بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي من علينا بطبع الكتاب المستطاب

البناية في شرح الهداية

للشيخ المحدث الفقيه بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني

رحمه الله تعالى رحمة واسعة

٧٦٢هـ — ٨٥٥هـ

صححه وحققه وعلق عليه

مولانا مسعود احمد (ابن) مولانا فيض احمد الملتاني

الجزء الخامس عشر

المكتبة الحقانية

ملتان ○ باكستان

جميع الحقوق من التصحيح
و التعليق و الكتابة محفوظة

اسم الكتاب البناية فی شرح الهداية

تصنيف الامام العلام الحافظ بدر الدين ابو محمد محمود بن احمد العينی الحنفی رحمه الله تعالی

تصحيح و تعليق و تخريج الامام الهمام الفقيه المحدث مولانا فيض احمد الملتانی مد ظله العالی و ابنه الاصغر مولانا الحافظ مسعود احمد الملتانی مد ظله العالی

الناشر المكتبة الحقانية. ملتان. پاكستان

طباعت۔۔۔فیصل فدا پرنٹنگ پریس ملتان۔فون 061-4570046

بسم الله الرحمن الرحيم

الفهرