولها بعده برجوعهما من غير تعرض لكونه قبله أو بعده كما دل على ذلك كلام العراقي في فتاويه. (أو) رجعوا (بعده) أي بعد الحكم (وقبل استيفاء مال استوفى) لأن القضاء قد تم وليس هو مما يسقط بالشبهة حتى يتأثر

بالرجوع وإن كانت الشهادة في شيء من العقود أمضى كاستيفاء المال (أو) قبل استيفاء (عقوبة) لآدمي كقصاص وحد قذف أو لله تعالى كحد زنا وسرقة (فلا) يستوفى لأنها تسقط بالشبهة والرجوع شبهة بخلاف المال (أو بعده) أي بعد الاستيفاء (لم ينقض) لتأكد الأمر وجواز كذبهم في الرجوع فقط، وليس عكس هذا أولى منه، والثابت لا ينقض بأمر محتمل، وبذلك سقط القول بأن بقاء الحكم بغير سبب خلاف الإجماع، ويمتنع على الحاكم الرجوع عن حكمه كما قاله السبكي: أي بعلمه أو بينة كما قاله غيره لأن حكمه إن كان باطن الأمر فيه كظاهره نفذ ظاهراً وباطناً، وإلا بأن لم يتبين الحال نفذ ظاهراً فلم يجر له الرجوع إلا أن يبين مستنده فيه كما علم مما مر في القضاء، وأفاد الأذرعى قبول قوله حكمت بكذا مكرهاً أو بان لي فسق الشاهد لأنه أمين لا كنت فاسقاً أو عدواً للمحكوم عليه أو نحو ذلك لاتهامه، وظاهر ما ذكر عدم احتياجه في دعوى الإكراه لقريئة، ولعل وجه خروجه عن نظائره فخامة منصب الحاكم ويتعين فرضه في مشهور بالعلم والصيانة، ومحل ذلك في الحكم بالصحة، بخلاف الثبوت والحكم بالموجب لأن كلا منهما لا يقتضي صحة الثابت، ولا المحكوم به فإن الشيء قد يثبت عنده ثم ينظر في صحته، ولأن الحكم بالصحة يتوقف على ثبوت استيفاء شروطها عنده. ومنها ثبوت ملك العاقد أو ولايته فحينئذ جاز له بل لزمه الرجوع عن حكمه بها إن ثبت عنده ما يقتضي رجوعه عنه كعدم ثبوت ملك العاقد.

(فإن كان المستوفى قصاصاً) في نفس أو طرف (أو قتل ردة أو رجم زنا أو جلده) أي الزنا، ومثله حد القذف (ومات) من القود أو الحد ثم رجعوا (وقالوا) كلهم (تعمدنا) وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا كما مر ذلك مبسوطاً أوائل الجراح (فعلهم قصاص) بشرطه، ومن ذلك ما لو كان جلد الزنا يقتل غالباً لإقامته في زمن نحو حر ومذهب الحاكم يقتضي استيفاء فوراً وإن أهلك غالباً وعلمنا ذلك، وبهذا يرد تنظير ابن الرفعة والبلقيني فيه، ومحل ما تقرر ما لم يعترف القاتل بحقيقة ما شهدا به عليه، وأفهم قوله قصاص وجوب رعاية المماثلة فيه فيجدون في شهادة الزنا حد القذف ثم يرحمون (أو دية) عند سقوطه (مغلظة) من مالهم موزعة على عدد رؤوسهم، إذ هلكه منسوب لهم، وعلم مما تقرر أن أو في كلامه للتنويع لا للتخيير لما مر أن موجب العمد القود والدية بدل عنه لا أحدهما، وخرج بتعمدنا أخطأنا فعلهم دية مخففة في مالهم لا على عاقلة كذبت ما لم تصدقهم العاقلة، ومتى طلبوا تحليفهم حلفوا على نفي العلم خلافاً لما جرى عليه ابن المقري في روضه هنا.

أما لو قال كل: تعمدت وأخطأ صاحبي فلا قصاص، وعليهما دية مغلظة أو قال أحدهما: تعمدت وأخطأ صاحبي أو تعمدت ولا أدري أتعمد صاحبي أم لا وهو ميت أو غائب لا تمكن مراجعته أو اقتصر على تعمدت وقال صاحبه: أخطأت فلا قصاص وعلى المتعمد قسط من دية مغلظة، وعلى المخطئ قسط من مخففة أو قال: تعمدت وتعمد صاحبي وهو غائب أو ميت أو قال كل منهما: تعمدت ولا أعلم حال صاحبي أو تعمدت وتعمد صاحبي أو اقتصر على تعمدت اقتصر منهما، وإن اعترف أحدهما بعمدهما والآخر بعمده وخطأ صاحبه أو بخطئه وحده أو بخطئهما اقتصر من الأول، أو رجع أحدهما وحده وقال: تعمدنا لا إن قال: تعمدت اقتصر منه، ولا أثر لقولهم بعد رجوعهم لم نعلم أنه يقتل بقولنا إلا لقرب عهده بالإسلام أو نشأ ببادية بعيدة عن العلماء فيكون شبه عمد في مالهم مؤجلاً ثلاث سنين ما لم تصدقهم العاقلة، وعلم مما مر في الجراح أن محل ما تقرر ما لم يقل الولي علمت تعمدهم وإلا فالقود عليه وحده. (وعلى القاضي قصاص إن) رجع وحده و (قال: تعمدت) لاعترافه بموجبه، فإن آل الأمر للدية كانت كلها مغلظة في ماله لأنه قد يستقل بالمباشرة فيما إذا قضى بعلمه،

بخلاف ما إذا رجع هو والشهود فإنه يشاركونهم كما يأتي وبحث الرافعي استواءهما (وإن رجع هو وهم فعلى الجميع قصاص إن قالوا: تعمدنا) وعلمنا إلى آخره لنسبة الهلاك إليهم كلهم (فإن قالوا: أخطأنا فعليه نصف دية) مخففة (وعليهم نصف) كذلك توزيعاً على المباشرة والسبب. (ولو رجع مزك) وحده أو مع من مر (فالأصح أنه يضمن) بالقود أو الدية للإجاء المزكى الحاكم للحكم المفضي للقتل، ويفرق بينه وبين ما يأتي في شاهد الإحصان بأن الزنا مع قطع النظر عن الإحصان صالح للإجاء وإن اختلف الحد والشهادة مع قطع النظر عن التزكية غير صالحة أصلاً فكان. الملجئ هو التزكية، والثاني لا لأنه لم يتعرض للمشهود عليه، وإنما أتى على الشاهد والحكم يقع بشهادة الشاهد فكان كالممسك مع القاتل. ولو رجع الأصل وفرعه اختص الغرم بالفرع لأنه الملجئ كالمزكى. (أو) رجع (ولي وحده) دون الشهود (فعليه قصاص أو دية) لأنه المباشر للقتل، وبحث البلقيني أنه لا أثر لرجوعه في قطع الطريق لأن الاستيفاء لا يتوقف عليه بل لا يسقط بعفوه كما مر. (أو) رجع الولي (مع الشهود) أو مع القاضي والشهود (فكذلك) لأنه المباشر فهم كالممسك مع القاتل (وقيل: هو وهم شركاء) لكن عليه نصف الدية إن وجبت لتعاونهم على القتل.

(ولو) (شهدا بطلاق بائن) بخلع أو ثلاث ولو لرجعية كما بحثه البلقيني (أو رضاع) محرم (أو لعان وفرق القاضي) بين المشهود عليه وزوجته (فرجعا دام الفراق) لأن قولهما في الرجوع محتمل فلا يرد القضاء به، وما بحثه البلقيني من عدم الاكتفاء بالتفريق بل لا بد من القضاء بالتحريم ويترتب عليه التفريق لأنه قد يقضي به من غير حكم بتحريم كما في النكاح الفاسد رد بأن تصرف الحاكم في أمر رفع إليه وطلب منه فصله حكم منه كقسمة مال المفقود على ما مر ثم، والتفريق هنا مثلها فلا حاجة لما ذكره، وقول المصنف رحمه الله دام الفراق صحيح فزعم أنه غير مستقيم في البائن فإنه لا يدوم فيه غير صحيح إذ المراد دوامه ما لم يوجد سبب يرفعه والبائن كذلك (وعليهم) عند عدم تصديق الزوج لهم (مهر مثل) ساوى المسمى أم لا لأنه بدل البضع الذي فوتاه عليه، فإن كان مجنوناً أو غائباً طالب وليه أو وكيله، وإعادة ضمير الجمع على الاثنين سائغ، ويؤخذ مما تقرر أن الكلام في حي فلا غرم في شهود بائن على ميت إذ لا تفويت فقول البلقيني لم أر من تعرض له أي صريحا (وفي قول) عليهم (نصفه) فقط (إن كان) الفراق (قبل وطء) لأنه الذي فوتاه ورد بأن النظر في الإلتاف لبدل المتلف لا لما قام به على المستحق، ولهذا لو أبرأته عنه رجع ب كله وخرج بالبائن الرجعي فلا غرم فيه إن راجع لانتفاء التفويت وإلا وجب كالبائن وتمكنه من الرجعة لا يسقط حقه، ألا ترى أن من قدر على دفع متلف ماله فلم يدفعه لا يسقط حقه من تغريمه بدله، وبهذا يرد ما قاله البلقيني هنا. (ولو) (شهد بطلاق وفرق) بينهما (فرجعا فقامت بينة) أو ثبت بحجة أخرى (أنه) لا نكاح بينهما كان ثبت أنه (كان بينهما رضاع محرم) أو أنها بانة من قبل (فلا غرم) عليهما إذ لم يفوتا عليه شيئاً، فإن غرماً قبل البينة استردا. لو شهدا أنه تزوجها بألف ودخل بها ثم رجعا بعد الحكم غرماً ما نقص عن مهر مثلها على الأصح، أو أنه طلقها أو أعتق أمته بألف ومهرها أو قيمتها ألفان غرماً ألفاً لها وكل القيمة في الأمة، والفرق بينهما أن الرقيق يؤدي من كسبه وهو للسيد بخلاف الزوجة أو بعثق لرقيق ولو أم ولد ثم رجعا بعد الحكم غرماً القيمة كما مر نظيره والعبارة بوقت الشهادة إن اتصل بها الحكم، وظاهر أن قيمة أم الولد والمدبرة تؤخذ منهما للحيلولة حتى يسترداها بعد موت السيد، وشرط ابن الرفعة لاستردادها في المدبر أن يخرج من الثلث، فإن خرج منه بعضه استرد قدر ما خرج أو شهدا بإيلاد أو تدبير ثم رجعا غرماً بعد الموت، أو بتعليق طلاق أو عتق

بصفة ثم رجعا بعد الحكم فعند وجود الصفة أو بكتابة ثم رجعا غرما جميع القيمة في أوجه الوجهين لا نقص النجوم عنها.

(ولو) (رجع شهود مال) عين أو دين وإن قالوا: غلطنا (غرما) للمحكوم عليه قيمة المتقوم ومثل المثلي (في الأظهر) لإحالتهم بينه وبين ماله، ومن ثم لو غرموه بدله كبيع بثمن يعادل المبيع لم يغرما كما قاله الماوردي واعتمده البلقيني، وما قاله ابن عبد السلام من أن من سعى برجل إلى السلطان فغرمه شيئا رجع به على الساعي كشاهد رجع، وكما لو قال: هذا لزيد بل لعمر وشاذ، لوضوح الفرق، إذ لا إلقاء من الساعي شرعا، والثاني المنع لا الضمان باليد أو الإتلاف ولم يوجد واحد منهما، وإن أتوا بما يقتضي الفوات كمن حبس المالك عن ماشيته حتى ضاعت به (ومتى رجعوا كلهم وزع عليهم الغرم) بالسوية بينهم حيث اتحد نوعهم سواء أترتب رجوعهم أم زادوا على النصاب أم لا (أو) رجع (بعضهم وبقي نصاب) كأحد ثلاثة في غير نحو زنا (فلا غرم) لبقاء الحجة (وقيل: يغرّم قسطه) لأن الحكم مستند لجميعهم (وإن نقص النصاب ولم تزد الشهود عليه) كأن رجع أحد اثنين (كقسط) من النصاب وهو النصف يغرّمه الراجع (وإن زاد) عدد الشهود على النصاب كائنين من ثلاثة (فقسط من النصاب) فعليهما نصف لبقاء نصف الحجة (وقيل من العدد فعليهما ثلثان) لاستوائهم في الإتلاف. (وإن) (شهد رجل وامرأتان) فيما يثبت بهم ثم رجعوا (فعلية نصف وهما نصف) على كل واحدة ربع لأنهما كرجل وأخذ منه أنه يتوزعون الأجرة كذلك وفيه وقفة، والفرق لائح. إذ مدار الأجرة على التعب وهو مختلف باختلاف الأشخاص، ومدار الحكم على الإلجاء وليس هو كذلك، والخنثى كالأنثى. (أو) شهد رجل (وأربع في رضاع) ونحوه مما يثبت بمحضهن ثم رجعوا (فعلية ثلث وهن ثلثان) لما تقرر أن كل ثنتين كرجل ولما كانت تلك الشهادة مما لهن الانفراد بها لم يتعين الشطر (فإن رجع هو أو ثنتان) فقط (فلا غرم في الأصح) لبقاء النصاب، والثاني عليه أو عليهما الثلث المتقدم (وإن شهد هو وأربع) من النساء (بمال) فرجع (فقيل كرضاع) فعلية الثلث أو هو وحده فعلية النصف كما علم من قوله أولا فقسط، ويدل له أيضا قوله (والأصح) أنه (هو) عليه (نصف وهن) عليهن (نصف) لأنه نصف رهن وإن كثرن نصف لعدم قبولهن منفردات في المال (سواء رجعن معه أو) تقدم أنه لغة والأفصح أم (وحدهن) بخلاف الرضاع يثبت بمحضهن (وإن رجع ثنتان فالأصح) أنه (لا غرم) عليهما لبقاء النصاب. ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا لزمها الخمس (و) الأصح (أن) (شهود إحصان) مع شهود زنا (أو) شهود (صفة مع شهود تعليق طلاق وعتق لا يغرّمون) إذا رجعوا بعد الرجم ووقوع الطلاق أو العتق وإن تأخرت شهادتهم عن الزنا والتعليق، أما شهود الإحصان فلأنهم لم يشهدوا بموجب عقوبة وإنما وصفوه بصفة كمال، وأما شهود الصفة مع شهود طلاق أو عتق فلأنهم لم يشهدوا بواحد منهما، وإنما شهدوا بإثبات صفة. والثاني: يغرّمون لأن الرجم يتوقف على ثبوت الزنا والإحصان جميعا فالقتل لم يستوف إلا بهم، وكذلك الطلاق والعتق وقع بقولهم. ولو شهد أربعة على آخر بأربعمئة فرجع واحد منهم عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلثمائة والرابع عن الجميع فيغرّم الكل مائة أرباعا لاتفاقهم على الرجوع عنها، وتغرّم أيضا الثلاثة نصف المائة لبقاء نصف الحجة فيها بشهادة الأول، وأما المائتان الباقيتان فلا غرم فيهما لبقاء الحجة بهما.

{ كتاب الدعوى والبيانات }

الدعوى جمعها دعاوى بفتح الواو وكسرهما وهي لغة: الطلب، ومنه قوله تعالى {ولهم ما يدعون} وألفها للتأنيث وشرعا: إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم، والبينة الشهود، سموها بها لأن بهم يتبين الحق. والأصل في

ذلك أخبار كخبر البخاري ومسلم { لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس
دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه } وفي البيهقي بإسناد
حسن { البينة على المدعي، واليمين على من أنكر } ووهم في الكفاية
فعزا هذه لمسلم، والمعنى فيه أن جانب المدعي ضعيف فدعواه خلاف
الأصل فكلف الحجة القوية وجانب المنكر قوي فاكتفي منه بالحجة
الضعيفة. ولما كان مدار الخصومة على خمسة: الدعوى والجواب واليمين
والنكول والبينة ذكرها كذلك فقال (تشرط الدعوى عند قاض) أو محكم أو
سيد (في عقوبة) لآدمي (كقصاص وحد قذف) فلا يستقل مستحقها
باستيفائها لعظم خطرها كما في النكاح والطلاق والرجعة وغيرها من سائر
العقود والفسوخ، نعم، قال الماوردي: من وجب له تعزير أو حد قذف وكان
في بادية بعيدة عن السلطان فله استيفاءه وقال ابن عبد السلام في أواخر
قواعده: لو انفرد بحيث لا يرى ينبغي أن لا يمنع من القود ولا سيما إذا عجز
عن إثباته. أما عقوبة الله تعالى فهي وإن توقفت على القاضي أيضا لكن
لا تسمع الدعوى فيها لانتفاء حق المدعي فيها، نعم لقاذف أريد حده
الدعوى على المقذوف وطلب حلفه على أنه لم يزن كما مر في كتاب
اللعان يسقط عنها الحد إن نكل. وما يوجب تعزيرا لحق الله تعالى تسمع
فيه الدعوى إن تعلق بمصلحة عامة كطرح حجارة بطريق ومر أنه يجب
الأداء عند نحو أمير توقف وصول الحق إلى ربه عليه وقضيته صحة الدعوى
عنده أي إن توقف ذلك عليه وفيه نظر وحينئذ فالأداء لهذه الضرورة لا
يستدعي توقفه على دعوى وأفهم قوله تشتت عدم الاعتداد به باستيفائه
بدون قاض وأنه لا يقع الموقع وهو كذلك في حد القذف لا القود وكل ما
تقبل فيه شهادة الحسبة لا يتوقف على دعوى وخرج بالعقوبة وما معها
المال لأن للمالك ونحوه أخذه ظفرا من غير دعوى. كما قال (وإن)
(استحق) شخص (عينا) عند آخر بملك أو إجارة أو وقف أو وصية بمنفعة
كما بحثه جمع أو ولاية كأن غصبت عين لم وليه وقدر على أخذها (فله
أخذها) مستقلا به (إن لم يخف فتنة) سواء أكانت يده عادية أم لا كأن
اشترى مغصوبا جاهلا بحاله، نعم من ائتمنه المالك كمودع يمتنع عليه أخذ
ما تحت يده من غير علمه لأن فيه إرعابا بظن ضياعها وفي نحو الإجارة
المتعلقة بالعين بأخذ العين ليستوفي منفعته منها وفي الذمة يأخذ قيمة
المنفعة التي استحقها من ماله والأوجه أخذا مما يأتي في شراء غير
الجنس بالنقد أنه يستأجر بها ويتجه لزوم اقتضاره على ما يتقن أنه قيمة
لتلك المنفعة أو سؤال عدلين يعرفانها والعمل بقولهما (وإلا) بأن خاف
فتنة: أي مفسدة تقضي إلى محرم كأخذ ماله لو اطلع عليه بأن غلب على
ظنه ذلك أو استويا كما بحثه جماعة (وجب الرفع) ما دام مريدا للأخذ (إلى
قاض) أو نحوه لتمكنه من الخلاص به (أو دينا) حالا (على غير ممتنع من
الأداء طالبه) ليؤدي ما عليه (ولا يحل أخذ شيء) لأن له الدفع من أي ماله
شاء، فإن أخذ شيئا لزمه رده وبدله إن تلف ما لم يوجد شرط التقاص (أو
على منكر) أو من لا يقبل إقراره كما بحثه البلقيني وما نوزع به من قول
مجلي أن من له مال على صغير لا يأخذ جنسه من ماله اتفاقا محمول
بتقدير صحته على ما إذا كانت له بينة يسهل بها خلاص حقه (ولا بينة) له
عليه أو له بينة وامتنعوا أو طلبوا منه ما لا يلزمه أو كان حاكم محلته جائرا
لا يحكم إلا برشوة فيما يظهر في الصورتين الأخيرتين (أخذ جنس حقه من
ماله) ظفرا لعجزه عن حقه إلا بذلك، فإن كان مثليا أو متقوما أخذ مماثله
من جنسه لا من غيره (وكذا غير جنسه) ولو أمة (إن فقده) أي جنس حقه
(على المذهب) للضرورة، ومحل ذلك حيث لم يجد نقدا فإن وجده امتنع
عدوله إلى غيره كما نقله في المطلب عن المتولي وارتضاه، ثم قال
ومجله أيضا إذا كان الغريم مصدقا أنه ملكه فلو كان منكرا كونه له لم يجز
له أخذه وجها واحدا صرح به الإمام في الوكالة وقال: إنه مقطوع به ولو

كان الدين على محجور فلس أو ميت لم يأخذ إلا قدر حصته بالمضاربة إن علمها وإلا احتاط وقيل قولان وجه المنع أنه لا يتمكن من تملكه وليس له أن يبيع مال غيره لنفسه (أو على مقر ممتنع أو منكر وله بينة فكذلك) له الاستقلال بأخذ حقه لما في الرفع من المشقة والمؤنة (وقيل يجب الرفع إلى قاض) لإمكانه وعلى هذا لو كان المستحق يرجو إقراره لو أحضره عند القاضي وعرضه عليه وجب إحضاره، هذا كله في حق الأدمي.

أما الزكاة لو امتنع المالك من أدائها وظفر المستحقون بجنسها فليس لهم الأخذ وإن انحصروا لتوقفها على النية، وقضيته أنه لو عزل قدرها ونوى وعلموا ذلك جاز للمحصرين أخذها بالظفر حينئذ، والأقرب خلافه إذ لا يتعين لها بما ذكر دليل أن له الإخراج من غيره، ولو ادعى من أخذ من ماله على الظاهر أنه أخذ من ماله كذا فقال: ما أخذت فأراد استجلافه كان له أن يحلف أنه ما أخذ من ماله شيئاً ولو كان مقراً لكنه يدعي تأجيله كذباً ولو حلف لحلف فللمستحق الأخذ من ماله مما يظفر به أو كان مقراً لكنه ادعى الإعسار وأقام بينة أو صدق بيمينه ورب الدين يعلم له مالا كتبه فإن لم يقدر على بينة فله الأخذ منه ولو جحد قرابة من تلزمه نفقته أو ادعى العجز عنها كاذباً أو أنكر الزوجية فعلى التفصيل الذي قررناه لكنه إنما يأخذ قوت يوم بيوم مما يظفر به (وإذا جاز الأخذ) ظفراً (فله كسر باب ونقب جدار) لغريمه لم يتعلق به حق كرهن وإجارة وحجر فلس ووصية كما مر (لا يصل إلى المال إلا به) لأن من استحق شيئاً استحق الوصول إليه ولا ضمان عليه كدفع الصائل ولو كان بذلك أجنبياً لم يجز فإن فعل ضمن ويمتنع النقب ونحوه في غير متعدد لنحو صغر قال الأذرعى: وفي غائب معذور وإن جاز الأخذ وشمل كلام المصنف رحمه الله ما لو كان الذي له تافه القيمة أو اختصاصاً كما بحثه الأذرعى (ثم المأخوذ من جنسه) أي جنس حقه (بتملكه) بدلا عنه قال الإسنوي: وقضيته أنه لا يملكه بمجرد أخذه وليس كذلك ووجهه أن هذا الفعل إنما يجوز لمن يقصد أخذ حقه بلا شك ولهذا قال الروياني وغيره: لو أخذه ليكون رهنا بحقه لم يجز وإذا وجد القصد مقارنة للأخذ كفى ولا حاجة إلى اشتراطه بعد ذلك ولهذا قال الإمام: فإن قصد أخذه عن حقه ملكه وقال البغوي فإذا أخذ جنس حقه ملكه انتهى ووافق الأذرعى ثم قال: فمعنى يملكه يتموله ويتصرف فيه والأوجه حمل الأول على ما إذا كان بصفته أو صفة أدون، والثاني على غير الجنس أو غير الصفة بأن كان بصفة أرفع إذ هو كغير الجنس فيما يأتي فيه، (و) المأخوذ (من غيره) أي الجنس أو منه وهو بصفة أرفع كما تقرر (بيعه) بنفسه أو نائبه لأجنبي لا لنفسه اتفاقاً أي ولا لمحجوره كما هو ظاهر لامتناع تولي الطرفين وللتهمة ومحل ذلك حيث لم يتيسر علم القاضي به لعدم علمه ولا بينة أو مع أحدهما لكنه يحتاج لمؤنة ومشقة وإلا اشترط إذنه (وقيل: يجب دفعه إلى قاض يبيعه) مطلقاً كما لو أمكنه تخلص حقه بالمطالبة والتقاص ولا يبيعه إلا بنقد البلد ثم إن كان جنس حقه تملكه وإلا اشترى جنس حقه لا بصفة أرفع وتملكه وقد علم مما تقرر أنه لو كان حقه دراهم صحاحاً فظفر بمكسرة فله أخذها وتملكها أو مكسرة فظفر بصحاح جاز أخذها لاتحاد الجنس، ولا يملكها ولا يشتري بها مكسرة لا متفاضلاً للربا ولا متساوياً لأنه يحف بالمأخوذ منه لكن يبيع صحاح الدراهم بدنانير ويشترى بها دراهم مكسرة ويملكها (والمأخوذ) من الجنس وغيره (مضمون عليه) أي الأخذ لأنه أخذه لحظ نفسه (في الأصح فيضمنه إن تلف قبل تملكه) أي الجنس (و) قبل (بيعه) أي غير الجنس، بل ويضمن ثمنه أيضاً إن تلف بعد البيع وقبل شراء الجنس به فليبادر بحسب الإمكان، فإن آخر فنقصت قيمته ضمن النقص، ولو نقصت وارتفعت وتلف ضمن الأكثر قبل التملك لمالكة والثاني لا يضمنه من غير تفريط لأنه مأخوذ للتوثق والتوصل به إلى الحق فأشبه الرهن، وإذن الشرع في الأخذ يقوم مقام إذن المالك. و (لا يأخذ)

المستحق (فوق حقه إن أمكن الاختصار) على قدر حقه لحصول المقصود به، فإن زاد مع تمكنه من عدم أخذ الزيادة ض منها وإلا كان له مائة فرأى ثوبا بمائتين لم يضمن الزيادة لعذره ويقتصر فيما يتجزأ على بيع قدر حقه وكذا في غيره إن أمكن وإلا باع الكل ثم يرد الزائد لمالكه بنحو هبة إن أمكنه وإلا أمسكه إلى الإمكان. (وله أخذ مال غريم غريمه) كأن يكون لزيد مثلا على عمرو دين ولعمرو على بكر مثله فلزيد أن يأخذ من مال بكر ماله على عمرو، ولا يمنع من ذلك رد عمرو وإقرار بكر له ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو كذا في الروضة وكأصلها ويؤخذ منه علم الغريمين بالأخذ وتنزيل مال الثاني منزلة مال الأول، كذا قاله الشارح لكن بإثبات الواو الثانية بعد قوله رد عمرو تبعا لما في نسخ الروضة المعتمدة ووقع في غيرها حذفها وهو أوضح من إثباتها، وعلى الإثبات يبقى المعنى ولا يمنع من الأخذ رد عمرو، والحال أن بكر أقرب له، فلورد عمرو قول من زعم أن له ديناً على بكر ووافق بكر على رد عمرو لم يجز الأخذ من مال بكر شيئاً لعدم المقتضى، وقوله ويؤخذ منه علم الغريمين بالأخذ في الأخذ تكلف، وكأنه لما قال: لا يمنع من الأخذ رد عمرو إقرار بكر فهم بالإشارة أنه لما إن كان رد عمرو إقرار بكر لا يمنع علم أن عمرا علم بالأخذ. وأفهم قوله ولا جحود بكر دين زيد أن بكر يعلم بأخذ زيد حتى يجحد دينه وأن له الأخذ، ولا يخفى ما فيه إذ قد يعلم الأخذ قبل أخذه كلا من الأمرين ويقدم على الأخذ قبل علمهما نعم إن أراد أنه يؤخذ من قياسهم أخذ غريم الغريم على أخذ الغريم وأن من شرط القياس المساواة بقياس أخذ على أخذ إنما هو من حيث تساوي الأخذان فالذي يساوي أخذ من جاحد ولا بينة أو مقر ممتنع إلى آخره فإذا كان في أخذ مال غريم الغريم ضرر على زيد لم يجز الأخذ وذلك فيما إذا أخذ من ماله من غير علم الغريم وغريم الغريم لأنه يؤدي إلى أن يدفع المال مرتين لعدم علمه بأخذ زيد وكذلك إذا لم يعلم عمرو بالأخذ من بكر فإن عمرا يطالب بكرًا ظنا منه أنه باق في ذمته فلا يتأتى اندفاع الضرر إلا بعلمهما بالأخذ وحيث علما به يساوي أخذ مال الغريم بجامع أن كلا من الأخذين موصل للحق من غير ضرر، وأيضا يؤخذ منه تنزيل مال غريم الغريم بقوله مال الغريم والأخذ من مال الغريم وأن جوازه مشروط بكونه جاحداً أو مماطلاً فليكن المقيس مثله، فإذا أخذ بإطلاقه جواز أخذ مال غريم الغريم لم ينزل ماله منزلة مال الغريم، على أنه يمكن أن يقال إن التصريح بذلك للزوم زيادة إيضاح وإلا فالتصوير المذكور يعلم منه علم الغريمين. أما علم الغريم فمن قولهم وإن رد عمرو إقرار بكر له وأما علم غريم غريمه فمن قولهم أو جحد بكر إلخ فاندفع ما يقال الغريم قد لا يعلم بالأخذ فيأخذ من مال غريمه فيؤدي إلى الأخذ مرتين وغريمه قد لا يعلم بذلك فيأخذ منه الغريم فيؤدي إلى ذلك أيضاً، ووجه اندفاعه أن المسألة مصورة بالعلم فلا يرد ذلك (والأظهر أن المدعي) ويعتبر فيه كونه معينا معصوما مكلفا أو سكران ولو محجورا عليه بسفه فيقول ووليي يستحق تسلمه (من يخالف قوله الظاهر) وهو براءة الذمة (والمدعي عليه) المتصف بما مر (من يوافق) ولذلك جعلت البينة على المدعي لأنها أقوى من اليمين التي جعلت على المنكر لينجبر ضعف جانب المدعي بقوة حجته وضعف حجة المنكر بقوة جانبه كما مرت الإشارة إليه، وهذه القاعدة تحوج إلى معرفة المدعي والمدعي عليه ليطالب كل منهما بحجته إذا تخاصما، وقيل المدعي من لو سكت خلي ولم يطالب بشيء والمدعي عليه من لا يخلي ولا يكفيه السكوت، فإذا طالب زيد عمرا بحق فأنكر فزيد يخالف قوله الظاهر من براءة عمرو ولو سكت ترك وعمرو يوافق قوله الظاهر، ولو سكت لم يترك فهو مدعي عليه وزيد مدع على القولين ولا يختلف موجبهما غالبا، وقد يختلف كالمذكور بقوله.

(فإذا) (أسلم زوجان قبل وطء فقال) الزوج: (أسلمنا معا فالنكاح باق
وقالت) الزوجة: بل أسلمنا (مرتباً) فلا نكاح (فهو مدع) لأن وقوع
الإسلاميين معا خلاف الظاهر وهي مدعى عليها والثاني هي مدعية لأنها لو
سكتت تركت وهو مدعى عليه لأنه لا يترك لو سكت لزعمها انفساخ
النكاح، فعلى الأول تحلف الزوجة ويرتفع النكاح، وعلى الثاني يحلف الزوج
ويستمر النكاح، ورجحه المصنف في الروضة في نكاح المشرك وهو
المعتمد لا اعتضاده بقوة جانب الزوج بكون الأصل بقاء العصمة وإن قال لها:
أسلمت قبلي فلا نكاح بيننا ولا مهر لك وقالت: بل أسلمنا معا صدق في
الفرقة بلا يمين وفي المهر بيمينه على الأصح لأن الظاهر معه وصدقت
بيمينها على الثاني لأنها لا تترك بالسكوت لأن الزوج يزعم سقوط المهر،
فإذا سكتت ولا بينة جعلت ناكلة وحلف هو وسقط المهر. والأمين في
دعوى الرد مدع لأنه يزعم الرد الذي هو خلاف الظاهر لكنه يصدق بيمينه
لأنه أثبت يده لغرض المالك وقد أئتمنه فلا يحسن تكليفه بينة الرد، وأما
على القول الثاني فهو مدعى عليه لأن المالك هو الذي لو سكت ترك وفي
التحالف كل من الخصمين مدع ومدعى عليه لاستوائهما. (ومتى ادعى
نقدا) خالصاً أو مغشوشاً ولو دينا (اشتراط) فيه لصحة الدعوى وإن كان
النقد غالب نقد البلد (بيان جنس ونوع وقدر وصحة و) هي بمعنى أو
(تكسر) وغيرهما من سائر الصفات (إذا اختلفت بهما قيمة) كآلف درهم
فضة خالصة أو مغشوشة أطالبه بها إذ شرط الدعوى أن تكون معلومة،
وما كان وزنه معلوماً كالدينار لا يشترط التعرض لوزنه ولا يشترط ذكر
القيمة في المغشوش بناء على الأصح أنه مثلي، وزعم البلقيني وجوبه فيه
مطلقاً غير صحيح أما إذا لم تختلف بهما قيمة فلا يجب ذكرها إلا في دين
السلم كما قاله الماوردي والرويانى. ولا تسمع دعوى رب دين على مفلس
ثبت فلسه أنه وجد له مالا ما لم يبين سببه كإرث واكتساب وقدره. ومن له
غريم غائب اعتبر أن يقول: لي غريم غائب غيبة شرعية ولي بينة تشهد
بذلك. (أو) ادعى (عينا) حاضرة بالبلد يمكن إحضارها مجلس الحكم أو
غائبة كما علم مما مر (تنضبط) بالصفات مثلية أو متقومة (كحيوان)
وحبوب (وصفها بصفة السلم) وجوبا في المثلي وندبا في المتقوم مع
وجوب ذكر القيمة فيه لعدم تأتي التمييز الكامل بدونها (وقيل: يجب معها
ذكر القيمة) احتياطاً، ويجب ذكر الجنس فيقول عبد: قيمته مائة.

ولو غصب منه غيره عينا في بلد ثم لقيه في آخر وهي باقية ولنقلها
مؤنة، قال البلقيني: ذكر قيمتها وإن لم تلف لأنها المستحقة في هذه
الحالة، فإذا رد العين رد القيمة كما لو دفع القيمة بنفسه، ولا بد أن يصرح
في مذبوحة وحامل بأن قيمتها مذبوحة أو حاملاً كذا، ومر في القضاء على
الغائب ما يجب ذكره في العقار والدعوى في مستأجر على الأجير وإن كان
لا يخاصم لأنه بيده الآن دون مؤجره بالنسبة لرفع يده، أما بالنسبة لرفع يد
مدعى الملك فلا بد من إعادة البينة في وجهه، وخرج بتنضبط غيره
كالجواهر فيعتبر ذكر القيمة. فيقول: جوهر قيمته كذا ويقوم بفضة سيف
محلّى بذهب كعكسه وبأحدهما إن حلي بهما. (فإن) تلفت العين (وهي
متقومة) بكسر الواو (وجب ذكر القيمة) مع الجنس كما مر كعبد قيمته
كذا، وقد تسمع الدعوى بالمجهول في صور كثيرة كوصية وإقرار ودية
وغرة وممر ومجرى ماء بملك الغير، بل يكفي مجرد تحديده إن لم ينحصر
حقه في جهة منه، بل قد لا تتصور إلا مجهولة وذلك فيما يتوقف تعيينه على
القاضي كفرض مهر ومتعة وحكومة ورضخ، ويعتبر في الدعوى أيضاً كونها
ملزمة كما علم مما مر أن يكون المدعى به لازماً فلا تسمع بدين حتى
يقول وهو ممتنع أدائه، ولا بنحو بيع أو هبة أو إقرار حتى يقول: وقبضته بإذن
الواهب أو أقبضنيه ويلزم البائع أو المقر التسليم إليّ ويزيد المشتري إن لم
ينقد الثمن وها هو ذا أو والثمن مؤجل، ولا برهن بأن قال: وهذا ملكي

رهنته منه بكذا إلا إن قال: وأحضرتة فيلزمه تسليمه إلي إذا قبضه، وأخذ الغزي من ذلك عدم سماع دعوى المؤجر على المستأجر بالعين قبل مضي المدة لأنه لا يمكنه أن يقول: ويلزمه تسليم إلي رد بأنه قد يريد التصرف في الرقبة فيمنعه المستأجر بدعوى الملك فيتجه صحة دعواه وأنه منعه من بيعها بغير حق وبقيم بينة بذلك وأن لا يناقضها دعوى أخرى، وليس من ذلك من أثبت إعساره وأنه لا مال له ظاهرا ولا باطنا ثم ادعى على آخر بمال له لأنه إن أطلقه فواضح لاحتمال حدوثه، وإن أرخه بزمن قبل ثبوت الإعسار فلأن المال المنفي فيه ما يجب الأداء منه وهذا ليس كذلك لأن الفرض أن المدعى عليه منكر. ولا تسمع دعوى دائن ميت على من تحت يده مال للميت مع حضور الوارث، فإن غاب أو كان قاصرا والأجنبي مقربه فللحاكم أن يوفيه منه، وعلى هذا يحمل قول السبكي للوصي والمدائن المطالبة بالحقوق: أي بالرفع للقاضي ليوفيهما مما ثبت له، ولو ادعى ولم يقل: سل جواب دعواي أو نحوه جاز للقاضي سؤاله وله استفضاله عن وصف أطلقه لا عن شرط أهمله بل يلزمه الإعراض عنه حتى يصح دعواه كما مر. وليس له سماع الدعوى بعقد أجمع على فساده إلا لنحو رد الثمن، وله سماعها بمختلف فيه ليحكم فيه بما يراه، بخلاف الشفعة لا تسمع دعواها إلا فيما يراه لأنها مجرد دعوى فتبطل برده لها، بخلاف العقد الفاسد لأنه متمكن من الحكم بإبطاله، وبحث الغزي سماعه فيها إن قال المشتري: إن طالبها يعارضني فيما اشتريته بلا حق فامنع من معارضتي، وحينئذ ليس له الدعوى بها عند من يراها. (أو ادعى رجل أو امرأة (نكاحا) في الإسلام (لم يكف الإطلاق على الأصح بل يقول نكحتها) نكاحا صحيحا (بولي مرشد) أو سيد يلي نكاحها أو بهما في مبعضة (وشاهدي عدل ورضاها إن كان يشترط) لكونها غير مجبرة وبإذن وليي إن كان سفيها أو سيدي إن كان عبدا لأن النكاح فيه حق الله تعالى وحق الأدمي فاحتيط له كالقتل بجامع أنه لا يمكن استدراكهما بعد وقوعهما، وإنما لم يشترط ذكر انتفاء الموانع كرضاع لأن الأصل عدمها، أما إذا لم يشترط رضاها كمجبرة فلا يتعرض لها بل لمزوجها من أب أو جد أو لعلمها به إن ادعى عليها والثاني يكفي الإطلاق ويكون التعرض لذلك مستحبا كما اكتفى به في دعوى استحقاق المال فإنه لا يشترط فيه ذكر السبب بلا خلاف ولأنه ينصرف إلى النكاح الشرعي وهو ما وجدت فيه الشروط، ومراد المصنف بالمرشد العدل، وإنما أثره لأنه الواقع في لفظ خبر {لا نكاح إلا بولي مرشد} وما بحثه البلقيني من أنه لا يحتاج إلى وصف الشاهدين بالعدالة لانعقاده بالمستورين وتنفيذ القاضي لما شهدا به ما لم يدع شيئا من حقوق الزوجية فلا بد من التزكية رد بأن ذلك إنما هو في نكاح غير متنازع فيه، أما المتنازع فيه فلا يثبت إلا بعدلين فتعين ما قالوه، وقول القمولي: ولا يشترط تعيين الشهود إلا إن زوج الولي بالإيجاب غير صحيح، نعم يمكن حمل الثاني على حالة عدم التنازع، أما نكاح الكفار فيكفي فيه الإطلاق ما لم يذكر استمراره بعد الإسلام فيذكر شروط تقريره.

ولو ادعت زوجية رجل فأنكر فحلفت اليمين المردودة ثبتت زوجيتها ووجبت مؤنتها وحل له إصابتها لأن إنكار النكاح ليس بطلاق قاله الماوردي، ومحل حل إصابتها باعتبار الظاهر لا الباطن إن صدق في الإنكار (فإن كانت) الزوجة (أمة) أي بها رق (فالأصح وجوب ذكر) ما مر مع ذكر إسلامها إن كان مسلما، و (العجز عن طول) أي مهر لحره (وخوف عنت) وأنه ليس تحته من تصلح للاستمتاع والثاني لا يجب كما لا يجب التعرض لعدم الموانع. ولو أجابت دعواه للنكاح بأنها زوجته من منذ سنة فأقام آخر بينة أنها زوجته من شهر حكم بها للأول لأنه ثبت بإقرارها نكاحه فما لم يثبت الطلاق لا حكم للنكاح الثاني. (أو ادعى) (عقدا ماليا كبيع) ولو سلما (وهبة) ولو لأمة (كفى الإطلاق في الأصح) لأنه دون النكاح في الاحتياط،

نعم يعتبر لإثبات صحة كل عقد نكاح أو غيره مع ما مر وصفه بالصحة والثاني يشترط كالنكاح فيقول تعاقدناه بثمان معلوم ونحن جائزاً التصرف وتفرقنا عن تراض.

واعلم أنه بحث الأذرعى أن الدعوى بنحو ريع الوقف على الناظر دون المستحق وإن حضر ففي وقف على معينين مشروط لكل منهم النظر على حصته يعتبر حضورهم وإن كان الناظر عليهم القاضي المدعى عنده فالدعوى عليهم، قال: ومن هذا القبيل الدعوى على بعض الورثة مع حضور باقيهم، لكن الأوجه كما قاله الغزي سماعها على البعض في المسألتين، نعم لا يحكم إلا بعد إعلام الجميع بالحال، وأطال السبكي فيما إذا كانت الدعوى لميت أو غائب أو محجور عليه تحت نظر الحاكم أو لبيت المال أو على أحد هؤلاء ثم استقر رأيه على أن القاضي لا يتوجه عليه دعوى أصلاً ولا على نائبه بل لا بد أن ينصب من يدعي ومن يدعى عليه عنده أو عند غيره فيما يتعلق بوقف أو مال نحو يتيم أو بيت مال، وتخصيصه نصب ذلك بالقاضي الشافعي إنما هو باعتبار ما كان في تلك الأزمنة من اختصاصه بالنظر في هذه الأمور دون غيره من الثلاثة، وأما الآن فالنظر في ذلك متعلق بالحنفي دون غيره فليختص ذلك به. (ومن) (قامت عليه بينة) بحق (ليس له تحليف المدعي) على استحقاقه مدعاه لأنه تكليف حجة بعد قيام حجة ولأنه كالطعن في الشهود ولظاهر قوله تعالى {واستشهدوا شهيدين} نعم له تحليف المدين مع قيام البينة بإعساره لجواز أن له مالا باطنا كما مر في بابه، وكذا لو شهدت له بينة بعين وقالوا: لا نعلمه باع ولا وهب فلخصمه تحليفه أنها ما خرجت عن ملكه بوجه. ولو أقام المدعي بينة ثم قال: لا تحكم حتى تحلفه فبحث الرافعي بطلان بينته لاعترافه أنها مما لا يجب الحكم بها، ورد المصنف بأنه قد يقصد ظهور إقدامه على يمين فاجرة مثلاً فينبغي أن لا تبطل، وما نظره في كلامه غير معول عليه.

(فإن) (ادعى) عليه (أداء) له (أو إبراء) منه أو أنه استوفاه (أو شراء عين) منه (أو هبتها وإقباضها) أي أنه وهبه إياها وأقبضها له (حلفه) أي مدعي نحو الأداء (على نفيه) وهو أنه ما تآدى منه الحق ولا أبراه منه ولا باعه له ولا وهبه إياه: نعم إن ادعى ذلك بعد الحكم لم يحلفه لثبوت الحق على خصمه بالحكم، كذا صححه في الروضة والرافعي في الشرح الصغير، ونقله في الكبير عن البغوي، واختار الأذرعى أنه يحلفه لأنه لو أقر نفع خصمه وهو مقتضى ما في الكتاب كأصله وصححه البلقيني إلا أن يقر أنه لا دافع له ولا مطعن فيؤاخذ بإقراره، ولو ذكر تأويلاً من نسيان ونحوه فله التحليف كما في نظائره من المرايحة وغيرها، ويستثنى منه ما لو حلف المدعي قبل ذلك، أما مع شاهده أو يمين الاستظهار فلا يحلف بعد هذه الدعوى ولا تسمع دعوى إبراء من الدعوى لأنه باطل. (وكذا لو) (ادعى) خصمه (علمه بفسق شاهده) أو نحوه من كل ما يبطل الشهادة (أو كذبه) فإنه يحلف على نفيه (في الأصح) لأنه لو أقر به بطلت شهادته له، وسيعلم مما يأتي أن كل ما لو أقر به لنفع خصمه لخصمه تحليفه على نفيه. نعم لا يتوجه حلف على شاهد أو قاض ادعى كذبه قطعاً وإن كان لو أقر نفعه لأنه يؤدي إلى فساد عام، ولو نكل عن هذه اليمين حلف المدعى عليه وبطلت الشهادة، ومر في الإقرار أن للمقر تحليف المقر له إذا ادعى أنه إنما أشهد على رسم القبالة، ولو أجاب المدعى عليه بعين بلا أمنعك منها لم يكن له المنع ولم تقبل بينته إلا إذا حلف أنها حين قوله ذلك لم تكن بيده.

(وإذا) (استمهل) من قامت عليه البينة أي طلب الإمهال (ليأتي بدافع) (أمهل) وجوباً لكن بكفيل وإلا رسم عليه إن خيف هربه وذلك بعد تفسيره الدافع، فإن لم يفسره وجب استفساره حيث كان عامياً لأنه قد يعتقد ما ليس بدافع دفعا (ثلاثة أيام) لأنها مدة قريبة لا يعظم الضرر فيها، فإن احتاج في إثباته إلى سفر مكن ما لم يزد على الثلاث، ولو أحضر بعد الإمهال

المذكور شهود الدافع أو شاهداً أو أحداً أمهل ثلاثاً أخرى للتعديل أو التكميل، ولو عين جهة ولم يأت بيينة ثم ادعى أخرى عند انقضاء مدة المهلة واستمهل لها لم يمهل أو أثنائها أمهل بقيتها فقط. (ولو) (ادعى رق بالغ) عاقل مجهول النسب ولو سكران (فقال: أنا حر) بالأصالة وهو رشيد ولم يسبق إقراره بالملك كما مر قبيل الجعالة (فالقول قوله يمينه) وإن تداولته الأيدي بالبيع وغيره لموافقته للأصل وهو الحرية، ومن ثم قدمت بيينة الرق على بيينة الحرية لأن مع الأولى زيادة علم بنقلها عن الأصل، كذا أطلقه البغوي وغيره، وجزم به في الأنوار وحكى الهروي عن الأصحاب أن بيينة الحرية أولى خلافاً للشيخ أبي حامد، وكذا قال شريح في روضته. أما لو اعترف بالرق وادعى زواله كأعقتني هو أو غيره فلا بد من بيينة، وإذا ثبتت حرته الأصلية بقوله رجع مشتريه على بائعه بالثمن وإن أقر له بالملك لبنائه على ظاهر اليد. (أو) ادعى (رق صغير) أو مجنون كبير (ليس في يده) وكذبه صاحب اليد (لم يقبل إلا بيينة) أو نحوها كعلم قاض ويمين مردودة لأن الأصل عدم الملك (أو في يده) أو يد غيره وصدقه (حكم له به إن) حلف لعظم خطر الحرية، و (لم يعرف استنادها) فيهما (إلى التقاط) ولا أثر لإنكاره بعد بلوغه لأن اليد حجة، بخلاف المستندة للتقاط لأن اللقيط محكوم بحرته ظاهراً كما مر بيانه، وذكر ذلك هنا تكميلاً لأحوال المسألة فلا تكرر. (ولو) (أنكر الصغير وهو مميز) كونه قنه (فإنكاره لغو) لإلغاء عبارته (وقيل كبالغ) لأنه يعرف نفسه، وكذا لا يؤثر إنكاره بعد كماله لأنه حكم برقه فلا يرتفع ذلك إلا بحجة.

(ولا تسمع دعوى بدين مؤجل في الأصح) إذ لا يتعلق بها إلام ومطالبة في الحال، نعم إن كان بعضه حالاً وادعى بجميعة ليطالبه بما حل وإن قل ويكون المؤجل تبعاً سمعت كما قاله الماوردي والثاني تسمع ليثبته في الحال ويطالبه به في الاستقبال. وبحث البلقيني صحة الدعوى بقتل خطأ أو شبه عمد على القاتل وإن استلزمت الدية مؤجلة لأن القصد ثبوت القتل، ومن ثم صحت دعوى عقد بمؤجل قصد بها تصحيح العقد قاله الماوردي، وهو ظاهر لأن المقصود منها مستحق في الحال. ولو ادعى ديناً على معسر وقصد إثباته ليطالبه إذا أسر فظاهر كلامهم أنها لا تسمع مطلقاً، واعتمده الغزي وهو المعتمد، وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى وإن اقتضى ما قررناه عن الماوردي سماعها لأن القصد إثباته ظاهراً مع كونه مستحقاً قبضه حالاً بتقدير يساره القريب عادة، ومر أن من شروط الدعوى أن لا ينافيها دعوى أخرى، ومنه أن لا يكذب أصله. فلو ثبت إقرار رجل بأنه عباسي فادعى فرعه أنه حسني لم تسمع دعواه ولا بيينة كما أفتى به ابن الصلاح وأعلم أن هذه الشروط الثلاثة المعلومة مما سبق، وهي العلم والإلام وعدم المناقضة معتبرة في كل دعوى، ويزيد على ذلك في الدعوى بعين بنحو بيع أو هبة على من هي بيده واشتريتها أو اتبعتها من فلان وكان يملكها أو سلمنيها، لأن الظاهر أنه إنما يتصرف فيما يملكه وفي الدعوى على الوارث بدين ومات المدين وخلف تركة تفي بالدين أو بكذا منه وهو بيد هذا وهو يعلم الدين: أي أو لي به بيينة.

(فصل)

في جواب الدعوى وما يتعلق به

إذا (أصر المدعى عليه على السكوت عن جواب الدعوى) الصحيحة وهو عارف أو جاهل فنبه ولم يتنبه كما أفاد ذلك كله قوله أصر وعرف بذلك بالأولى أن امتناعه عنه كسكوته (جعل كمنكر ناكل) فيما يأتي بقيده وهو أن يحكم القاضي بنكوله أو يقول للمدعي: احلف فحينئذ يحلف ولا يمكن الساكت من الحلف لو أراده ويندب له أن يكرر: أجبه ثلاثاً، نعم إن غلب على ظنه أن سكوته لنحو دهشة أو جهل وجب إعلامه، فإن أصر فناكل

وسكوت أخرس عن إشارة مفهمة أو كتابة أحسنها كذلك، ومثله أصم لا يسمع وهو يفهم الإشارة وإلا فهو كمجنون على ما مر في الحجر. (فإن) (ادعى) عليه (عشرة) مثلا (فقال: لا تلزمني العشرة لم يكف) في الجواب (حتى يقول ولا بعضها وكذا يحلف) إن توجهت اليمين عليه لأن مدعي العشرة مدع لكل جزء منها فلا بد أن يطابق الإنكار واليمين دعواه، وإنما يطابقانها إن نفى كل جزء منها (فإن حلف على نفي العشرة واقتصر عليه فناكل) عما دون العشرة (فيحلف المدعي على استحقاق دون عشرة بجزء) وإن قل بلا تجديد دعوى (ويأخذه) لما يأتي أن اليمين مع النكول كالإقرار، نعم إن نكل المدعى عليه عن العشرة وقد اقتصر القاضي في تحليف المدعى عليه على عرض اليمين عليها ولم يقل ولا شيء منها فليس للمدعي أن يحلف على استحقاق ما دونها إلا بعد تجديد دعوى ونكول المدعى عليه، لأنه إنما نكل عن عشرة والناكل عنها لا يكون ناكلا عن بعضها، هذا إن لم يسندها إلى عقد، بخلاف ما إذا أسندها إليه كأن قالت له: نكحتني أو بعثني دارك بعشرة فحلف ما نكحتك أو ما بعثك بعشرة كفى لأن المدعي للنكاح أو البيع بعشرة غير مدع له بما دونها، فإن نكل عن اليمين لم يكن لها أن تحلف على الأقل إلا بدعوى جديدة. ولو ادعى عليه مالا فأنكر وطلب منه اليمين فقال: لا أحلف وأعطي المال لم يلزمه قبوله من غير إقرار وله تحليفه لأنه لا يأمن أن يدعي عليه بما دفعه بعد، وكذا لو نكل عن اليمين وأراد المدعي أن يحلف يمين الرد فقال خصمه: أنا أبذل المال بلا يمين فيلزمه الحاكم بأن يقر وإلا حلف المدعي. (وإذا ادعى مالا مضافا إلى سبب كأقرضتك كذا كفاه في الجواب لا تستحق) أنت (على شيء) أو لا يلزمني تسليم شيء إليك. (أو) ادعى عليه (شفعة كفاه) في الجواب (لا تستحق علي شيئا) أو لا يلزمني تسليم شيء إليك (أو) ادعى عليه (شفعة كفاه) في الجواب (لا تستحق علي شيئا أو لا تستحق) علي (تسليم الشقص ويحلف على حسب جوابه هذا) ولا يشترط التعرض لنفي تلك الجهة لأن المدعي قد يصدق فيها، ولكن عرض ما أسقطها من نحو أداء أو إبراء أو إعسار أو عفو في الثانية وإن أقر بها لم يجد بينة فاقتضت الضرورة قبول إطلاقه، ومر في بابه كيفية دعواها وجواب دعوى الوديعة لم تودعني أو لا تستحق علي شيئا أو هلكت أو دفعتها دون قوله لم يلزمني دفع ولا تسليم شيء إليك لأنه لا يلزمه ذلك بل التخلية، وجواب دعوى ألف صداقا لا يلزمني دفع شيء إليها إن لم يقر بالزوجية وإلا لم يكفه وقضي عليه بمهر المثل إلا إن ثبت خلافه، وقد شنعوا على جهلة القضاة بمبادرتهم إلى فرض مهر المثل بمجرد عجزها عن حجة، والصواب سؤاله، فإن ذكر قدرا غير ما ادعته تحالفا، فإن حلفا أو نكلا وجب مهر المثل أو حلف أحدهما فقط قضي له بما ادعاه، ويكفي في جواب دعوى الطلاق أنت زوجتي، والنكاح ليست زوجتي ولا يكون طلاقا، فلو صدقها سلمت له، ولو أنكروا وحلف حل نحو أختها، وليس لها تزوج غيره حتى يطلقها أو يموت وتنقضي عدتها وينبغي للحاكم أن يرفق به ليقول: إن كنت نكحتها فهي طالق (فإن أجاب بنفي السبب المذكور) بأن قال: ما أقرضتني أو ما بعثتني أو ما غصبت (حلف عليه) كذلك لي مطابق اليمين الإنكار، ولو تعرض لنفي السبب جاز لكن لو أقام المدعي به بينة لم تسمع بينة المدعى عليه بأداء أو إبراء لأنه كذبها بنفيه السبب من أصله (وقيل: له الحلف بالنفي المطلق) كما له أن يجيب به في الابتداء. وعلم مما قررناه أنه لو ادعى دينا وهو مؤجل ولم يذكر الأجل كفاه في جوابه لا يلزمني تسليمه الآن ويحلف عليه، ولو ادعى على من حلف لا يلزمني تسليم شيء إليك بأن حلفك إنما كان لإعسار والآن أيسرت سمعت دعواه، ويحلف له ما لم تتكرر دعواه بحيث يظن به التعنت. ويستثنى من الاكتفاء بلا تستحق علي شيئا مسائل كما إذا أقر بأن جميع ما في داره ملك زوجته ثم مات

فأقامت بيّنة بذلك فقال الوارث: هذه الأعيان لم تكن إذ ذاك فلا يكفي حلفه على أنها لا تستحقها.

(ولو كان بيده مرهون أو مكري وادعاه مالكة كفاه) في الجواب (لا يلزمني تسليمه) لأنه جواب مقيد، ولا يلزمه التعرض للملك (فلو) (اعترف) له (بالملك وادعى الرهن والإجارة) وكذبه المدعي (فالصحيح أنه لا يقبل إلا بيّنة) في دعوى الرهن والإجارة لأن الأصل عدمهما، والثاني يقبل لأن اليد تصدقه في ذلك (فإن عجز عنها وخاف أولاً إن اعترف بالملك جحده) مفعول خاف (الرهن أو الإجارة فحيلته أن يقول) في الجواب (إن ادعيت ملكاً مطلقاً فلا يلزمني تسليم) لمدعائك (وإن ادعيت مرهوناً) أو مؤجراً عندي (فاذكره لأجيب) وعلى عكسه لو ادعى المرتهن وخاف الراهن جحود الرهن لو اعترف بالدين يفصل فيقول إن ادعيت ألفاً لي عندك بها كذا رهناً فاذكره لأجيب أو ألفاً مطلقاً لم يلزمني. (وإذا) (ادعى عليه عينا) عقاراً أو منقولاً (فقال: ليس هي لي) (أو) أضافها لمن لا تمكن مخاصمته كقوله (هي لرجل لا أعرفه أو لابني الطفل) أو المجنون أو السفية، سواء أزداد على ذلك أنها ملكة أم وقف عليه أم لا كما هو ظاهر (أو وقف على الفقراء أو مسجد كذا) وهو ناظر عليه (فالأصح أنه لا تنصرف) عنه (الخصومة ولا تنزع) العين (منه) لأن الظاهر ملكه لما بيده أو مستحقه، وما صدر منه ليس بمزيل ولم يظهر لغيره استحقاق، ولا ينافيه قولهما نقلاً عن الجويني لو قال للقاضي: بيدي مال لا أعرف مالكة فالوجه القطع بأن القاضي يتولى حفظه لحمل هذا على ما إذا قاله لا في جواب دعوى، وحينئذ يفرق بأن ما هنا قرينة قوية تؤيد اليد، وهو ظهور قصد الصرف بذلك عن المخاصمة فلم يقو هذا الإقرار على انتزاعها من يده، بخلافه ثم فإنه لا قرينة تؤيده فعمل بإقراره. (بل يحلفه المدعي) لا على أنها لنحو ابنه بل على (أنه لا يلزمه التسليم) للعين رجاء أن يقر أو ينكل فيحلف المدعي ويثبت له العين في الأوليين والبدل للحيلولة في البقية، وله تحليفه كذلك (إن) كان للمدعي بيّنة أو (لم تكن) له (بيّنة) وفيما إذا كان له بيّنة وأقامها يقضي بها وفيه تفصيل للبعوي، والوجه الثاني أنها تنصرف عنه لأنه لا يبرأ من الدعوى، ولا سبيل إلى تحليف الولي ولا طفله، ولا تغني إلا البيّنة، وينزع الحاكم العين من يده، فإن أقام المدعي بيّنة على الاستحقاق أخذها وإلا حفظها إلى أن يظهر مالكةا (وإن أقر به) أي المذكور (لمعين حاضر تمكن مخاصمته وتحليفه) جمعه بين معين وحاضر للإيضاح إذ أحدهما مغن عن الآخر، وتقييده بإمكان مخاصمته ليس معناه أنه إذا أقر به لمن لا تمكن مخاصمته وهو المحجور لا تنصرف الخصومة عنه بل تنصرف عنه لوليه، وإنما ذكر ذلك ليرتب عليه قوله (سئل فإن صدقه صارت الخصومة معه) لصيرورة اليد له (وإن كذبه ترك في يد المقر) لما مر في الإقرار (وقيل: يسلم إلى المدعي) إذ لا طالب له سواء وزيفه الإمام بأن القضاء له بمجرد الدعوى محال (وقيل: يحفظه الحاكم لظهور مالكة) كما مر في الإقرار (وإن أقر به لغائب فالأصح انصراف الخصومة عنه وبوقف الأمر حتى يقدم الغائب) لأن المال لغيره بظاهر إقراره بدليل أن الغائب لو قدم وصدقه أخذه والثاني لا تنصرف وهو ظاهر نص المختصر لأن المال في يده، والظاهر أنه له فلا يمكن من صرف الخصومة عنه بالإضافة لغائب قد يرجع وقد لا يرجع.

(فإن) (كان للمدعي بيّنة) ووجدت شروط القضاء على الغائب (قضى) له (بها) وسلمت له العين لا يقال: هذا تهافت لأن الوقف ينافيه ما فرعه عليه وعبارة أصله سالمة منه لأننا نقول: لا تهافت فيه لأنه بان بهذا التفريع أن قبله مقدراً حيث لا بيّنة، ومثل هذا ظاهر لا يعترض مثله إلا لتنبه للمراد من العبارة بأدنى تأمل (وهو) هنا (قضاء على غائب فيحلف) المدعي (معها) يمين الاستظهار كما مر لأن المال صار له بحكم الإقرار (وقيل) بل

قضاء (على حاضر) فلا يحلف معها ثم انصراف الخصومة عنه في الصور المتقدمة والوقف إلى قدوم الغائب إنما هو بالنسبة للعين المدعاة، أما بالنسبة لتحليفه فلا إذ للمدعي طلب حلفه أنه لا يلزمه التسليم إليه، فإن نكل حلف المدعي وأخذ بدل العين المدعاة بناء على الأظهر المار أو آخر الإقرار أنه لو أقر له به غرم له بدله للحيلولة بينهما بإقراره الأول. ولو أقام المدعي بينة بدعواه والمدعى عليه بأنها للغائب عمل بينته إن ثبتت وكالته وإلا لم تسمع بالنسبة لثبوت ملك الغائب والحاصل أن المقر متى زعم أنه وكيل الغائب احتاج في ثبوت الملك للغائب إلى إثبات وكالته وأن العين ملك للغائب، فإن أقامها بالملك فقط لم تسمع إلا لدفع التهمة عنه، ولو ادعى لنفسه حقا فيها كرهن مقبوض وإجارة سمعت بينته أنها ملك فلان الغائب لأن حقه لا يثبت إلا إن ثبت ملك الغائب فيثبت ملكه بهذه البينة، ولا ينافيه ما مر من أنه ليس له إثبات مال لغريمه حتى يأخذ دينه منه لأن محل ذلك في أصل العين الذي لا علاقة له فيها وهنا في حق التوثق أو المنفعة مع تعلق حقه به، وقول الشارح وصححه في الروضة كاصلها إنما حكاها بحسب سبق نظره، إذ ما صححه فيها من ذلك إنما هو تفريع على مقابل الأصح. ولو قال المدعى عليه: هي لي وفي يدي فأقام المدعي بينة وحكم له الحاكم بها ثم بان كونها في غير يد المدعى عليه فالأقرب عدم نفوذه إن كان ذو اليد حاضرا وينفذ إن كان غائبا وتوفرت شروط القضاء على الغائب وعلم مما مر أن من يدعي حقا لغيره ولم يكن وكيلا ولا وليا لا تسمع دعواه، ومحلها إن كان يدعي حقا لغيره غير منتقل إليه، بخلاف ما إذا كان منتقلا منه إليه (وما قبل) (إقرار عبد) أي قن (به كعقوبة) لآدمي من قود أو حد قذف أو تعزيره (فالدعوى عليه وعليه الجواب) لترتب الحكم على قوله لقصور أثره عليه دون سيده، إما عقوبة لله تعالى فلا تسمع الدعوى بها مطلقا كما مر (وما لا) يقبل إقراره به (كأرش) لعيب وضمنان متلف (فعلى السيد) الدعوى به، والجواب إذ متعلقه الرقبة وهي حق السيد دون القن فلا تسمع به عليه ولا يحلف كالمتعلق بذمته لأنه في معنى المؤجل نعم قطع البغوي بسماعها عليه إن كان للمدعي بينة، إذ قد يمتنع إقرار شخص بشيء وتسمع الدعوى به عليه لإقامة البينة، فإن السفه لا يقبل إقراره بالملك وتسمع الدعوى عليه لأجل إقامة البينة، نعم الدعوى والجواب على القن في نحو قتل خطأ أو شبه عمد بمحل اللوث مع أنه لا يقبل إقراره وذلك لتعلق الدية برقبته إذا أقسم الولي وقد يكونان عليهما كما في نكاحه ونكاح المكاتبه لتوقف ثبوته على إقرارهما.

(فصل)

في كيفية الحلف وضابط الحالف وما يتفرع عليه

(تغلظ) ندبا وإن لم يطلبه الخصم وإن أسقطه كما قاله القاضي (يمين مدع) سواء في ذلك المردودة ومع الشاهد (و) يمين (مدعى عليه) ومحل ذلك ما لم يسبق من أحدهما حلف بنحو طلاق أن لا يحلف يمينا مغلظة وإلا فلا تغليظ، والأوجه تصديقه في ذلك بلا يمين لأنه يلزم من حلفه طلاقه ظاهرا فساوى الثابت بالبينة (فيما ليس بمال ولا يقصد به مال) كنكاح وطلاق ولعان وقود وعتق وولاء ووكالة ولو في درهم وسائر ما مر مما لا يثبت برجل وامرأتين وذلك لأن اليمين موضوعة للزجر عن التعدي فغلظ مبالغة وتأكيدا للردع فيما هو متأكد في نظر الشرع وهو ما ذكر، وما في قوله (وفي مال) أو حقه كأجل وخيار حيث (يبلغ) المال (نصاب زكاة) وهو عشرون دينارا أو مائتا درهم وما عداهما أن يبلغ قيمته أحدهما والأصل في ذلك ما رواه الشافعي والبيهقي عن عبد الرحمن بن عوف: أنه رأى قوما يحلفون بين المقام والبيت فقال أعلى دم؟ فقالوا: لا، فقال فعلى عظيم من المال؟ قالوا: لا، قال: خشيت أن يتهاون بهذا المقام فخرج بالمال

الاختصاص وبالنصاب ما دونه، كأن اختلفا متبايعان في ثمن فقال البائع: عشرون والمشتري عشرة لأن التنازع إنما هو في عشرة وذلك لأنه حقير في نظر الشرع ولهذا لم تجب فيه مواساة، نعم لو رآه الحاكم لجراءة في الحالف فعله وبحث البلقيني أن له فعله بالأسماء والصفات مطلقاً (وسبق بيان التخليط في) كتاب (اللغان) بالزمان والمكان كغيرهما، نعم التخليط بحضور جمع أقلهم أربعة وتكرير اللفظ لا أثر له هنا، ويندب بزيادة الأسماء والصفات أيضاً وهي معروفة، ويسن أن يقرأ عليه {إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً} وأن يوضع المصحف في حجره ويحلف الذمي بما يعظمه مما نراه بحق لا هو، ولا يجوز التحليف بنحو عتق أو طلاق بل يلزم الحاكم عزل ما فعله: أي حيث كان يعتقد كما لا يخفى، وقد يختص التخليط بأحد الجانبين كما لو ادعى قن على سيده عتقا أو كتابة فأنكره السيد فتغلظ عليه إن بلغت قيمته نصاباً، فإن رد اليمين على القن غلظ عليه مطلقاً لأن دعواه ليست بمال.

(ويحلف على البت) وهو الحزم فيما ليس بفعله ولا فعل غيره كأن طلعت الشمس أو كان هذا غراباً فأنت طالق، نعم لو ادعى المودع التلف ورد اليمين على المدعي فإنه يحلف على نفي العلم مع أن التلف ليس من فعل أحد، و (في فعله) نفيًا أو إثباتًا لإحاطته بفعل نفسه أي من شأنه ذلك وإن صدر منه ذلك الفعل حالة جنونه كما اقتضاه إطلاقهم (وكذا فعل غيره إن كان إثباتاً) كبيع وإتلاف وغصب لتيسر الوقوف عليه (وإن كان نفيًا) غير محصور (فعلى نفي العلم) كالأعلمه فعل كذا لعسر الوقوف على العلم به، والفرق بينه وبين عدم جواز الشهادة بالنفي حيث كان غير محصور أنه يكتفى في اليمين. بأدنى ظن، بخلاف الشهادة لا بد فيها من الظن القوي القريب من العلم كما مر، أما المحصور فيحلف فيه على البت كما هو قضية تجويزهم الشهادة به وقول البلقيني: وقد يكلف الحلف على البت في فعل غيره النفي كحلف البائع أن عبده لم يابق مثلاً وكحلف مدعي النسب اليمين المردودة أنه ابنه مثلاً وحلف مدين أنه معسر وأحد الزوجين اليمين المردودة أن صاحبه به عيب رد أوله بأنه حلف على فعل عبده والحلف فيه على البت ولو نفيًا، وثانيه بأنه يرجع إلى أنه ولد على فراشه وهو إثبات والحلف فيه على البت وإن لم يكن فعله، وثالثه نفي الملك نفسه على شيء مخصوص، ورابعه بأنه فعله تعالى وهو حلف على فعل الغير إثباتاً، قال: والضابط أنه يحلف بتا في كل يمين إلا فيما يتعلق بالوارث فيما ينفيه، وكذا العاقلة بناء على أن الوجوب لا في القاتل، وأورد عليه مسائل مرت في الوكيل في القضاء على الغائب وفي الوكالة فيما لو اشترى جارية بعشرين وأن المشتري لو طلب من البائع أن يسلمه المبيع فادعى عجزه الآن عنه فأنكر المشتري فإنه يحلف على نفي علمه لعجزه. (ولو) (ادعى دينا لمورثه فقال: أبرأني) منه أو استوفاه أو أحال به مثلاً (حلف على) البت إن شاء أو على (نفي العلم بالبراءة) لأنه حلف على نفي فعل الغير، ويشترط هنا وفي كل ما يحلف المنكر فيه على نفي العلم التعرض في الدعوى لكونه يعلم ذلك. قال البلقيني: ومحلّه إن علم المدعي أن المدعى عليه يعلمه وإلا لم يسغ له أن يدعي أنه يعلمه أي لم يجز له ذلك فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يوجه إطلاقهم بأنه قد يتوصل به إلى حقه إذا نكل المدعى عليه فيحلف هو فسومح له فيه. (ولو) (قال: جنى عبدك) أي قنك (علي بما يوجب كذا) (فالأصح حلفه على البت) إن أنكر لأن قنه ماله وفعله كفعل نفسه ولذا سمعت الدعوى عليه والثاني على نفي العلم لتعلقه بفعل الغير، أما فعل قن مجنون أو يعتقد وجوب طاعة الأمر فيحلف فيه على البت قطعاً لأنه كالبهيمة. (قلت: ولو) (قال جنت بهيمتك) على زرعي مثلاً (حلف على البت قطعاً، والله أعلم) لأنه إنما ضمن لتقصيره في حفظها فكان من فعله، ومن ثم لو كانت بيد من يضمن

فعلها كمستأجر ومستعير فالدعوى والحلف عليه فقط كما بحثه الأذرعى وغيره وسبقه إليه ابن الصلاح في الأجير.

(ويجوز البت بظن مؤكد يعتمد) فيه (خطه أو خط أبيه) أو مورثه الموثوق به بحيث يترجح عنده بسببه وقوع ما فيه، بخلاف ما لو استوى الأمران، وضابطه أن يكون بحيث لو وجد فيه مكتوبا أن علي لفلان كذا لم يحلف على نفيه بل يطيب خاطره بدفعه، ومن الأغراض المجوزة للحلف أيضا نكول خصمه: أي الذي لا يتورع مثله عن اليمين، وهو محق كما أشار إليه البلقيني، وظاهر إطلاقه جواز ذلك وإن لم يتذكر وهو ما في الشرحين والروضة هنا وقال الأذرعى: إنه المشهور وهو المعتمد، وإن نقلنا في الشرحين والروضة في أوائل القضاء عن الشامل اشتراط التذكر. (ويعتبر) في اليمين موالاتها وطلب الخصم لها من الحاكم وطلب الحاكم لها ممن توجهت عليه و (نية القاضي) أو نائبه أو المحكم أو المنصوب للمظالم وغيرهم من كل من له ولاية التحليف (المستحلف) واعتقاده مجتهدا كان أو مقلدا لا نية الحالف واعتقاده مجتهدا كان أو مقلدا أيضا لئلا تبطل فائدة الأيمان وتضيع الحقوق، ولخير مسلم {اليمين على نية المستحلف} وحمل على القاضي لأنه الذي له ولاية الاستحلاف أما لو حلفه نحو غريمه ممن لا ولاية له في التحليف أو حلف هو ابتداء فالعبرة بنيته وإن أثم بها حيث أبطلت حق غيره، وعليه يحمل خبر {يمينك ما يصدقك عليه صاحبك}. (فلو) (ورى) الحالف بالله ولم يظلمه خصمه كما بحثه البلقيني (أو تأول خلافها) أي اليمين (أو استثنى) أو وصل باللفظ شرطا (بحيث لا يسمع القاضي لم يدفع) عنه (إثم اليمين الفاجرة) وإلا لبطلت فائدة اليمين من أنه يهاب الإقدام عليها خوفا من الله تعالى، أما من حلف بنحو طلاق فتنفعه التورية والتأويل، وأما من ظلمه خصمه في نفس الأمر كأن ادعى عليه وهو معسر فحلف لا يستحق علي شيئا: أي تسليمه الآن فكذلك أيضا، نعم إن كان المحلف يرى ذلك مذهبا اعتبرت نيته حينئذ، والتورية قصد مجاز هجر لفظه دون حقيقته كما له عندي درهم: أي قبيلة أو قميص: أي غشاء القلب أو ثوب: أي رجوع وهو هنا اعتقاد خلاف ظاهره لشبهة عنده واستشكال الاستثناء بأنه لا يمكن في الماضي، إذ لا يقال: أتلفت كذا إن شاء الله أجيب عنه بأن المراد رجوعه لعقد اليمين وخرج بحيث لا يسمع ما لو سمعه فيعذره ويعيد اليمين ولو وصل بها كلاما لم يفهمه القاضي منعه وأعادها.

وضابط من تلزمه اليمين في جواب الدعوى أو النكول أنه كل (من توجهت عليه يمين) أي دعوى صحيحة كما في المحرر، أو المراد طلبت منه يمين ولو من غير دعوى كطلب قاذف ادعى عليه عين المقذوف أو وراثته أنه ما زنى وحينئذ فعبارته أحسن من عبارة أصله فزعم أنها سبق قلم غير صحيح و (لو) (أقر بمطلوبها) أي اليمين أو الدعوى لأن مؤادهما واحد (لزمه) وحينئذ فإذا ادعى عليه بشيء كذلك (فأنكره حلف) للخبر المار. ولو قال: أبرأتني عن هذه الدعوى لم يحلفه على نفيه لأن الإبراء منها لا معنى له. ولو علق طلاقها بفعلها فادعته وأنكر لم يحلف على نفي العلم بوقوعه، بل إن ادعت فرقة حلف على نفيها على ما مر في الطلاق أنه لا يقبل قولها في ذلك وإلا فلا. ولو ادعى عليه شفعة فقال: إنما اشتريت لابني لم يحلف. ولو ظهر غريم بعد قسمة مال المفلس بين غرمائه فادعى أنهم يعلمون دينه لم يحلفوا، أو ادعت أمة الوطاء وأمىة الولد فأنكر السيد أصل الوطاء لم يحلف، ومر في الزكاة أنه لا يجب على المالك فيها يمين أصلا، ولو ادعى على أبيه أنه بلغ رشيدا وأنه يعلم ذلك وطلب يمينه لم يحلفه مع أنه لو أقر به انعزل وإن لم يثبت رشد الابن بإقرار أبيه أو على قاض أنه زوجه مجنونة فأنكر لم يحلف مع أنه لو أقر قبل أو الإمام على الساعي أنه قبض زكاة فأنكر لم يحلف أيضا. ولو ثبت لزيد دين على عمرو فادعى على خالد أن هذا الذي بيدك لعمرو فقال: بل لي لم يحلف لاحتمال

رده اليمين على زيد فيحلف فيفرضى لمحذور وهو إثبات ملك لشخص بيمين غيره، ولو قصد إقامة بينة عليه لم تسمع ونظر فيه الشيخ، ويؤيده قول ابن الصلاح لو أقر خالد بأن الثوب لعمرو بيع في الدين. ولو كان له حق على ميت فأثبتته وحكم له به ثم جاء بمحضر يتضمن ملكا للميت وأراد أن يثبتته لبيعه في دينه ولم يوكله الوارث في إثباته فالأحسن القول بجواز ذلك أنتهى. وصرح بمثله السيكي فقال: للوارث والوصي والمدائن المطالبة بحقوق الميت أنتهى ومر أن قولهم ليس للدائن أن يدعى على من عليه دين لغريمه الغائب أو الميت وإن قلنا: إن غريم الغريم غريم لا يخالف ذلك للفرق بين العين والدين وخرج به وأقر إلى آخره نائب المالك كوصي ووكيل فلا يحلف لأنه لا يقبل إقراره. نعم لو جرى عقد بين وكيلين تحالفا كما مر وهذا مستثنى أيضا، وكالوصي فيما ذكرناه ناظر الوقف فالمدعى على هؤلاء ونحوهم إنما هي لإقامة البينة إذ إقرارهم لا يقبل ولا يحلفون إن أنكروا ولو على نفي العلم إلا أن يكون الوصي وارثا. ولو أوصت غير زوجها فادعى آخر أنه ابن عمها ولا بينة له لم تسمع دعواه على الوصي والمزوج لأنها إنما تسمع غالبا على من لو أقرب بالمدعى به قبل، وهذا لو صدقه أحدهما لم يقبل لأن النسب لا يثبت بقوله. نعم إن كان الزوج معتقا أو ابن عم وأخذناه بإقراره بالنسبة للمال وإن أنكر الخصم وكالة مدع لم يحلفه على نفي العلم لأن له طلب إثباتها وإن أقر بها. (ولا يحلف قاض على تركه الظلم في حكمه ولا شاهد أنه لم يكذب) لارتفاع منصبهما على ذلك وإن كانا لو أقرأ بنفي المدعى به لا ينفع المدعى، وعدل عن تصريح أصله بهذا الاستثناء لأنه غير صحيح لخروج هذا من قوله توجهت عليه دعوى لما مر أن هذين لا تسمع عليهما الدعوى بذلك، وخرج بقوله في حكمه غيره فهو فيه كغيره. (ولو) (قال مدعى عليه: أنا صبي) والوقت يحتمل ذلك (لم يحلف) لأن يمينه تثبت صباحا والصبي لا يحلف (ووقف) الأمر (حتى يبلغ) ثم يدعى عليه وإن كان لو أقر بالبلوغ في وقت احتمال قبل، ومن ثم ادعى أن هذه من المستثنيات من الضابط، نعم لو سبي كافر فأثبت فادعى استعجال الإنبات بدواء حلف، فإن نكل قتل. (واليمين تفيد قطع الخصومة في الحال لا براءة) من الحق لأنه {صلى الله عليه وسلم أمر حالفا بالخروج من حق صاحبه} أي كأنه علم كذبه كما رواه أحمد (فلو) (حلفه ثم أقام بينة) بمدعاه أو شاهدا ليحلف معه (حكم بها) وكذا لو ردت اليمين على المدعى فنكل ثم أقام بينة، والحصر في خبر {شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك} إنما هو حصر لحقه في النوعين: أي لا ثالث لهما. وأما منع جمعها فلا دلالة للخبر عليه، وقد لا تفيد البينة كما لو أجاب مدعى عليه بوديعة بنفي الاستحقاق وحلف عليه، فلا تفيد المدعى إقامة البينة بأنه أودعه لأنها لا تخالف ما حلف عليه من نفي الاستحقاق. قاله البلقيني. ولو اشتملت الدعوى على حقوق فله التحليف على بعضها دون بعض لا على كل منها يمينا مستقلة ما لم يفرقها في دعاوى كما قاله الماوردي، ولا يكلف جمعها في دعوى واحدة. ولو أقام بينة ثم قال: هي مبطللة أو كاذبة سقط تمسكه بها لا أصل الدعوى

(ولو) (قال): من توجهت له يمين أبرأتك عنها سقط حقه منها بالنسبة لتلك الدعوى فقط فله استئناف دعوى وتحليفه. وإن قال (المدعى عليه) الذي طلب تحليفه: (قد حلفني مرة) على هذه الدعوى عند قاض آخر أو أطلق (فليحلف أنه لم يحلفني) عليها (ممكن) من ذلك ما لم تكن له بينة ويريد إقامتها فيمهل له ثلاثة أيام (في الأصح) لأن ما قاله محتمل، ولا يجاب المدعى لو قال قد: حلفني أنني لم أحلفه فليحلف على ذلك لئلا يتسلسل الأمر، فإن نكل حلف المدعى عليه يمين الرد واندفعت الخصومة عنه. والثاني المنع لأنه لا يؤمن أن يدعى المدعى أنه حلف على أنه ما حلفه، وهكذا فيدور الأمر، هذا كله إذا قال: قد حلفني عند قاض آخر، فإن

قال: عندك أيها القاضي فإن حفظ القاضي ذلك لم يحلفه ومنع المدعي مما طلبه وإن لم يحفظه حلفه ولا تنفعه إقامة البينة عليه في الأصح لأن القاضي متى تذكر حكمه أمضاه، وإلا فلا يعتمد البينة ولو قال للمدعي: قد حلفت أبي أو بائعي على هذا مكن من تحليفه على نفي ذلك أيضاً، فإن نكل حلف هو، وكذا لو ادعى على مقر له بدار في يد المقر فقال: هي ملكي لا ملك المقر لك فقال: قد حلفت فاحلف أنك لم تحلفه فيمكن من تحليفه. (وإذا) (أنكر) مدعى عليه فأمر بالحلف فامتنع (ونكل) عن اليمين (حلف المدعي) بعد أمر القاضي له اليمين المردودة إن كان مدعياً عن نفسه لتحول اليمين إليه (وقضى له) بالمدعى به: أي مكن منه فقد صرح في الروضة بأنه لا يحتاج بعد اليمين إلى القضاء له به (ولا يقضي) له (بنكوله) أي الخصم وحده وما ذهب إليه أبو حنيفة وأحمد من القضاء به وحده رد بنقل مالك رضي الله عنهم في موطنه الإجماع قبلهما على خلاف قولهما، وصح أنه صلى الله عليه وسلم رد اليمين على صاحب الحق. (والنكول) يحصل بأمور منها (أن يقول) بعد عرض اليمين عليه: (أنا ناكل أو يقول له القاضي: احلف فيقول: لا أحلف) لصراحتها فيه. ومن ثم لو طلب العود إلى الحلف ولم يرض المدعي لم يجب كما اعتمده وإن نازع فيه جمع، ورجح البلقيني اعتبار الحكم لكونه مجتهداً فيه، ومن النكول أيضاً أن يقول له: قل بالله فيقول بالرحمن كما أطلقوه. نعم يتجه تقييده أخذاً مما يأتي فيمن توسم فيه الجهل بإصراره على ذلك بعد علمه بوجوب امتثال أمر الحاكم، وكلامهم هنا صريح في الاكتفاء بالحلف بالرحمن وهو ظاهر خلافاً للبلقيني، ولو قال له: قل بالله: فقال والله أو تالله ففيه وجهان: أرجحهما أنه غير ناكل كعكسه لوجود الاسم، والتفاوت إنما هو في مجرد الصلة فلم يؤثر، ولو امتنع من التخليط في شيء مما مر كان ناكلاً خلافاً للبلقيني (فإن) (سكت) بعد عرض اليمين عليه لا لنحو دهشة (حكم القاضي بنكوله) بأن يقول له: جعلتك ناكلاً أو نكلتك بالتشديد لامتناعه، ولا يصير هنا ناكلاً من غير حكم لأن ما صدر منه ليس صريح نكول، ويندب أن يعرضها الحاكم عليه ثلاثاً وهو في الساكت أكد، ولو توسم منه جهل حكم النكول وجب عليه تعريفه بأن يقول له: إن نكولك يوجب حلف المدعي وأنه لا تسمع بينتك بعده بإبراء أو نحوه، فلو حكم عليه ولم يعرفه نفذ إذ هو المقصر بعدم تعلمه حكم النكول (وقوله) أي القاضي (للمدعي) بعد امتناع المدعى عليه أو سكوته: (احلف) وإقباله عليه ليحلفه وإن لم يقل: احلف (حكم) منه (بنكوله) أي منزل منزلة حكمه به فليس للمدعى عليه أن يحلف إلا إن رضي المدعي، وبما تقرر هنا وفيما مر علم أن للخصم بعد نكوله العود إلى الحلف وإن كان قد هرب وعاد ما لم يحكم بنكوله حقيقة أو تنزيلاً وإلا لم يعد له إلا برضا المدعي، فإن لم يحلف لم يكن للمدعي الحلف في يمين مردودة لتقصيره برضاه بحلفه، ولو هرب الخصم من مجلس الحكم بعد نكوله وقبل عرض الحاكم اليمين على المدعي امتنع على المدعي حلف المردودة على ما قاله الرافعي عن البغوي، وله طلب حلف غريمه بعد إقامة شاهد واحد، وحينئذ فلا تنفعه إلا البينة الكاملة لتقصيره، ولو نكل في جواب وكيل المدعي ثم حضر الموكل فله تحليفه من غير تجديد دعوى.

(واليمين المردودة) من المدعى عليه أو من الحاكم على المدعي (في قول) أنها (كبينة) يقيمها المدعي (وفي الأظهر كإقرار المدعى عليه) لأنه بنكوله يتوصل إلى الحق فأشبهه إقراره، وعليه يجب الحق بفراغ المدعي منها وإن لم يحكم به الحاكم (فلو أقام المدعى عليه) بعدها (بينة) أو حجة أخرى (بإدائه أو إبراء) أو نحوهما من المسقطات (لم تسمع) لتكذيبه لها بإقراره، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المدعى به ديناً أو عيناً، وإن نقل الدميري عن علماء عصره أنهم أفتوا بسماعها فيما إذا كان المدعى به

عينا، قال: وأشار إليه المصنف بقوله بأداء أو إبراء، وما ذكرناه بعد هذا في أثناء الركن الخامس من سماعها وصححه البلقيني وصوبه الزركشي مفرغ على أنها كالبينة، والأصح خلافه. (فإن لم يحلف المدعي ولم يتعلل بشيء سقط حقه من اليمين) لإعراضه فليس له العود إليها ولو في مجلس آخر، إذ لو لم نقل بذلك لأضره ولرفعه كل يوم إلى قاض (وليس له مطالبة الخصم) ما لم تقم بينة كما لو حلف المدعي عليه، ومحل ذلك حيث توقف ثبوت الحق على يمين المدعي وإلا لم يحتج ليمينه كما لو ادعى ألفا من ثمن مبيع فقال المشتري: أقبضتك إياه فأنكر البائع فإنه يصدق بيمينه فإنه نكل وحلف المشتري انقطعت الخصومة، وإن نكل أيضا ألزم بالألف لا للحكم بالنكول بل لإقراره بلزوم المال بالشراء ابتداء، ومثله ما لو ولدت وطلقها ثم قال: ولدت قبل الطلاق: فاعتدي فقالت: بل بعده فيصدق بيمينه، فإن نكل وحلفت فلا عدة وإن نكلت أيضا اعتدت لا للنكول بل لأصل بقاء النكاح وأثاره فيعمل به ما لم يظهر دافع (وإن) (تعلل) المدعي (بإقامة بينة أو مراجعة حساب) أو استفتاء أو ترو (أمهل) حتما كما أفتى به الوالد رحمه الله (ثلاثة أيام) فقط لئلا يضر بالمدعي عليه فيسقط حقه من اليمين بعد مضيها من غير عذر (وقيل أبدا) لأن اليمين حقه فله تأخيرها كالبينة. (وإن) (استمهل المدعي عليه حين استحلف لينظر حسابه) أو طلب الإمهال وأطلق كما فهم بالأولى (لم يمهل) إلا برضا المدعي لأنه مجبور على الإقرار أو اليمين، بخلاف المدعي فإنه مختار في طلب حقه فله تأخيره (وقيل): يمهل (ثلاثة) من الأيام للحاجة، خرج بينظر حسابه ما لو استمهل لإقامة حجة بنحو أداء فإنه يمهل ثلاثة أيام كما مر

(ولو استمهل في ابتداء الجواب) لنظر حساب أو مراجعة عالم (أمهل إلى آخر المجلس) إن شاء القاضي كما جرى عليه ابن المقرئ تبعاً لما اقتضاه كلامهما، والقول بأن المراد إن شاء المدعي كما جرى عليه الشارح مردود كما أفاده البلقيني بأن هذا غير محتاج له إذ للمدعي ترك الدعوى من أصلها. وينبغي على الأول حمل ذلك على ما إذا لم يضر الإمهال بالمدعي لكون بينته على جناح سفر، والأوجه أن المراد بالمجلس مجلس القاضي، وكالنكول ما لو أقام شاهداً ليحلف معه فلم يحلف، فإن علل امتناعه بعذر أمهل ثلاثة أيام وإلا فلا. واعلم أنه لو ادعى عليه ولم يحلفه وطلب منه كفيلاً حتى يأتي ببينة لم يلزمه، وما اعتاده القضاة من خلاف ذلك محمول كما قاله الإمام على خوف هربه. أما بعد إقامة شاهد وإن لم يرك فيطالب بكفيل. فإن امتنع حبس على امتناعه لا على الحق لعدم ثبوته. (ومن طوّل بزكاة فادعى دفعها إلى ساع آخر أو غلط خالص) أو مسقطاً آخر سن تحليفه فإن نكل لم يطالب بشيء (و) أما إذا (ألزمناه اليمين) على رأي (فنكل وتعذر رد اليمين) لعدم انحصار المستحق (فالأصح) على هذا الضعيف (أنها تؤخذ منه) لا للحكم بالنكول بل لأن ذلك هو مقتضى ملك النصاب والحوّل أو طوّل بجزية بعد إسلامه وكان قد غاب فقال: أسلمت قبل تمام السنة وقال العامل: بل بعدها حلف المسلم، فإن نكل أخذ منه لتعذر ردها فإن ادعى ذلك وهو حاضر لم يقبل وأخذت منه. ولو ادعى ولد مرتزق بلوغه باحتلام لإثبات اسمه حلف، فإن نكل لم يعط لا للحكم بنكوله بل لأن الموجب لإثبات اسمه وهو الحلف لم يوجد. ولو نكل مدعى عليه بمال ميت بلا وارث أو نحو وقف عام أو علي مسجد حبس إلى أن يحلف أو يقر، وكذا لو ادعى وصي ميت على وارث أنه أوصي بثلث ماله للفقراء مثلاً فأنكر ونكل عن اليمين فيحبس إلى أن يقر أو يحلف. (ولو) (ادعى ولي صبي) أو مجنون ولو وصياً أو قيماً (ديناً له) على آخر (فأنكر ونكل) (لم يحلف الولي) كما لا يحلف مع الشاهد لأن إثبات الحق لإنسان بيمين غيره مستبعد فيوقف للبلوغ والإفاقة (وقيل: يحلف) لأنه المستوفي له (وقيل: إن ادعى مباشرة سببه) أي ثبوته بسبب باشره

بنفسه (حلف) لأن العهدة تتعلق به وإلا فلا، ولا ينافيه ما تقدم في الصداق لأنه إنما يحلف ثم على أن العقد جرى على كذا وهو فعل نفسه وإن ترتب عليه استحقاق المولى عليه ذلك، بخلاف ما هنا فإنه يحلف على أن مولىه يستحق كذا وهو ممتنع، ومر حكم ما لو وجب لمولى عليه على مثله دين ولو ادعى لمولىه دينا وأثبتته فادعى الخصم نحو أداء أخذ منه حالا وأخرت اليمين على نفي العلم إلى كماله كما مر.

(فصل)

في تعارض البينتين

إذا (ادعى) أي اثنان أي كل منهما (عينا في يد ثالث) لم ينسبها ذو اليد إلى أحدهما قبل البينة ولا بعدها (وأقام كل منهما) بها (بينة) (سقطتا) لتعارضهما ولا مرجح فأشبهه الدليلين إذا تعارضا بلا ترجيح، وحينئذ فيحلف لكل منهما يمينا فإن أقر ذو اليد لأحدهما البينة أو بعدها رجحت بينته (وفي قول تستعملان) صيانة لهما عن الإلغاء حسب الإمكان فتتزع من ذي اليد، وعليه (ففي قول تقسم) أي العين بينهما بالسوية لخبر أبي داود بذلك، وحمله الأول على أن العين كانت بيدهما (وفي قول يقرع) بينهما فمن خرجت له القرعة رجح لخبر فيه مرسل وله شاهد، وأجاب الأول بحمله على أنه كان في عتق أو قسمة (وفي قول يوقف) الأمر (حتى يتبين) الحال (أو يصطلحا) لأن إحداهما صادقة والأخرى كاذبة فيوقف، كما لو زوج المرأة وليان ونسي السابق ولم يرجح واحدا من الأقوال لعدم اعتناؤه بها لتفريعها على الضعيف، وأصحهما الأخير. (و) على التساقط (لو) (كانت) العين (في يدهما وأقاما بينتين) فشهدت بينة الأول له بالكل ثم بينة الثاني له به (بقيت) بيدهما (كما كانت) لانتفاء أولوية أحدهما على الآخر، نعم يحتاج الأول إلى إعادة بينته للنصف الذي بيده لتقع بعد بينة الخارج بالنسبة لذلك النصف، ولو شهدت بينة كل منهما له بالنصف الذي بيد صاحبه حكم له به وبقيت بيدهما لا بجهة سقوط ولا ترجيح بيد، أما إذا لم تكن بيد أحد وشهدت بينة كل له بالكل فتجعل بينهما، ومحل التساقط إذا وقع تعارض حيث لم يتميز أحدهما بمرجح وإلا قدم وهو بيان نقل الملك على ما يأتي، ثم ما اليد فيه للمدعي أو لمن أقر له به أو انتقل له منه ثم شاهدان على شاهد ويمين، ثم سبق تاريخ ملك أحدهما به بذكر زمان أو بيان أنه ولد في ملكه مثلا ثم بذكر سبب الملك، وتقدم أيضا ناقلة على مستصحبة للأصل ومن تعرضت لكون البائع مالكا عند المبيع ومن قالت ونقد الثمن أو هو مالك الآن على من لم يذكر ذلك ولا ترجيح بوقف ولا بينة انضم إليها حكم بالملك على بينة ملك بلا حكم كما قاله الإسنوي والعراقي وغيرهما خلافا للبعوي، ولا فرق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب كما هو ظاهر، إذ أصل الحكم لا ترجيح به، فأولى حكم فيه زيادة على الآخر، فإن تعارض حكمان كأن أثبت كل أن معه حكما لكن أحدهما بالصحة والآخر بالموجب. اتجه تقديم الأول لاستلزامه ثبوت الملك بخلاف الثاني. واعلم أن الحاكم متى أجمل حكما بأن لم يثبت استيفاءه وشرائطه الشرعية حمل على الصحة حيث كان موثوقا بعلمه ودينه.

وقد ذكر المصنف هذه المرجحات بذكر مثلها فقال: (ولو) (كانت) العين (بيده) تصرفا أو إمساكا (فأقام غيره بها) أي بملكها من غير زيادة (بينة و) أقام (هو) بها (بينة) بينت سبب ملكه أم لا أو قالت: كل اشتراها أو غصبها من الآخر (قدم) من غير يمين (صاحب اليد) ويسعى الداخل لأنه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك كما رواه أبو داود وغيره ولترجح بينته وإن كانت شاهدا ويمينا على الأخرى وإن كانت شاهدين، ومن ثم لو شهدت بينة المدعي بأنه اشتراه منه أو من بائعه مثلا أو أن أحدهما غصبها قدم لبطلان اليد حينئذ، ولا يكفي قولهما يد الداخل غاصبة كما ذكره جمع، فإن قالت:

بينته غصبها منه والثانية اشتراها منه قدمت لأنها تثبت نقلا صحيحا، وكذا لو قالت يده بحق لأنها تعارض الغصب فيبقى أصل اليد، ولو أقام بينة بأن الداخل أقر له بالملك قدمت ولم تنفعه بينته بالملك إلا إن ذكرت انتقالا من المقر له، وتقدم من قالت: اشتراه من زيد وهو ملكه على من قالت وهو في يده وتسلمه منه. نعم يتجه أن ذات اليد أرجح من قائله وتسلمه منه. ومن انتزع شيئا بحجة صار ذا يد فيه بالنسبة لغير الأول. فلو ادعى عليه آخر وأقام بينة مطلقة أعاد بينته ورجحت بيده، ولو أجاب ذو اليد: باشتريتها من زيد فأثبت المدعي إقرار زيد له بها قبل الشراء فأثبت المدعي عليه إقرار المدعي بها لزيد قبل الشراء وجهل التاريخ أقرت بيد المدعي عليه إذ يده لم يعارضها معارض. ولو أقامت بنت واقف وقف محكوم به بينة بأنه ملكها إياه وأقبضه لها قبل وقفه تمليكا لازما لم يفدها شيئا لترجح الوقف باليد. قيل وحكم الحاكم، وإما يتجه هذا إن كان الترجيح من مجموع الأمرين. أما إذا قلنا: إن حكم الحاكم لا يرجح فالأوجه تقديم بينتها، ولا عبرة باليد لأن بينته التمليك نسختها وأبطلتها ورفعت يد الواقف صريحا. ولو ادعى لقيطا بيد أحدهما فأقام كل بينة استويا لأنه لا يدخل تحت اليد (ولا تسمع بينته إلا بعد) سماع (بينة المدعي) وإن لم تزك إذ الحجة إنما تقام على خصم، وأفهم كلامه عدم سماعها بعد الدعوى، وقبل البينة لأن الأصل في جانبه اليمين فلا يعدل عنها ما دامت كافية. نعم يتجه كما بحثه البلقيني سماعها لدفع تهمة نحو سرقة ومع ذلك لا بد من إعادتها بعد بينة الخارج. ولو اختلف الزوجان في أمتعة دار ولو بعد الفرقة، فمن أقام بينة على شيء فله، وإلا فإن كان في يدهما حلف كل منهما لصاحبه وهو بينهما بالسوية، وإن حلف أحدهما دون الآخر قضى للحالف واختلاف ورثتهما وورثة أحدهما والآخر كذلك، وسواء ما يصلح للزوج كسيف ومنطقة، أو للزوجة كحلي وغزل، أو لهما كدراهم ودنانير، أو لا يصلح لهما كمصحف وهما أمان، ونبل وتاج ملك وهما عاميان.

(ولو) (أزيلت يده بينة) حسا بأن سلم المال لخصمه أو حكما بأن حكم عليه به فقط (ثم أقام بينة بملكه مستندا إلى ما قبل إزالة يده واعتذر بغيبة شهوده) مثلا (سمعت وقدمت) لأن يده أزيلت لعدم الحجة، فإذا ظهرت حكم بها ونقض الأول (وقيل: لا) تسمع ولا ينقض الحكم بها لأن تلك اليد قضى بزوالها فلا يعود حكمهما، وزيفه القاضي أبو الطيب بأنه خلاف الإجماع، وليس هنا نقض اجتهاد باجتهاد لأن الحكم إنما وقع بتقدير عدم المعارض، فإذا ظهر عمل به، وكأنه استثنى من الحكم وخرج بمستندا إلى آخره شهادتها بملك من غير استناد فلا تسمع. (ولو) (قال الخارج: هو ملكي اشتريته منك فقال) الداخل: (بل) هو (ملكي وأقاما بينتين) بما قالاه (قدم الخارج) لزيادة علم بينته بالانتقال ولذا قدمت بينته لو شهدت أنها ملكه، وإنما أودعه أو أجره أو أعاره للداخل أو أنه أو بائعه غصبه منه أطلقت بينة الداخل، ولو ادعى كل أنه اشتراه من صاحبه وأقام بينة ولا تاريخ قدم صاحب اليد. ولو تداعيا حيوانا أو دارا أو أرضا ولأحدهما متاع عليها أو فيها أو اتفقا على الحمل والزرع أو قامت به بينة قدمت على البينة الشاهدة بالملك المطلق لانفراده بالانتفاع فاليد له، وبه فارق ما لو كان لأحدهما على العبد ثوب لأن المنفعة في لبسه للعبد دون مالكه فلا يد له، فإن اختص المتاع ببيت كانت اليد له فيه خاصة. ولو أخذ ثوبا من دار وادعى ملكه فقال ربها: بل هو ثوبي أمر الآخذ برد الثوب حيث لا بينة لأن اليد لصاحب الدار، كما لو قال: قبضت منه الفالي عليه أو عنده فأنكر فإنه يؤمر برده له. ولو قال: أسكنته داري ثم أخرجته منها فاليد للسكان لإقرار الأول له بها فيحلف أنها له، وليس قوله زرع لي تبرعا أو بإجارة إقرارا له بيد. ولو تنازع مكثر ومكر في متصل بالدار كرف أو سلم مسمر حلف الثاني أو منفصل كمتاع فالأول للعرف، وما للمقر فيه يكون بينهما إن

تحالفا لانتفاء المرجح. (ومن) (أقر لغيره بشيء) حقيقة أو حكما (ثم ادعاه) (لم تسمع) دعواه (إلا أن يذكر انتقالا) ممكنا من المقر له إليه لأن إقرار المكلف مؤاخذ به حالا ومالا وإلا لم يكن له كبير فائدة، ويتجه وجوب بيان سبب الانتقال في هذا ونظائره كما مال إليه في المطلب تبعا للقفال وغيره للاختلاف في سبب الانتقال، وما بحثه غيره من الفرق بين الفقيه الموافق القاضي وغيره أخذا مما ذكروه في الإخبار بتنجس الماء رد بأنه يحتاط هنا فوق ما يحتاط له ثم بل لا جامع بينهما، إذ وظيفة الشاهد التعيين لينظر القاضي في المعينات ويرتب عليها مقتضاها، وادعى الزركشي أن نص الأم على عدم اشتراط بيان السبب وأن الجمهور عليه،.

ولو ادعى عليه عينا فأنكر فأقام المدعي بينة أنه أقر له بها فأقام صاحب اليد بينة أنها ملكه قدمت بينة الإقرار على تلك لعدم ذكرها سبب الانتقال فاحتمل اعتمادها ظاهر اليد، وتقدم في الإقرار أنه لو أقر بأنه وهبه كذا وملكه لم يكن إقرارا بالقبض لاحتمال اعتقاده حصوله بمجرد العقد، وحينئذ فتقبل دعواه بعد ذلك وإن لم يذكر انتقالا، نعم يظهر تقييده أخذا من التعليل بما إذا كان ممن يشته به عليه الحال. (ومن أخذ منه مال بينة ثم ادعاه لم يشترط ذكر الانتقال في الأصح) لأن البينة لم تشهد إلا على التلقي حالا فلم يتسلط أثرها على المستقبل وبه فارق ما مر في المقر، وقضيته أنها لو أضافت لسبب يتعلق بالمأخوذ منه كانت كالإقرار وهو ما بحثه البلقيني، والثاني يشترط كالإقرار. (والمذهب أن) (زيادة عدد) أو نحو عدالة (شهود أحدهما لا ترجح) بل يتعارضان لكمال الحجة من الطرفين، ولأن ما قدره الشرع لا يختلف بالزيادة والنقص كدية الحر والقديم نعم كالرواية. وفرق الأول بما مر وبأن مدار الشهادة على أقوى للمقر، ومنه يؤخذ أنه لو بلغت تلك الزيادة عدد التواتر رجحت وهو واضح لإفادتها حينئذ العلم الضروري وهو لا يعارض (وكذا لو) (كان لأحدهما رجلان وللآخر رجل وامرأتان) أو أربع نسوة فيما يثبت بشهادتهن لكمال الحجة من الطرفين اتفاقا، وقيل قولان، ووجه الترجيح زيادة الوثوق بقولهما ولذلك يثبت بهما ما لا يثبت برجل وامرأتين (فإن كان للآخر شاهد ويمين رجح الشاهدان) والشاهد والمرأتان والأربع نسوة فيما يقبلن فيه (في الأظهر) للإجماع على قبول من ذكر دون الشاهد واليمين، نعم لو كان معهما يد قدما لاعتضادهما بها وبحث الشيخ أنهما لو تعارضا لغصب هذا لما في يده والشاهدان بملكه قدم الشاهد واليمين لأن معهما زيادة علم، قال: ويحتمل العكس لأن الثانية حجة اتفاقا مع قوة دلالة اليد انتهى. والثاني أوجه، ومقابل الأظهر يتعادلان لأن كلا منهما حجة كافية في المال. (ولو) (شهدت) البينة (لأحدهما) أي متنازعين في عين بيدهما أو يد ثالث أولا بيد أحد (بملك من سنة و) شهدت بينة أخرى (للآخر) بملكه لها (من أكثر) من سنة إلا وقد شهدت كل منهما بالملك حالا أو قالت: لا نعلم مزيلا له لما يأتي من أن الشهادة بملك سابق لا تسمع بدون ذلك (فالأظهر ترجيح الأكثر) لأنها أثبت ملكا في وقت لم تعارضها فيه الأخرى، أما شهادتها في وقت تعارضها فيه فيتساقطان في محل التعارض ويعمل بصاحبة الأكثر فيما لا تعارض فيه والأصل في كل ثابت دوامه والثاني لا ترجيح ويتعارضان لأن المقصود إثبات الملك في الحال ولا تأثير للسبق لأنه غير متنازع فيه، ولو كانت بيد متقدمة التاريخ قدم قطعا أو متأخرته فسيأتي، وقد ترجح بتأخر التاريخ وحده كما لو ادعى شراء عين بيد غيره وأقام بينة وقد بان مستحقا أو معيبا وأراد رده واسترجاع الثمن وأقام صاحب اليد بينة بأنه وهبه من المدعي ولم تؤرخا تعارضتا، فإن أرختا حكم بالأخيرة أفتى به القفال (ولصاحبها) أي المتقدمة (الأجرة والزيادة الحادثة من يومئذ)، أي من يوم ملكه بالشهادة لأنها ثمرة ملكه، نعم لو كانت العين بيد الزوج أو البائع قبل القبض لم يلزمه أجرة كما علم مما مر في بابيهما.

(ولو) (أطلقت بينة) بأن لم تتعرض لزمن الملك (وأرخت بينة) ولا يد لأحدهما واستويا في أن لكل شاهدين مثلا ولم تبين الثانية سبب الملك (فالمذهب أنهما سواء) فيتعارضان، ومجرد التاريخ غير مرجح لاحتمال أن المطلقة لو فسرت فسرت بما هو أكثر من الأول. نعم لو شهدت إحداهما بدين والأخرى بإبراء من قدره رجحت هذه لأنه إنما يكون بعد الوجوب، والأصل عدم تعدد الدين، بخلاف ما لو أثبت على زيد إقرارا بدين فأثبت زيد إقرار المدعي بعدم استحقاقه عليه شيئا فإنه لا يؤثر كما مر في الإقرار لاحتمال حدوث الدين بعد ولأن الثبوت لا يرتفع بالنفي المحتمل، ومن ثم صرح في البحر بأنه لو أثبت أنه أقر له بدار فادعى أن المقر له قال: لا شيء لي فيها احتمل تقديم الأول وإن كانت اليد للثاني لرجوع الإقرار الثاني إلى النفي المحض، أما إذا كان لأحدهما يد وشاهدان وللآخر شاهد ويمين فتقدم اليد والشاهدان، وكذا البينة المتعرضة لسبب الملك كنتج أو أثمر أو نسخ أو حلب من ملكه أو ورثه من أبيه، ولا أثر لقولهما بنت دابته من غير تعرض لملكها وقيل كما في الروضة تقدم المؤرخة لأنها تقتضي الملك قبل الحال، بخلاف المطلقة، قال الأول: لكنها لا تنفيه (و) المذهب (أنه لو كان لصاحب متأخرة التاريخ يد قدمت) لأنهما متساويتان في إثبات الملك في الحال فيتساقطان فيه وتبقى اليد فيه مقابلة الملك السابق، وهي أقوى من الشهادة على الملك السابق بدليل أنها لا تزال بها، وقيل العكس، وقيل: يتساويان لأن لكل جهة ترجيح ثلاثة أوجه في الروضة كأصلها أما لو كانت سابقة التاريخ شاهدة بوقف والمتأخرة التي معها يد شاهدة بملك أو وقف قدمت صاحبة اليد قال البلقيني: وعليه جرى العمل ما لم يظهر أن اليد عادية باعتبار ترتيبها على بيع صدر من أهل الوقف أو بعضهم بغير سبب شرعي فهناك يقدم العمل بالوقف، وهو ظاهر، وقد اعتمده غيره. وفي الأنوار على فتاوى القفال ما يؤيده، وبه يعلم أنه لو ادعى عينا في يد غيره وأنه اشتراه من زيد منذ سنتين فأقام الداخل بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة قدمت بينة الخارج كما دل عليه كلام البلقيني كجمع من المتقدمين، لأنها أثبتت أن يد الداخل عادية بشرائه من زيد بعد زوال ملكه عنه، ولا نظر لاحتمال أن زيدا استردها ثم باعها للآخر لأن هذا خلاف الأصل والظاهر، وظاهر كلام ابن المقري كالروضة وأصلها تقديم بينة ذي اليد الصورية هنا وإن تأخر تاريخ يده، والمعتمد الأول وحينئذ فيقيد به إطلاق الروضة. ولهذا لو ابتاع شيئا من وكيل بيت المال وأقام كل بينة ببيع صحيح قدم الأسبق لسبق التاريخ مع الاتفاق على أن الملك لبيت المال، ولا عبرة بكون اليد للثاني.

(و) المذهب (أنها لو شهدت بملكه أمس ولم تتعرض للحال لم تسمع حتى يقولوا ولم يزل ملكه أو لا نعلم مزبلا له) أو تبين سببه لأن دعوى الملك السابق لا تسمع فكذا البينة ولأنها شهدت له بما لم يدعه، وليس في قول الشاهد لم يزل ملكه شهادة بنفي محض لأن الشيء قد يتقوى بانضمامه لغيره كشهادة الإعسار، وفي قول تسمع من غير هذا القول ويثبت بها الملك أمس ويستصحب، ومنهم من قطع بالأول وقد تسمع الشهادة وإن لم تتعرض للملك حالا كما يأتي في مسألة الإقرار كما لو شهدت أنها أرضه وزرعها أو دابته نتجت في ملكه أو أثمرت هذا شجرته في ملكه وهذا الغزل من قطنه أو الطير من بيضته أمس أو بأن هذا ملكه أمس اشتراه من المدعى عليه به أو أقر له به أو ورثه أمس وكان شهدت بأنه اشترى هذه من فلان وهو يملكها أو نحوه فيقبل وإن لم يقل إنها الآن ملك المدعي أو بأن مورثه تركه له ميراثا أو بأن فلانا حكم له به فيقبل، وذلك لأن الملك ثبت بتمامه فيستصحب إلى أن يعلم زواله، بخلافها بأصله لا بد أن ينضم إليها إثباته حالا، وكان ادعى رق شخص بيده فادعى آخر أنه كان له أمس وأنه أعتقه فتقبل بينته بذلك، إذ القصد بها إثبات العتق وذكر

الملك السابق وقع تبعا. ولو قال لغريمه: كانت بيدك أمس لم يكن إقرارا له باليد فضلا عن الملك لأن اليد قد تكون عادية، بخلاف كانت ملكك أمس لأنه صريح في الإقرار له به أمس فيؤاخذ به. ولو ادعى من بيده عين شراءها من زيد من شهر فادعت زوجته أنها تعوضتها منه من شهرين وأقام كل بينة، فإن أثبتت أنها كانت بيد الزوج حالة التعريض حكم لها بها وإلا بقيت بيد من هي بيده الآن، كذا قيل، والأوجه تقديم بينتها مطلقا لاتفاقهما على أن أصل الانتقال من زيد فعمل بأسبقهما تاريخا.

(وتجوز) (الشهادة) بل يتجه وجوبها إن انحصر الأمر فيه على أن الجائر يصدق بالواجب (بملكه الآن) (استصحابا لما سبق من إرث وشراء وغيرهما) اعتمادا على الاستصحاب لأن الحاجة تدعو إليه، إذ لا يمكن استمرار الشاهد مع صاحبه دائما لا يفارقه لحظة لأنه متى فارق لحظة أمكن زوال ملكه عنه فتتعدر عليه الشهادة، نعم يشترط أن لا يصرح في شهادته بأن مستنده الاستصحاب، فإن صرح به لم تقبل عند الأكثرين، لكن يتجه حمله على ما إذا ذكره على وجه الريبة والتردد، فإن ذكره لحكاية حال أو تقوية قبلت معه، ونبه الأذرع على أنه لا تجوز الشهادة بملك نحو وارث أو متهب أو مشتر ما لم يعلم ذلك المنتقل عنه قال الغزي: وأكثر من يشهد يعتمد ذلك جهلا. (ولو) (شهدت) بينة (بإقراره) أي المدعى عليه (أمس بالملك له) أي المدعي (استديم) حكم الإقرار وإن لم يصرح بالملك حالا لأنه أسنده إلى تحقيق، ولولا ذلك لبطلت فائدة الأقرار، وفارق الشهادة بالملك المتقدم بأن ذاك شهادة بأمر يقيني فاستصحب وهذه بأمر ظني، فإذا لم ينضم له الجزم حالا لم يؤثر قال الإمام: وكذا الحكم لو شهدت بأنه اشتراها أمس من ذي اليد لأن الشراء من الخصم والإقرار منه مما يعرف يقينا، وليس كما لو شهدت بالشراء أمس من غير ذي اليد لأن نفس الشراء من الغير لا يكون حجة على ذي اليد. (ولو) (أقامها) أي الحجة (بملك دابة أو شجرة) من غير تعرض لملك سابق (لم يستحق ثمرة موجودة) يعني مؤبرة (ولا ولدا منفصلا) عند الشهادة لأنهما ليسا من أجزاء الدابة والشجرة ولذا لا يتبعهما في البيع المطلق، ولأن البينة لا تثبت الملك بل تظهره فكفي تقدمه عليها بلحظة (ويستحق حملا) وثمره لم تؤبر عند الشهادة (في الأصح) تبعا للأصل والأصل كما لو اشتراها، ولا اعتبار باحتمال كون ذلك لغير مالك الأم والشجرة بنحو وصية لأنه خلاف الأصل، ومقابله احتمال للإمام كونه لغيره بوصية أما إذا تعرضت لملك سابق على حدوث ما ذكر فيستحقه فعلم أن حكم الحاكم لا ينعطف على ما مضى لجواز أن يكون ملكه لها حدث قبل الشهادة. (ولو) (اشترى شيئا) وأقبض ثمنه (فأخذ منه بحجة) أي بينة (مطلقة) بأن لم تصرح بتاريخ الملك (رجع على بائعه) الذي لم يصدقه (بالثمن) لمسيس الحاجة وإن كان مقتضى الأصل السابق عدم الرجوع لاحتمال انتقال الملك من المشتري المدعي وتكون المبايعة صحيحة، وخرج بحجة التي هي البينة هنا كما تقرر ما لو أخذ منه بإقرار أو بحلف المدعي بعد نكوله لأنه المقصر، وبمطلقة ما لو أسندت الاستحقاق إلى حالة العقد فيرجع قطعا بل لا حاجة إليه كما قاله البلقيني إذ لو أسندت لما بعد العقد رجع أيضا على مقتضى كلام الأصحاب خلافا للقاضي لأن المستندة لذلك الزمن حكمها بالنسبة لما قبله حكم المطلقة، وببائعه بائع بائعه فلا رجوع له عليه لأنه لم يتلف منه، وبلم يصدقه ما لو صدقه على أنه ملكه فلا يرجع عليه بشيء لاعترافه بأن الظالم غيره. نعم لو كان تصديقه له اعتمادا على ظاهر يده أو كان ذلك في حال الخصومة لم يمنع رجوعه حيث ادعى ذلك لعذره حينئذ، ومن ثم لو اشترى قنا وأقر برقه ثم ادعى حرية الأصل وحكم له بها رجع بثمنه ولم يمنع ذلك اعترافه برقه لاعتماده فيه على ظاهر اليد. ولو أقر مشتر لمدع ملك المبيع لم يرجع بالثمن على بائعه ولم تسمع دعواه عليه بكونه ملكا للمقر له حتى

يقيم بينة به ويرجع عليه بالثمن، نعم له تحليفه أنه ليس ملكا للمقر له فإن أقر أخذناه به (وقيل: لا) يرجع المشتري على يائعه بالثمن (إلا إذا ادعى ملكا سابقا على الشراء) لينتفي احتمال الانتقال من المشتري إليه وانتصار البلقيني له وإن لم يقله أحد قبل القاضي، وأن الأول يلزمه محال عظيم وهو أن المشتري يأخذ النتاج والثمرة والزوائد المتصلة كلها وهو قضية صحة البيع ويرجع على البائع بالثمن وهو قضية فساد البيع، رد بما مر من تعليل الرجوع والزوائد كالعين لا كالثمن، وقد تقرر أولا أن حكمها غير حكم زوائدها، ومحل الخلاف حيث قبض المشتري المبيع وإلا رجع بالثمن قطعاً تنزيلاً لذلك منزلة هلاك المبيع قبل القبض. (ولو) (ادعى ملكا) لعين بيد غيره (مطلقاً) بأن لم يذكر له سببا (فشهدوا له) به (مع) (ذكر) (سببه) (لم يضر) ما زادوه في شهادتهم لأن سببه تابع له وهو المقصود وقد وافقت البينة فيه الدعوى، نعم لا يكون ذكرهم للسبب مرجحاً لذكرهم له قبل الدعوى به، فإن جدد المدعي دعوى الملك وسببه فشهدوا له بذلك رجحت حينئذ (وإن ذكر سببا وهم سببا آخر ضر) في شهادتهم لمناقضتها للدعوى، والفرق بين هذا وما لو قال له: علي ألف من ثمن عبد فقال المقر له: لا بل من ثمن ثوب حيث لم يضر أنه لا يعتبر في الإقرار المطابقة، بخلاف الشهادة فلا بد من مطابقتها للدعوى.

(فصل)

في اختلاف المتداعين في نحو عقد أو إسلام أو عتق

إذا اختلف في قدر ما اكتري من دار أو أجرته أو هما كأن (قال: أجرتك البيت) سنة كذا (بعشرة) مثلاً (فقال: بل) أجرنتي (جميع الدار) المشتملة عليه (بالعشرة وأقاما بينتين تعارضتا) سواء أطلقتا أم إحداهما أم اتحد تاريخهما أم اختلف مع اتفاقهما على أنه لم يجر سوى عقد فقط فتسقطان لمناقضتهما في كيفية العقد الواحد فيتخالفان ثم يفسخ العقد كما علم مما مر، ويفارق ما لو شهدت بينة بألف وأخرى بألفين حيث ثبت ألفتان بأنهما لا يتنافيان لأن الشهادة بالألف لا تنفي الألفين وهنا العقد واحد (وفي قول يقدم المستأجر) لاشتمال بينته على زيادة علم وهي اكتراء جميع الدار، أما إذا اختلف تاريخهما ولم يتفقا على ذلك فتقدم السابقة، ثم إن كانت هي الشاهدة بالكل لغت الثانية أو بالمبعض أفادت الثانية صحة الإجارة في الباقي، قال الرافعي: ولك أن تقول محل التعارض في المطلقتين وفي المطلقة والمؤرخة إذا اتفقا على ذلك، وإلا فلا تعارض لجواز أن يكون تاريخ المطلقتين مختلفا وتاريخ المطلقة غير تاريخ المؤرخة فيثبت الزائد بالبينة الزائدة ويمكن رده بأن مجرد احتمال الاختلاف لا يفيد وإلا لم يحكم بالتعارض في أكثر المسائل، وقد يدعى تأييده بقول المصنف الآتي. وكذا إن أطلقتا أو إحداهما إلا أن يجاب بأن العقد الموجب للثمن متعدد ثم يقينا فساعد احتمال اختلاف الزمن فعلموا به لقوة مساعده، وأما هنا فليس فيه ذلك فلم يؤثر فيه مجرد جواز الاختلاف. (ولو) (ادعيا) أي كل من اثنين (شيئا في يد ثالث) فإن أقر به لأحدهما سلم له وللآخر تحليفه، إذ لو أقر به له أيضا غرم له بدله، وإن أنكر ما ادعياه ولا بينة حلف لكل منهما يمينا وترك في يده. (و) إن ادعيا شيئا على ثالث و (أقام كل منهما بينة أنه اشتراه) منه وهو يملكه أو وسلمه إليه (ووزن له ثمنه) (فإن اختلف تاريخ حكم للأسبق) منهما تاريخا لأن معها زيادة علم، ولأن الثاني اشتراه من الثالث بعد زوال ملكه عنه، ولا نظر لاحتمال عوده إليه لأنه خلاف الأصل، بل والظاهر ويستثنى كما قاله البلقيني ما لو ادعى صدور البيع الثاني في زمن الخيار وشهدت بينة به فتقدم، وللأول الثمن وما لو تعرضت المتأخرة لكونه ملك البائع وقت البيع وشهدت الأولى بمجرد البيع فتقدم المتأخرة أيضا، وخرج بقوله ووزن له ثمنه ما لو لم تذكره، فإن ذكرته إحداهما قدمت

ولو متأخرة لأنها تعرضت لموجب التسليم (وإلا) بأن لم يختلف تاريخهما بأن أطلقتا أو إحداهما أو أرختا بتاريخ متحد (تعارضتا) فتتساقطان، ثم إن أقر لأحدهما فذاك وإلا حلف لكل يمينا ويرجعان عليه بالثمن لثبوته بالبينه، وسقوطهما إنما هو فيما وقع فيه التعارض وهو العقد فقط، ومحلّه حيث لم يتعرضا لقبض المبيع وإلا قدمت بينة ذي اليد، ولا رجوع لواحد منهما بالثمن لأن العقد قد استقر بالقبض وعلم مما تقرر في هذه وما قبلها أن حكمها واحد في التعارض وتقدم الأسبق، وكأن المصنف إنما خالف أسلوبهما الموهوم لتخالف أحكامها لأجل. الخلاف، ويجرى ذلك في قول واحد اشتربتها من زيد، وآخر اشتربتها من عمرو على الوجه المذكور وأقاما بينتين كذلك فيتعارضان ويصدق من العين في يده فيحلف لكل منهما أو يقر.

(ولو) (قال كل منهما) أي المتداعيين والمبيع في يد المدعى عليه: (بعتكه بكذا) وهو ملكي، فإن لم يقل ذلك لم تسمع دعواه فأنكر (وأقامهما) أي البينتين بما قالاه وطالباه بالثمن (فإذا اتحدا تاريخهما تعارضتا) وتتساقطتا لامتناع كونه ملكا في زمن واحد لكل منهما وحده، فيحلف لكل منهما كما لو لم يكن لكل واحد منهما بينة، وإن كان لأحدهما بينة قضي له وحلف للآخر (وإن) (اختلف) تاريخهما (لزمه الثمنان) لأن التنافي غير معلوم والجمع ممكن، لكن يشترط أن يكون بينهما زمان يمكن فيه العقد الأول ثم الانتقال من المشتري إلى البائع الثاني ثم العقد الثاني، فلو عين الشهود زما لا يتأتى فيه ذلك لم يلزم الثمنان ويحلف حينئذ لكل (وكذا) يلزمه الثمنان (إن أطلقتا أو) أطلقت (إحداهما) وأرخت الأخرى (في الأصح) لاحتمال اختلاف الزمن، وحيث أمكن الاستعمال لم يحكم بالإسقاط والثاني أنهما كمتحدتي التاريخ لأن الأصل براءة المشتري فلا يؤخذ إلا باليقين، وفارقت هذه ما قبلها بأن العين تضيق عن حقهما معا فتعارضتا، والقصد هنا الثمنان والذمة لا تضيق عنهما فوجبا، وشهادة البينة على الإقرار كهي على البيعين فيما ذكره. ونقل في الأنوار عن فتاوى القفال أنه لو شهد بأنه باع عاقلا وأخران بأنه مجنون ذلك اليوم عمل بالأولى، أو بأنه باع مجنونا قدما، وفي فتاوى القاضي نحوه، وهو لو قالت بينة: إنه أقر بكذا يوم كذا فقالت أخرى: كان مجنونا ذلك الوقت قدمت لأن معها زيادة علم، وقيده البغوي بمن لم يعرف أنه يجن وقتا ويفيق وقتا وإلا تعارضتا. (ولو) (مات) شخص (عن ابنين مسلم ونصراني فقال كل منهما: مات على ديني) فأرثه ولا بينة (فإن عرف أنه كان نصرانيا صدق النصراني) بيمينه لأن الأصل بقاء كفره (وإن أقاما بينتين مطلقتين) بما قالاه (قدم المسلم) لاختصاصها بمزيد علم لأنها ناقلة من النصرانية إلى الإسلام والأخرى مستصحة لها، وكذا كل مستصحة وناقلة، ومنه تقديم بينة الجرح على بينة التعديل على ما مر (وإن قيدت) إحداهما (أن آخر كلامه إسلام) أي كلمته وهي الشهادة (وعكسته الأخرى) فقيدت أن آخر كلامه النصرانية كالثالث ثلاثة (تعارضتا) وتتساقطتا لتناقضهما لأنه يستحيل موته عليهما فيحلف النصراني، وكذا لو قيدت بينته فقط، وقيد البلقيني التعارض بما إذا قالت: كل آخر كلمة تكلم بها ومكثا عنده إلى أن مات. وأما إذا اقتضرت على آخر كلمة تكلم بها فلا تعارض فيه لاحتمال أن كلا اعتمدت ما سمعته منه قبل ذهابها عنه ثم استصحب حاله بعدها، ولو قالت بينة إسلام علمنا تنصره ثم إسلامه قدمت قطعا، والأوجه عدم الاكتفاء هنا بمطلق الإسلام والتنصر إلا من فقيه موافق للحاكم كما مر في نظيره، فقد قالوا: يشترط في بينة النصراني أن تفسر كلمة التنصر، وفي وجوب تفسير بينة المسلم كلمة الإسلام وجهان: أحدهما نعم، لا سيما إذا لم يكن الشاهد من أهل العلم أو كان مخالفا للقاضي فيما يسلم به الكافر (وإن لم يعرف دينه وأقام كل) منهما (بينه أنه مات على دينه تعارضتا) أطلقتا أم قيدتا لفظه

عند الموت لاستحالة أعمالهما، فإن قيدت واحدة وأطلقت الأخرى اتجه تعارضهما وإذا تعارضتا ولا بينة لأحدهما وحلف كل للآخر يمينا والمال بيدهما أو بيد أحدهما تقاسماه نصفين إذ لا مرجح، أو بيد غيرهما فالقول قوله، ثم التعارض إنما هو بالنسبة لنحو الإرث، بخلاف نحو الصلاة عليه وتجهيزه كمسلم ودفنه في مقابر المسلمين، ويقول المصلي عليه في النية والدعاء إن كان مسلما وظاهر كلامهم وجوب هذا القول، ويوجه بأن التعارض هنا صيره مشكوكا في دينه فصار كالاختلاط السابق في الجنائز، ولو قالت بينة مات في شوال وأخرى في شعبان قدمت لأنها ناقلة ما لم تقل الأولى رأيت حيا في شوال وإلا قدمت على المعتمد، أو بريء من مرضه الذي تبرع فيه وأخرى مات منه قدمت الأولى على الأوجه خلافا لابن الصلاح حيث ذهب إلى التعارض لأنها ناقلة.

(ولو) (مات نصراني عن ابنين مسلم ونصراني فقال المسلم: أسلمت بعد موته فالميراث بيننا فقال النصراني: بل) أسلمت (قبله) فلا إرث لك (صدق المسلم بيمينه) لأن الأصل استمراره على دينه فيحلف ويرث ومثله كما في المحرر وحذا للعلم به مما ذكر المفهم أنه لا فرق في تصديق المسلم بين اتفاقهما على وقت موت الأب وعدمه ما لو اتفقا على موت الأب في رمضان وقال المسلم: أسلمت في شوال والنصراني في شعبان (وإن أقامهما) أي البينتين بما قالاه (قدم النصراني) لأن بينته ناقلة والأخرى مستصحة لدينه فمع الأول زيادة علم، وتقييد البلقيني ذلك بما إذا لم تقل بينة المسلم علمنا تنصره حالة موت أبيه وبعده ولم تستصحب فإن قالت ذلك قدمت وإلا لزم الحكم برده عند موت أبيه، والأصل عدم الردة محل نظر، والأوجه قياسا على ما يأتي في رأينا حيا في شوال التعارض فيحلف المسلم. (فلو) (اتفقا) أي الابنان (على إسلام الابن في رمضان وقال المسلم: مات الأب في شعبان وقال النصراني): مات (في شوال) (صدق النصراني) بيمينه لأن الأصل بقاء الحياة (وتقدم بينة المسلم على بينته) إن أقاما بينتين بذلك لأنها ناقلة من الحياة إلى الموت في شعبان والأخرى مستصحة الحياة إلى شوال، نعم إن قالت: رأينا حيا في شوال تعارضتا كما قالاه فيحلف النصراني كما مر أما إذا لم يتفقا على وقت الإسلام فيصدق المسلم كما مر لأصل بقائه على دينه وتقدم بينة النصراني لأنها ناقلة ما لم تقل بينة المسلم عاينا الأب ميتا قبل إسلامه فيتعارضان، ولو مات عن أولاد وأحدهم عن ولد صغير فوضعوا أيديهم على المال فلما كمل ادعى بمال أبيه وبارث أبيه من جده فقالوا: مات أبوك في حياة أبيه، فإن كان ثم بينة عمل بها وإلا فإن اتفق هو وهم على وقت موت أحدهما واختلف في أن الآخر مات قبله أو بعده حلف من قال بعده لأن الأصل دوام الحياة وإلا صدق في مال أبيه وهم في مال أبيهم فلا يرث الجد من ابنه وعكسه، فإذا حلفا أو نكلا جعل مال أبيه له ومال الجد لهم. (ولو) (مات عن أبوين كافرين وابنين مسلمين) بالغين (فقال كل) من الفريقين (مات على ديننا) (صدق الأبوان باليمين) لأن الولد محكوم بكفره في الابتداء تبعاً لهما فيستصحب حتى يعلم خلافه (وفي قول يوقف حتى يتبين أو يصطلحوا) لتساوي الحالين بعد بلوغه وإسلامه وكفره لأننا إنما نحكم بالتبعية في صغره فأما إذا بلغ فلا قال في زيادة الروضة: وهذا أرجح دليلاً، لكن الأصح عند الأصحاب الأول. أما عكس ذلك بأن عرف للأبوين كفر سابق وقالوا: أسلمنا قبل بلوغه أو أسلم هو أو بلغ بعد إسلامنا وأنكر الابنان ولم يتفقوا على وقت الإسلام في الثالثة فإنه يصدق الابنان لأن الأصل بقاء الكفر، وإن لم يعرف للأبوين كفر أو اتفقوا على وقت الإسلام في الثالثة صدق الأبوان عملاً بالظاهر والأصل بقاء الصبا.

ولو شهدت بأن هذا لحم مذكاة أو لحم حلال وعكست أخرى قدمت الأولى أخذاً من قولهم يقبل قول المسلم فيما لو جاء المسلم إليه بلحم

بصفات السلم وقال هو مذكى وقال المسلم: هذا لحم ميتة فلا يلزمني قبوله لأن اللحم في الحياة محرم الأكل فيستحب حتى تعلم ذكاته، فعلم أن الأولى ناقلة عن الأصل فقدمت، ويتجه كما أفتى به الوالد رحمه الله التعارض في بينة شهدت بالإفشاء وأخرى بعدمه ولم يمض بينهما ما يمكن فيه الالتئام وإن بحث بعضهم تقديم الأولى لزيادة علمها بالنقل عن الأصل لأن الشاهدة بعدمه معارضة لمثبته فالعمل بعد التعارض على الأصل وهو عدم الإفشاء. (ولو) (شهدت بينة أنه أعتق في مرضه) أي الذي مات فيه (سالما وأخرى) أنه أعتق فيه (غانما وكل واحد ثلث ماله) ولم تجز الورثة (فإن اختلف تاريخ) للبينتين (قدم الأسبق) لأن التبرعات المنجزة في مرض الموت يقدم منها الأسبق فالأسبق كما مر ولأن معها زيادة علم (وإن اتحد) التاريخ (أقرع) بينهما لعدم المزية لأحدهما، نعم إن اتحد بمقتضى تعليق وتنجيز كان أعتقت سالما فغانم حر ثم أعتق سالما فيعتق غانم معه بناء على تقارن الشرط والمشروط وهو الأصح تعين السابق بلا إقراع لأنه الأقوى والمقدم في الرتبة كما مر (وإن أطلقنا) أو إحداهما (قيل: يقرع) بينهما لاحتمال المعية والترتيب (وقيل في قول: يعتق من كل نصفه قلت: المذهب يعتق من كل نصفه، والله أعلم) لاستوائهما والقرعة ممتنعة إذ لو أقرعنا لم نأمن خروج الرق على السابق مع أن له حق الحرية فيلزمه إرقاق حر وتحرير رقيق فوجب الجمع بينهما لأنه العدل، ولا نظر للزوم ذلك في النصف لأنه أسهل منه في الكل. (ولو) (شهد أجنبيان أنه أوصى بعق سالم وهو ثلثه) أي ثلث ماله (ووارثان) (حائزان) أو غير حائزين وإنما قيد بهما لما بعده (أنه رجع عن ذلك ووصى بعق غانم وهو ثلثه ثبتت) الوصية الثانية (لغانم) لأنهما أثبتا للرجوع عنه بدلا مساويا فلا تهمة وكون الثاني أهدى لجمع المال الذي يرثونه بالولاء بعيد فلم يقدر تهمة أما إذا كان دون ثلثه فلا يقبلان فيما لم يثبتا له بدلا للتهمة، وفي الباقي خلاف تبويض الشهادة وقد مر (فإن كان الوارثان) الحائزان (فاسقين لم يثبت الرجوع) لعدم قبول شهادة الفاسق (فيعتق سالم) بشهادة الأجنبيين لأن الثلث يحتمله ولم يثبت الرجوع فيه (و) يعتق (من غانم) قدر ما يحتمله (ثلث) الباقي من (ماله بعد سالم) وهو ثلثاه بإقرار الوارثين الذي تضمنته شهادتهما له وكان سالما هلك أو غصب من التركة مؤاخذا للورثة بإقرارهم أما غير الحائزين فيعتق من غانم قدر ثلث حصتهما.

(فصل)

في القائف الملحق للنسب عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به
وهو لغة: تتبع الأثر والشبه والأصل فيه خبر الصحيحين {أنه صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة ذات يوم وهو مسرور فقال: ألم تري أن مجزرا المدلجي دخل علي فرأى أسامة بن زيد وزيدا عليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض} قال أبو داود: كان أسامة أسود وزيد أبيض قال الشافعي رحمه الله: فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة لأنه صلى الله عليه وسلم لا يقر على خطأ ولا يسر إلا بالحق. (شرط القائف) ما تضمنه قوله (مسلم عدل) أي إسلام وعدالة وغيرهما من شروط الشاهد السابقة ككونه ناطقا بصيرا غير محجور عليه وغير عدو لمن ينفي عنه ولا بعض لمن يلحق به لأنه شاهد أو حاكم، والأوجه كما قاله البلقيني عدم اعتبار سمعه خلافا لما قاله في المطلب عن الأصحاب (مجرب) لخبر {لا حكيم إلا ذو تجربة} وكما يشترط علم الاجتهاد في القاضي، وفسر المحرر التجربة بأن يعرض عليه ولد في نسوة ليس فيهن أمه ثلاث مرات ثم في نسوة هي فيهن، فإذا أصاب في كل فهو مجرب انتهى وهو صريح في اشتراط الثلاث، واعتمده في الروضة كأصلها، لكن قال الإمام: العبرة بغلبة الظن وقد تحصل بدون ثلاث، وكونه

مع الأم ليس بشرط بل للأولوية فيكفي الأب مع رجال وكذا سائر العصابة والأقارب واستشكل البارزي خلو أحد أبويه من الثلاثة الأول بأنه قد يعلم ذلك فلا تبقى فيهن فائدة، وقد يصيب في الرابعة اتفاقا، فالأولى أن يعرض مع كل صنف ولد لواحد منهم أو في بعض الأصناف ولا تخص به الرابعة، فإذا أصاب في الكل علمت تجربته حينئذ انتهى ويكون ذلك أولى ظاهر فهو غير مناف لكلامهم (والأصح اشتراط) وصفين آخرين علما من العدالة المطلقة وإنما صرح بهما للخلاف فيهما وهما الحرية والمذكورة فلا يصح الإلحاق إلا من (حر ذكر) كالقاضي والثاني لا كالمفتي (لا عدد) فيكفي قول واحد والثاني لا بد من اثنين كالمزكى (ولا كونه مدلجيا) أي من بني مدلج لأن القيافة نوع علم، فمن علمه عمل به فيجوز كونه من سائر العرب بل والعجم والثاني يشترط لرجوع الصحابة لبني مدلج دون غيرهم، وقد يخص الله جماعة بنوع من الفضائل والمناصب كما خص قريشا بالإمامة.

(فإذا) (تداعيا مجهولا) لقيطا أو غيره (عرض عليه) أي على القائف مع المتداعيين إن كان صغيرا، إذ الكبير لا بد من تصديقه كما مر في الإقرار (فمن ألحقه به لحقه) كما مر في اللقيط والمجنون كالصغير، وألحق به البلقيني مغمى عليه ونائما وسكران غير متعد، وما ذكره في النائم بعيد جدا (وكذا لو اشترك في وطء) لامرأة أو استدخلت ماءهما: أي المحترم كما قاله البلقيني (فولدت ممكنا منهما وتنازعا به أن وطئا بشبهة) كأن ظنها كل أنها زوجته أو أمته ولا تنحصر الشبهة في ذلك فقد ذكر بعض صورها عطفًا للخاص على العام فقال (أو) وطئا (مشتركة لهما) في طهر واحد، وإلا فهو للثاني كما يؤخذ من كلامه الآتي قياسا لتعذر عوده إلى هذا لأن بينهما صورًا لا يمكن عوده إليها (أو وطئ زوجته وطلق فوطئها آخر بشبهة أو نكاح فاسد) كان نكحها في العدة جاهلا بالحال (أو) وطئ (أمته وباعها فوطئها المشتري ولم يستبرئ واحد منهما) فيعرض عليه ولو مكلفا، فمن ألحقه به منهما لحقه، فإن لم يكن قائف أو تحير اعتبر انتساب الولد بعد كماله، قال البلقيني: لو كان الاشتباه للاشتراك في الفراش لم يعتبر إلحاق القائف إلا أن يحكم حاكم ذكره الماوردي وحكاه في المطلب عن ملخص كلام الأصحاب (وكذا لو وطئ) بشبهة (منكوحة) لغيره نكاحا صحيحا كما في المحرر واستغنى عنه بقوله الآتي في نكاح صحيح (في الأصح) ولا يتعين الزوج للإلحاق لأنه موضع الاشتباه والثاني يلحق الزوج لقوة الفراش، ولا يكفي اتفاق الزوجين على الوطاء بل لا بد من بينة به لأن للولد حقا في النسب وتصديقهما ليس بحجة عليه، فإن قامت به بينة عرض على القائف وهذا ما ذكره المصنف في الروضة هنا وهو المعتمد وإن لم يذكره في اللعان، واعتمد البلقيني الاكتفاء بذلك الاتفاق، نعم يلحق بالبينة تصديق الولد المكلف لما تقرر أن له حقا (فإذا ولدت لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطئها وادعياءه) أو لم يدعيها (عرض عليه) أي القائف لإمكانه منهما (فإن تخلل بين وطئها حيضة ف) الولد (للثاني) وإن ادعاه الأول لظهور انقطاع تعلقه به (إلا أن يكون الأول زوجا في نكاح صحيح) أي والثاني بشبهة أو نكاح فاسد فلا ينقطع تعلق الأول لأن إمكان الوطاء مع الفراش قائم مقام نفس الوطاء والإمكان حاصل بعد الحيضة، واحترز بالصحيح عما لو كان الأول زوجا في نكاح فاسد فإنه ينقطع تعلقه ويكون للثاني على الأظهر لأن المرأة في النكاح الفاسد لا تصير فراشا ما لم توجد حقيقة الوطاء (وسواء فيهما) أي المتنازعين (اتفقا إسلاما وحرية أم لا) كما مر في اللقيط لأن النسب لا يختلف مع صحة استلحاق العبد، هذا إن ألحق بنفسه، وإلا كان تداعيا أخوة مجهول فيقدم الحر لما مر أن شرط الملحق بغيره أن يكون وارثا حائزا ويحكم بحريته وإن ألحقه بالعبد لاحتمال أنه ولد من حرة، ولو ألحقه قائف بشبهه ظاهر وقائف بشبهه خفي قدم لأن معه زيادة علم بحذقه وبصيرته، وفيما إذا ادعاه مسلم وذمي يقدم ذو البينة

نسبا ودينا، فإن لم تكن وألحقه القائف بالذمي تبعه في نسبه فقط ولا حضانة له.

{كتاب العتق}

أي الإعتاق المحصل له، وهو إزالة الرق عن الآدمي لا إلى مالك بل تقربا إلى الله تعالى وهو من المسلم قرينة بالإجماع والأصل فيه قوله تعالى {فك رقبة} وقوله {وإذ تقول للذي أنعم الله عليه} أي بالإسلام {وأنعمت عليه} أي بالعتق، وخبر الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال {أيما رجل أعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار حتى الفرج بالفرج}. وله ثلاثة أركان: معتق، وعتيق، وصيغة وبدأ بالأول لأنه الأصل فقال: (إنما يصح من) حر كله مختار (مطلق التصرف) ولو كافرا حربيا كسائر التصرف المالي فلا يصح من مكاتب ومبعض ومكروه ومحجور ولو بفلس نعم لو أوصى به السفية أو أعتق عن غيره بإذنه أو أعتق المشتري المبيع قبل قبضه أو الإمام قن بيت المال على ما يأتي والولي عن الصبي في كفارة قتل أو راهن موسر لمرهون أو وارث موسر لقن التركة صح وبما تقرر علم أن شرط العتق أن لا يتعلق به حق لازم غير عتق يمنع بيعه كرهن والراهن معسر، بخلاف نحو إجارة واستيلاد. ولو باع قنا فاسدا وقال لمشتريه: أعتقه فأعتقه عتق عن البائع خلافا للماوردي إذ العتق لا يقدر فيه الجهل، والعبرة فيه وسائر العقود بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف، ومن ثم صرحوا بأنه لو قال غاصب عبد لمالكه: أعتق عبدي هذا فأعتقه جاهلا نفذ على المالك. (ويصح تعليقه) بصفة محققة ومحتملة بعوض وغيره كجنون السيد لما فيه من التوسعة لتحصيل القرية، وهو غير قرينة إن قصد به حث أو منع أو تحقيق خبر وإلا فقرية، ويجرى في التعليق هنا ما مر في الطلاق من كون المعلق بفعله مباليا أولا، ولا يشترط لصحة التعليق إطلاق التصرف بدليل صحته من نحو راهن معسر ومفلس ومرتد، ولا يرد على المصنف أن وقف المسجد تحرير، ولا يصح تعليقه لأن حد العتق السابق يخرج على أن المرجح فيه صحته مع التعليق كما مر، وأفهم صحة تعليقه أنه لا يتأثر بشرط فاسد كشرط خيار أو تأقيت فيتأبد، نعم إن اقترن بما فيه عوض أفسده ورجع بقيمته نظير ما مر في النكاح. ويمتنع الرجوع عن التعليق بقول بل بنحو بيع لا يعود بعوده، ولا يبطل تعليقه بصفة بعد الموت بموت المعلق فليس للوارث تصرف فيه إلا إن كان المعلق عليه فعله وامتنع منه بعد عرضه عليه. ولو قال: إن حافظت على الصلاة فأنت حر فالذي أفتى به بعضهم أنه يعتق إن حافظ عليها: أي الخمس وإن لم يصل غيرها كما هو ظاهر، ويقدر ذلك بسنة كاستبراء الفاسق. (و) تصح (إضافته إلى جزء) من الرقيق معين كيدك أو شائع كنصفك (فيعتق كله) الذي له من موسر ومعسر، والأوجه ضبطه بما مر في الطلاق سراية كما مر نظيره في الطلاق، وقد لا يعتق كله بأن وكل وكلا في عتق عبده فأعتق نصفه عتق فقط. واستشكال الإسنوي له بأنه لو وكل شريكه في عتق نصيبه فأعتقه الشريك سري لنصيبه قال: فإذا حكم بالسراية إلى ملك الغير هنا ففي ملكه أولى، رد بأن الذي سري إليه العتق هنا ملك المباشر للإعتاق فيكفي فيه أدنى سبب، وأما ثم فالذي سري إليه غير ملك للمباشر فلم يقو تصرفه لضعفه على السراية، إذ الأصح فيهما أن العتق يقع على ما أعتقه ثم على الباقي بها، وإن رجح الدميري مقابله أنه يقع على الجميع دفعة واحدة، أما إذا كان لغيره فسيأتي.

ولا بد في الصيغة من لفظ يشعر به أو إشارة أخرس أو كتابة مع نية (وصريحه) ولو مع هزل أو لعب (تحرير وإعتاق) أي ما اشتق منهما لورودهما في الكتاب والسنة متكررين، أما نفسيهما كانت تحرير فكناية

كأنت طلاق، أما أعتقك الله أو الله أعتقك فصريح فيهما كطلقك الله أو أبرأك الله، ويفارق نحو باعك الله أو أقالك الله حيث كانت كناية لضعفها بعدم استقلالها بالمقصود، بخلاف تلك ولو كان اسمها قبل نداءها حرة عتقت بقوله لها يا حرة ما لم يقصد نداءها بذلك الاسم، بخلاف ما لو كان اسمها به حال نداءها، فإن قصد نداءها بذلك أو أطلق لم تعتق وإلا عتقت. ولو زاحمته أمته فقال لها: تأخري يا حرة وهو جاهل بها لم تعتق، ولا يشكل عليه ما مر في نظيره من الطلاق لوجود المعارض القوي هنا وهو غلبة استعمال حرة في مثل ذلك المعنى للعفيفة عن الزنا، ألا ترى أنه لو قيل له: أمتك زانية فقال: بل حرة وأراد عفيفة قبل بل وإن أطلق فيهما يظهر للقريئة القوية هنا، ولو قال لمكاس خوفا منه على قنه هذا حر عتق ظاهرا لا باطنا، واعتمد الإسنوي خلافه كما اقتضاه كلامهم في أنت طالق لمن يحلها من وثاق بجامع وجود القريئة الصارفة فيهما، وصوب الدميري الأول، وهو المعتمد قياسا على ما لو قيل له: أطلقت زوجتك فقال: نعم قاصدا الكذب وإن رد بأن الاستفهام منزل فيه الجواب على السؤال كما صرحوا به فلم ينظر فيه لقصده وبفرض المساواة ليس هنا قريئة على القصد بخلاف مسألتنا، وقوله لضارب قنه عبد غيرك حر مثلك لا عتق به كما لو قال لقنه يا خواجه. ولو قال لغيره: أنت تعلم أنه حر كان إقرارا بحريته بخلاف أنت تظن، أو قال لقنه: أفرغ من العمل قبل العشاء وأنت حر وقال: أردت حرا من العمل دين أو أنت حر مثل هذا العبد عتق المشبه أو مثل هذا عتقا الأول بالإنشاء والثاني بالإقرار ومن ثم لو كذب لم يعتق باطنا (وكذا فك رقبة) أي ما اشتق منه فإنه صريح (في الأصح) لموروده في الكتاب وترجمة الصريح صريحة وإشارة الأخرس كهي في الطلاق والثاني أنه كناية لاستعماله في العتق وغيره.

(ولا يحتاج) الصريح (إلى نية) بل يعتق به وإن لم يقصد إيقاعه وهو معلوم من نظائره وإنما ذكره توطئة لقوله (وتحتاج إليها كنياته) وإن انضم إليها قريئة لاحتمالها غير العتق، ويتجه أن يأتي هنا في مقارنة النية لها ما مر نظيره في الطلاق (وهي) أي الكناية كثيرة، وضابطها كل ما أنبأ عن فرقة أو زوال ملك فمنها (لا ملك) أو لا بد أو لا أمر أو لا إمرة أو لا حكم أو لا قدرة (لي عليك لا سلطان) لي عليك (لا سبيل) لي عليك (لا خدمة) لي عليك زال ملكي عنك (أنت) بفتح التاء وكسرهما وإن كان بضد ما خاطبه به إذ لا أثر للحن هنا (سائبة أنت مولاي) أنت سيدي أنت لله لأنها تشعر بإزالة الملك مع احتمالها لغيره، ووجهه في مولاي أنه مشترك بين المعتق والعتيق، وكذا يا سيدي كما رجه في الشرح الصغير. وهو الأصح، وإن رجع الزركشي مقابله وقوله: أنت ابني أو بنتي أو أبي أو أمي إعتاق إن أمكن من حيث السن وإن عرف كذبه ونسبه من غيره أو يا بني كناية (وكذا كل) لفظ (صريح أو كناية للطلاق) أو للظهار، وهو كناية هنا كما مر مع ما استثنى منه كاعتد واستبرئ رحمك للعبد فإنه لغو وإن نوى العتق لاستحالاته، ومن ثم لو قال لقنه أعتق نفسك فقال: أعتقتك كان لغوا أيضا، بخلاف نظيره من الطلاق، وعلم مما تقرر أن الظهار كناية هنا دونه هناك (وقوله لعبد أنت حرة ولأمة أنت حر صريح) تغليبا للإشارة (ولو قال) له (عتقتك إليك) وعبر في المحرر عنه جعلت عتقك إليك وكأنه حذفه لعدم الاحتياج إليه أو (خيرتك) من التخيير، وقول المحرر في بعض نسخه حررتك غير صحيح لأنه صريح تنجيز كما مر (ونوى تفويض العتق إليه فأعتق نفسه في المجلس) أي مجلس التخاطب بأن لا يؤخر بقدر ما ينقطع به الإيجاب عن القبول على ما قيل، والأقرب ضبطه بما مر في الخلع لأن ما هنا أقرب إليه من البيع فهو كتفويض طلاقها لها وحينئذ فهو بمعنى قوله في الروضة في الحال بدل المجلس (عتق) كما في الطلاق فيأتي هنا ما مر في التفويض ثم، وجعلت خيرتك إليه صريح في التفويض لا يحتاج إلى نية، وكذا

عتقك إليك، فقله ونوى قيذا في خيرتك فقط،. ولو قال: وهبتك نفسك ونوى العتق عتق ولم يحتج لقبول، أو التملك عتق إن قبل فورا كما في ملكتك نفسك، ولو أوصى له برقبته اشترط القبول بعد الموت (أو قال: أعتقتك على ألف أو أنت حر على ألف فقبل) في الحال كما في الروضة كأصلها (أو قال له العبد: أعتقني على ألف فأجابه عتق في الحال ولزمه الألف) في الصور الثلاث كالخلع، بل أولى لتشوف الشارع للعتق وهو من جانب المالك معاوضة فيها شوب تعليق، ومن جانب المستدعي معاوضة نازعة إلى جعالة كما علم من باب الطلاق، ويأتي في التعليق بالإعطاء ونحوه هنا ما مر في خلع الأمة، وقوله في الحال له فائدة ظاهرة وهي دفع توهم توقف العتق على قبض الألف فسقط القول بأنه لغو، وإنما ذكره في أعتقتك على كذا فقبل فإنه يعتق حالا والعوض مؤجل، فلعله انتقل نظره إلى هذه، على أن توجيه ما ذكر غفلة عن كون المصنف ذكره عقب ذلك. وحيث فسد بما يفسد به الخلع كأن قال: أعتقتك على خمر أو على أن تخدمني أو زاد أبدا أو إلى صحتي مثلا عتق وعليه قيمته، أو تخدمني عشر سنين عتق ولزمه ذلك، فلو خدمه نصف المدة ثم مات فلسيده في تركته نصف قيمته، ولا يشترط النص على كون المدة تلي العتق خلافا للأزرعي لانصرافها إلى ذلك، ولا تفصيل الخدمة عملا بالعرف كما مر نظيره في الإجارة.

(ولو قال: بعتك نفسك بألف) في ذمتك حالا أو مؤجلا تؤديه بعد العتق (فقال: اشتريت) (فالمذهب صحة البيع) كالكتابة بل أولى لأن هذا ألزم وأسرع، وذكر الربيع قولاً أنه لا يصح البيع لأن السيد لا يبيع عبده، فمن الأصحاب من أثبتته وضعفه، ومنهم من قطع بما ذكره المصنف قال: وهذا من تخريج الربيع (ويعتق في الحال وعليه ألف) عملا بمقتضى العقد، ولا خيار فيه لأنه عقد عتاقة لا بيع، واحترز بقوله بألف عما لو قال له بهذا فلا يصح لأنه لا يملكه. (والولاء لسيده) كما لو كاتبه. ولو باع وكيل بيت المال عبده من نفسه لم يصح كما قاله الأصفهاني شارح المحصول عملا بقولهم إن الإمام في مال بيت المال كالولي في مال اليتيم والولي يمتنع عليه التبرع كما يعلم مما يأتي في الكتابة كهذا البيع ولو بأضعاف قيمته، لأن ما يكسبه قبل العتق ملك لبيت المال وبعد العتق لا يدري، ولو قيل لمالك قن لمن هذا المال فقال: لهذا الغلام وأشار له لم يعتق، وإنما كان قوله لغيره يعني هذا إقراراً له بالملك لأن إضافة الملك لمن عرف رقه تجوز يقع كثيراً، بخلاف البيع فإنه لا يكون إلا من مالك حقيقة. (ولو) (قال لحامل) مملوكة له هي وحملها (أعتقتك) وأطلق (أو أعتقتك دون حملك) (عتقا) لدخوله في بيعها في الأولى ولأنه كالجاء منها في الثانية، فأشبهه لو قال: أعتقتك إلا يدك، ويخالف ما لو قال: بعتك الجارية دون حملها فإنه لا يصح البيع لأن العتق لا يبطل بالاستثناء لقوته (ولو أعتقه عتق) حيث نفخت فيه الروح وإلا لغا على الأصح (دونها) وفارق عكسه بأنه لكونه فرعاً يتصور تبعيته لها ولا عكس، ولو قال: مضغة هذه الأمة حرة كان إقراراً بانعقاد الولد حراً، فإن زاد علق بها مني في ملكي كان إقراراً للأمة بأمية الولد (ولو كانت لرجل والحمل لآخر) بنحو وصية (لم يعتق أحدهما بعث الآخر) لأنه لا استتباع مع اختلاف المالكين (وإذا كان بينهما عبد) أو أمة (فأعتق أحدهما كله أو نصيبه) كنصيب منك حر أو نصفك حر وهو يملك نصفه (عتق نصيبه) موسراً كان أم معسراً وأما نصيب شريكه (فإن كان معسراً بقي) عند الإعتاق (الباقى لشريكه) ولا سراية لمفهوم الحديث الآتي (وإلا) بأن كان موسراً وهو من ملك فاضلاً عن جميع ما يترك للمفلس مما يفى بقيمته (سرى إليه) أي إلى نصيب شريكه ما لم يثبت له الإيلاد بأن استولدها مالكة معسراً لخبر الصحيحين {من عتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه العبد قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه

العبد، وإلا فقد عتق عليه ما عتق { وقيس بما فيه غيره مما مر، وفي رواية للدارقطني {ورق منه ما رق} قال الحافظ: ورواية السعاية مدرجة فيه، وبفرض ورودها حملت جمعا بين الأحاديث، على أنه يستسعى لسيدته الذي لم يعتق: يعني يخدمه بقدر نصيبه لئلا يظن أنه يحرم عليه استخدامه.

ولو باع شقفا بشرط الخيار له ثم أعتق باقيه والخيار باق سري وإن أعسر بحصة المشتري لكنه بالسراية يقع الفسخ حينئذ فلا شركة فلا يرد (أو إلى ما أيسر به) من قيمته ليقترب حاله من الحرية، ولو كان لثلاثة فأعتق اثنان منهما نصيبهما معا وأحدهما موسر فقط قوم جميع ما لم يعتق عليه وحده (وعليه قيمة ذلك يوم الإعتاق) أي وقته لأنه وقت الإلتلاف كجناية على قن سرت لنفسه يعتبر قيمته وقتها لا وقت موته (وتقع السراية بنفس الإعتاق) لظاهر الخبر المذكور، نعم يستثنى ما لو كاتب الشريك ثم أعتق أحدهما نصيبه فإنه يحكم بالسراية بعد العجز عن أداء نصيب الشريك، فإن في التعجيل إضرارا بالسيد لفوات الولاء وبالمكاتب لانقطاع الكسب عنه (وفي قول) لا يقع الإعتاق إلا (بأداء القيمة) أو الاعتياض عنها لخبر {إن كان موسرا فيقوم عليه قيمة عدل} وأجابوا بأنه إنما يدل على أن العتق بالتقويم لا بالدفع، وحينئذ فيدل للأول لأنه إنما قوم لأنه صار متلفا وإنما يتلف بالسراية. (وفي قول) يوقف الأمر رعاية للجانبين، فعليه (إن دفعها) أي القيمة (بان أنها) أي السراية حصلت (بالإعتاق) وإلا بان أنه لم يعتق (واستيلاد أحد الشريكين الموسر يسري) إلى حصة شريكه كالعتق بل أولى لأنه فعل وهو أقوى ولهذا نفذ من مريض من رأس المال، بخلاف إعتاقه فإنه من الثلث أما من المعسر فلا يسري كالعتق إلا من والد الشريك لأنه ينفذ منه إيلاد كلها (وعليه) أي الموسر (قيمة) ما أيسر به من (نصيب شريكه) لأنه أتلفه بإزالة ملكه عنه (وحصته من مهر مثل) لاستمتاعه بملك غيره حيث تأخر الإنزال عن مغيب الحشفة كما هو الغالب، وإلا لم يلزمه حصة مهر لأن الموجب له تغييب الحشفة في ملك غيره، وهو منتف لما يأتي أن السراية تقع بنفس العلوق، واعتماد جمع وجوبها مطلقا مبني على مرجوح كما يعلم من التعليل الآتي بوقوع العلوق في ملكه وبذلك يندفع الفرق بين هذا، وما مر في الأب بأنه إنما قدر الملك فيه لحرمة، ويجب مع ذلك في بكر حصته من أرش البكارة. (وتجرى الأقوال) المارة (في وقت حصول السراية) إذ العلوق هنا كالعلوق ثم (فعلى الأول) وهو الحصول بنفس العلوق (والثالث) وهو التبين (لا تجب قيمة حصته من الولد) لانعقاده حرا على الأول بحصول العلوق في ملكه ولتنزل استحقاق السراية منزلة حصول الملك على الثالث وعلى الثاني تجب (ولا يسري تدبير) لباقي القن من مالك كل أو بعض لأنه ليس إلتافا لجواز بيع المدبر فيعتق بموت السيد ما دبره فقط لإعسار الميت، وحصوله في الحمل ليس سراية بل تبعا كعضو منها (ولا يمنع السراية دين) حال (مستغرق) بدون حجر (في الأظهر) لأنه مالك لما في يده نافذ التصرف فيه ولذا نفذ إعتاقه، والثاني يمنع لأنه معسر يحل له أخذ الزكاة قال البلقيني: ولا حاجة لمستغرق في جريان الخلاف، ولو كان بالدين الحال رهن لازم ليس له غيره ولا يفضل منه شيء لم يسر قطعا، ولو علق وهو مستقل ثم وجدت الصفة وهو محجور عليه لم يسر بناء على الأصح أن العبرة في نفوذ العتق بحالة وجود الصفة.

(ولو قال لشريكه الموسر: أعتقت نصيبك فعليك قيمة نصيبني فأنكر) ولا بينة (صدق المنكر بيمينه) إذ الأصل عدم العتق (فلا يعتق نصيبه) إن حلف وإلا حلف المدعي واستحق قيمة نصيبه، ولا يعتق نصيب المنكر لأن الدعوى إنما سمعت عليه لأجل القيمة فقط، وإلا فهي لا تسمع على آخر أنك أعتقت حتى يحلف، نعم إن كان مع الشريك شاهد آخر قبلا حسبة: أي إن كان قبل دعواه القيمة كما بحثه الزركشي لتهمته حينئذ (وبعتق نصيب

المدعى بإقراره إن قلنا يسري بالإعتاق مؤاخذاً له بإقراره، وأفهم أنه لا يعتق على القولين الأخيرين بإقراره وهو كذلك، نعم لو نكل المدعى عليه وحلف المدعى اليمين المردودة عتق جزماً لكن بإقرار المدعى عليه لأن اليمين المردودة كالإقرار (ولا يسري إلى نصيب المنكر). وإن أسر المدعى لأنه لم ينشئ عتقا فهو كما لو قال شريك لآخر: اشترت نصيبى فأعتقته فأنكر فإنه يعتق نصيب المدعى ولا يسري. (ولو قال لشريكه) الموسر أو المعسر (إن أعتقت نصيبك فنصيبى حر) فقط أو زاد (بعد نصيبك فأعتق الشريك) المقول له نصيبه (وهو موسر) (سرى إلى نصيب الأول إن قلنا: السراية بالإعتاق) وهو الأصح (وعليه قيمته) أي قيمة نصيب المعلق، ولا يعتق بالتعليق لأنه اجتمع على النصف تعليق وسراية، والسراية أقوى لأنها قهرية تابعة لعتق نصيبه لا مدفع لها، والتعليق قابل للدفع بالبيع ونحوه، فإن قلنا بالتبين فالحكم كذلك إذا أدبت القيمة خلافاً لما يوهمه كلامه، وإن قلنا بالأداء فعمن يعتق نصيب المعتق وجهان في الروضة، رجح البلقيني السراية عند الأداء، ويعتق عن المنجز لا عن المعلق، واحترز المصنف بقوله وهو موسر عما لو كان معسراً فيعتق على كل واحد منهما نصيبه تنجيزاً في الأول ومقتضى التعليق في الثاني (فلو) (قال) لشريكه: إن أعتقت نصيبك (فنصيبى حر قبله) أو معه أو حال عتقه (فأعتق الشريك) المخاطب نصيبه (فإن كان المعلق معسراً عتق نصيب كل عنه والولاء لهما، وكذا إن كان موسراً وأبطلنا الدور) اللفظي الآتي بيانه لأن اعتبار المعية والحالية يمنعهما والقبليّة ملغاة لاستحالة الدور المستلزم هنا سد باب عتق الشريك فيصير التعليق معها كهو مع المعية والحالية (وإلا) بأن لم يبطل الدور في صورة القبليّة (فلا يعتق شيء) على واحد منهما لأنه لو نفذ إعتاق المقول له في نصيبه لعتق نصيب القائل قبله، ولو عتق السرى ولو سرى لبطل عتقه فيلزم من نفوذه عدم نفوذه، وهذا يوجب الحجر على المالك المطلق التصرف في إعتاق نصيبه نفسه، ثم ضعفه الأصحاب لما فيه من الحجر على الغير في ملكه هذا كله إن لم ينجز المعلق عتق نصيبه وإلا عتق عليه قطعاً وسرى بشرطه. (ولو كان) أي وجد (عبد لرجل نصفه ولآخر ثلثه ولآخر سدسه فأعتق الآخران) بكسر الخاء كما بخطه ليوافق ما في المحرر لا التقييد، إذ لو أعتق اثنان منهم أي اثنين كانا فالحكم كذلك، قاله في الروضة (نصيبهما) بالثنائية (معا) بأن لم يفرغ أحدهما منه قبل فراغ الآخر أو وكل وكيفا فأعتقه بلفظ واحد (فالقيمة) للنصف الذي سرى إليه العتق (عليهما نصفان على المذهب) لأن ضمان المتلف يستوى فيه القليل والكثير كما لو مات من جراحتهما المختلفتين والطريق الثاني حكاية قولين أحدهما هذا، والثاني يجب على قدر الملكين كتنظيره من الشفعة، وفرق الأول بأن الأخذ بالشفعة من فوائد الملك ومرافقه كالثمرة وهذا سبيله سبيل ضمان المتلف ومحل الخلاف ما إذا كانا موسرين فإن كان أحدهما موسراً فقط قوم عليه نصيب الثالث قطعاً.

(وشروط السراية) أمران أحدهما اليسار كما علم مما مر. ثانيهما (إعتاقه) أي تملكه بدليل التفريق الآتي (باختياره) ولو بتسببه فيه كان اتهب بعض قريبه أو قبل الوصية له به، وخرج بذلك ما لو عتق عليه بغير اختياره لا يقال: خرج به عتق المكره لأن ذلك شرط لأصل العتق وما هنا شرط للسراية مع وقوع العتق ثم عتقه عليه بغير اختياره له صور كثيرة منها الإرث (فلو ورث بعض ولده) مثلاً (لم يسر) ما عتق منه إلى باقيه لأنه لا سبيل إلى السراية من غير عوض لما فيه من الإجحاف بالشريك ولا بعوض، لأن التغريم سبيله سبيل غرامة المتلف ولم يوجد منه صنع وقصد إتلاف، ومنها الرد بالعيب، فلو باع بثقصا ممن يعتق على وارثه كان باع بعض ابن أخيه بثوب ومات ووارثه أخوه ثم اطلع مشتري الشقص على عيب فيه ورده فلا يسرى كالإرث، فإنه وجد الوارث بالثوب عيباً ورد

واسترد الشقص عتق عليه وسرى على الأصح لاختياره فيه، وقد تقع السراية من غير اختيار كان وهب لقن بعض قريب سيده فقبله فيعتق ويسري على ما يأتي وعلى سيده قيمة باقيه. وأجيب عنه بأن فعل عبده كفعله كما مر في الدعوى عليه (والمريض) مرض الموت في عتق التبرع (معسر إلا في ثلث ماله) فلو أعتق في مرض موته نصيبه ولم يخرج من الثلث غيره فلا سراية وكذا إذا خرج نصيبه وبعض نصيب شريكه فلا سراية في الباقي لما مر في الوصية، لكن قال الزركشي: التحقيق أنه كالصحيح، فإن شفي سري، وإن مات نظر لثلثه عند الموت، فإن خرج بدل السراية من الثلث نفذ وإلا بان رد الزائد، والفرق بينه وبين المفلس تعلق حق الغرماء، أما غير التبرع كما لو أعتق بعض رقيقه عن كفارة مرتبة بنية الكفارة فيسري ولا يقتصر على الثلث (والميت معسر) مطلقا فلا سراية عليه لانتقال تركته لورثته بموته (فلو أوصى بعتق نصيبه) بعد موته (لم يسر) وإن خرج كله من الثلث للانتقال المذكور، ومن ثم لو أوصى بعتق بعض عبده لم يسر أيضا إلى باقيه نعم لو أوصى بالتكميل سري لأنه حينئذ استبقى لنفسه قدر قيمته من الثلث وقد يسري كما لو كاتبا أمتهما ثم ولدت من أحدهما واختارت المضي على الكتابة ثم مات وهي مكاتبه فيعتق نصيب الميت ويسري ويأخذ الشريك من تركة الميت القيمة، ولو أوصى بصرف ثلثه في العتق فاشترى الوصي منه شقصا وأعتقه سري بقدر ما يفي من الثلث لأن الوصية تناولت السراية.

(فصل)

في العتق بالعضية

إذا (ملك) ولو قهرا (أهل تبرع أصله) من النسب وإن علا الذكور والإناث (أو فرعه) وإن سفل كذلك (عتق) عليه بالإجماع إلا داود الظاهري، ولا حجة له في خبر مسلم {لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه} لأن الضمير راجع للشراء المفهوم من يشتريه لرواية فيعتق عليه والولد كالوالد بجامع العضية، ومن ثم قال صلى الله عليه وسلم {فاطمة بضعة مني} أما بقية الأقارب فلا يعتقون، وخبر {من ملك ذا رحم محرم فقد عتق عليه} ضعيف، وخرج بأهل تبرع، والمراد به الحر كله المكاتب والمبعض إذ لا عتق عليهما لاستعقابه الولاء وهما غير أهل له، ولا يصح احترازه بذلك عن الصبي والمجنون لما يأتي أنهما إذا ملكاه عتق عليهما، وكذا من عليه دين مستغرق كما علم مما مر، وبما تقرر اندفع قول الشارح لم يقصد له مفهوم، ولا ينافي ما قررناه في المبعض ما يأتي من نفوذ إيلاده فيما ملكه ببعضه الحر لأنه حينئذ أهل للولاء لانقطاع الرق بموته، وما لو ملك ابن أخيه فمات وعليه دين مستغرق وورثه أخوه فقط، وقلنا بالأصح إن الدين لا يمنع الإرث نفذ ملك ابنه ولم يعتق عليه لأنه ليس أهلا للتبرع فيه لتعلق حق الغير به وقد يملكه أهل التبرع، ولا يعتق في صور ذكرها بعض الشراح ولا تخلو عن نظر (ولا) يصح أن (يشترى المولى لطفل) ومجنون وسفيه (قريبه) الذي يعتق عليه لأنه لا غبطة له فيه (ولو) (وهب) قريب له (أو أوصى له) به (فإن كان) الموهوب أو الموصى به (كاسبا) أي له كسب يكفيه (فعلى المولى قبوله ويعتق) على المولى عليه لانتفاء ضرره، ولا نظر لاحتمال عجزه فتجب مؤنته لأنه خلاف الأصل مع أن المنفعة محققة والضرر مشكوك فيه (وينفق) عليه (من كسبه) لاستغنائه به عن القريب، هذا إن وهب له جميعه، فلو وهب له بعضه والموهوب له موسر لم يجز للمولى قبوله وإن كان كاسبا، لأنه لو قبله لملكه وعتق عليه وسرى فتجب قيمة حصة الشريك في مال المحجور عليه، ويفرق بينه وبين قبول العبد بعض قريب سيده، وإن سرى على ما يأتي بأن العبد لا يلزمه رعاية مصلحة سيده من كل وجه فصح قبوله إذا لم يلزم السيد المؤنة، وإن

سرى لتشوف الشارع للعتق والولي يلزمه رعاية مصلحة المولى عليه من كل وجه فلم يجز له التسبب في سراية يلزمه قيمتها (وإلا) بأن لم يكن كاسبا (فإن كان الصبي) ونحوه (معسرا وجب) على الولي (القبول) لانتفاء وجوب النفقة على المولى عليه ولا نظر لاحتمال يساره لما مر (ونفقته في بيت المال) إن كان مسلما وليس له من يقوم بها، أما الذمي فينفق عليه منه قرضا كما قاله في موضع وذكرنا في آخر أنه تبرع (أو موسرا حرم) قبوله ولم يصح لتضرره بإنفاقه عليه واعلم أن فرض المصنف الكلام في الكاسب مثال مع أنه لا يتأتى إلا في الفرع إذ الأصل تلزم نفقته وإن كان كسوبا، والمراد أنه متى لم يلزم المولى عليه النفقة لإعساره أو لكسب الفرع أو لكون الأصل له منفق آخر لزم الولي القبول وإلا فلا

(ولو) (ملك في مرض موته قريبه) الذي يعتق عليه (بلا عوض) كإرث (عتق) عليه (من ثلثه) فلو لم يكن له غيره لم يعتق سوى ثلثه (وقيل) يعتق (من رأس المال) وهو المعتمد، والأصح في الروضة كالشرحين، وجرى عليه البلقيني وغيره فيعتق جميعه وإن لم يملك غيره لأنه لم يبذل مالا والملك زال بغير رضاه (أو) ملكه (بعوض بلا محاباة) بأن كان بثمن مثله (فمن ثلثه) يعتق ما وفى به لأنه فوت ثمنه على الورثة من غير مقابل (ولا يرث) هنا إذ لو ورث لكان عتقه تبرعا على الوارث فيبطل لتعذر إجازته لتوقفها على إرثه المتوقف على عتقه المتوقف عليها فيتوقف كل من إجازته وإرثه على الآخر فامتنع إرثه، بخلاف من يعتق من رأس المال لعدم التوقف، وما تقرر في التعليل هو الصحيح لا ما قاله الشارح من أن عتقه من الثلث وصية ولا يجمع بينهما وبين الإرث (فإن كان عليه) أي المريض (دين) مستغرق له عند موته (فقل لا يصح الشراء) لئلا يملكه من غير عتق (والأصح صحته) إذ لا خلل فيه (ولا يعتق بل يباع للدين) إذ موجب الشراء الملك والدين لا يمنع منه فلم يمنع صحة الشراء وعتقه معتبر من الثلث والدين يمنع منه كما يمنع المدين العتق بالإعتاق، ويخالف شراء الكافر للمسلم لأن الكفر يمنع الملك للعبد المسلم (أو) ملكه (بمحاباة) من بئعه له كأن اشتراه بخمسين وهو يساوي مائة (فقدرها) وهو خمسون في هذا المثال (كهبة) فيحسب نصفه من رأس المال على الأصح المار (والباقي من الثلث) (ولو) (وهب لعبد) أي قن غير مكاتب ولا مبعوض (بعض) أي جزء (قريب) أي أصل أو فرع (سيده فقبل) (وقلنا يستقل به) أي بالقبول، ولا يحتاج إلى إذن السيد وهو الأصح (عتق وسرى وعلى سيده قيمة باقيه) لأن قبوله حينئذ كقبول سيده شرعا، وهذا ما جزم به الرافعي هنا، لكن بحث في الروضة عدم السراية لأنه دخل في ملكه قهرا كالإرث وجرى عليه في الكتابة وهو المعتمد، أما إذا كان السيد بحيث تلزمه نفقة البعض فلا يصح قبول العبد له جزما، وأما المكاتب فيقبل ولا يعتق على السيد لأن الملك له نعم إن عجزه عتق البعض ولم يسر لعدم اختيار السيد مع استقلال المكاتب وإن كان هو المعجز له لأنه إنما قصد التعجيز والملك حصل ضمنا، وأما المبعوض فإن كان ثم مهياة ففي نوبة نفسه لا عتق، وفي نوبة سيده كالقن وإن لم تكن مهياة مما يتعلق به قن وما يتعلق بسيده يأتي فيه ما مر.

(فصل)

في الإعتاق في مرض الموت وبيان القرعة في العتق

إذا (أعتق) تبرعا (في مرض موته عبدا لا يملك غيره) عند موته (عتق ثلثه) ورق ثلثاه لأن المريض إنما ينفذ تبرعه من ثلثه، نعم إن مات في حياة السيد مات رقيقا كله كما قاله الصيدلاني، وأجاب به الشيخ أبو زيد في مجلس المحمودي فرضيه وهو المعتمد، لأن ما يعتق ينبغي أن يحصل للورثة مثلاه (فإن كان عليه دين مستغرق) وأعتقه تبرعا أيضا (لم يعتق

شيء منه) ما دام الدين باقيا لأن العتق حينئذ كالوصية والدين مقدم عليها، ومن ثم لو أبرأ الغرماء منه أو تبرع به أجنبي عتق ثلثه، أما إذا كان نذر إعتاقه حالة صحته ونجزه في مرضه فيعتق كله كما لو أعتقه عن كفارة مرتبة وخرج بالمستغرق غيره فالباقي بعده كأنه جميع المال فينفذ العتق في ثلثه (ولو) (أعتق) في مرض موته (ثلاثة) معا كقوله أعتقتكم (لا يملك غيرهم قيمتهم سواء) ولم تجز الورثة (عتق أحدهم) يعني تميز عتقه (بقرعة) لأنها شرعت لقطع المنازعة فتعينت طريقا فلو اتفقوا على أنه إن طار غراب ففلان حر أو من وضع صبي يده عليه حر لم يجز {ولأن رجلا من الأنصار أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم صلى الله عليه وسلم فجزأهم ثلاثة ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة} رواه مسلم، والمراد جزأهم باعتبار القيمة لأن عبيد الحجاز لا تختلف قيمتهم غالبا، ولو مات بعضهم أدخل في القرعة، فإن قرع رق الآخرين وتبين موته حرا فيتبعه كسبه ويورث (وكذا لو قال أعتقت ثلثكم أو ثلثكم حر) فيقرع بينهم لتجتمع الحرية في واحد وليتميز الحر من غيره (ولو) (قال أعتقت ثلث كل عبد) منكم (أقرع) لما مر (وقيل يعتق من كل ثلثه) ولا إقراع لتصريحه بالتبعيض، وهذا هو القياس لولا تشوف الشارع إلى تكميل العتق المتوقف على القرعة، ولو قال ثلث كل حر بعد موتي عتق ثلثه ولا إقراع إذ لا سراية في العتق بعد الموت (والقرعة) علمت مما مر في القسمة وتحصل في هذا المثال بأحد أمرين: أولهما (أن يؤخذ ثلاث رقا متساوية) ثم (يكتب في ثنتين) منها (رق وفي واحدة عتق) إذ الرق ضعف الحرية (وتدرج في بنادق كما سبق) ثم (وتخرج واحدة باسم أحدهم فإن خرج العتق عتق ورق الآخرين) بفتح الخاء (أو المرق رق وأخرجت أخرى باسم آخر) فإن خرج العتق عتق ورق الثالث وإلا فالعكس ولو اقتصر على رقتين جاز أن يكون في واحدة رق وفي أخرى عتق كما رجحه البلقيني كالإمام وهو أوجه مما ذهب إليه ابن النقيب من وجوب الثلاث، وزعم أن كلامهم يدل عليه (و) ثانيهما أنه (يجوز أن يكتب أسماؤهم) في الرقا (ثم تخرج رقعة) والأولى إخراجها (على الحرية) لا الرق لأنه أقرب إلى فصل الأمر (فمن خرج اسمه عتق ورقا) أي الباقيان لانفصال الأمر بهذا أيضا، وقضية عبارته أولوية الأول، لكن صوب جمع من المتقدمين أولوية الثاني لأن الإخراج فيه مرة واحدة، بخلافه في الأول فإنه قد يتكرر (وإن) لم تكن قيمتهم سواء كان (كانوا ثلاثة قيمة واحد مائة وآخر مائتان وآخر ثلثمائة أقرع) بينهم (بسهمي رق وسهم عتق) بأن يكتب في رقتين رق وفي واحدة عتق ويفعل ما مر (فإن خرج العتق لذي المائتين عتق ورقا) أي الباقيان لأن به يتم الثلث (أو لذي الثلثمائة عتق ثلثاه) لأنهما الثلث ورق باقيه والآخران (أو) خرجت (لأول) عتق ثم يقرع بين الآخرين بسهم رق وسهم عتق) في رقتين. (فمن خرج) العتق على اسمه (تم) منه الثلث) وإن خرج للثاني عتق نصفه أو للثالث فثلثه والطريق الأخرى جائزة هنا، فإن خرج اسم الأول عتق ثم يخرج أخرى فإن خرج اسم الثاني عتق نصفه أو الثالث عتق ثلثه (وإن كانوا) أي المعتقون معا (فوق ثلاثة) لا يملك غيرهم (وأمكن توزيعهم بالعدد والقيمة) في جميع الأجزاء (كسنة قيمتهم سواء) ومثلهم ستة قيمة ثلاثة مائة وثلاثة خمسون خمسون (جعلوا اثنين اثنين) فيضم كل خسيس لنفيس (أو) أمكن توزيعهم (بالقيمة دون العدد) في كل الأجزاء كخمسة قيمة أحدهم مائة واثنين مائة واثنين مائة جعل الواحد جزءا والاثنان جزءا ثانيا والاثنان جزءا ثالثا أو في بعضها (كسنة قيمة أحدهم مائة وقيمة اثنين مائة و) قيمة (ثلاثة مائة جعل الأول جزءا والاثنان جزءا والثلاثة جزءا) وأقرع كما سبق، وفي عتق الاثنين إن خرج وافق ثلث العدد ثلث القيمة، فقوله دون العدد صادق ببعض الأجزاء في مقابلته للمثبت قبله في جميع الأجزاء فلا اعتراض على كلامه، ولا

يخالفه ما في الروضة كأصلها من جعل الستة المذكورة مثلا للاستواء في العدد دون القيمة نظرا إلى أن القيمة مختلفة فلا يمكن التوزيع بها في الكل، بخلاف العدد فإنه يمكن الاستواء فيه وإن كان للنظر إلى القيمة في ذلك دخل، ولهذا قال الشارح: لا يتأتى التوزيع بالعدد دون القيمة: أي مع قطع النظر عنها أصلا. وأجاب الشيخ عن هذا التناقض بين ما في الكتاب والروضة بأن إمكان الستة المذكورة صالح لإمكان التوزيع بالقيمة دون العدد نظرا إلى عدم تأتي توزيعها بالقيمة مع العدد، وهو راجع لما تقرر أولا إذ عدم التأتي من كل من الأمرين إنما هو بالنظر لما مر، وقد يقال: لا منافاة أيضا بينهما من وجه آخر، وهو أن عبارة الكتاب كأصله مصرحة بالتوزيع، وأما الروضة وأصلها فعبر بالتسوية وبين التوزيع والتسوية فرق ظاهر لصدقها في الستة المذكورة ولو مع قطع النظر من القيمة بخلافه فصح جعل الروضة كأصلها لها مثلا لما ذكرناه، وبه يتضح أن قول الشارح لا يتأتى التوزيع بالعدد دون القيمة لا ينافي قول الروضة كأصلها وإن أمكن التسوية بالعدد دون القيمة كسنة إلى آخره (وإن تعذر) توزيعهم (بالقيمة) وبالعدد بأن لم يكن لهم ولا لقيمتهم ثلث صحيح (كأربعة قيمتهم سواء، ففي قول يجزءون ثلاثة أجزاء واحد) جزء (وواحد) جزء (واثنان) جزء لأنه أقرب إلى فعله صلى الله عليه وسلم (فإن خرج العتق لواحد عتق) كله سواء أكتب المرق والعتق أم الأسماء (ثم أقرع) بين الثلاثة الباقين بعد تجزئتهم أثلاثا (لتميم الثلث) فمن خرج له سهم الحرية عتق ثلثه، هذا ما دل عليه كلامهما وهو يرد ما فهمه جمع من الشراح من بقاء الاثنين على حالهما، ثم ترددوا فيما إذا خرجت لاثنين هل يعتق من كل سدسه أم يقرع بينهما ثانيا، فمن قرع عتق ثلثه زاد الزركشي أن الأول مقتضى كلامهم لأنهم جعلوا الاثنين بمثابة الواحد (أو) خرج العتق (للاثنين) المجمعولين جزءا (رق الأخران ثم أقرع بينهما) أي الاثنين (فيعتق من خرج له العتق وثلث الآخر) لأن بذلك يتم الثلث (وفي قول يكتب اسم كل عبد في رقعة) فالرقاع أربع ثم يخرج على العتق واحدة بعد أخرى إلى أن يتم الثلث (فيعتق من خرج) أولا (و) تعاد القرعة بين الباقين، فمن خرجت له ثانيا بأن أن ثلثه هو الباقي من الثلث فيعتق (ثلث الباقي) وهو القارع ثانيا لأن هذا أقرب إلى فصل الأمر، وفي بعض النسخ الثاني بالمثلثة والنون وصوبت (قلت: أظهرهما الأول والله أعلم). لما مر أن تجزئتهم ثلاثة أجزاء أقرب لما مر في الخبر (والقولان في استحباب) لأن المقصود يحصل بكل (وقيل) في (إيجاب) والمعتمد الأول وإن انتصر للثاني جمع وادعى أنه نص الأم ومقتضى كلام الأكثرين، أما إذا اعتق عبدا مرتبا فلا قرعة بل يعتق الأول فالأول إلى تمام الثلث (وإذا) (اعتقنا بعضهم) أي الأرقاء (بقرعة) فظهر مال للميت لم يعلم به حال القرعة (وخرج كلهم من الثلث) (عتقوا) أي بان عتقهم وأنهم أحرار تجري عليهم أحكام الأحرار من حين إعتاقه (و) يكون (لهم كسبهم) ونحوه كأرش جنابة ومهر أمة وتبعية ولدها لها (من يوم) أي وقت (الإعتاق) ويبطل نكاح أمة زوجها الوارث بالملك، ويلزمه مهرها بوطئها، ولو زنى أحدهم وجلد خمسين كمل حده إن كان بكرا، ورجم إن كان ثيبا، ولو كان الوارث باع أحدهم أو رهنه أو أجره بطل بيعه ورهنه وإجارته ويلزم المستأجر أجرة المثل، فإن كان أعتقه بطل إعتاقه وولأؤه للأول، أو كاتبه بطلت الكتابة ورجع على الوارث بما أدى وصار حرا في جميع الأحكام (ولا يرجع الوارث بما أنفق عليهم) إذ لا موجب للرجوع به (وإن خرج بما ظهر عبد آخر) فيما إذا أعتق من ثلاثة واحدا (أقرع) بين الباقين فمن خرج له القرعة عتق (ومن عتق بقرعة حكم بعتقه من يوم الإعتاق، وتعتبر قيمته حينئذ) أي حين الإعتاق لأنه تبين بالقرعة أنه كان حرا قبله (وله كسبه) ونحوه مما مر (من يومئذ غير محسوب من الثلث) لحدوثه على ملكه

(ومن بقي رقيقاً قوم يوم الموت) لأنه وقت استحقاق الوارث، ومحل ذلك إن كانت القيمة يومه أقل أو لم تختلف فلا ينافيه ما في الروضة كأصلها أنه يعتبر أقل قيمة من وقت الموت إلى قبض الورثة للتركة لأنها إن كانت وقت الموت أقل فالزيادة على ملكهم أو وقت القبض أقل فما نقص قبل ذلك لم يدخل في يدهم فلا يحسب عليهم كمغصوب أو ضائع من التركة قبل أن يقبضوه (وحسب) على الوارث (من الثلثين هو وكسبه الباقي قبل الموت) ظرف لكسبه (لا الحادث بعده) لأنه حدث على ملك الورثة حتى لو كان على سيده دين بيع في دينه والكسب للوارث لا يقضي شيء منه (فلو) (أعتق ثلاثة لا يملك غيرهم قيمة كل) منهم (مائة فكسب أحدهم مائة) قبل موت سيده (أقرع فإن خرج العتق للكاسب عتق وله المائة) لما مر أن من عتق يكون له كسبه من وقت عتقه (وإن خرج لغيره عتق ثم أقرع) بين الكاسب وغيره لتتميم الثلث (فإن خرجت) القرعة (لغيره عتق ثلثه) وبقي ثلثاه مع المكتسب وكسبه للورثة وذلك مثلاً قيمة الأول وما عتق من الثاني (وإن خرجت له) أي للمكتسب (عتق ربعه وتبعه ربع كسبه) ويكون للوارث الباقي منه ومن كسبه مع العبد الآخر وذلك مائتان وخمسون ضعف ما عتق، لأنك إذا أسقطت ربع كسبه وهو خمسة وعشرون يبقى من كسبه خمسة وسبعون مضافة إلى قيمة العبيد الثلاثة يصير المجموع ثلاثمائة وخمسة وسبعين ثلثها مائتان وخمسون للورثة والباقي وهو مائة وخمسة وعشرون للعتق، ويستخرج ذلك بطريق الجبر والمقابلة بأن يقال: عتق من العبد الثاني شيء وتبعه من كسبه مثله يبقى للورثة ثلثمائة إلا شيئين تعدل مثلي ما عتق وهو مائة وشيء فمثلاه مائتان وشيئان وذلك يعدل ثلثمائة إلا شيئين فتجبر وتقابل فمائتان وأربعة أشياء تعدل ثلثمائة يسقط منها المائتان يبقى مائة تعدل أربعة أشياء فالشيء خمسة وعشرون، فعلم أن الذي عتق من العبد ربعه وتبعه ربع كسبه.

(فصل) في الولاء

بفتح الواو والمد من الموالة: أي المعاونة والمقاربة، وهو شرعاً: عسوبة ناشئة عن حرية حدثت بعد زوال ملك متراخية عن عصوبة النسب تقتضي للمعتق وعصيته الإرث وولاية النكاح والصلاة عليه والعقل عنه. والأصل فيه قبل الإجماع أخبار كخبر {إنما الولاء لمن أعتق} وخبر {الولاء لحمة كلحمه النسب} بضم اللام وفتحها (من عتق عليه رقيق بإعتاق) منجز أو معلق، ومنه بيع القن من نفسه لما مر أنه عقد عتاقة (أو كتابة وتدبير) والعتق في هذه الأحوال اختياري وفيما بعدها قهري ولذا غير العاطف، فقال (واستيلاد وقرابة وسراية فولأؤه له) للخبرين المارين (ثم لعصيته) المتعصبين بأنفسهم يقدم الأقرب فالأقرب كما مر في الفرائض، والترتيب إنما هو بالنسبة لفوائد الولاء المترتبة عليه من إرث وولاية تزويج وغيرها، لا بالنسبة لثبوته فإنه يثبت لعصيته معه في حياته، ومن ثم لو تعذر إرثه به دونهم ورثوا به كما لو أعتق مسلم كافراً ومات في حياته وله بنون من دين العتق فإنهم يرثونه، ثم المنتقل إليهم الإرث به لا إرثه، فإن الولاء لا ينتقل كما أن النسب للإنسان لا ينتقل بموته. وسببه أن نعمة الولاء لا تختص به، ولذا قالوا: إن الولاء لا يورث وإنما يورث به. أما العصبة بغيره كبنات مع ابن أو مع غيره كالأخت معها فلا يرث به، وخرج بقول المصنف من عتق عليه إلى آخره من أقر بحرية قن ثم اشتراه فإنه يحكم عليه بعتقه ويوقف ولاؤه، ومن أعتق عن كفارة غيره بعوض أو غيره وقد قدر انتقال ملكه للغير قبل عتقه فولأؤه لذلك الغير، ووقع في شرح فصول ابن الهائم للمارديني أنه إذا أعتق عن الغير بغير إذنه يكون الولاء للمالك، بخلاف ما إذا كان بإذنه أو بغير إذنه لكنه في معرض التكفير فإنه يعتق عن أعتق عنه والمعتق نائب عنه في الإعتاق، وهو غير صحيح لتوقف الكفارة على النية

المتوقفة على الإذن (و) علم مما تقرر أنه (لا ترث امرأة بولاء) يثبت لغيرها، فإذا كان للمعتق ابن وبنت أو أم وأب أو أخ وأخت ورث الذكر دون الأنثى لأن الولاء أضعف من النسب المترأخي، وإذا تراخى النسب ورث الذكور دون الإناث. ألا ترى أن ابن الأخ والعم وبنيهما يرثون دون أخواتهم، فإذا لم ترث بنت الأخ وبنت العم والعمة فبنت المعتق أولى أن لا ترث لأنها أبعد منهن (إلا من عتيقها و) كل منتم إليه بنسب أو ولاء نحو (أولاده) وإن سفلوا (وعتقائه) وعتقاء عتقائه وهكذا لخبر {إنما الولاء لمن أعتق} فجعل الولاء على بريرة لعائشة رضي الله عنها، ولأن نعمة إعتاقها شملتهم كما شملت المعتق فاستتبعوه في الولاء. وهذه أبسط مما في الفرائض فلا تكرر، وخرج بمنتم من علقته به عتيقة بيد العتق من حر أصلي فإنه لا ولاء عليه لأحد (فإن عتق عليها أبوها ثم أعتق عبدا فمات بعد موت الأب بلا وارث) له ولا للأب بأن مات عنها وحدها (فماله للبنت) لا لكونها بنت معتقه بل لأنها معتقة معتقه، هذا إن لم يكن للأب عصبة فإن كان، كاخ وابن عم قريب أو بعيد فميراث العتيق له، ولا شيء لها لأن معتق المعتق يتأخر عن عصوبة النسب. وقد غلط في هذه المسألة أربعمائة قاض غير المتفهمة فإنهم جعلوا الميراث للبنت لكونها أقرب وهي عصبة له بولائها عليه، وسبب غلطهم غفلتهم عن أن المقدم في الولاء المعتق فعصبتهم فمعتقه فعصبتهم فمعتق معتقه فعصبتهم، وحكى الإمام غلط هؤلاء فيما إذا اشترى أخ وأخت أباهما فعتق عليهما ثم أعتق قنا ومات ثم مات العتيق فقالوا ميراثهما لاشترائكهما في الولاء، وهو غلط بل الإرث له وحده

(والولاء لأعلى العصابات) كالنسب لقول عمر وعثمان الولاء للكبير، وهو بضم الكاف وإسكان الباء بمعنى الأكبر في الدرجة لا كبير السن إذ لا فرق بين الصغير والكبير، ومثل هذا لا يكون إلا عن توقيف، فلو مات معتق عن ابنين وثبت لهما ولاء العتيق فمات أحدهما عن ابن فولاء العتيق للابن لأنه لو قدر موت المعتق حينئذ لم يرثه إلا الابن، ولو مات المعتق عن ثلاثة بنين ثم مات أحدهم عن ابن وآخر عن أربعة وآخر عن خمسة فالولاء بين العشرة بالسوية فيرثون العتيق أعشارا لاستواء قريتهم (ومن مسه رق) فعتق (فلا ولاء عليه إلا لمعتقه وعصبتهم) فإن لم يوجد فالمال لبيت المال ولا ولاء عليه لمعتق الأصول بحال لأن نعمة من أعتقه أعظم من نعمة من أعتق بعض أصوله ولأن عتق المباشرة أقوى (ولو نكح عبد معتقة فأنت بولد فولأؤه لمولى الأم) لأنهم أنعموا عليه لعتقه بعتقها (فإن أعتق الأب انجر) الولاء (إلى مواليه) لأن الولاء فرع النسب وهو للآباء دون الأمهات وإنما ثبت لموالي الأم لعدمه من جهة الأب، فإذا أمكن عاد إلى موضعه، ومعنى الانجرار أن ينقطع من وقت عتق الأب عن موالى الأم، فإذا انجر إلى موالى الأب فلم يبق منهم أحد لم يرجع إلى موالى الأم بل يكون الميراث لبيت المال (ولو) (مات الأب رقيقا وعتق الجد) أبو الأب وإن علا دون أبي الأم (انجر) الولاء (إلى مواليه) أي الجد لأنه كالأب (فإن أعتق الجد والأب رقيقا انجر) إلى مواليه أيضا (فإن أعتق الأب بعده انجر) من موالى الجد (إلى مواليه) ويستقر (وقيل) لا ينجر لموالى الجد بل (يبقى لموالى الأم حتى يموت الأب) رقيقا (فينجر إلى موالى الجد) لأن وجوده مانع فإذا مات زال المانع (ولو) (ملك هذا الولد) الذي من العبد والعتيقة (أباه جر ولاء إخوته) لأبيه من موالى الأم (إليه) لأن أباه عتق عليه فيثبت له عليه الولاء وعلى أولاده من أمه أو عتيقة أخرى (وكذا ولاء نفسه) بجره إليه (في الأصح) كإخوته (قلت: الأصح المنصوص لا يجره، والله أعلم) بل يبقى لموالى أمه وإلا لثبت له على نفسه وهو محال، ولهذا لو اشترى العبد نفسه أو كاتبه سيده وأخذ منه النجوم أو الثمن عتق وكان ولاؤه للسيد.

{كتاب التدبير}

هو لغة: النظر في عواقب الأمور. وشرعا: تعليق عتق بالموت وحده أو مع شيء قبله، سمي به لأن الموت دبر الحياة، ولا يرد عليه العتق من رأس المال في إن مت فأنت حر قبل موتي بشهر فمات فجأة لأنه ليس فيه تعليق بالموت وإنما يتبين به أنه عتق قبله. الأصل فيه قبل الإجماع {تقريره صلى الله عليه وسلم لمن دبر غلاما لا يملك غيره عليه}. وأركانه: مالك، ويعتبر فيه تكليف إلا السكران، واختيار ومحل، ويعتبر فيه كونه قنا غير أم ولد كما يعلمان مما يأتي؛ وصيغة، وشرطها الإشعار به لفظا كانت أو كتابة أو إشارة، وهي صريح أو كناية، و (صريحه) ألفاظ، منها (أنت حر بعد موتي أو إذا مت أو متى مت فأنت حر) أو عتيق (أو أعتقتك) أو حررتك (بعد موتي) ونحو ذلك من كل ما لا يحتمل غيره، وما نازع به البلقيني في أعتقتك أو حررتك من أنه وعد، نحو إن أعطيتني ألف درهم طلقتك رد بأن ما بعد الموت لا يحتمل الوعد، بخلاف ما في الحياة (وكذا دبرتك أو أنت مدبر على المذهب) إذ التدبير معروف في الجاهلية وقرره الشرع واشتهر معناه فلا يستعمل في غيره وبه فارق ما يأتي في كاتبتك أنه لا بد أن ينضم إليه، فإذا أدبت فأنت حر أو نحوه، ولأنها قد تستعمل في المخارجة وقيل فيهما قولان نقلا وتخريجا. أحدهما أنهما صريحان، والثاني كنايةان لخلوهما عن لفظ الحرية والعتق، ويصح تدبير نحو نصفه، وإذا مات السيد عتق ذلك الجزء ولا سراية، وفي دبرت يدك مثلا وجهان: أحدهما أنه تدبير صحيح في جميعه لأن كل تصرف قبل التعليق تصح إضافته إلى بعض محله وما لا فلا، وظاهر أنه لو لفظ بصريح التدبير عجمي لا يعرف معناه لم يصح وأنه لو كسر التاء للمذكر وفتحها للمؤنث لم يضر (ويصح بكناية عتق) وهي ما يحتمل التدبير وغيره (مع نية كخليت سبيلك بعد موتي) أو إذا مت فأنت حر ونحو ذلك لأنه نوع من العتق فدخلته كنياته. ومنها صريح الوقف كحبستك بعد موتي وعلم منه اعتبار مقارنتها للفظ، ويأتي فيه ما مر في الطلاق وأن كنايات العتق كناية فيه وأن اشتهارها في الاستعمال لا يلحقها بالصريح (ويجوز مقيدا) (كإن مت في ذا الشهر أو) هذا (المرض فأنت حر) فإن وجدت الصفة المذكورة ومات عتق وإلا فلا، ونبه بقوله في ذا الشهر على أنه لا بد لصحته من إمكان وجود ما قيد به، فلو قال: إن مت بعد ألف سنة فأنت حر لم يكن تدبيرا كما قاله في البحر، ونقله الزركشي وأقره وهو ظاهر، ويشهد له نظائره (ومعلقا) على شرط (كإن دخلت) المدار (فأنت حر بعد موتي) لأنه إما وصية أو تعليق عتق بصفة وكل منهما يقبل التعليق (فإن وجدت الصفة ومات عتق وإلا) بأن لم توجد (فلا) يعتق (ويشترط الدخول قبل موت السيد) كسائر الصفات المعلقة عليها، وإن مات السيد قبل الدخول فلا تدبير ويلغى التعليق، وقد علم أنه لا يصير مدبرا إلا بعد الدخول (فإن) (قال إن) أو إذا (مت ثم دخلت فأنت حر) كان تعليق عتق على صفة و (إشترط دخول بعد موت) عملا بمقتضى ثم ولو أتى بالواو كان مت ودخلت فأنت حر فكذلك، إلا أن يريد الدخول قبله فيتبع، وهذا ما نقله في الروضة عن البغوي. قال الإسنوي: ونقل عنه أيضا قبيل الخلع ما يوافق وهو المعتمد وإن خالف في الطلاق فجزم فيما لو قال إن دخلت المدار وكلمت زيدا فأنت طالق بأنه لا فرق بين تقدم الأول وتأخره، ثم قال: وأشار في التتمة إلى وجه اشتراط تقدم الأول بناء على أن الواو تقتضي الترتيب، وقول الزركشي إن الصواب عدم الاشتراط هنا كما هناك وإلا فما الفرق، يرد بأن الفرق أن الصفتين المعلق عليهما الطلاق من فعله فخير بينهما تقديمًا وتأخيرًا. وأما الصفة الأولى في مسألتنا ليست من فعله، وذكر التي من فعله عقبها يشعر بتأخرها عنها (وهو) أي الدخول بعد الموت (على التراخي) بمعنى أنه لا يشترط فيه الفور لأنه يشترط فيه التراخي وإن كان قضية ثم، لكن وجهه أن خصوص التراخي لا غرض فيه يظهر غالبًا فألغي النظر إليه بخلاف الفور في الفاء، إذ لو عبر بها اشترط اتصال

الدخول بالموت، ولو قال إذا مت فأنت حر إن دخلت أو إن شئت ونوى شيئاً عمل به وإلا حمل على الدخول أو المشيئة عقب الموت لأنه السابق إلى الفهم من تأخير المشيئة عن ذكره (وليس للوارث بيعه) ونحوه من كل مزيل للملك (قبل الدخول) وعرضه عليه، إذ ليس له إبطال تعليق الميت وإن كان للميت أن يبطله، كما لو أوصى لرجل بشيء ثم مات ليس للوارث بيعه وإن كان للموصي أن يبيعه، ولو نجز عتقه هل يعتق أو لا ذهب بعضهم إلى ذلك، والأوجه عدمه حيث كان يخرج كله من الثلث لما يلزم عليه من إبطال الولاء للميت وهو مقصود. أما ما لا يزيل الملك كإيجار فله ذلك. وأما لو عرض عليه الدخول فامتنع فله بيعه لا سيما حيث كان عاجزاً لا منفعة فيه إذ يصير كلا عليه

(ولو) (قال إذا مت ومضى شهر) أي بعد موتي (فأنت حر) فهو تعليق عتق بصفة أيضاً (فللوارث استخدامه) وكسبه (في الشهر) كما له ذلك فيما مر قبل دخوله الدار لبقائه على ملكه (لا بيعه) ونحوه لما مر، وسبق ما يستفاد منه أن الصورتين ليستا تدبيراً لأن المعلق عليه ليس هو الموت وحده (ولو) (قال إن) أو إذا (شئت) أو أردت مثلاً (فأنت مدبر أو أنت حر بعد موتي إن شئت) وقد أطلق (اشتراط المشيئة) أي وقوعها في حياة السيد (متصلة) بلفظه بأن يأتي بها في مجلس التواجب قبل موت السيد نظير المار في الخلع لأن الخطاب يقتضي، إذ هو تملك كالبيع والهبة، ومحل ما ذكره من الفورية، إذا أضافه للعبد كما علم من تصويره، فلو قال إن شاء زيد أو إذا شاء زيد فأنت مدبر لم يشترط الفور كما قاله الصيمري في الإيضاح وجزم به الماوردي، بل متى شاء في حياة السيد صار مدبراً ولو على التراخي، لأن ذلك من حيز العتق بالصفات فهو كتعليقه بدخول الدار. قال: والفرق أن التعليق بمشيئة زيد صفة يعتبر وجودها فاستوى فيها قرب الزمان وبعده وتعليقه بمشيئة العبد تملك فاختلف فيه قرب الزمان وبعده، وعلم من اعتبار المشيئة عدم الرجوع عنها حتى لو شاء العتق ثم قال لم أشأ لم يسمع منه، وإن قال لا أشأؤه ثم قال أشأء فكذلك ولم يعتق. والحاصل أنه متى كانت المشيئة فورية فالاعتبار بما شاءه أولاً، أو متراخية ثبت التدبير بمشيئته له، سواء أتقدمت مشيئته له على رده أم تأخرت عنه، أما لو صرح بوقوعها بعد الموت أو نواه فيشترط وقوعها بعده بلا فور (فإن قال متى) أو مهماً مثلاً (شئت فللتراخي) لأن نحو متى موضوعة للزمان فاستوى فيها جميع الأزمان وإن موضوعة للفعل فاعتبر فيها زمان الفعل، لكن يشترط وقوع المشيئة قبل موت السيد ما لم يصرح بما مر أو ينوه (ولو) (قالا) أي كل من شريكين (لعهدهما إذا متنا فأنت حر) (لم يعتق حتى يموتا) لتوجد الصفتان، ثم إن ماتا معا كان تعليق عتق بصفة لا تدبيراً لأنه تعليق بموتين أو مرتباً صار نصيب آخرهما موتاً بموت أولهما مدبراً لأنه حينئذ معلق بالموت وحده بخلاف نصيب أولهما (فإن مات أحدهما فليس لوارثه بيع نصيبه) ونحوه من كل مزيل للملك لأنه صار مستحقاً للعتق بموت الشريك وله نحو استخدامه وكسبه. وفارق ما لو أوصى بإعتاق عبد فإن الكسب بعد الموت له لأنه يجب إعتاقه فوراً فكان مستحقاً له حال اكتسابه (ولا يصح) (تدبير) مكره و (مجنون) حالة جنونه (وصبي) (لا يميز وكذا مميز في الأظهر) لإلغاء عبارتهم ورفع القلم عنهم. والثاني الصحة لأن الحجر عليه لمصلحته، والمصلحة هنا في جوازه لأنه إن عاش لم يلزمه وإن مات حصل له الثواب (ويصح من سفیه) أي محجور عليه بالسفه وكذا بالفلس أيضاً، إذ لا ضرر فيه مع صحة عبارتهما ومن سكران (وكافر أصلي) ولو حربياً كما يصح استيلاده وتعليقه العتق بصفة لصحة عبارته وملكه (وتدبير المرتد بينى على أقوال ملكه) فإن بقيناه صح أو أنزلناه فلا أو وقفناه، فإن أسلم بانته صحتة وإلا فلا (ولو) (دبر) (ثم ارتد) (لم يبطل) تدبيره (على المذهب) بل إذا مات مرتداً عتق القن صيانة

لحقه عن الضياع لأن الردة تؤثر في العقود المستقبلية دون الماضية بدليل عدم فساد البيع والهبة السابقين عليها. والطريق الثاني القطع بالبطلان والثالث البناء على أقوال الملك (ولو ارتد المدير لم يبطل) تدييره وإن صار دمه مهذرا لبقاء الملك فيه كما لا يبطل الاستيلاء والكتابة بها ولو حارب مدبر لمسلم أو ذمي فسبى امتنع استرقاقه لأن فيه إبطالا لحق السيد (ولحربي حمل مدبره) وأم ولده الكافرين الأصليين (إلى دارهم) وإن دبره، عندنا وأبي الرجوع معه لأن أحكام الرق جميعها باقية، بخلاف المكاتب كتابة صحيحة لا يرد إلا برضاه، وخرج بقولي الأصليين المرتدان فيمنع من حملهما لبقاء علقة الإسلام، وفي معنى المرتد القن المدير أو المعلق بصفة أو المكاتب المنتقل من ملة إلى أخرى حيث قلنا لا يقبل منه إلا الإسلام كما هو ظاهر، وعلم مما تقرر أنه لا يمنع من المكاتب كتابة فاسدة كما هو ظاهر تعليلهم

(ولو) (كان لكافر عبد مسلم فدبره) بعد إسلامه ولم يزل ملكه عنه (نقض) تدييره (وبيع عليه) لما في بقاء ملكه عليه من الإذلال وهذا عطف بيان لمراده بالنقض بين به حصوله بمجرد البيع عليه من غير توقف على لفظ (ولو) (دبر كافر كافرا فأسلم) العبد (ولم يرجع السيد في التديير) بأن لم يزل ملكه عنه (نزع من سيده) ويترك في يد عدل ويستكسب دفعا للذل ولا يباع لتوقع حرته (وصرف كسبه إليه) أي السيد كما لو أسلمت أم ولده (وفي قول يباع) لئلا يبقى في ملك كافر وحمل الشارح كلامه على المرجوح وهو صحة الرجوع عنه بالقول، وما قررنا به كلام المصنف تبعا للأذرعى قد لا يتأتى مع قوله نزع من سيده، وفي قول يباع إلا أن يقال إنه أزال ملكه عنه لكافر آخر فيصح على بعد (وله) أي السيد غير المحجور عليه ولوليه (بيع المدير) وهبته وكل تصرف يزيل الملك {لأنه صلى الله عليه وسلم باع مدبر أنصاري في دين عليه}، رواه الشيخان، وروى مالك في الموطأ والشافعي والحاكم وصححه عن عائشة رضي الله عنها أنها باعت مدبرة لها سحرتها ولم ينكر عليها ولا خالفها أحد من الصحابة، واحتمال بيعه في الأول للدين رد بأنه لو كان كذلك لتوقف على طلب الغرماء ولم يثبت ذلك، ولا ينافي ما تقرر قول الراوي في دين عليه إذ مجرد كون البيع فيه لا يفيد أنه لأجله فحسب لتوقفه حينئذ على الحجر عليه وسؤال الغرماء في بيعه ولم يثبت واحد منهما، على أن قضية عائشة كافية في الاحتجاج (والتديير تعليق عتق بصفة) لأن صيغته صيغة تعليق (في قول وصية) للعبد بالعتق نظرا إلى أن إعتاقه من الثلث (فلو باعه) أو وهبه وأقبضه (ثم ملكه لم يعد التديير على المذهب) لأن زوال الملك يبطل كلا من الوصية والتعليق وكما لا يعود الحنث في اليمين، وفي قول على قول التعليق يعود على قول عود الحنث في القسم (ولو رجع عنه بقول) ومثله إشارة أخرس مفهومة وكتابة مع نية (كأبطلته فسخته نقضته رجعت فيه صح) الرجوع (وإن قلنا) بالمرجوح إنه (وصية) لما مر في الرجوع عنها (وإلا) بأن لم نقل وصية بل تعليق عتق بصفة كما هو الأصح (فلا) يصح بالقول كسائر التعليقات (ولو) (علق مدبر) أو مكاتب أي عتق أحدهما (بصفة) (صح) كما يصح تدييره، وكتابة المعلق عتقه بصفة والتديير والكتابة بحالهما (و) من ثم (عتق بالأسبق من) الوصفين (الموت) أو أداء النجوم (والصفة) تعجلا للعتق فإن سبقت الصفة المعلق بها أو الموت فبه عن التديير أو الأداء فبه عن الكتابة (وله وطء مدبرة) وإن لم يعزل عنها لبقاء ملكه عليها كأم الولد مع أنه لم يتعلق بها حق لازم (ولا يكون) وطؤه لها (رجوعا) عن التديير (فإن أولدها بطل تدييره) لظرو الأقوى على الأضعف بدليل نفوذه من رأس المال فيرتفع به حكمه كما يرتفع النكاح بملك اليمين (ولا يصح تديير أم ولد) لأنها تستحق العتق بالموت بجهة هي أقوى منه، والأضعف لا يدخل على الأقوى (ويصح تديير مكاتب) كما يصح تعليق عتقه

بصفة (وكتابة مدبر) لموافقها لمقصد التدبير فيكون كل منها مدبرا مكاتبا ويعتق بالأسبق كما مر، فإن مات السيد عتق بالتدبير ولا تبطل الكتابة على الأصح فيتبعه كسبه وولده، فإن عجز في مسألة الكتابة عنه ثلث ماله عتق بقدره وبقي الباقي مكاتبا، فإذا أدى قسطه عتق وإن مات وقد دبر مكاتبا عتق بالتدبير لم تبطل الكتابة كما قاله ابن الصباغ، وقال الإسنوي: إنه الصحيح، وبه جزم في البحر وهو المعتمد خلافا للشيخ أبي حامد، وعلى الأول يتبعه كسبه وولده كما مر نظيره.

(فصل)

في حكم حمل المدبرة والمعلق عتقها بصفة وجناية المدبر وعتقه

(ولدت مدبرة من نكاح أو زنا لا يثبت للولد حكم التدبير في الأظهر) لأنه عقد يقبل الرفع فلا يسري للولد الحادث بعده كالرهن. والثاني يثبت كما يتبع ولد المستولدة أمه وخرج "بولدت" ولدها قبل التدبير فلا يتبع جزما، وما لو كانت حاملا عند موت السيد فيتبعها جزما (ولو) (دبر حاملا) يملكها وحملها ولم يستثنه (ثبت له) أي الحمل وإن انفصل في حياة السيد (حكم التدبير على المذهب) لأنه كبعض أعضائها كما يتبعها في العتق والبيع. والطريق الثاني إن قلنا الحمل يعلم فمدبر وإلا فالقولان في المسألة الأولى (فإن ماتت) الأم في حياة السيد (أو رجع في تدبيرها بالقول) على القول به (دام تدبيره) وإن انفصل (وقيل إن رجع وهو متصل فلا) يدوم تدبيره بل يتبعها في الرجوع كما يتبعها في التدبير، وفرق الأول بقوة العتق وما يتول إليه ولو خصص الرجوع بها دام قطعاً، أما إذا استثناه فلا يتبعها، ومحل ذلك حيث ولدته قبل الموت وإلا تتبعها لأن الحرة لا تلد إلا حراً: أي غالباً، ويعرف كونها حاملا حال التدبير بما مر أول الوصايا (ولو) (دبر حاملا) وحده (صح) تدبيره كما يصح إعتاقه دونها ولا يتعدى إليها لأنه تابع (فإن مات) السيد (عتق) الحمل (دون الأم) لما تقرر أنه تابع (وإن) (باعها) مثلاً حاملاً (صح) البيع (وكان رجوعاً عنه) أي من تدبير كما لو باع المدبر ناسياً لتدبيره (ولو) (ولدت المعلق عتقها) بصفة ولداً من نكاح أو زنا (لم يعتق الولد) لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يتعد له كالرهن والوصية (وفي قول إن عتقت بالصفة عتق) كولد أم الولد، وجوابه ما تقرر أن هذا قابل للفسخ وتعميم جريان الخلاف هو ما صرح به المصنف في تصحيح التنبيه وهو قياس ما مر في ولد المدبرة، ومن ثم يأتي هنا على الأصح نظير تفصيله المار خلافاً لما قطع به ابن الرفعة من التبعية فيما إذا اتصل عند التعليق، وقطع غيره بها أيضاً إذا اتصل بوجود الصفة وقد عتقت بها وإن حدث بعد التعليق، ومحل ما ذكر في المتصل بالتعليق ما إذا بقي أو بطل بموتها قبل الانفصال أو بغيره بعده، بخلاف ما لو بطل بغيره قبله فلا تبعية، ولم يبن المصنف هذا التفصيل على المعتمد للعلم به مما قدمه في ولد المدبرة كما تقرر فلا اعتراض عليه (ولا يتبع) عبداً (مدبراً ولده) قطعاً لأن الولد يتبع أمه رقاً وحرية لا أباه فكذا في سبب الحرية (وجنابته) أي المدبر (كجنابة قن) فإذا جنى بيع في الأرش لبقاء الرق فيه كما قبل التدبير لتمكن السيد من البيع وغيره فكان كغيره، والجنابة عليه كالجنابة على القن، ولا يلزم سيده أن يشتري بما أخذه من قيمته من يدبره (ويعتق بالموت من الثلث كله أو بعضه بعد الدين) حيث لم يكن مستغرقاً لما رواه ابن عمر رضي الله عنهما: المدبر من الثلث موقوفاً لا مرفوعاً ولأنه تبرع يلزم بالموت فأشبه الوصية، وأشار بقوله بعد الدين إلى أنه لو لم يكن دين ولا مال سواء عتق ثلثه، فإن كان ثم دين مستغرق لم يعتق منه شيء، فإن استغرق بعضه عتق ثلث ما يبقى منه والحيلة في عتق جميعه بعد الموت، ولو كان ثم دين مستغرق أن يقول أنت حر قبل مرض موتي بيوم وإن مت فجأة

فقبل موتي بيوم، فإذا مات بعد التعليقين بأكثر من يوم عتق من رأس المال ولا سبيل عليه لأحد (ولو) (علق) في صحته (عتقا على صفة تختص بالمرض كإن دخلت) الدار (في مرض موتي فأنت حر) (عتق) عند وجود الصفة (من الثلث) كما لو نجز عتقه حينئذ (وإن احتملت) الصفة (الصحة) أي الوقوع فيها كالمرض، فإن لم يقيد الصفة به كإن دخلت فأنت حر بعد موتي بيوم (فوجدت في المرض فمن رأس المال) فيعتق (في الأظهر) نظرا لحالة التعليق لأنه عنده لم يتهم بإبطال حق الورثة، ومحل ذلك إن وجدت الصفة بغير اختيار السيد كطلوع الشمس، وإلا فمن الثلث قطعاً لاخياره العتق في المرض، ولو علقه كاملاً فوجدت وهو محجور عليه بفلس فكما ذكر أو مجنون أو سفیه عتق قطعاً وفارق ذينك بأن الحجر فيهما لحق الغير بخلاف هذين والثاني من الثلث اعتباراً بوقت وجود الصفة فإن العتق حينئذ يحصل (ولو ادعى عبده التدبير فأنكره فليس برجوع) وإن جوزنا الرجوع بالقول كما أن جحوده الردة والطلاق ليس إسلاماً ورجعة، وقال في موضع آخر إنه رجوع والمعتمد ما هنا (بل يحلف) السيد ما دبره لاحتمال أنه يقر، فإن نكل حلف العبد وثبت تدبيره وله رفع اليمين بإزالة ملكه عنه (ولو) (وجد مع مدبر مال) أو اختصاص (فقال كسبته بعد موت السيد وقال الوارث) بل (قبله) (صدق المدبر بيمينه) لأن اليد له فيرجح، وهذا بخلاف ولد المدبرة إذا قالت ولدت بعد موت السيد فهو حر وقال الوارث قبله فهو قن فإن القول قول الوارث، لأنها لما ادعت حرية نعت أن يكون لها عليه يد وإن سمعت دعواها لمصلحة الولد (وإن أقام بينتين قدمت بينته) أي بينة المدبر لاعضاده باليد، فلو أقام الوارث بينة بأن هذا المال كان في يد المدبر في حياة سيده فقال المدبر كان في يدي لكن كان لفلان فملكته بعد موت السيد صدق أيضاً.

{كتاب الكتابة}

بكسر الكاف، وقيل بفتحها كالعتاقة وهي لغة الضم والجمع، وشرعاً عقد عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين فأكثر، وسمي كتابة لما فيه من ضم نجم إلى آخر، وقيل لأنه يرتفق بها غالباً وهي خارجة عن قواعد المعاملات لدورانها بين السيد ورقيقه لأنها بيع ماله بماله. والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى {والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً} وخبر {من أعان غارماً أو غارياً أو مكاتباً في فك رقبتة أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله} وخبر {المكاتب عبد ما بقي عليه درهم} رواهما الحاكم وصح في إسنادهما، والحاجة داعية إليها لأن السيد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجاناً، والعبد لا يتشمر للكسب تشمره إذا علق عتقه بالتحصيل والأداء فاحتمل فيه ما لم يحتمل في غيره كما احتملت الجهالة في ربح القراض وعمل الجعالة للحاجة، قال الروياني: وهي إسلامية لا تعرف في الجاهلية. وأركانها: قن، وسيد، وصيغة، وعوض (هي مستحب إن طلبها رقيق أمين قوي على كسب) يفي بمؤنته ونجومه كما يدل عليه السياق، واعتبار الأمانة خشية من تضييع ما يحصله، ويؤخذ منه أن المراد بالأمين من لا يضيع المال وإن لم يكن عدلاً لتركه نحو صلاة، ويحتمل أن المراد الثقة: أي الذي لم يعرف بكثرة إنفاق ما بيده على الطاعة لأن مثل هذا لا يرجى عتقه بالكتابة، وإنما لم تجب خلافاً لجمع من السلف لظاهر الأمر في الآية لما فيها من الخطر وهو بيع ماله بماله والإباحة والندب من دليل آخر (قيل أو غير قوي) لأنه متى عرفت أمانته أعين بالصدقة والزكاة، ورد بأن فيه ضرراً على السيد ولا وثوق بتلك الإعانة، قيل أو غير أمين لأنه يعان للحرية ورد بأنه يضيع ما يكسبه (ولا تكره بحال) بل هي مباحة وإن انتفت الشروط السابقة لأنها قد تفضي إلى العتق، نعم إن كان الرقيق

فاسقا بسرقة أو نحوها وعلم سيده أنه لو كاتبه مع العجز عن الكسب لاكتسب بطريق الفسق. قال الأذرعى: فلا يبعد تحريمها لتضمنها التمكين من الفساد، وهو قياس حرمة الصدقة والقرض إذا علم من أخذهما صرفهما في محرم وإن امتنع العبد منها وقد طلبها سيده لم يجبر عليها كعكسه (وصيغتها) لفظا أو إشارة أخرس أو كناية تشعر بها وكل من الأولين صريح أو كناية فمن صرائحها (كاتبك) أو أنت مكاتب (على كذا) كآلف (منجما) بشرط أن ينضم إلى ذلك قوله (إذا أديته) مثلا (فأنت حر) لأن لفظها يصلح للمخارجة أيضا فاحتيج لتمييزها بإذا وما بعدها، ولا يتقيد بما ذكر بل مثله فإذا برئت منه أو فرغت ذمتك منه فأنت حر، وبشمل برئت منه حصول ذلك بأداء النجوم والبراءة الملفوظ بها. وفراغ الذمة شامل للاستيفاء والبراءة باللفظ. قال البلقيني: لو قال كاتبك على كذا منجما الكتابة التي يحصل فيها العتق كان كافيا في الصراحة لأن القصد إخراج كتابة الخراج (ويبين) وجوبا قدر العوض وصفته بما مر في السلم كما يأتي نعم إن كان محل العقد نقد غالب لم يشترط بيانه كالبيع و (عدد النجوم) استوت، أو اختلفت نعم لا يجب كونها ثلاثة كما يأتي (وقسط كل نجم) أي ما يؤدي عند حلول كل نجم لأنها عقد معاوضة فاشترط فيه معرفة العوض كالبيع وابتداء النجوم من العقد، والمراد هنا بالنجم هو الوقت المضروب، ويطلق على المال المؤدى عنه كما يأتي في قوله أو اتفقت النجوم، مما يلغز به هنا أن يقال عقد معاوضة يحكم فيه لأحد المتعاقدين بملك العوض والمعوض معا، إذ السيد يملك النجوم فيه بمجرد العقد مع بقاء المكاتب على ملكه إلى أداء جميع النجوم، وقول بعضهم ملغزا فيه بأنه مملوك لا مالك له مبني على مرجوح، وهو أن المكاتب مع بقاءه على الرق لا مالك له (ولو) (ترك لفظ التعليق) للحرية بالأداء (ونواه) بقوله كاتبك على كذا (جاز) لحصول المقصود ومحل ذلك في الصحيحة، وأما الفاسدة فلا بد فيها من التلفظ به (ولا يكفي لفظ كتابة بلا تعليق ولا نية على المذهب) لما مر من كون الكتابة تقع على هذا العقد وعلى المخارجة فلا بد من تمييز باللفظ أو النية، وفي قول من طريق ثان مخرج يكفي كالتدبير، وفرق الأول بأن التدبير مشهور في معناه، بخلاف الكتابة لا يعرف معناه إلا الخواص (ويقول المكاتب) على الفور (قبلت) كغيره من العقود فلا يكفي قبول الأجنبي، ويتجه عدم الاكتفاء بقبول وكيل العبد لأنه لا يصير أهلا للتوكيل إلا بعد تمام القبول، ويكفي استيجاب وإيجاب ككاتبني على كذا فيقول كاتبك، وإنما لم يكف الأداء بلا قبول كالإعطاء في الخلع لأن هذا أشبه بالبيع من ذلك. يقال: تعبیر أصله بالعبد أولى من تعبيره بالمكاتب إذ لا يصير مكاتبا إلا بعد القبول. لأننا نقول: إطلاق المكاتب عليه صحيح باعتبار الأول كما في قوله تعالى {إني أراني أعصر خمرا} وقد اتفق البلغاء على أن المجاز أبلغ (وشروطهما) أي السيد والقن (تكليف) واختيار فيهما كما يعلم من باب الطلاق ولا يعتبر فيهما الإبصار فلو كانا أعميين جاز (وإطلاق) للتصرف في السيد لما تقرر أنها كالمبيع فلا تصح من محجور عليه ولو بفلس وإن أذن الولي. والقول بأنه مطلق التصرف في مال موليه غير صحيح، إذ تصرفه منوط بالمصلحة، واعتبار الإطلاق في المكاتب لإخراج المرهون والمؤجر الآتي ذلك في كلامه فلا تصح كتابتهما ويصح كونه سفيها، ولا يصح من مكاتب لعبدته وإن أذن له سيده فيه، ولا من مبعوض لانتفاء أهليتهما للولاء، ولا تصح كتابة مأذون له حكم الحاكم بصرف أكسابه لأرباب الديون (وكتابة المريض) مرض الموت محسوبة (من الثلث) ولو بأضعاف قيمته لأن كسبه ملك السيد (فإن كان له مثلاه) أي مثلا قيمته عند الموت (صحت كتابة كله) سواء أكان ما خلفه مما أده الرقيق أم من غيره لخروجه من الثلث (فإن لم يملك غيره وأدى في حياته مائتين) كاتبه عليهما (وقيمته مائة عتق) كله عليهما لبقاء مثليه للورثة وهذا كالمثال لما قبله (وإن أدى مائة) كاتبه عليها

(عتق ثلاثاه) لأن قيمة ثلثه مع المائة المؤداة مثلا ما عتق منه، أما إذا لم يخلف غيره ولم يؤد إلا بعد موت السيد ولم تجز الورثة فإن زاد على الثلث صح في ثلثه فقط، فإذا أدى حصته من النجوم عتق (ولو) (كاتب مرتد) قنه ولو مرتدا أيضا (بنى على أقوال ملكه فإن وقفناه) وهو الأظهر (بطلت على الجديد) القائل بإبطال وقف العقود وهو الأصح أيضا، وعلى القديم لا تبطل بل توقف، فإن أسلم بأن صحتها وإلا فلا، ومحل الخلاف ما لم يحجر عليه الحاكم، وقلنا لا يحصل الحجر بنفس الردة، فإن حجر عليه لم تصح الكتابة قطعا، وقيل لا فرق، وقد مرت هذه المسألة في كتاب الردة في ضمن تقسيم فلا تكرر وتصح من حربي وغيره (ولا تصح) (كتابة) من تعلق به حق لازم نحو (مرهون) وجان تعلق برقبته مال لأنه معرض للبيع، وإنما صح عتقه لأنه أقوى (ومكري) لأن منافعه مستحقة للمستأجر، ومثله موصى بمنفعته بعد موت الموصي ومغضوب لا يقدر على انتزاعه (وشروط العوض كونه ديناً) إذ لا ملك له يرد العقد إليه ولا بد من وصفه بصفات السلم، نعم المتجه الاكتفاء هنا بنادر الوجود وإن لم يكف ثم (مؤجلا) لأنه المنقول عن السلف والخلف ولأنه عاجز حالا، وإنما لم يكتف به عما قبله لأن دلالة الالتزام كما قاله ابن الصلاح لا يكتفى بها في المخاطبات، وهذان وصفان مقصودان، ولو أسلم إلى المكاتب عقب العقد للكتابة ففيه وجهان: أحدهما الصحة (ولو منفعة) في الذمة كما يجوز جعلها ثمنا وأجرة فتجوز على بناء دارين في ذمته موصوفين في وقتين معلومين، ولا بأس بكونها ولو في الذمة حالة لقدرة على الشروع فيها حالا، وتصح بنجمين قصيرين ولو في مال كثير كالسلم إلى معسر في مال كثير إلى أجل قصير، ولو كاتب قنه على خدمة شهرين وجعل كل شهر نجما لم يصح، أو على خدمة رجب ورمضان فأولى بالفساد، ولا بد من اتصال الخدمة والمنافع المتصلة بالأعيان بالعقد، ويمتنع تأخيرها عنه أو على خدمة شهر من الآن، وعلى إلزام ذمته خياطة ثوب موصوف بعده جاز لأن المنافع الملزمة في الذمة تتأجل، بخلاف المتعلقة بالأعيان لا يجوز شرط تأجيلها، ومن ثم لم تصح على ثوب يؤدي نصفه بعد سنة ونصفه بعد سنتين، أما إذا لم يكن ديناً فإن كان غير منفعة عين لم تصح الكتابة وإلا صحت على ما تقرر ويأتي (ومنجما بنجمين) ولو إلى ساعتين وإن عظم المال (فأكثر) لأنه المأثور ولما مر أنها مشتقة من ضم النجوم بعضها إلى بعض وأقل ما يحصل به الضم اثنان (وقيل إن) (ملك) السيد (بعضه وبقائه حر) (لم يشترط أجل وتنجيم) لأنه قد يملك ببعضه الحر ما يؤديه ورد بأن المنع تعبد اتباعا لما جرى عليه الأولون لأنها خارجة من القياس فيقتصر فيها على ما

ورد

(ولو) (كاتب على) منفعة عين مع غيرها مؤجلا نحو (خدمة شهر) مثلا من الآن (ودينار) في أثائه وقد عينه كيوم يمضي منه (عند انقضائه) أو خياطة ثوب صفته كذا في أثائه أو عند انقضائه (صحت) الكتابة لأن المنفعة مستحقة حالا والمدة لتقديرها، والدينار إنما يستحق المطالبة به بعد المدة التي عينها لاستحقاقه، وإذا اختلف الاستحقاق حصل تعدد النجم فعلم أن الأجل إنما يكون شرطا في غير منفعة يقدر على الشروع فيها حالا، وأن الشرط في المنافع المتعلقة بالعين اتصالها بالعقد، بخلاف الملزمة في الذمة، وأن شرط المنفعة المتصلة بالعقد، ويمكن الشروع فيها عقبه بضميمة نجم آخر إليها كالمثال المذكور وأن شرطه تقدم زمن الخدمة، فلو قدم زمن الدينار على زمن الخدمة لم يصح ويتبع في الخدمة العرف فلا يشترط بيانها، ولو كاتبه على خدمة شهر ودينار فمرض في الشهر وفاتت الخدمة انفسخت في قدر الخدمة وفي الباقي خلاف، والأصح منه الصحة (أو) كاتبه (على أن يبيعه كذا) أو يشتري منه كذا (فسدت) الكتابة لأنه كبيعيتين في بيعة (ولو) (قال كاتبك وبعتك هذا الثوب

بألف ونجم الألف) بنجمين فأكثر ككاتبتك وبعثك هذا إلى شهرين تؤدي منهما خمسمائة عند انقضاء الأول والباقي عند انقضاء الثاني (وعلق الحرية بأدائه) وقبلهما العيد معا أو مرتبا (فالمذهب صحة الكتابة) بقدر ما يخص قيمة العبد من الألف الموزعة عليها وعلى قيمة الثوب تفريفا للصفقة (دون البيع) لتقدم أحد شقيه على أهلية العبد لمبايعة السيد. والطريق الثاني أن فيه قولي الجمع بين مختلفي الحكم، ففي قول يصحان وفي قول يبطلان

(ولو) (كاتب عبيدا) أو عبيدين كما علم بالأولى صفقة واحدة (على عوض) واحد (منجم) بنجمين أو أكثر (وعلق عتقهم بأدائه) كاتبكم على ألف إلى شهرين إلى آخر ما مر (فالنص صحتها) لاتحاد مالك العوض مع اتحاد لفظه (ويوزع) المسمى (على قيمتهم يوم الكتابة) لأن سلطنة السيد زالت حينئذ، فإذا كانت قيمة أحدهم مائة والآخر مائتين والآخر ثلثمائة فعلى الأول سدس المسمى وعلى الثاني ثلثه وعلى الثالث نصفه (فمن أدى حصته عتق) لوجود الأداء ولا يتوقف عتقه على أداء غيره وإن عجز غيره أو مات، ولا يقال علق العتق بأدائهم لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة ولهذا يعتق بالإبراء مع انتفاء الأداء (ومن عجز) منهم (رق) لأنه لم يوجد الأداء، ومقابل النص قول مخرج مما لو اشترى عبيد جمع بثمن واحد فإن النص فيه البطلان (وتصح كتابة بعض من باقيه حر) بأن قال كاتب ما رق منك لا بعضه لما يأتي وذلك لإفادتها الاستقلال المقصود بالعقد (فلو كاتب كله) ولو مع علمه بحرية باقيه (صح في الرق في الأظهر) تفريفا للصفقة. فإذا أدى قسط الرق من القيمة عتق (ولو) (كاتب بعض رقيق فسدت إن كان باقيه لغيره ولم ياذن) في كتابته لعدم استقلاله حينئذ، وأفاد تعبيره بالفساد إعطاء أحكام الكتابة الفاسدة الآتية لها، ولا يستفاد ذلك من تعبير أصله بالبطلان إذ هذا الباب يفترق فيه الفاسد والباطل (وكذا إذا أذن) فيها (أو كان له على المذهب) لأنه حيث رق بعضه لم يستقل بالكسب سفرا وحضرا فينافي مقصود الكتابة، ولأنه لا يمكن صرف سهم المكاتبين له لأنه يصير بعضه ملكه لمالك الباقي فإنه من أكسابه، بخلاف ما إذا كان باقيه حرا. والطريق الثاني القطع بالمنع، ويستثنى صور كما لو أوصى بكتابة قنه فلم يخرج من الثلث إلا بعضه ولم تجز الورثة فإنه تصح كتابة ذلك البعض أو كاتبه وهو مريض ولم يخرج من الثلث إلا بعضه ولم تجز الورثة أو أوصى بكتابة البعض أو كان الباقي موقوفا على مسجد أو جهة عامة على ما بحثه الأذرعى أو كاتب البعض في مرض موته وهو ثلث ماله (ولو) (كاتباه) أي عبدهما سواء استوى ملكهما فيه أم اختلف (معا أو وكلا) من كاتبه أو وكل أحدهما الآخر (صح) ذلك (إن اتفقت النجوم جنسا) وعددا وأجلا وصفة (وجعل) عطف على صح (المال على نسبة ملكيهما) لئلا يؤدي إلى انتفاع أحدهما بملك الآخر. فإن انتفى شرط مما ذكر كان جعله على غير نسبة الملكين أو اختلفت في الجنس أو العدد أو الأجل أو الصفة فسدت (فلو عجز) المكاتب (فعجزه أحدهما) وفسخ الكتابة (وأراد الآخر إبقاءه) أي العقد في حصته وإنظاره (فكابتداء عقد) على البعض: أي هو مثله فلا يجوز وإن أذن الشريك كما مر (وقيل يجوز) قطعا وإن منع في الابتداء لأنه يحتمل في المدوام ما لا يحتمل في الابتداء (ولو) (أبرأ) أحد المكاتبين القن (من نصيبه) من النجوم (أو أعتقه) أي نصيبه منه أو كله (عتق نصيبه) منه (وقوم) عليه (الباقي) وعتق عليه والولاء كله له (إن كان موسرا) وقد عاد رقه بأن عجز فعجزه الآخر، لأنه لما أبرأه من جميع ما يستحقه أشبه ما لو كاتب كله وأبرأه من النجوم، أما إذا أعسر أو لم يعد إلى الرق وأدى حصة الشريك من النجوم فاعتق نصيبه عن الكتابة ويكون الولاء لهما، وخرج بالإبراء والإعتاق ما لو قبض نصيبه يعتق وإن رضي شريكه بتقديمه لأنه ليس له تخصيص أحدهما بالقبض.

(فصل)

في بيان الكتابة الصحيحة وما يلزم السيد ويندب له ويحرم
عليه، وما لولد المكاتب
والمكاتب من الأحكام، وبيان امتناع السيد من القبض ومنع
المكاتب

من التزوج والتسري وبيعه للمكاتب أو لنجومه وتوابع لما ذكر
(يلزم السيد) أو وارثه (أن يحط عنه) أي المكاتب في الكتابة الصحيحة
دون الفاسدة مقدما له على مؤن التجهيز (جزءا من المال) المكاتب عليه
(أو يدفعه) أي جزءا من المعقود عليه بعد قبضه أو من جنسه لا من غيره
كالزكاة ما لم يرض به (إليه) لقوله تعالى {وأتوهم من مال الله الذي
آتاكم} والأمر للوجوب لانتفاء الصارف عنه، وأفهم كلامه عدم وجوب ذلك
حيث أبراه من الجميع، وكذا لو كاتبه في مرض موته وهو ثلث ماله أو كاتبه
على منفعته (والحط أولى) من المدفع لأنه المأثور عن الصحابة، ولأن
المقصود إعانتة ليعتق وهي في الحط محققة وفي الدفع موهومة فإنه قد
ينفق المال في جهة أخرى، والأصح أن الحط أصل والإيتاء بدل (وفي النجم
الأخير أليق) لأنه حالة الخلوص من الرق ومعنى أليق أفضل (والأصح أنه
يكفي) فيه (ما يقع عليه الاسم) أي اسم المال (ولا يختلف بحسب المال)
قلة وكثرة لأنه لم يصح فيه توقيف، إذ قوله تعالى {من مال الله} يشمل
القليل والكثير، وما ورد في خبر أن المراد به ربع مال الكتابة الأصح وقفه
علي علي رضي الله عنه فلعله من اجتهاده، ودعوى أنه لا يقال من قبل
الرأي فهو في حكم المرفوع ممنوعة. والثاني ينبغي أن يكون قدرا يليق
بالحال ويستعين به على العتق دون القليل الذي وقع له (و) الأصح (أن
وقت وجوبه قبل العتق) أي يدخل وقت أدائه بالعقد ويتضيق إذا بقي من
النجم الأخير قدر ما يفي به من مال الكتابة كما مر، فإن لم يؤد قبله أدى
بعده وكان قضاء. والثاني بعده كالمتمعة (ويستحب الربع) للخبر المار،
ولقول إسحاق بن راهويه أجمع أهل التأويل على أنه المراد في الآية (وإلا)
بأن لم يسمح به (فالسبع) اقتداء بعمر رضي الله عنه

(ويحرم) على السيد (وطء مكاتبته) كتابة صحيحة كالرجعية لاختلال
ملكه وخروج الأكساب عنه. فلو شرط في الكتابة وطأها فسدت وكالوطء
سائر الاستمتاع ومثلها المبعضة (ولا حد فيه) عليه لشبهة الملك لكن
يعزر مع العلم به كهي إن طاوعته (ويجب مهر) واحد وإن تعدد وطاوعته
للسبهة أيضا (والولد) منه (حر) نسيب لعلوقها به في ملكه (ولا تجب قيمته
على المذهب) لانعقاده حرا، على أن حق الملك في ولدها للسيد وإن
حملت به من عبدها على ما يأتي، والخلاف مبني على حكم ولدها من غيره
(وصارت) به (مستولدة مكاتبته) إذ مقصودهما واحد وهو العتق (فإن
عجزت عتقت بموته) عن الإيلاد وعتق معها أولادها الحادثون بعده وإن أدت
النجوم عتقت عن الكتابة وتبعها كسبها وولدها، فإن مات السيد قبل عجزها
عتقت عن الكتابة كما لو نجز عتق مكاتبه (وولدها) أي المكاتب لا بقيد
الإيلاد الرقيق الحادث بعد كتابتها وقبل عتقها (من نكاح أو زنا مكاتب) أي
يثبت له حكم المكاتب (في الأظهر يتبعها رقا وعتقا) لأن الولد يتبع أمه رقا
وضده، فكذا في سبب العتق كولد أم الولد. والثاني لا بل يكون هنا للسيد
لأن الكتابة عقد يقبل الفسخ فلا يثبت حكمه في الولد كولد المرهونة، نعم
إن عتقت بغير جهة الكتابة بأن رقت ثم عتقت بجهة أخرى لم يتبعها حينئذ
كالأم (وليس عليه) أي الولد (شيء) من النجوم لعدم التزامه لها (والحق)
أي حق الملك (فيه) أي الولد (للسيد) لا للأم (وفي قول) الحق (لها) أي
المكاتب لأنه تكاتب عليها. وقضية كلام أصل الروضة أن ولدها من عبدها
ملك لها قطعا لكن نازع فيه البلقيني (فلو قتل فقيمه) تجب (لذي الحق)

منهما (والمذهب أن أرش جنايته عليه) أي الولد فيما دون النفس (وكسبه ومهره) إذا كان أنثى ووطئت بشبهة (ينفق منها عليه) ومراده بالنفقة ما يشمل المؤمن (وما فضل وقف فإن عتق فله وإلا فللسيد). كما أن كسب الأم لها وإن عتقت. فإن رقت وارتفعت الكتابة فللسيد، وقيل لا يوقف بل يصرف للسيد كما تصرف له قيمته لو قتل. هذا كله إن قلنا إن الحق في الولد للسيد. فإن قلنا إنه للأم فهو لها تستعين به في كتابتها (ولا يعتق شيء من المكاتب حتى يؤدي الجميع) أي جميع المال المكاتب عليه لخبر {المكاتب عبد ما بقي عليه درهم} ومثل الأداء الإبراء والحوالة به لا عليه (ولو) (أتى) المكاتب (بمال فقال السيد هذا حرام) أي ليس ملكك (ولا بينة) له بذلك (حلف المكاتب) أنه ليس بحرام أو (أنه حلال) أو أنه ملكه وصدقه عملاً بظاهر اليد، نعم لو كان الأصل فيه التحريم كاللحم وقال هذا حرام اتجه وجوب استئصاله، فإن قال إنه سرقة فكذلك، أو ميتة وقال بل ملكي أو حلال صدق السيد إذ الأصل عدم التذكية كتنظيره في السلم، والأوجه أن محل ذلك ما لم يقل ذكيتة وإلا صدق لتصريحهم بقبول خبر الكافر والفاسق عن فعل نفسه كقوله ذبحت هذه. وعلى هذا يحمل ما بحث أنه ينبغي تصديق العبد، وأما توجيه إطلاقه بتشوف الشارع للعتق فمردود بأن فيه إضراراً بسيدته حيث يلزم بقبول ما يحكم بنجاسته لأن من رأى لحماً وشك في تذكيتة يحرم عليه أكله (ويقال للسيد تأخذه أو تبريه عنه) أي عن قدره وهو خبر بمعنى الإنشاء لتعنته، واحترز بقوله ولا بينة عما لو أقام السيد بينة بمدعاه فإنه لا يجبر وتسمع منه لأن له فيها غرضاً ظاهراً هو الامتناع من الحرام. قال الرافعي: كذا أطلقه جماعة، وشرط الصيدلاني أن يعين المغصوب منه وإلا فلا، وقد صرح به الماوردي أيضاً والأوجه الإطلاق (فإن أبى قبضه القاضي) وعتق إن لم يبق عليه شيء (وإن نكل المكاتب) عن الحلف (حلف السيد) وكان كإقامته البينة (ولو خرج المؤدى) من النجوم (مستحقاً رجع السيد ببدله) لفساد القبض (فإن كان) ما خرج مستحقاً أو زيفاً (في النجم الأخير) مثلاً (بان) ولو بعد موت المكاتب أو السيد (أن العتق لم يقع) لبطلان الأداء (وإن كان) السيد (قال عند أخذه) أي متصلاً بالقبض (أنت حر) أو أعتقتك لبنائه ذلك على ظاهر الحال وهو صحة الأداء وقد تبين خلافه، أما إذا قال ذلك منفصلاً عن القبض والقرائن الدالة على كونه رتبه على القبض لم يقبل منه قوله أنه بناه على ظاهر الحال كما رجاه، وقول الغزالي لا فرق قيده ابن الرفعة بما إذا قصد الإخبار عن حاله بعد أداء النجوم، فإن قصد إنشاء العتق برئ وعتق، وتبعه البلقيني وزاد أن حالة الإطلاق كحالة قصد إنشاء العتق. ونوزع فيه وأنه في الحاليين يعتق عن جهة الكتابة ويتبعه كسبه وأولاده، ولو قال له المكاتب قلته إنشاء فقال بل إخباراً صدق السيد للقرينة. قال الرافعي: وهذا السياق يقتضي أن مطلق قول السيد محمول على أنه حر بما أدى وإن لم يذكر إرادته أهـ. ونظير ذلك من قيل له طلقت امرأتك فقال نعم طلقتها ثم قال ظننت أن ما جرى بيننا طلاق فلا يقبل منه إلا بقرينة (وإن خرج معيباً فله رده) أو رد بدله إن تلف أو بقي وقد حدث به عيب عنده (وأخذ بدله) وإن قل العيب لأن العقد إنما يتناول السليم، ويرده أو يطلب الأرش يتبين أن العتق لم يحصل وإن كان قال له عند الأداء أنت حر كما مر، وإن رضي به وكان في النجم الأخير بأن حصول العتق من وقت القبض (ولا) (يتزوج) المكاتب (إلا بإذن سيده) لأنه عبد كما مر في الخبر (ولا يتسرى) يعني لا يوطأ مملوكته وإن لم ينزل (بإذنه على المذهب) لضعف ملكه وخوفاً من هلاك الأمة بالطلاق، وإنما أولنا نفي التسري بنفي الوطاء لأن التسري يعتبر فيه أمران: حجب الأمة عن أعين الناس، وإنزاله فيها. ومقابل المذهب الجواز بناء على أن العبد يملك بتملك سيده (وله شراء الجواري لتجارة) توسيعاً له في طرق الاكتساب (فإن وطئها) ولم يبال

بمنعنا له (فلا حد) لشبهة الملك وكذا لا مهر إذ لو وجب عليه لكان له (والولد) من وطنه (نسيب) لاحق به لشبهة الملك (فإن ولدته في الكتابة) أي في حال كون أبيه مكاتباً أو مع عتقه (أو بعد عتقه) لكن (لدون ستة أشهر) منه (تبعه رقا وعتقا) ولم يعتق حالاً لضعف ملكه ومع كونه ملكه لا يملك نحو بيعه لأنه ولده ولا يعتق عليه لضعف ملكه بل يتوقف عتقه على عتقه وهذا معنى أنه مكاتب عليه (ولا تصير مستولدة في الأظهر) لأنها علقت بمملوك فأشبهت الأمة المنكوحه، والثاني تصير لأنه يثبت للولد حق الحرية من سيدها حيث تكاتب عليه وامتنع بيعه فثبت لها حرمة الاستيلاء. وأجاب الأول بأن حق الحرية للولد لم يثبت بالاستيلاء في الملك بل لمصيره ملكاً لأبيه كما لو ملكه بهبة (وإن ولدته بعد العتق لفوت ستة أشهر) أو لستة أشهر من العتق كما في الروضة، ولا مخالفة بينه وبين ما في الكتاب لأنه لا بد من زيادة لحظة وقد اعتبرها المصنف في بعض الصور كما سيعلم مما نقرره في قوله وكان يطؤها وحذفها من الروضة للعلم بها فتغليظ الكتاب هو الغلط (وكان يطؤها) ولو مرة مع العتق أو بعده وأمكن كون الولد من الوطاء بأن ولدته لستة أشهر فأكثر منه. ويعلم مما تقرر من فرض ولادته بعد العتق لستة أشهر أو أكثر أن التقييد بالإمكان المذكور إنما هو في صورة الأكثر من الوطاء. وأما إذا قارن الوطاء العتق فيلزم الإمكان منه لأن الفرض أنه لستة بعد العتق (فهو حر وهي أم ولد) لظهور العلوق بعد الحرية تغليبا لها فلا نظر لاحتماله قبلها فإن انتفى شرط مما ذكر بأن لم يطاء مع العتق ولا بعده أو ولدته لدون ستة أشهر من الوطاء لم تكن أم ولد لعلوقها به في حال عدم صحة إيلاده

(ولو) (عجل) المكاتب (النجوم) قبل محلها بكسر الحاء أي وقت حلولها أو بعضها قبل محله (لم يجبر السيد على القبول إن كان له في الامتناع) من قبضها (غرض) صحيح كتنظيره المار في السلم (كمؤنة حفظه) أي مال النجوم إلى محله أو علفه كما في المحرر. وما قبله يغني عنه لأنه مثال (أو خوف عليه) كأن كان زمن خوف أو إغارة لما في إجباره من الضرر حينئذ. ولو كاتبه في وقت نهب ونحوه وعجل فيه لم يجبر أيضا لأنه قد يزول عند المحل. وكذا لو كان يؤكل عند المحل طريا. قال البلقيني: أو لئلا يتعلق به زكاة (وإلا) بأن لم يكن له غرض في الامتناع (فيجبر) على القبول لأن للمكاتب غرضا صحيحا فيه وهو العتق أو تقريبه من غير ضرر على سيده. والأوجه كما قاله البلقيني أن يقال هنا بنظيره المار من الإجبار على القبض أو الأبراء، وإنما حذف هنا للعلم به، وحينئذ فيفرق بينه وبين ما مر في السلم حيث اعتبر ثم حلول الدين بأن الكتابة موضوعة على تعجيل العتق ما أمكن فضيق فيها بطلب الإبراء (فإن أبي) قبضه لعجز القاضي عن إجباره أو لكونه لم يجد فيه (قبضه القاضي) عنه وعتق المكاتب إن حصل بالمؤدى شرط العتق لأنه نائب الممتنع كما لو غاب، وإنما لم يقبض دين الغائب في غير هذا لأن الغرض هنا العتق وهو حاصل بذلك، وثم سقوط الدين عنه وبقاؤه في ذمة المديون أصلح للغائب من قبض القاضي له لأنه يصير أمانة بيده، ولو أحضره له في غير بلد العقد ولنقله مؤنة أو كان ثم خوف لم يجبر وإلا أجبر كما قاله الماوردي (ولو) (عجل بعضها) أي النجوم (قبل المحل لبيئته من الباقي) أي بشرط ذلك من أحدهما ووافقه الآخر (فأبراه) مع الأخذ (لم يصح الدفع ولا الإبراء) للشرط الفاسد ولأنه يشبه ربا الجاهلية كان أحدهم إذا حل الديون يقول لغريمه اقضه أو زد، فإن لم يقضه زاد في الدين والأجل ويلزم السيد رد ما أخذه ولا عتق. نعم لو أبراه عالما بفساد الدفع صح وعتق كما بحثه الزركشي كالأذرعى أخذا من كلام المصنف ويجري ذلك في كل دين عجل بهذا الشرط، ولو أوصى لآخر بنجوم الكتابة فعجز المكاتب فعجزه الموصى له لم ينفذ كان ردا للوصية كما يؤخذ ذلك من قول الماوردي ما يؤديه بعد ذلك يكون للورثة (ولا يصح

بيع النجوم) لأنه بيع ما لم يقبض وما لم يقدر على تسليمه إذ العبد يستقل بإسقاطه (ولا الاعتياض عنها) من المكاتب لعدم استقرارها، وهذا هو المعتمد، وإن اعتمد الإسنوي وغيره ما جريا عليه في الشفعة من صحته للزومها من جهة السيد مع تشوف الشارع للعتق (فلو) (باع) ها السيد لآخر (وأدا) ها المكاتب (إلى المشتري) (لم يعتق في الأظهر) وإن تضمن البيع الإذن في قبضها، لأن المشتري يقبض لنفسه بحكم الشراء الفاسد فلم يصح قبضه فلا عتق، والثاني يعتق لأن السيد سلطه على القبض فأشبهه الوكيل، فإن أدى إلى السيد عتق لا محالة (ويطالب السيد المكاتب) بها (و) يطالب (المكاتب المشتري بما أخذه منه) لما مر من فساد قبضه، وفارق المشتري الوكيل بأنه يقبض لنفسه كما تقرر، ومن ثم لو علما فساد البيع وأذن له السيد في قبضها كان كالوكيل فيعتق بقبضه (ولا يصح بيع رقبته في الجديد) حيث كانت الكتابة صحيحة ولم يرض بذلك كما لا تباع أم الولد، وفارق المعلق عتقه بصفة بأن ذاك يشبه الوصية فجاز له الرجوع عنه، بخلاف المكاتب، وأما شراء عائشة لبريرة مع كتابتها فقد كان بإذنها ورضاها فيكون فسحا منها ويرشد له أمره صلى الله عليه وسلم بعقتها، ولو بقيت الكتابة لعتقت بها، والقديم نعم، وعليه لا تنسخ الكتابة بالبيع بل تنتقل إلى المشتري مكاتباً. والأوجه كما بحثه البلقيني جواز بيعه من نفسه كأم الولد وكبيعه من غيره برضاه فإنه يكون فسحا للكتابة كما قررناه لا يبيعه بشرط عتقه كما دل عليه قولهما لا يصح بيعه بيعاً ضمناً خلافاً لما بحثه البلقيني هنا (فلو) (باعه) السيد (فأدى) النجوم (إلى المشتري) (ففي عتقه القولان) السابقان في بيع نجومه أظهرهما المنع (وهبته) وغيرها (كبيعه) فتبطل أيضاً، وكذا تبطل الوصية به إن كانت منجزة. بخلاف ما لو علقها بعدم عتقه (وليس له بيع ما في يد المكاتب وإعتاق عبده) أي عبد المكاتب (وتزوج أمته) وغير ذلك من التصرفات لأنه معه في المعاملات كالأجنبي، ونبه بذكر التزويج هنا على منع ما سواه بالأولى فلا تكرر فيه مع ذكره ذلك في النكاح لغرض آخر (ولو) (قال له رجل أعتق مكاتبك) عنك (على كذا) سواء أقال علي أم لا خلافاً لمن قيد بالأول (ففعل عتق ولزمه ما التزم) كما لو قال ذلك في أم الولد وهو بمنزلة فداء الأسير، أما لو قال أعتقه عني على كذا فلا يعتق عن السائل بل عن المعتق ولا يستحق شيئاً من المال، ولو علق عتقه على صفة ثم وجدت عتق كما مر وبرئ عن النجوم فيتبعه كسبه.

(فصل)

في بيان لزوم الكتابة من جانب وجوازها من آخر، وما يترتب عليها، وما يطرأ عليها من فسخ أو انفساخ وجناية أو الجنابة عليه، وما يصح من المكاتب وما لا يصح

(الكتابة) الصحيحة كما يعلم من كلامه الآتي (لازمة من جهة السيد) لأنها عقدت لا لحظ السيد فكان فيها كالراهن لأنها حق عليه وعلم لزومها من جهته أنه (ليس له فسحها) لكن صرح به ليرتب عليه قوله (إلا أن يعجز عن الأداء) عند المحل ولو عن بعض النجم فله فسحها. ولا يتوقف فسحه على حاكم ولا تنسخ بمجرد عجزه من غير فسح، نعم لو عجز عما يجب حطه عنه امتنع فسحه، وحينئذ فيرفع الأمر للحاكم ليلزم السيد بالإتياء والمكاتب بالأداء، أو يحكم بالتقاص إن رآه مصلحة، وإنما لم يحصل التقاص بنفسه لانتفاء شرطه الآتي وسيأتي أن له فسحها أيضاً إذا غاب وكذا لو امتنع مع القدرة على الأداء (وجائزة للمكاتب فله ترك الأداء وإن كان معه وفاء) لأن الحظ فيها له فأشبه المرتهن (فإذا عجز نفسه) بقوله أنا عاجز عن كتابتي مع تركه الأداء ولو مع القدرة عليه وهذا تصوير، والمدار إنما هو على الامتناع فمتى امتنع من الأداء عند المحل (فلسيد الصبر والفسح

بنفسه) فهو على التراخي لأنه مجمع عليه لا اجتهاد فيه فلم يشترط فيه الحاكم (وإن شاء بالحاكم) إن ثبتت الكتابة عنده وحلول النجم والعجز بإقرار أو بينة (وللمكاتب) وإن لم يعجز نفسه (الفسخ) لها (في الأصح) كما يفسخ المرتهن الرهن. فإذا عاد للرق فأكسابه جميعها لسيدته إلا اللقطة على ما مر، والثاني المنع إذ لا ضرر في بقائها (ولو) (استمهل المكاتب) السيد (عند حلول النجم) لعجزه عن الأداء حينئذ (استحب) له استحبابا مؤكدا (إمهاله) إعانة له على العتق، نعم يلزمه الإمهال بقدر ما يخرج المال من محله ويزنه ونحو ذلك. ويتجه لزومه ما ذكر لما يحتاج له من أكل وقضاء حاجة، وأنه لا يتوسع في الأعدار هنا توسعها في الشفعة والرد بالعيب لأن الحق واجب بالطلب فلم يجز تأخيرها إلا للأمر الضروري لو نحوه، ومن ثم كان الأقرب أن المدين في المدين الحال بعد مطالبة الدائن له كالمكاتب فيما تقرر للزوم الأداء له فورا بعد الطلب (فإن أمهل) السيد (ثم أراد الفسخ فله) لأن الحال لا يتأجل (وإن كان معه عروض أمهله) وجوبا (ليبيعهها) لأنها مدة قريبة (فإن عرض كساد) أو غيره (فله أن لا يزيد في المهلة على ثلاثة أيام) لتضرره وألزمناه الإمهال بأكثر منها وهذا هو الأصح. وإن اقتضى كلام الروضة كإصلاها إمهال دون يومين فقط كما لو غاب ماله لظهور الفرق بينهما بأن مانع البيع لا ضابط له فقد يزيد ثمنه وقد ينقص فأنيط الأمر فيه بما يطول عرفا وهو ما زاد على الثلاثة. وأما الغائب فالمدار فيه على ما يجعله كالحاضر أو لا. وقد تقرر فيما مر أن ما دون المرحلتين كالحاضر بخلاف ما فوق ذلك (وإن كان ماله غائبا أمهله) وجوبا (إلى الإحضار إن كان دون مرحلتين) لأنه بمنزلة الحاضر (وإلا) بأن غاب لمرحلتين فأكثر (فلا) يلزمه إمهال لطول المدة وللسيد الفسخ (ولو) (حل النجم) ثم غاب بغير إذن السيد أو حل (وهو) أي المكاتب (غائب) إلى مسافة القصر بخلاف غيبته فيما دونها كما اعتمده الزركشي وغيره قياسا على غيبة ماله، وبحث ابن الرفعة أن غيبته في مسافة العدوى كمسافة القصر وإن عجز عن الحضور لنحو مرض أو خوف (فلسيد الفسخ) من غير حاكم لتعذر الوصول إلى الغرض وكان من حقه أن يحضر أو يبعث المال، وقيده البلقيني نقلا عن جمع ونص الأم بما إذا لم ينظره قبل الحل أو بعده ولا أذن له في السفر كذلك وإلا امتنع عليه الفسخ، وليس لنا إنظار لازم إلا في هذه الحالة (فلو كان له مال حاضر فليس للقاضي الأداء منه) بل يمكن السيد من الفسخ حالا لأنه ربما لو حضر امتنع من الأداء أو عجز عنه

(ولا تنفسخ) الكتابة ولو فاسدة (بجنون) أو إغماء (المكاتب) ولا بالحجر عليه بسفه للزومها من أحد الطرفين كالرهن، وإنما يفسخ بذلك العقود الجائزة منها، ثم إن لم يكن له مال جاز للسيد الفسخ فيعود قنا وتلزمه مؤنته. فإن تبين له مال نقض فسخه وعتق واعتبر الإمام كونه في يد السيد وإلا مضى الفسخ كما لو غاب ماله واستحسنه وإن كان له مال أتى الحاكم وأثبت عنده الكتابة وحلول النجم وطلب حقه وحلف يمين الاستظهار على بقاء استحقاقه (ويؤدي) إليه حينئذ (القاضي) من ماله (إن وجد له مالا) ولم يستقل السيد بالأخذ ولو من محجور عليه وكانت المصلحة ظاهرة في عتقه بأن لم يضع به لأنه ينوب عنه لعدم أهليته، بخلاف غائب له مال حاضر. أما إذا لم تظهر المصلحة له في ذلك امتنع على الحاكم الأداء منه، وعلى السيد الاستقلال بالأخذ (ولا) تنفسخ (بجنون) أو إغماء (السيد) ولا بموته أو الحجر عليه للزومها من جهته (ويدفع) وجوبا المكاتب النجوم (إلى وليه) إذا جن أو حجر عليه أو وارثه إذا مات لأنه قائم مقامه (ولا يعتق بالدفع إليه) أي المجنون لانتفاء أهليته فيسترده المكاتب لبقائه على ملكه، نعم لو تلف في يده لم يضمه لتقصيره بالتسليم له بل للولي تعجيزه إذا لم يبق في يده شيء (ولو) (قتل) المكاتب (سيدة) عمدا (فلوارثه قصاص،

فإن عفى على دية أو قتل خطأ أخذها) أي الدية (مما معه) ومما سيكسبه إن لم يختر تعجيزه لأن السيد مع المكاتب في المعاملات كالأجنبي فكذا في الجناية، وقضية كلامه وجوب الدية بالغة ما بلغت، وهو المعتمد كما رجه البلقيني وحكاه عن نص الأم والمختصر، وإن اقتضى كلام الروضة كأصلها وجوب الأقل من قيمته وأرش الجناية كالجناية على أجنبي، ويأتي الفرق بينهما على الأول (فإن لم يكن) في يده مال أو كان ولم يف بالأرش (فله) أي الوارث (تعجيزه في الأصح) لأنه يستفيد به رده إلى محض الرق، وإذا رق سقط الأرش فلا يتبع به بعد عتقه كمن ملك عبدا له عليه دين، والثاني لا لما مر (أو) (قطع) المكاتب (طرفه) أي السيد (فاقتصاصه والدية كما سبق) في قتله لسيدته وقد مر ما فيه. (ولو) (قتل) المكاتب (أجنبيا أو قطعه) عمداً وجب القصاص فإن اختار العفو (فعفا على مال أو كان) ما فعله (خطأ) أو شبه عمد (وأخذ مما معه ومما سيكسبه الأقل من قيمته والأرش) لأنه منع نفسه بالكتابة من البيع فلزمه الأقل كالسيد في أم الولد، والفرق بين هذه وجنابته على سيده على ما في الكتاب أن حق السيد متعلق بذمته دون رقبته لأنها ملكه فلزمه جميع الأرش مما في يده كدين المعاملة، بخلاف جنابته على الأجنبي لأن حقه يتعلق بالرقبة فقط (فإن لم يكن معه شيء) قدر الواجب (وسأل المستحق) وهو المجني عليه أو وارثه (تعجيزه عجزه القاضي) أو السيد كما قاله القاضي، وما بحثه ابن الرفعة أخذاً من كلام التنبيه ومن أن بيع المرهون في الجناية لا يحتاج إلى فك الرهن أنه لا يحتاج هنا لتعجيز بل يتبين بالبيع انفساخ الكتابة يرد بأن الأوجه الأخذ بإطلاقهم، ويوجه بأن قضية الاحتياط للعتق التوقف على التعجيز، ويفرق بينه وبين الرهن وإنما يعجزه فيما يحتاج لبيعه في الأرش فقط إلا أن يتأتى بيع بعضه فيما يظهر (وبيع) منه (بقدر الأرش) فقط إن زادت قيمته عليه لأنه الواجب (فإن بقي منه شيء بقيت فيه الكتابة) فإذا أدى حصته من النجوم عتق (وللسيد فداؤه) بأقل الأمرين ويلزم المستحق للقبول لتشوف الشارع للعتق (وإبقاؤه مكاتباً) على حاله لما فيه من الجمع بين حقوق الثلاثة، وعلى مستحق الأرش القبول وبفديه بأقل الأمرين (ولو أعتقه بعد الجناية أو أبرأه عتق ولزمه الفداء) لأنه فوت عليه الرقبة كما لو قتله، بخلاف ما لو عتق بالأداء بعد الجناية

(ولو قتل المكاتب بطلت) كتابته (ومات رقيقاً) لفوات محلها، وللسيد ما يتركه بالملك لا الإرث، وعليه مؤنة تجهيزه وإن لم يترك شيئاً (ولسيدة قصاص على قاتله) العامد (المكافئ) له لبقائه بملكه (وإلا) أي وإن لم يكن القاتل مكافئاً (فالقيمة) له هي الواجبة لأنها جناية على عبده، هذا كله إن قتله أجنبي، فإن قتله سيده لم يلزمه سوى الكفارة كما قاله في المحرر وحذفه للعلم به مما قدمه في بابها، بخلاف ما إذا قطع طرفه (ويستقل) المكاتب (بكل تصرف لا تبرع فيه ولا خطر) كبيع وشراء وإجارة بثمن المثل لأن مقصود عقد الكتابة تحصيل العتق وهو إنما يحصل بالكسب فممكن من جهات الكسب (وإلا) بأن كان فيه تبرع كهبة أو خطر كبيع نسيئة أو بدون ثمن المثل ومثله كل محسوب من الثلث لو وقع في مرض الموت (فلا) يستقل به وإن أخذ بذلك رهناً أو كفيلاً لأن أحكام الرق جارية عليه، ونقل البلقيني عن النص امتناع تكفيره بالمال مع أنه لا تبرع فيه، والأوجه أن له قطع نحو سلعة غلبت فيه السلامة وإن كان فيه خطر (ويصح) ما فيه تبرع أو خطر (بإذن سيده في الأظهر) لأن المنع إنما هو لحقه وكإذنه قبوله منه تبرعه عليه أو على مكاتب له آخر بأداء ما عليه، نعم ليس له عتق ووطء وكتابة ولو بإذنه كما يأتي، والثاني نظراً إلى أنه يفوت غرض العتق (ولو اشترى من يعتق على سيده صح) ولا يعتق على السيد سواء أكان المبيع كله أو بعضه لاستقلال المكاتب بالملك (فإن عجز وصار لسيدته عتق) عليه لدخوله في ملكه ولا يسري إلى باقيه وإن اختار سيده تعجيزه

كما مر في العتق (أو) اشترى من يعتق (عليه) لو كان حرا (لم يصح بلا إذن) من سيده لأنه يتكاتب عليه كما يأتي (و) شراؤه له (بإذن) منه (فيه) القولان في تبرعاته) أظهرهما الصحة (فإن صح) الشراء (تكاتب عليه) فيتبعه رقا وعتقا ويمتنع عليه نحو بيعه (ولا يصح) (إعتاقه وكتابته) لقنه (بإذن) من سيده (على المذهب) لتضمنها الولاء وهو غير أهل له، نعم لو أعتقه عن سيده أو غيره بإذنه صح وكان المولاء للسيد. والثاني يصح عملا بالإذن ويوقف الولاء والطريق الثاني القطع بالأول، ويصح نكاحه بإذنه على المذهب.

(فصل)

في بيان ما تفارق فيه الكتابة الباطلة الفاسدة وما توافق أو

تباين فيه الفاسدة

الصحيحة وتحالف المكاتب وسيده أو وارثه وغير ذلك

(الكتابة الفاسدة لشروط) فاسد كأن شرط كون كسبه بينهما أو أن عتقه يتأخر عن أداء النجوم (أو عوض) فاسد كأن كاتبه علي نحو خنزير (أو أجل فاسد) كأن أجل بمجهول أو جعله نجما واحدا أو كاتب بعض القن (كالصحيحة في استقلاله) أي المكاتب (بالكسب) لأنه يعتق فيها بالأداء كالصحيحة، والأداء إنما يكون بالكسب فتكون بمنزلة الصحيحة فيه، وخرج بها الباطلة وهي التي اختل بعض أركانها كاختلال بعض شروط العاقدين السابقة، وكالعقد بنحو دم وكفقد إيجاب أو قبول فهي لاغية إلا في نحو تعليق عتق صدر ممن يصح تعليقه، وكذا يفترقان في الحج والعارية والخلع (و) في (أخذ أرش الجناية عليه و) في أخذ أمة ما وجب لها من (مهر) عقد صحيح أو وطء ب (شبهة) لأنهما في معنى الاكتساب (وفي أنه يعتق بالأداء) للسيد عند المحل بحكم التعليق لوجود الصفة ولكون المقصود بالكتابة العتق لم يتأثر بالتعليق على الفاسد ومن ثم لم يشاركه عقد فاسد في إفادة ملك أصلا (و) في أنه (يتبعه) إذا عتق (كسبه) الحاصل بعد التعليق وولده من أمته ولو مكاتبه فيتكاتب عليه ويعتق بعتقه، نعم لا يلزم السيد نفقته ما لم يحتج وإن لزمته فطرته كما قاله الإمام والغزالي وجزم به غيرهما، ويجوز للسيد معاملته (والتعليق) بصفة (في أنه لا يعتق بإبراء) عن النجوم ولا بأداء الغير عنه بتبرع أو وكالة لعدم وجود الصفة، وإنما أجزأ في الصحيحة لكون المقلب فيها المعاوضة فالأداء والإبراء فيها واحد (و) في أن كتابته (تبطل بموت سيده) قبل الأداء لجوازها من الجانبين ولعدم حصول المعلق عليه، ولا يعتق بالأداء للوارث بخلاف الصحيحة، نعم إن قال فإن أدت لي أو لوارثي لم تبطل (و) في أنه (يصح) نحو بيعه أو هبته وإعتاقه عن الكفارة و (الوصية برقبته) وإن ظن صحة الكتابة لأن العبرة بما في نفس الأمر (و) في أنه (لا يصرف إليه سهم المكاتبين) لأنها جائزة من الجانبين فالأداء فيها غير موثوق به، وفي أنه يمنع من السفر ولا يطؤها ولا يعتق بتعجيل النجوم، وبما تقرر علم أن في كل من الصحيحة والفاسدة عقد معاوضة وأن المقلب في الصحيحة معنى المعاوضة وفي الفاسدة معنى التعليق (وتخالفهما) أي الفاسدة الصحيحة والتعليق (في أن للسيد فسخها) بفعل كبيع أو قول كأبطلتها، ولا يحصل عتقه بأدائه بعد الفسخ لأن تعليقها في ضمن معاوضة لم يسلم فيها العوض كما يأتي فلم يلزم، وإطلاق الفسخ فيها فيه تجوز لأنه إنما يكون في صحيح، وقيد المصنف بالسيد لكونه يمتنع عليه الفسخ في الصحيحة كما قدمه وكذا في التعليق. وأما العبد فله فسخ الصحيحة والفاسدة دون التعليق وفي أنها تبطل بالحجر على السيد بسفه لا فليس وينحو إغمائه بخلاف الحجر على العبد ونحو إغمائه (و) في (أنه لا يملك ما يأخذه) لكون العقد فاسدا (بل يرجع المكاتب به) أي بعينه (إن) كان باقيا وبمثله إن كان مثليا وقيمته إن

(كان متقوما) يعني له قيمة كما في المحرر فليس المراد قسيم المثلي. أما ما لا قيمة له كخمر فلا يرجع بعد تلفه على سيده بشيء نعم يتجه رجوعه في محترم غير متقوم كجلد ميتة لم يدبغ ما دام باقيا (وهو) أي السيد يرجع (عليه) أي المكاتب (بقيمته) لأن فيها معنى المعاوضة، وقد تلف المعقود عليه بالعتق لعدم إمكان رده فهو كتلف مبيع فاسد في يد المشتري فيرجع فيه على البائع بما أدى ويرجع البائع عليه بالقيمة، والمعتبر هنا القيمة (يوم العتق) لأنه يوم التلف. ومحل ما تقرر أخذا مما مر في نكاح المشرك في حق المسلم، فلو كاتب كافر كافرة على فاسد مقصود كخمر وقبض في الكفر فلا تراجع (فإن تجانسا) أي اتفق ما يرجع به العبد وما يستحقه السيد عليه في الجنس والنوع والحلول والأجل إن قلنا بجريانه في المؤجلين المتفقين والأصح خلافه، والاستقرار، وهما نقدان (فأقوال التقاص) الآتية (ويرجع صاحب الفضل به) إن فضل له شيء كالبيع الفاسد، ومما تخالف الصحيحة الفاسدة أيضا في عدم وجوب إيتاء فيها وعدم صحة الوصية بنجومها، وفي أنه إذا أعتق بجهة الكتابة لم يستتبع ولدا ولا كسبا، وفي عدم منع رجوع الأصل وعدم حرمة النظر على السيد، وفي عدم وجوب مهر عليه لو وطئها وفي غير ذلك، بل أوصلها بعضهم إلى ستين صورة (قلت: أصح أقوال التقاص سقوط أحد المدينين بالآخر) أي بقدره منه إن اتفقا في جميع ما مر (بلا رضا) من صاحبيهما أو من أحدهما لأن مطالبة أحدهما الآخر بمثل ما عليه عناد لا فائدة له وهذا فيه شبه بيع تقديرا، والنهي عن بيع الدين بالدين إما مخصوص بغير ذلك لأنه يغتفر في التقديري ما لا يغتفر في غيره، وإما محله في بيع الدين لغير من عليه (والثاني) إنما يسقط (برضاهما) لأنه إبدال ذمة بأخرى فأشبهه الحوالة (والثالث) يسقط (برضا أحدهما) لأن للمدين أداء الدين من حيث شاء (والرابع لا يسقط، والله أعلم) وإن تراضيا لأنه في حكم المعاوضة كإبدال الدين بالدين وهو منهي عنه. أما إذا اختلفا جنسا أو غيره مما مر فلا تقاص كما لو كانا غير نقدين وهما متقومان مطلقا أو مثليان ولم يترتب على ذلك عتق، فإن ترتب عليه جاز لتشوف الشارع له (فإن فسخها السيد) أو العبد (فليشهد) ندبا احتياطا خوف النزاع (فلو) (أدى المكاتب المال فقال السيد) له (كنت فسخت) قبل أن تؤدي (فأنكره) العبد أي أصل الفسخ أو كونه قبل الأداء (صدق العبد بيمينه) لأن الأصل عدم ما ادعاه السيد فلزمته البينة

(والأصح بطلان) الكتابة (الفاسدة بجنون السيد وإغمائه والحجر عليه) بالسفه (لا بجنون العبد) لأن الحظ له، فإذا أفاق وأدى المسمى عتق وثبت التراجع. والثاني بطلانها بجنونها لجوازهما من الطرفين. والثالث لا فيهما لأن المذهب فيها التعليق وهو لا يبطل ولفظ الإغماء من زيادته على المحرر، ولو اقتصر عليه لفهم الجنون بالأولى (ولو ادعى كتابة فأنكره سيده أو وارثه صدقا) أي كل منهما باليمين لأن الأصل عدمها (ويحلف الوارث على نفي العلم) والسيد على البت كما علم مما مر، وادعائها السيد وأنكر العبد جعل إنكاره تعجيزا منه لنفسه، نعم إن اعترف السيد مع ذلك بأداء المال عتق بإقراره، والأقرب تقييد ذلك بما إذا تعمد الإنكار من غير عذر (ولو اختلفا في قدر النجوم) أي الأوقات أو ما يؤدي كل نجم (أو صفتها) أراد بها ما يشمل الجنس والنوع والصفة وقدر الأجل ولا بيينة أو لكل منهما بيينة (تحالفا) كما مر في البيع وغيره، نعم إن كان اختلافهما يفضي لفسادها كما لو اختلفا هل وقعت على نجم واحد أو أكثر صدق مدعي الصحة بيمينه نظير ما مر (ثم) بعد التحالف (إن لم يكن) السيد (قبض ما يدعيه لم تنفسخ الكتابة في الأصح) قياسا على البيع (بل إن لم يتفقا) على شيء (فسخ القاضي) الكتابة. والثاني تنفسخ، وقضية كلامه تعين فسخ القاضي لكن الأصح في التحالف عدمه، بل هما أو أحدهما أو

الحاكم وهو المعتمد، على أن تنصيص المصنف على فسخ القاضي لا ينفي غيره وذهب الزركشي إلى الأول (وإن) (كان) السيد (قبضه) أي ما ادعاه بتمامه (وقال المكاتب بعض المقبوض) لم تقع به الكتابة وإنما هو (وديعة) يعني أودعته إياه ولم أدفعه عن جهة الكتابة (عتق) لاتفاقهما على وقوع العتق على التقديرين (ورجع هو) أي المكاتب (بما أدى) جميعه (و) (رجع) (السيد بقيمته) أي العبد لأنه لا يمكن رد العتق (وقد يتقاصان) حيث توفرت شروط التقاص المارة بأن تلف المؤدى وكان هو أو قيمته من جنس قيمة العبد وصفتها (ولو) (قال كاتبك وأنا مجنون أو محجور علي) بسفه طراً (فأنكر العبد) وقال بل كنت عاقلاً (صدق السيد) بيمينه كما في المحرر (إن عرف سبق ما ادعاه) لقوة جانبه بذلك يكون الأصل بقاءه ومن ثم صدقناه مع كونه مدعياً للفساد على خلاف القاعدة، وإنما لم يصدق من زوج ابنته ثم ادعى ذلك وإن عهد لتعلق الحق بثالث بخلافه هنا (وإلا) بأن لم يعرف ذلك (فالعبد) هو المصدق بيمينه لضعف جانب السيد والأصل عدم ما ادعاه (ولو) (قال السيد وضعت عنك النجم الأول أو) قال وضعت (البعض فقال) المكاتب (بل) وضعت النجم (الأخير أو الكل صدق) (السيد) بيمينه لأنه أعرف بإرادته وفعله، وإنما تظهر فائدة اختلافهما إذا كان النجمان مختلفين في القدر، فإن تساويا فلا فائدة ترجع إلى التقدم والتأخر، وإدخال المصنف الألف واللام على البعض والكل قليل

(ولو) (مات عن ابنين وعبد فقال) لهما وهما كاملان (كاتبني أبوكما) (، فإن أنكر) ذلك (صدقا) بيمينهما على نفي علمهما بكتابة أبيهما، وهذا وإن علم من قوله أنفاً أو وارثه لكنه أعاده ليرتب عليه قوله (وإن صدقاه) أو قامت بذلك بينة (فمكاتب) عملاً بقولهما أو البينة (فإن أعتق أحدهما نصيبه) أو أبراه عن نصيبه من النجوم (فالأصح) أنه (لا يعتق) لعدم تمام ملكه (بل يوقف، فإن أدى نصيب آخر عتق كله وولأوه للأب) لأنه عتق بحكم الكتابة ثم ينتقل إليهما بالعصوبة (وإن عجز قوم على المعتق إن كان موسراً) وقت العجز وولأوه كله له (وإلا) أي وإن كان معسراً (فنصيبه حر والباقي قن للآخر. قلت: بل الأظهر) الذي قطع به الأصحاب (العتق) في الحال لما أعتق (والله أعلم) وكذا الحكم لو أبراه أحدهما عن نصيبه من النجوم، وكما لو كاتبنا وأعتق أحدهما نصيبه لكن لا سراية هنا لأن الوارث نائب الميت وهو لا سراية عليه، ومن ثم لو عتق نصيب الآخر بأداء أو إبراء أو إعتاق كان الولاء على المكاتب للأب ثم لهما عصوبة كما مر وإن عجزه بشرطه عاد قنا ولا سراية لما تقرر أن الكتابة السابقة تقتضي حصول العتق بها والميت لا سراية عليه. (وإن صدقه أحدهما فنصيبه مكاتب) مؤاخذه له بإقراره، ولا يضر التشقيص لأجل الحاجة كما لو أوصى بكتابة عبد فلم يخرج إلا بعضه (ونصيب المكذب قن) لأن القول قوله بيمينه استصحاباً لأصل المرق فنصف الكسب له ونصفه للمكاتب (فإن أعتقه المصدق) أي كله أو نصيبه منه (فالمذهب أنه يقوم عليه إن كان موسراً) لزعم منكر الكتابة أنه رقيق كله لهما، فإذا أعتق صاحبه نصيبه سرى إليه عملاً بزعمه كما لو قال لشريكه أعتقت نصيبك وأنت موسر فإنه يؤخذ بإقراره ويحكم بالسراية إلى نصيبه، لكن لما أثبتت السراية في هذه بمحض إقرار ذي النصيب لم تجب له قيمة. وأما ما في مسألتنا فهي إنما ثبت استلزاماً لزعم المنكر لإقراره فكانت إتلافاً لنصيبه فوجبت قيمته له، وخرج بأعتق عتقه عليه بأداء أو إبراء فلا يسري وفي قول لا يقوم فلا يعتق، وقطع بعضهم بالأول واستشكل جمع السراية من حيث إن حصة المصدق محكوم بكتابتها ظاهراً، والمصدق لم يعترف بغير ذلك، ويزعم أن نصيب شريكه مكاتب أيضاً، ومقتضاه عدم السراية فكيف يلزم المصدق حكمها مع عدم اعترافه بموجبها. أوجب عنه بأن المكذب يزعم أن الجميع قن، ومقتضاه نفوذ إعتاق شريكه وسرايته كما لو قال لشريكه في عبد قن

قد أعتقت نصيبك وأنت موسر فإننا نؤاخذه ونحكم بالسراية إلى نصيبه، لكن هناك لم يلزم شريكه القيمة لعدم ثبوت إعتاقه وهنا لم تثبت السراية بإقرار المكذب، وهي من أثر إعتاق المصدق وإعتاقه ثابت، فهو بإعتاقه متلف لنصيب شريكه بالطريق المذكور ويضمن قيمة ما أتلفه.

{كتاب أمهات الأولاد}

ختم المصنف كتابه بأبواب العتق رجاء أن يعتقه الله من النار، وآخر عنها هذا الكتاب لأن العتق فيه يستعقب الموت الذي هو خاتمة أمر العبد في الدنيا ويترتب العتق فيه على عمل عمله العبد في حياته، والعتق فيه قهري مشوب بقضاء أوطار وهو قرينة في حق من قصد به حصول ولد وما يترتب عليه من عتق وغيره، وقد قام الإجماع على أن العتق من القربات سواء المنجز والمعلق. وأما تعليقه فإن قصد به حث أو منع أو تحقيق خبر فليس بقرينة وإلا فهو قرينة، والأصح أن العتق باللفظ أقوى من الاستيلاء لترتب مسبه عليه في الحال وتأخره في الاستيلاء ولحصول السبب بالقول قطعاً بخلاف الاستيلاء لجواز موت المستولدة أولاً ولأن العتق بالقول مجمع عليه، بخلاف الاستيلاء. وأمهات: بضم الهمزة وكسرهما مع فتح الميم وكسرهما جمع أمهة أصل أم أو جمع أم، وأصلها أمهة بدليل جمعها على ذلك قاله الجوهري. قال: وقال بعضهم الأمهات للناس والأمات للبهائم، وقال غيره: يقال فيهما أمهات وأمات، لكن الأول أكثر في الناس والثاني أكثر في غيرهم وأنشد الزمخشري للمأمون بن الرشيد: وإنما أمهات الناس أوعية مستودعات وللآباء أبناء والأصل في الباب مجموع أحاديث عضد بعضها بعضاً، كخبر {أنه صلى الله عليه وسلم قال في مارية أم إبراهيم لما ولدت أعتقها ولدها} أي أثبت لها حق الحرية رواه الحاكم، وقال: إنه صحيح الإسناد، وصححه ابن حزم أيضاً، ورواه ابن ماجه بسند ضعيف. قال الزركشي: وذكر ابن القطان له إسناد آخر وقال إنه جيد اهـ. وقول عائشة رضي الله عنها {ما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً ولا درهما ولا عبداً ولا أمة} رواه ابن حبان في صحيحه والبيهقي. وكانت مارية من جملة المخلف عنه، ولم يثبت أنه أعتقها في حياته ولا علق عتقها بوفاته، وخبر الصحيحين عن أبي سعيد {قلنا: يا رسول الله إنا نأتي السبايا ونحب أثمانهن فما ترى في العزل؟ فقال: ما عليكم أن لا تفعلوا، ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة} وفي رواية للنسائي {فكان منا من يريد أن يتخذ أهلاً ومنا من يريد المبيع فتراجعنا في العزل} الحديث، وفي رواية لمسلم {فطالت علينا الغربية ورغبنا في الفداء وأردنا أن نستمتع ونعزل} قال البيهقي: لولا أن الاستيلاء يمنع من نقل الملك وإلا لم يكن لعزلهم لأجل محبة الأثمان فائدة. وخبر ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم {قال أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه} رواه ابن ماجه والدارقطني والبيهقي والحاكم، وصحح إسناده، وقال ابن حجر: له طرق. وفي رواية للدارقطني والبيهقي من حديث ابن عباس أيضاً {أم الولد حرة وإن كان سقطاً} وخبر {أمهات الأولاد لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع منها سيدها ما دام حياً، فإذا مات فهي حرة} رواه الدارقطني والبيهقي وصححا وقفه عن عمر رضي الله عنه، وخالف ابن القطان فصحح رفعه وحسنه وقال رواته كلهم ثقات، وخبر الصحيحين {إن من أشراط الساعة أن تلد الأمة ربتها} وفي رواية "ربها" أي سيدها، فأقام الولد مقام أبيه وأبوه حر فكذا هو، وقد استنبط عمر رضي الله عنه امتناع بيع أم الولد من قوله تعالى {فهل عسيتم إن توليتم أن تفسدوا في الأرض وتقطعوا أرحامكم} فقال: وأي قطيعة أقطع من أن تباع أم امرئ منكم. وكتب إلى الآفاق: لا تباع أم امرئ منكم فإنه قطيعة وإنه لا يحل. رواه البيهقي مطولاً، وإنما قدمت ذكر الأدلة لأن رتبة الدليل العام التقديم،

وقد قال الفخر الرازي: إن المحققين جرت عادتهم بأنهم يذكرون أول الباب ما هو الأصل والقاعدة ثم يخرجون عليه المسائل.

(إذا أحبل أمته فولدت حيا أو ميتا أو ما يجب فيه غرة) كمضغة فيها صورة آدمي ظاهرة أو خفية أخبر بها القوابل ويعتبر أربع منهن أو رجلان خيران أو رجل وامرأتان (عتقت بموت السيد) لما مر، ولأن ولدها كالجاء منها وقد انعقد جرا فاستتبع الباقي كالعتق، لكن العتق فيه قوة من حيث صراحة اللفظ فأثر في الحال وهذا فيه ضعف فأثر بعد الموت، ولما روى البيهقي عن ابن عمر أنه قال " أم الولد أعتقها ولدها وإن كان سقطا " وصرح ابن عباس بروايته عن عمر، نعم لو مات بعد انفصال بعضه ثم انفصل باقيه لم تعتق إلا بتمام انفصاله، وشمل قوله أحبل إحصاله بوطء حلال أو حرام بسبب حيض أو نفاس أو إحرام أو فرض صوم أو اعتكاف، أو لكونه قبل استبرائها، أو لكونه ظاهر منها ثم ملكها قبل التكفير، أو لكونها محرما له بنسب أو رضاع أو مصاهرة، أو لكونها مزوجة أو معتدة أو مجوسية أو وثنية أو مرتدة أو مكاتبة، أو لكونها مسلمة وهو كافر، وتعبيره بالإحصال جرى على الغالب، فلو استدخلت ذكره أو ماءه المحترم وعلقت منه ثبت إيلاؤها وعتقت بموته، وعلم من تعبيره بالإحصال أنه لا بد أن يكون بحيث يولد لمثله، وأنه لا فرق بين كونه عاقلا ومجنونا ومختارا ومكرها ومحجورا عليه بسفه، وشمل كلامه ما لو اشترى زوجته ثم وطئها وأتت بولد يمكن كونه من وطئه في النكاح ومن وطئه في ملك اليمين، ومحل ما ذكره إذا لم يتعلق بالامة حق الغير وإلا لم ينفذ الإيلاء كما لو أولد راهن معسر مرهونة بغير إذن المرتهن إلا إن كان المرتهن فرعه كما بحثه بعضهم، فإن انفك الرهن نفذ في الأصح، وكما لو أولد مالك معسر أمته الجانية المتعلقة برقبته مال، وإلا إن كان المجني عليه فرع مالكها، وكما لو أولد محجور فليس أمته كما رجحه السبكي والأذرعي الدميري وهو المعتمد. وإن ذهب الغزالي إلى النفوذ ورجحه في المطلب وقال البلقيني وابن النقيب: إنه الذي يظهر القطع به لأن حجر الفليس دائر بين حجر السفه والمرض وكلاهما ينفذ معه الإيلاء، فقد رد بأنه امتاز عن حجر المرض بعموم الحجر عليه فيما معه وعن حجر السفه بكونه لحق الغير، وكما لو أولد وارث معسر جارية تركه مورثه المديون وكما لو أقر محجور سفه بإيلاء أمته ولم يثبت كونها فراشا له فإنه لا يقبل وتباع إن اختاره الولي، فإن ثبت كونها فراشا له وولده له لمدة الإمكان ثبت الإيلاء كما مر، ولو أقر بنسبه ثبت نسب الولد وحرته وأنفق على المستلحق من بيت المال وكما لو أولد معسر جارية تجارة عبده المأذون المديون بغير إذن العبد والغرماء، وكما لو أولد أمة نذر التصدق بثمنها أو بها بخلاف ما لو نذر إعتاقها، ويجب بمنع استثنائها لزوال ملكه عنها بمجرد نذره التصدق بها أو بثمنها، وكما لو أولد وارث أمة نذر مورثه إعتاقها وكما لو أولد وارث أمة اشتراها مورثه بشرط إعتاقها لأن نفوذه مانع من الوفاء بالعتق عن جهة مورثه، وقال الزركشي لو اشترى الابن أمة بشرط العتق فأحبلها أبوه فالظاهر نفوذ إيلاؤه وتؤخذ منه القيمة وتكون كقيمة العبد المشتري بشرط العتق إذا قتل. والأصح أنها للمشتري فكذا هنا تكون للولد، رد بأنها لما منع الشارع من بيعها وسد باب نقلها على المشتري أشبهت مستولدة الابن فلا تصير مستولدة للأب، فلا يقال إن إيلاء المشتري إياها نافذ فكذا إيلاء أبيه لأن الوفاء بالشرط مع إيلاء المشتري ممكن ولا كذلك إيلاء أبيه، وكما لو أولد وارث أمة أو أوصى مورثه بإعتاقها، وهي تخرج من الثلث فلا ينفذ لإفضائه إلى إبطال الوصية، وكما لو أولد مكاتب أمته فلا ينفذ، ويحرم عليه وطؤها وإن أذن له سيده لضعف ملكه، ولو أولد المبعوض أمة ملكها ببعضه الحر نفذ إيلاؤه كما اقتضاه إطلاق المصنف وصححه البلقيني وغيره، وجزم به الماوردي، ولا يشكل عليه كونه غير أهل للولاء لأنه إنما يثبت له بموته،

فإن عتق قبله فذاك وإلا فقد زال ما فيه من الرق بموته، ولو وطئ صبي لم يستكمل تسع سنين أمته فولدت لأكثر من ستة أشهر لحقه ولم يحكم ببلوغه ولم يثبت إيلاده لأن النسب يكفي فيه الإمكان والأصل بقاء صغره وعدم صحة تصرفه والأصل عدم المانع من إزالة ملكه عن الأمة. وخرج بقول المصنف أمته، إيلاد المرتد فإنه موقوف كملكه وإيلاد الواقف أو الموقوف عليه الأمة الموقوفة فإنه لا ينفذ، وما لو استدخلت مني سيدها المحترم بعد موته فإنها لا تصير أم ولد لانتفاء ملكه لها حال علوقها وإن ثبت نسب الولد وما بعده وورث منه لكون المنى محترما، ولا يعتبر كونه محترما حال استدخالها خلافا لبعضهم، فقد صرح بعضهم بأنه لو أنزل في زوجته فساحت بنته فحبلت منه لحقه الولد، وكذا لو مسح ذكره بحجر بعد إنزاله في زوجته فاستجمرت به أجنبية فحبلت منه، واستثنى من مفهوم كلامه مسائل يثبت فيها الإيلاد: الأولى إذا أحبل أمة مكاتبه. الثانية إذا أحبل أصل حر أمة فرعه التي لم يولدها وإن كان معسرا، وتجب عليه قيمتها، وكذا مهرها إن تأخر الإنزال عن مغيب الحشفة. الثالثة لو وطئ أمة اشتراها بشرط الخيار للبائع بإذنه لحصول الإجازة حينئذ. الرابعة جارية المغنم إذا وطئها بعض الغانمين وأحبلها قبل القسمة واختيار التملك فقد أحبلها قبل ملكه لشيء منها، والولد حر نسيب إن كان الواطئ موسرا، وكذا معسرا كما نقله عن تصحيح القاضي أبي الطيب والرويانى وغيرهما، وينفذ الإيلاد في قدر حصته إن كان معسرا ويسري إلى باقيها إن كان موسرا لأن حق الغانم أقوى من حق الأب في مال ابنه، كذا في الحاوي الصغير تبعا لقول العزيز الظاهر المنصوص نفوذه، ورجحه الإمام وجزم به البغوي، لكنه نقل عدم نفوذه عن العراقيين وكثير من غيرهم وجعله في أصل الروضة المذهب، ثم فرع عليه أنه لو ملكها بعد بشبهة أو بسبب آخر هل ينفذ الإيلاد؟ فيه قولان كنظائره في مرهونة وجانية ونحوهما أظهرهما النفوذ، ويحتمل أن يريد بنظائره إيلاد أمة الغير بشبهة أو نكاح، ولا ينافيه ترجيح النفوذ هنا إذ لا يلزم من جريان الخلاف الاتحاد في الترجيح ويفرق بقوة حق الغانم. الخامسة التي يملك بعضها إذا أحبلها سرى الإيلاد إلى نصيب شريكه إن كان موسرا كالعتق، فإن كان معسرا فلا إلا إذا كان شريك المولد فرعا له كما لو أولد الأمة التي كلها لفرعه، وحيث سرى الإيلاد فالولد حر كله وإلا فالمحكي عن العراقيين أنه حر كله ولا يتبعض. وحكى الرافعي في السير في أمة المغنم تصحيحه عن القاضي أبي الطيب والماوردي وغيرهما، وصححه في الشرح الصغير وأصل الروضة، وحكى الرافعي في آخر الكتابة القول بالتبعيض عن أبي إسحاق وأن البغوي قال إنه الأصح، وجعله في أصل الروضة الأصح، وقال الرافعي: في الكلام على وطء أحد الشريكين هل يكون الولد حرا كله أو نصفه؟ قولان أظهرهما الثاني. وقال في باب ما يحرم من النكاح: ولو قدر على نكاح من بعضها حر فهل له نكاح الأمة المحضنة، تردد فيه الإمام لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله اهـ. قال بعضهم: فالتبعيض هو المعتمد إلا في ولد أمة المغنم إذا أحبلها بعض الغانمين وإن كان معسرا، لقوة الشبهة فيها كما يؤخذ مما مر، وكذا ولد المشتركة بين المبعوض وسيدة لأن المانع من نفوذ استيلاده في الحال إنما هو كونه ليس من أهل الولاء لما فيه من الرق، فإذا زال بعته عمل المقتضى عمله حيث كان موسرا عند الإحبال فيثبت الإيلاد. السادسة الأمة التي يملك فرعه بعضها إذا أولدها الأب الموسر سرى الإيلاد إلى نصيب الشريك الأجنبي أيضا. فإن كان معسرا لم يسر. ويجاب عن هذه المسائل بأن الأصح فيها تقدير انتقال الملك قبيل العلوق فلم يقع الإيلاد إلا في ملكه، وخرج بقوله أو ما تجب فيه غرة ما لو قلن إنه أصل آدمي ولو بقي لتصور فإنه لا يثبت الإيلاد كما لا تجب به الغرة وإن انقضت به العدة، وأفاد كلامه أن أم ولد الكافر المسلمة لا يجبر على إعتاقها بل

يحال بينهما، ولو سببت مستولدة كافر زال ملكه عنها ولم تعتق بموته وكذا مستولدة الحربي إذا أرق، ولو قهرت مستولدة الحربي سيدها عتقت في الحال، وشمل قوله عتقت بموته ما لو قتلته فإنها تعتق بموته وإن استعجلت الشيء قبل أوانه لأن الإحبال كالإعتاق، ولهذا يسري إلى نصيب الشريك فلا يقدر القتل فيه كما لو قتل من أعتقه وتجب ديته في ذمتها. وما لو مات سيدها قبل وضعها ثم وضعته لمدة يحكم فيها بثبوت نسبه منه فإنه يتبين عتقها بموته ولها أكسابها بعده، وإسناد أحبل إلى الضمير مجاز عقلي، ويسمى مجازاً حكماً ومجازاً في الإثبات وإسناداً مجازياً نحو أنبت الربيع البقل، وأنث المصنف ولدت وعتقت لأنه يجب تأنيث الفعل بتاء ساكنة في آخر الماضي وتاء المضارعة في أول المضارع إذا كان فاعله مؤنثاً في مسألتين: إحداهما أن يكون ضميراً متصلاً. وثانيهما أن يكون متصلاً حقيقي التانيث، وإنما قال قال عتقت بموت السيد ولم يقل بموته مع أنه أخصر ليفيد أن كل من أحبل أمته ولم ينفذ إيلاده لمانع لا تعتق بموته والحياة ضد الموت وهو عدم الحياة ويعبر عنه بمفارقة الروح الجسد، وقيل عدم الحياة عما من شأنه الحياة وقيل عرض يضادها لقوله تعالى {خلق الموت والحياة} ورد بأن المعنى قدر والعدم مقدر

(أو) أحبل (أمة غيره بنكاح) لا غرور فيه بحريتها أو زنا (فالولد رقيق) تبعاً لأمه فيكون لملك أمه بالإجماع، إذ الفرع يتبع الأب في النسب والأم في الرق والحرية وأشرفهما في الدين وإيجاب البدل وتقرير الجزية وأخفهما في عدم وجوب الزكاة وأخسهما في النجاسة وتحريم الذبيحة والمناكحة، ويطلق الرقيق على نقيض الغليظ والثخين (ولا تصير أم ولد) له (إذا ملكها) لانتفاء العلوق بحر إذ ثبوت الحرية للأم فرع ثبوتها للولد، فإذا انعقد الولد رقيقاً يتفرع عنه ذلك، ولو ملكها حاملاً من نكاحه عتق عليه الولد كما في المحرر، ومعلوم أن ولد المالك انعقد حراً. قال الصيدلاني: وصورة ملكها حاملاً أن تضعه قبل ستة أشهر من يوم ملكها، أو لا يطؤها بعد الملك وتلده لدون أربع سنين، ولو كان سيد الأمة المنكوحة ممن يعتق عليه الولد لكونه بعضاً له فإنه يصير حراً، ولو نكح أمة غر بحريتها فالولد قبل العلم حر كما ذكره المصنف في خيار النكاح، أو نكح حر جارية أجنبية ثم ملكها ابنه أو عبد جارية ابنه ثم عتق لم يفسخ النكاح. فلو أولدها لم يثبت الإيلاد كما قاله الشيخ أبو حامد والعراقيون والشيخ أبو علي والبغوي وغيرهم ورجحه الأصفوني وجزم به ابن المقري والحجازي لأنه رضي برق ولده حين نكحها، ولأن النكاح حاصل محقق فيكون واطئاً بالنكاح لا بشبهة الملك، بخلاف ما إذا لم يكن نكاح، وقيل يثبت وبه قال الشيخ أبو محمد ومال إليه الإمام ورجحه البلقيني، ولو نزع أمة بحجة ثم أحبلها ثم أكذب نفسه لم يقبل قوله وإن وافقه المقر له، لكنه يغرم نقصها أو قيمتها والمهر وتعتق بموته ويوقف ولاؤها، فإن لم يجد حجة فحلف المنكر وأحبلها ثم أكذب نفسه وأقربها له فكما مر، وبقي ما لو أولدها الأول ثم الثاني ثم الثاني له قيمة الولد والمهر والنقص (أو بشبهة) كأن ظنها زوجته الحرة أو أمته كما في المحرر ولعله حذفه للعلم به مما خرج به وهو ما لو ظنها زوجته الأمة فإن الولد رقيق من قوله أولاً بنكاح، لا إن ظنها مشتركة بينه وبين غيره أو أمة فرعه أو مشتركة بين فرعه وغيره خلافاً لبعضهم (فالولد حر) عملاً بظنه أما لو ظنها زوجته الأمة فالولد رقيق وسواء أكان الواطئ حراً أم رقيقاً، ولو كان لشخص زوجتان حرة وأمة فوطئ الأمة ظاناً أنها الحرة فالأشبه كما قاله الزركشي أن الولد حر كما في أمة الغير إذا ظنها زوجته الحرة، وأطلق المصنف الشبهة ومقتضى تعليلهم إرادة شبهة الفاعل فتخرج شبهة الطريق وهي الجهة التي أباح الوطاء بها عالم فيكون الولد فيها رقيقاً، وهو ظاهر لانتفاء ظن الزوجية والملك، ولو وطئ جارية

بيت المال حد فلو أولدها فلا نسب ولا إيلاد سواء الغني والفقير لأنه لا يجب فيه الإعفاف، أو وطئ جارية أبيه أو أمه طائنا حلها له، أو أكره على الوطاء فالذي يظهر كما قاله الأذرعى أن الولد رقيق. (ولا تصير أم ولد) له (إذا ملكها في الأظهر) لأن الولد وإن انعقد حراً لكنها عقلت به في غير ملك اليمين فهو كما لو عقلت به منه في النكاح ولأن الاستيلاء لم يثبت في الحال، فكذلك بعد الملك كما لو أعتق رقيق الغير ثم ملكه ولأن الكتابة والتدبير لا يثبتان في مثل ذلك حالا ولا مالا فكذلك الإيلاد. والثاني تصير لأنها عقلت بحر وهو سبب في الحرية بعد الموت، وشمل كلام المصنف ما لو غر بحريتها أو شراها شراء فاسدا فأولدها ثم ملكها، ومحل الخلاف في الحر، فلو وطئ العبد أمة غيره بشبهة فأحبلها ثم عتق وملكها لم تصير أم ولد له قطعاً لأنه لم يفصل من حر

(وله) أي السيد (وطء أم الولد) منه لما مر ولبقاء ملكه عليها، وحكى الترمذي فيه الإجماع واستثنى مسائل يمتنع وطؤها فيها كأم ولد الكافر المسلمة وأم ولده المحرم كآخته من رضاع وأم ولد موطوءة لفرعه وأم ولد مكاتبه وأم ولد مبعوض وإن أذن مالك بعضه وأمة لم ينفذ إيلادها لرهن وضعي أو شرعي أو لجنانية وأمة مجوسية أو وثنية وأمة موصى بمنافعها إذا كانت ممن تحبل فاستولدها الوارث فالولد حر وعليه قيمته يشتري بها عبد ليكون مثلها رقبته للوارث ومنفعة للموصى له ويلزمه مهرها وتصير أم ولد فتعتق بموته مسلوقة المنفعة وليس له وطؤها إلا بإذن الموصى له بالمنفعة، بخلاف من لا تحبل فيجوز بغير إذنه كما صححه في أصل الروضة، وكأمة تجارة عبده المأذون المديون لا يجوز له وطؤها إلا بإذن العبد والغرماء كما مر، فإن أحبلها وكان معسرا ثبت الإيلاد بالنسبة إلى السيد فينفذ إذا ملكها بعد أن بيعت كالمرهونة، ولا يجوز له الوطاء قبل بيعها إلا بالإذن، وكأم ولد المرتد لا يجوز له وطؤها في حال رده، وكأم ولد ارتدت وأم ولد كاتبها، ويجاب بأنه لا حاجة إلى استثناء هذه المسائل لأن امتناع الوطاء فيها لمعارضه أمر آخر كما تقرر لا من حيث كونها أم ولد (واستخدامها وإجارتها) لا من نفسها لما مر ولبقاء ملكه عليها وعلى منافعها، وإنما امتنع بيعها ونحوه لتأكد حق العتق فيها وخالفت المكاتب حيث امتنع استخدامها وإن كان ملكه عليه باقيا لما فيه من إبطال مقصود عقد الكتابة وهو تمكنه من الاكتساب ليؤدي النجوم فيعتق، ولهذا لو كانت أم ولد مكاتبه بأن سبقت الكتابة الاستيلاء أو عكسه لم يكن له استخدامها ولا غيره مما ذكر، وله أيضا كتابتها لأنه يملك كسبها، فإذا أعتق على صفة جاز، وفارق جواز إجارتها وإن كانت بيعة لمنافعها منع إجارة الأضحية المعينة كبيعها بخروجها عن ملكه بالكلية بخلاف المستولدة، وعلم من جواز إجارتها جواز إعارتها بالأولى ولو أجرها ثم مات في أثناء المدة عتقت وانفسخت الإجارة، ومثلها المعلق عتقه بصفة والمدبر، بخلاف ما لو أجر عبده ثم أعتقه فإن الأصح عدم الانفساخ، والفرق تقدم سبب العتق بالموت أو الصفة على الإجارة فيهن بخلاف الإعتاق، ولهذا لو سبق الإيجار الاستيلاء ثم مات السيد لم تنفسخ لتقدم استحقاق المنفعة على سبب العتق

(وأرش جنانية عليها) لما مر من بقاء ملكه عليها، فلو قتلها جان ضمن قيمتها، وكذا لو غصبها غاصب وماتت في يده، ولو أبقت في يده غرم قيمتها، ثم إذا مات سيدها استردها من تركته لعتقها، وكذا لو غصب عبدا فأبق وغرم قيمته ثم أعتقه سيده، بخلاف ما لو قطع جان يد أم الولد وغرم أرشها ثم عتقت بموت السيد لا يسترد الأرش لأنه بدل الطرف الفأنت ولم يشمل العتق، وهذا بخلاف المكاتبه فإن أرش الجنانية عليها لها، ولو شهد اثنان على إقرار السيد بالإيلاد وحكم بهما ثم رجعا لم يغرم لأن الملك باق فيها ولم يفوت إلا سلطنة البيع ولا قيمة لها بانفرادها، فإذا مات سيدها غرما

قيمتها لورثته، ولا يخالفه ما في أصل الروضة في الرجوع عن الشهادة من أنهما لو شهدا بعثق عبد وقضى به القاضي ثم رجعا غرما قيمة العبد ولم يرد العتق سواء أكان المشهود بعثقه قنا أم مدبرا أم مكاتبا أم أم ولد له أ هـ، لأنهما شهدا بالعتق الناشئ عما ذكر (وكذا تزويجها بغير إذنهما في الأصح) لما مر ولملكه الرقبة والمنفعة كالمدبرة. والثاني لا يجوز إلا برضاها لأنها ثبت لها حق العتق بسبب لا يملك السيد إبطاله. والثالث: لا يجوز وإن رضيت لأنها ناقصة في نفسها، وولاية الولي عليها ناقصة فأشبهت الصغيرة فلا يزوجه أحد برضاها، وظاهر أنه لو ثبت الإيلاء في بعضها زوجها السيدان بغير إذنهما على الراجح، والخلاف أقوال كما ذكره الرافعي وغيره، ولو كان سيدها مبعضا لم يزوج أمته بحال، قاله البغوي قال: لأن مباشرته العقد ممتنعة إذ لا ولاية له ما لم تكمل الحرية، وإذا امتنعت مباشرته بنفسه امتنعت إنابته غيره، وتزويجها بغير إذن ممتنع فانسد باب تزويجها. قال الأذرعى: وتعليه دال على البناء على أن السيد يزوج بالولاية، والأصح أنه إنما يزوج بالملك فيصح تزويجه، وقد قال البلقيني ما قاله البغوي ممنوع لأن تزويج السيد أمته بالملك وهو موجود، والكافر لا يزوج أمته المسلمة، بخلاف ما لو كان السيد مسلما وهي كافرة ولو وثنية أو مجوسية لأن حق المسلم في الولاية أكد، ألا ترى أنه يثبت له الولاية عليها بالجهة العامة ويزوجه الحاكم بإذنه وحضانه ولدها لها وإن كانت رقيقة لتبعيته لها في الإسلام

(ويحرم بيعها) لما مر من الأحاديث وأجمع التابعون فمن بعدهم عليه. قال المصنف في شرح المهدب: هذا هو المعتمد في المسألة إن قلنا الإجماع بعد الخلاف يرفع الخلاف، وحينئذ فيستدل بالأحاديث وبالإجماع على نسخ الأحاديث في بيعها. قال الصيمري وغيره: وأجمعوا على المنع إذا كانت حاملا بحر، وإنما اختلفوا بعد الولادة ولهذا احتج ابن سريج في الودائع بالاتفاق على أنها لا تباع في حال الحمل قال: فدلالة اتفاقهم قاضية على حكم ما اختلفوا فيه بعد الولادة، ونقض هذا الاستدلال بالحامل بحر من وطء شبهة فإنها لا تباع في حال الحمل وتباع بعد الوضع. وأجيب عنها بقيام الدليل فيها بجواز البيع بعد الوضع بخلاف أم الولد، ونص الشافعي رضي الله عنه على منع بيعها في خمسة عشر كتابا، ولو حكم قاض بجواز بيعها نقض قضاؤه لمخالفته الإجماع، وما كان في بيعها من خلاف بين القرن الأول فقد انقطع وصار مجمعا على منعه، وأما خبر أبي داود وغيره عن جابر {كنا نبيع سرارينا أمهات الأولاد والنبي صلى الله عليه وسلم حي لا نرى بذلك بأسا} فأجيب عنه بأنه منسوخ وبأنه منسوب إلى النبي صلى الله عليه وسلم استدلالا واجتهادا فيقدم عليه ما نسب إليه قولنا ونصا وهو الأحاديث المتقدمة، وبأنه صلى الله عليه وسلم لم يعلم بذلك كما ورد في خبر المخابرة عن ابن عمر: كنا نخبّر لا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج {أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها}. وزاد الحاكم فيه: لا نرى بذلك بأسا في زمن أبي بكر، فلما كان عمر نهانا فانتهينا. ورواه البيهقي بدون هذه الزيادة وقال: يحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يشعر بذلك، ويحتمل أن يكون ذلك قبل النهي أو قبل ما استدلل به عمر وغيره من أمر النبي صلى الله عليه وسلم على عتقهن، ومن فعله منهم لم يبلغه ذلك أ هـ. وهو ظاهر في أن قوله لا نرى بالنون لا بالياء. وقال البيهقي: ليس في شيء من الطرق أنه اطلع عليه أ هـ. وكما يحرم بيعها لا يصح، ومحل ما ذكره المصنف إذا لم يرتفع الإيلاء فإن ارتفع بأن كانت كافرة وليست لمسلم وسبيت وصارت قنة صح جميع ذلك، ويستثنى من ذلك مسائل يجوز بيعها: الأولى المرهونة رهنا وضعيا أو شرعيا حيث كان المستولد معسرا حال الإيلاء. الثانية: الجانية وسيدها كذلك، الثالثة: مستولدة المفلس. الرابعة بيعها من نفسها بناء على أنه عقد عتاقه وهو

الأصح وكبيعها في ذلك هبتها كما صرح به البلقيني والأذرعي، بخلاف الوصية بها لاحتياجها إلى القبول وهو إنما يكون بعد الموت والعتق يقع عقبه. قال الأذرعي: وددت لو قيل بجواز بيعها ممن تعتق عليه بقرابة. وقال الزركشي: ينبغي صحة بيعها ممن تعتق عليه كأصلها أو فرعها أي ومن أقر بحريتها اهـ. وهو مردود. الخامسة إذا سبي سيد المستولدة واسترق فيصح بيعها ولا تعتق بموته. السادسة إذا كانت حربية وقهرها حربى آخر ملكها، وقد مر أنه تجوز كتابة أم الولد (ورهنها وهبتها) أما الهبة فلأنها نقل ملك إلى الغير، وأما الرهن فلأنه تسليط على ذلك فأشبهه البيع، والحاصل أن حكم أم الولد حكم القنة إلا فيما ينتقل به الملك أو يؤدي إلى انتقاله، وإنما صرح المصنف برهنها مع فهمه من تحريم بيعها للتنبية على أن تعاطي العقود الفاسدة حرام وإن لم يتصل به المقصود كما نص عليه في الأم، كذا قاله الزركشي والدميري، ولا تصح الوصية بها ولا وقفها ولا تدبيرها. وظاهر أن أم الولد التي يجوز بيعها لعلقة رهن وضعي أو شرعي أو جناية أو نحوها تمتنع هبتها

(ولو ولدت من زوج أو زنا فالولد للسيد يعتق بموته كهي) لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية وكذا في سببها اللازم، وعلم من قوله يعتق بموته أنه لا فرق بين أن تكون موجودة أم لا، فلو ماتت قبل موت السيد بقي حكم الاستيلاء في حق الولد، وهذا أحد المواضع الذي يزول فيها حكم المتبوع ويبقى حكم التابع كما في نتاج الماشية في الزكاة، والولد الحادث بين أبوين مختلفي الحكم على أربعة أقسام: الأول ما يعتبر بالأبوين جميعاً كما في الأكل وحل الذبيحة والمناكحة والزكاة والتضحية به وجزاء الصيد واستحقاقهم سهم الغنيمة. والثاني ما يعتبر بالأب خاصة وذلك في سبعة أشياء: النسب وتوابعه، والحرية إذا كان من أمته أو من أمة غير بحريتها أو ظنها زوجته الحرة أو أمته أو من أمة فرعه، والكفاءة والولاء فإنه يكون على الولد لموالي الأب، وقدر الجزية ومهر المثل، وسهم ذوي القربى. والثالث ما يعتبر بالأم خاصة وهو شيثان. والحرية إذا كان أبوه رقيقاً، والرق إذا كان أبوه حراً وأمّه رقيقة إلا في صور ولد أمته ومن غير بحريتها ومن ظنها زوجته الحرة أو أمته وولد أمة فرعه وحمل حربية من مسلم وقد سبق، والرابع ما يعتبر بأحدهما غير معين وهو ضربان: أحدهما ما يعتبر بأشرفهما كما في الإسلام والجزية يتبع من له كتاب، وثانيهما ما يتبع فيه أغلظهما كما في ضمان الصيد والدية والغرة. والضرب الثاني ما يعتبر بأخسهما كالمناكحة والذبيحة والأطعمة والأضحية والعقيقة واستحقاق سهم الغنيمة وولد المدبرة والمعلق عتقها بصفة لا يتبعها في العتق إلا إن كانت حاملاً عند العقد أو وجود الصفة وولد المكاتب الحادث بعد الكتابة يتبعها رقا وعتقا بالكتابة، ولا شيء عليه للسيد، وولد الأضحية والهدي الواجبين بالتعيين له أكل جميعه كما مر في الكتاب تبعاً لأصله، وجرى جماعة على أنه أضحية وهدى فليس له أكل شيء منه بل يجب التصدق بجميعه، وولد المبيعة يتبعها ويقابله جزء من الثمن. وولد المرهونة والجانية والمؤجرة والمعارة والموصى بها أو بمنفعتها، وقد حملت به في صورتين بين الوصية وموت الموصي سواء أولدته قبل الموت أم بعده، وولد الموقوفة وولد مال القراض والموصى بخدمتها، والموهوبة إذا ولدت قبل القبض لا يتبعها، أما إذا كانت الموصى بها أو بمنفعتها حاملاً به عند الوصية فإنه وصيه، أو حملت به بعد موت الموصي أو وولده الموهوبة بعد القبض وقد حملت به بعد الهبة فإنه يتبعها، لحصول الملك فيها للقبول حينئذ، فإن كانت الموهوبة حاملاً به عند الهبة فهو هبة، ولو رجع الأصل في الموهوبة لا يرجع في الولد الذي حملت به بعد الهبة وولده بعد القبض وولد المغصوبة والمعارة والمقبوضة بيع فاسد أو بسوم، والمبيعة قبل القبض يتبعها في الضمان لأن وضع اليد عليه تابع لوضع اليد عليها، ومحمل الضمان في ولد

المعارة إذا كان موجودا عند العارية أو حادثا وتمكن من رده فلم يردده وولد المرتد إن انعقد في الردة وأبواه مرتدان فمرتد. وإن انعقد قبلها أو فيها أو أحد أصوله مسلم فمسلم وقد علم أنه لو نجز عتق أم الولد أو المدبرة لم يتبعها ولدها بخلاف المكاتب، وأنه لو كان ولد أم الولد أثنى لم يجز للسيد وطؤها لأنه إنما شبهه بها في العتق بموت سيده، ومحل ما ذكره المصنف إذا لم تبع، فإن بيعت في رهن وضعي أو شرعي أو في جناية ثم ملكها المستولد هي وأولادها فإنها تصير أم ولد على الصحيح، وأما أولادها فأرقاء لا يعطون حكمها لأنهم ولدوا قبل الحكم باستيلادها، أما الحادثون بعد إيلادها وقبل بيعها فلا يجوز له بيعهم وإن بيعت أمهم للضرورة لأن حق المرتهن والمجني عليه مثلا لا تعلق له بهم فيعتقون بموته دون أمهم، بخلاف الحادثين بعد البيع لحدوثهم في ملك غيره، وفي قوله كهي جر ضمير الغائبة بالكاف وهو شاذ (وأولادها قبل الاستيلاء من زنا أو زوج لا يعتقون بموت السيد وله بيعهم) لأنهم حدثوا قبل أن يثبت سبب الحرية، بخلاف الحادثين بعد الاستيلاء فلو لم ينفذ الاستيلاء لإعسار الراهن ثم اشتراها حاملا من زوج أو زنا، قال الإمام: هذا موضع نظر يجوز أن يقال تتعدى أمية الولد إلى الحمل، وهو الظاهر لأن الحرية فيها تأكدت تأكدا لا يرتفع والولد متصل، بخلاف حمل المدبرة فإن التدبير عرضة للارتفاع، ويجوز أن يخرج على القولين في سراية التدبير إلى الحمل، نقله الزركشي ثم قال: وهذه الصورة ذكرها الرافعي عن فتاوى القاضي حسين فقال: لو وطئ أمة الغير بشبهة فأحبها وقلنا لو ملكها تصير أم ولد، فلو أنه اشتراها حاملا من زوج أو زنا فهل يحكم للولد بحرية أمه حتى يعتق بموت السيد كالحادث بعد الملك؟ أجاب لا بل يكون قنا، للمشتري له بيعه لأن الاعتبار بحالة العلق اهـ. والفرق بينهما ثبوت الاستيلاء في الأولى بالنسبة إلى السيد لملكه إياها حالة علقها الأول بخلاف الثانية

(وعتق المستولدة من رأس المال) مقدما على الديون والوصايا لظاهر الأحاديث كخبر {أعتقها ولدها} وسواء استولدها في الصحة أم المرض أم نجز عتقها في مرض موته، ولا نظر إلى ما فوته من منافعتها التي كان يستحقها إلى موته لأن هذا إتلاف في مرضه فأشبه ما لو أتلفه في طعامه وشرابه، وبالقياس على من تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها في مرض موته وهذا الحكم جار في أولادها الحادثين الأرقاء له، ولو أوصى بها من الثلث لقصد الرفق بالورثة فهل ينفذ كما تصح الوصية بحجة الإسلام من الثلث، قال الزركشي: الظاهر المنع لأن المستولدة كالمال الذي يتلفه في حال المرض بالأكل والشرب فلا يحسب من الثلث وهي تعتق من رأس المال بمجرد الموت فليس للوصية هنا معنى، وجزم بذلك الدميري. قال بعضهم: وفيه نظر، إذ حصل هذه الوصية أن قدر قيمة أم الولد المتلفة تزاحم وصاياه رفقا بورثته، ولو أتلف عينا في مرض موته وأوصى بأن تكون قيمتها محسوبة من ثلثه رفقا بورثته لم يتجه إلا الصحة اهـ. وما قاسه وقاس عليه مردود، ولو جنت أم الولد لزم السيد فداؤها بأقل الأمرين من قيمتها يوم الجناية ومن أرش الجناية وإن ماتت عقبها لمنعه من بيعها بإحبالها وجنابتها كواحدة في الأظهر، وإنما قال وعتق المستولدة من رأس المال ولم يقل وعتقها مع أنه أخصر لئلا يوهم عود الضمير إلى أقرب مذكور وهي من ولدت من زوج أو زنا، والحكم المذكور شامل لها ولغيرها، ولو أتت أمة شريكين بولد من كل منهما وإدعى كل سبق إيلاده فإن كانا موسرين ولم يعلم السابق فليس أحدهما أولى من الآخر فيؤمران بالإنفاق عليها، فإذا مات عتق كلها للاتفاق على ثبوت استيلادها ووقف الولاء بين عصبيتها حتى يتبين الحال، وإن مات أحدهما لم يعتق شيء منها لاحتمال أنها مستولدة الآخر، وإن كانا معسرين ثبت إيلاد كل منهما في قدر نصيبه، فإذا ماتا فالولاء بين عصبيتها كذلك، وإن كان أحدهما موسرا والآخر

معسرا ثبت الإيلاد في نصيب الموسر إذ لا نزاع للمعسر فيه والنزاع في نصيب المعسر إذ كل منهما يدعيه، فإذا مات الموسر أولاً عتق نصيبه وولأؤه لورثته، فإذا مات المعسر بعده عتق نصيبه وولأؤه موقوف، وإن مات المعسر أولاً لم يعتق شيء منها. فإذا مات الموسر بعده عتقت كلها وولأؤه نصيب الموسر لورثته وولأؤه الآخر موقوف، أما لو كان الاختلاف عكسه فقال كل منهما للآخر أنت وطئت أولاً فسرى إلى نصيبي وهما موسران أو أحدهما فقط فقال البغوي يتحالفان ثم ينفقان عليها، فإن مات أحدهما في صورة يسارهما لم يعتق نصيبه لاحتمال صدقه أن الآخر سبقه وعتق نصيب الحي لإقراره ووقف ولأؤه، فإذا مات عتقت كلها ووقف ولأؤه الكل، فإذا مات الموسر في الصورة الثانية أولاً عتقت كلها نصيبه بموته وولأؤه لعصبته ونصيب المعسر بإقراره ووقف ولأؤه، وإن مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء لاحتمال سبق الموسر، فإذا مات الموسر عتقت كلها وولأؤه نصيبه لعصبته وولأؤه نصيب المعسر موقوف، ولو كانا معسرين فكما لو ادعى كل منهما أنه أولدها قبل إيلاد الآخر لها وقد مر حكمه والعبرة في اليسار وعدمه بوقف الإحبال، ولو كان له ثلاثة إخوة في أيديهم أمة وولدها وهو مجهول النسب فقال أحدهم هي أم ولد أينا والابن أخونا، وقال الآخر هي أم ولدي وولدها مني، وقال الآخر هي جاريتي وولدها عبدي لم يثبت نسب الولد من أبيهم ويثبت من الثاني، والولد حر بقول الأول والثاني، ويعتق على الثاني نصيب مدعي الرق من الولد وينفذ إيلاده في نصيبه من الأمة ويسرى إلى حق مدعي الملك إن كان موسراً، فإن كان معسراً فلا، وذلك بعد التحالف بين الثاني والثالث فقط لأن القائل هي أم ولد أينا لم يدع لنفسه شيئاً على الآخرين فلا يحلفهما، نعم إن ادعت الأمة ذلك وأنها عتقت بموت الأب حلفتها على نفي علمهما بأن أباهما أولدها، وأما الآخران فكل منهما يدعي ما في يد صاحبه هذا يقول هي مستولدي وهذا يقول هي ملكي فيحلف كل منهما على نفي مدعي الآخر في الثلث الذي في يده. قال في الروضة في كتاب العتق: والقائل هي أم ولد أينا لا غرم له لأنه لا يدعي شيئاً ولا عليه، والذي يدعي الإيلاد يلزمه الغرم لمدعي الملك لا اعترافه بأنه فوت عليه نصيبه من الأمة والولد، كذا عللوه، ومقتضاه أن تكون الصورة فيما إذا سلم أنه كان لمدعي الرق فيها نصيب بالإرث أو غيره وإلا فلا يلزم من قوله مستولدة كونها مشتركة من قبل، ويغرم للثالث ثلث القيمة في الأصح لأنها في يد الثلاثة حكماً، قال بعضهم: قد يقال يكتفى باليد عن تسلم نصيب مدعي الرق له فاليد تقتضي الاشتراك بعد تحالفهما فيغرم مدعي الإيلاد لمدعي الملك وإن لم يسلم كونه يستحق فيها نصيباً اهـ.

ولو وطئ شريكان أمة لهما وأتت بولد وادعى الاستبراء وحلفاً فلا نسب ولا إيلاد، وإن لم يدعيه فله أحوال: أحدها أن لا يمكن كونه من أحدهما بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من وطء الأول ولأقل من ستة أشهر من وطء الثاني أو لأكثر من أربع سنين من آخرهما وطئاً فكما لو ادعى الاستبراء. الثاني أن يمكن من الأول دون الثاني بأن ولدته لما بين أقل مدة الحمل وأكثرها من وطء الأول ولما بين دون أقل مدة الحمل من وطء الثاني فيلحق الأول ويثبت الإيلاد في نصيبه، ولا سراية إن كان معسراً، فإن كان موسراً سرى. الثالث: أن يمكن من الثاني دون الأول بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من وقت وطء الأول ولما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطء الثاني فيلحقه ويثبت إيلاده في نصيبه، ولا سراية إن كان معسراً وإن كان موسراً سرى. الرابع أن يمكن كونه من كل منهما بأن ولدته لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطء كل منهما وادعياه أو أحدهما فيعرض على القائف، فإن تعذر أمر بالانتساب إذا بلغ، ولو كان له أمة خلية ذات ولد فقال هذا ولدي من هذه لحقه إن أمكن ولا تصير أم ولد له، فإن قال

استولدتها به في ملكي أو عقلت به في ملكي أو هذا ولدي منها وهي في ملكي من عشر سنين والولد ابن سنة مثلا ثبت نسبه منه كما مر في بابها وهي أم ولد له، والعلوق في الملك مقتض لثبوت أمية الولد ما لم يمنع منه مانع والأصل عدمه ومجرد احتمال المانع ليس مانعا، ولو كانت مزوجة فالولد للزوج ولا أثر لإلحاق السيد، ولو كانت فراشا لسيدها لإقراره بوطئها لحقه الولد بالفراش ولا حاجة إلى الإقرار، ولا يعتبر إلا الإمكان وسواء أجرى الإقرار في الصحة أم المرض، وفي أصل الروضة قبيل التدبير نقلا عن فتاوى القاضي الحسين أنه لو قال مضغة هذه الجارية: أي أمته حرة فهو إقرار بأن الولد انعقد حرا وتصير الأم به أم ولد. قال المصنف: وينبغي أن لا تصير حتى يقر بوطئها: أي في ملكه لأنه يحتمل أنه حر من وطء أجنبي بشبهة انتهى، وهو ظاهر. وفي فروع ابن القطان: لو قالت الأمة التي وطئها السيد ألقيت سقطا صرت به أم ولد فأنكر السيد إلقاءها ذلك فمن المصدق؟ وجهان: قال الأذرعى: الظاهر أن القول قول السيد لأن الأصل معه لا سيما إذا أنكر الإسقاط والعلوق مطلقا، وفيما إذا اعترف بالحمل احتمال، والأقرب تصديقه أيضا إلا أن تمضي مدة لا يبقى الحمل منتسبا إليها هـ. ولو اتفقا على أنها أسقطت وادعت أنه سقط مصور وقال بل لا صورة فيه أصلا فالظاهر تصديقه أيضا لأن الأصل معه. قال في البيان. وإذا صارت الأمة فراشا لرجل ومعها ولد فأقرت بأنه ولد لغيره لم يقبل قولها بل القول قول صاحب الفراش، ولو تنازع السيد والمستولدة في أن ولدها ولدته قبل الاستيلاء أو بعده فالقول قول السيد والوارث وتسمع دعواها لولدها حسبة. ولو كان لأمته ثلاثة أولاد ولم تكن فراشا له ولا مزوجة فقال أحدهم ولدي، فإن عين الأوسط لم يكن إقراره يقتضي الاستيلاء فالآخران رقيقان وإن اقتضاه بأن اعترف بإيلادها في ملكه لحقه الأصغر أيضا للفراش، وإن مات قبل التعيين عين الموارث، فإن تعذر فالقائف، فإن تعذر فالقرعة، ثم إن كان إقراره لا يقتضي إيلادا وخرجت القرعة لواحد عتق وحده ولم يثبت نسبه، ولا يوقف نصيب ابن، وإن اقتضاه فالصغير نسيب على كل تقدير ويدخل في القرعة ليرق غيره إن خرجت القرعة له، فإن خرجت لغيره عتق معه. وقال المحب الطبري: اختلف أهل العلم في النطفة قبل تمام الأربعين على قولين: قيل لا يثبت لها حكم السقط والوآد، وقيل لها حرمة ولا يباح إفسادها ولا التسبب في إخراجها بعد الاستقرار في الرحم، بخلاف العزل فإنه قبل حصولها فيه، قال الزركشي: وفي تعاليق بعض الفضلاء قال الكرايسى: سألت أبا بكر بن أبي سعيد الفراتي عن رجل سقى جاريته شرابا لتسقط ولدها فقال: ما دامت نطفة أو علقة فواسع له ذلك إن شاء الله تعالى هـ. وقد أشار الغزالي إلى هذه المسألة في الإحياء فقال بعد أن قرر أن العزل خلاف الأولى ما حاصله: وليس هذا كالأستجهاض والوآد لأنه جناية على موجود حاصل، فأول مراتب الوجود وقع النطفة في الرحم فيختلط بماء المرأة فإفسادها جناية، فإن صارت علقة أو مضغة فالجناية أفحش، فإن نفخت الروح واستقرت الخلقة زادت الجناية تفاحشا، ثم قال: ويبعد الحكم بعدم تحريمه. وقد يقال: أما حالة نفخ الروح فما بعده إلى الوضع فلا شك في التحريم، وأما قبله فلا يقال إنه خلاف الأولى بل محتمل للتنزيه والتحريم، ويقوى التحريم فيما قرب من زمن النفخ لأنه حريمه، ثم إن تشكل في صورة آدمي وأدركته القوابل وجبت الغرة. نعم لو كانت النطفة من زنا فقد يتخيل الجواز. فلو تركت حتى نفخ فيها فلا شك في التحريم، ولو كان الوطاء زنا والموطوءة حربية فلا شك أنه غير محترم من الجهتين.

وقد سئل ابن اللبان عن مسلم زنى بذمية ما حكم الولد في الإسلام؟ فلم يجب فيه بشيء، فقال له السائل: إن ابن حزم ذكر في كتاب الجهاد أن الولد مسلم اعتبارا بالدار، وعند هذا فلا شك في احترامه لا سيما إذا

قصد بالوطء قهرها فإنه يملكها كما قاله القاضي الحسين وغيره اهـ ما قاله الزركشي. وقال الدميري: لا يخفى أن المرأة قد تفعل ذلك بحمل زنا وغيره، ثم هي إما أمة فعلت ذلك بإذن مولاها المواطئ لها وهي مسألة الفراتي أو بإذنه وليس هو المواطئ. وهي صورة لا تخفى، والنقل فيها عزيز، وفي مذهب أبي حنيفة شهير. ففي فتاوى قاضي خان وغيره أن ذلك يجوز، وقد تكلم الغزالي عليها في الإحياء بكلام متين غير أنه لم يصرح بالتحريم اهـ. والراجح تحريمه بعد نفخ الروح مطلقا وجوازه قبله. وأما مسألة ابن حزم فقد أفتى الوالد رحمه الله فيها بأن الولد كافر، وبين أن كلام ابن حزم مردود، وقال الزركشي: هذا كله في استعمال الدواء بعد الإنزال، فأما قبله فلا منع منه، أما استعمال الرجل والمرأة دواء لمنع الحمل فقد سئل عنها الشيخ عز الدين فقال: لا يجوز للمرأة ذلك وظاهره التحريم، وبه أفتى العماد بن يونس، فسئل عما إذا تراضى الزوجان الحران على ترك الحمل هل يجوز التداوي لمنعه بعد طهر الحيض. أجاب لا يجوز اهـ. وقد يقال: هو لا يزيد على العزل، وليس فيه سوى سد باب النسل ظنا وإن الظن لا يغني من الحق شيئا، وعلى القول بالمنع فلو فرق بين ما يمنع بالكلية وبين ما يمنع في وقت دون وقت فيكون كالعزل لكان متجها. وفي شرح التنبيه للبالسي نحو هذا اهـ كلام الزركشي قال الأصحاب: فيمن لم يجد أهبة النكاح يكسرهما بالصوم ولا يكسرهما بالكافور ونحوه، وعبر البغوي بقوله ويكره أن يحتال في قطع شهوته اهـ. وفهم جمع من كلام الرافعي والمصنف تحريم الكافور ونحوه، وصرح به صاحب الأنوار وغيره. وجمع بينهما بحمل الجواز على ما يفتر الشهوة فقط ولا يقطعها، ولو أراد إعادتها باستعمال ضد تلك الأدوية لأمكنه، والحرمة على خلاف ذلك. والعزل حذرا من الولد مكروه وإن أذنت فيه المعزول عنها حرة كانت أو أمة لأنه طريق إلى قطع النسل. قال الشيخ أبو محمد في تبصرته والقفال في فتاويه: أصول الكتاب والسنة والإجماع متظافرة على تحريم وطء السراري اللاتي يجلبن اليوم من الروم والهند وغيرهما إلا أن ينصب الإمام من يقسم الغنائم من غير حيف ولا ظلم. وعارضهم الفزاري فأفتى بأن الإمام لا يجب عليه قسمة الغنائم بحال ولا تخميسها ولا تفضيل بعض الغانمين وحرمان بعضهم، وزعم أن سيرة رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتضي ذلك. ورد عليه المصنف قوله بأنه خارق للإجماع فيه هذا إن كان مأخوذا بالقهر، فإن كان مسروقا أو مختلسا خمس أيضا على المشهور خلافا للإمام والغزالي، وقد تقرر أن ما يأخذه الحربي من مثله يملكه وأن الحربي إذا قهر حربيا ملكه. والنص أن ما حصله أهل الذمة من أهل الحرب بقتال ليس بغنيمة فلا ينزع منهم، فمحل ما ذكره الشيخ أبو محمد وغيره فيما علم أنه من غنيمة لم تخمس، وإلا فما يباع من السراري ولم يعلم حاله والأمر فيه محتمل لذلك لا يكون من هذا القبيل، وكان بعض المتورعين إذا أراد التسري بأمة اشتراها من وكيل بيت المال، وظاهر أن من له حق في بيت المال يجوز له تملك الأمة بطريق الظفر لأن المرجع فيها حينئذ إلى بيت المال للجهل بالمستحقين.

وفي كلام التاج ابن الفركاح أن الغلول في الغنيمة يحرم ما كانت الغنيمة تقسم على الوجه المشروع، فإذا تغير الحال جاز لمن ظفر بقدر حقه وبما دونه أن يختزله ويكتمه اهـ. ومقتضاه جواز الأخذ ظفرا في الغنيمة فضلا عن بيت المال، لكن المصنف نقل في المجموع عن الغزالي وأقره أنه لو لم يدفع السلطان إلى كل المستحقين حقوقهم من بيت المال فهل يجوز لأحدهم أخذ شيء من بيت المال؟ قال فيه أربعة مذاهب: أحدها، لا يجوز لأنه مشترك ولا يدرى حصته منه حبة أو دانق أو غيرهما قال الغزالي وهذا غلو لا يجوز. والثاني: يأخذ كل يوم ما يكفيه. والثالث كفاية سنة. والرابع: ما يعطى وهو حقه والباقون مظلومون قال وهذا هو القياس

لأنه ليس مشتركا كالغنيمة والميراث لأن ذلك ملك لهم، حتى لو ماتوا قسم بين ورثتهم وهنا لا يستحق وارثه شيئا، وهذا إذا صرف إليه ما يليق صرفه إليه اهـ. وبالأول جزم ابن عبد السلام في قواعده، ومقتضاه إلحاق ذلك بالأموال المشتركة وأن الأخذ ظفرا مما يستحقه في بيت المال لا يجوز وإن منع المتكلم في أمره المستحق. ونقل الزركشي عن ابن عبد السلام منع ذلك، وهو موافق لما سبق عنه من منع الأخذ حيث لم يدفع السلطان إلى كل المستحقين حقوقهم. وفي فتاوى المصنف: أن السلطان إذا أعطى رجلا من الجند من المغنم شيئا، فإن لم يكن السلطان خمسه ولم يقسم الباقي قسمة شرعية وجب الخمس في الذي صار إلى هذا، ولا يحل له الانتفاع بالباقي حتى يعلم أنه حصل لكل من الغانمين قدر حصته من هذا، فإن تعذر عليه صرف ما صار إليه إلى مستحقه لزمه دفعه إلى القاضي كسائر الأموال الضائعة هذا إذا لم يعطه ذلك على سبيل النفل بشرطه اهـ. ويؤخذ مما سبق عن المجموع نقلا عن الغزالي الفرق بين مال الغنيمة وبين مال بيت المال، قال بعضهم: وهو ظاهر. ولو ادعى جارية في يد رجل فأنكر فأقام المدعي بينة أو حلف بعد نكول المدعي عليه وحكم له بها وأولدها ثم قال كذبت في دعواي وحلفي والجارية لمن كانت في يده لم يقبل قوله في إبطال حرية الولد ولا استيلاها لأن إقراره لا يلزم غيره، ولكن عليه قيمة الولد والأم مع المهر، وليس له وطؤها بعد ذلك ما لم يشتريها منه، فإن مات عتقت وولأؤها موقوف، فإن وافقته الجارية على الرجوع لم يبطل الإيلاء، ولو أن صاحب اليد أنكر وحلف وأولد الجارية ثم عاد وقال كنت مبطلا في إقرارى والجارية للمدعي فالحكم في المهر وقيمة الولد والجارية والاستيلاء على ما سبق في طرف المدعي قاله في أصل الروضة وفيما ذكرناه كفاية، وإنما أطلنا الكلام في هذا المقام لسؤال بعض الفضلاء لنا في ذلك لشدة الحاجة له. (وبالله التوفيق) هو خلق القدرة والداعية إلى الطاعة كما مر. وقال إمام الحرمين: خلق الطاعة والخذلان ضده. ولما كان تأليف كتابه هذا من أفضل الطاعات أشار إلى التبري من الحول والقوة لاختصاص التوفيق بالله تعالى كما يؤخذ من تقديمه الجار والمجرور فالتوفيق به تعالى لا بغيره (الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله) أتى به اقتداء بأهل الجنة حيث قالوا ذلك في دار الجزاء المجعولة خاتمة أمرهم، ولهذا قال الأستاذ أبو القاسم القشيري: هذا اعتراف منهم وإقرار بأنهم لم يصلوا إلى ما وصلوا إليه من حسن تلك العطايات وعظيم تلك المراتب العليات بجهدهم واستحقاق فعلهم، وإنما ذلك ابتداء فضل منه ولطف، فلذلك ختم به المصنف ما أنعم الله به من هذا التأليف العظيم ذي النفع العميم الموصل إن شاء الله تعالى إلى الفوز بجنات النعيم إشارة لذلك، وعقب ذلك بالصلاة التي جمعها من اختلاف الروايات في الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم شكرا لما أولاه من إنعامه الجسيم، لأنه الآتي بأحكام هذه الشريعة السمحة من عند ربه الحكيم المضمنة لهذا المنهاج القويم بقوله (اللهم صل على سيدنا محمد عبدك ورسولك النبي الأمي، وعلى آل محمد وأزواجه وذريته كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم، وبارك على محمد وعلى آل محمد وأزواجه وذريته كما باركت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم في العالمين إنك حميد مجيد، واختم لنا بخير، وأصلح لنا شأننا كله، وافعل ذلك بإخواننا وأحبابنا وسائر المسلمين).

وكما ختمنا بالكلام على العتق كلامنا فنسأل الله تعالى أن يعتق من النار رقابنا، ويجعل إلى الجنة مصيرنا ومآبنا، ويسهل عند سؤال الملكين جوابنا، ويثقل عند الوزن حسناتنا، ويثبت على الصراط أقدامنا، ويمتحننا بالنظر إلى وجهه الكريم فهو غاية آمالنا، وأن يجعل ذلك خالصا لوجه إلهنا، وأن يجعله حجة لنا لا حجة علينا، حتى نتمنى أننا ما كتبناه وما قرأناه.

ونسأله أن يختم بالصالحات أعمالنا، وأن يفعل ذلك بنا وبوالدينا وجميع المسلمين.

ونختم الكتاب بما بدأنا به من حمد الله الذي يبدي ويعيد، والصلاة والسلام على نبيه المخصوص بعموم الشفاعة يوم الوعيد، ونعوذ به من الجور وفتنة الأمل البعيد، ونسأله الفوز يوم يقال فلان شقي وفلان سعيد. وكان الفراغ من تأليفه على يد فقير عفور به وأسير وصمة ذنبه مؤلفه " محمد بن أحمد بن حمزة " الرملي الأنصاري الشافعي غفر الله ذنبه، وستر عيبه، ورحم شبيهه.

بتاريخ يوم الجمعة الغراء تاسع عشر جمادى الآخرة سنة ثلاث وسبعين وتسعمائة من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والسلام، أحسن الله بخير تمامها.

والله أسأل، وبرسوله أتوسل، أن ينفع به كما نفع بأصله، وأن يغفر لمن نظر فيه بعين الإنصاف، ودعا لمؤلفه بأن يدركه ربه جل وعلا بخفي الألفاف، وبأن يمتعته بالنظر إلى وجهه، ويمده بالإسعاف، وحسبنا الله ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.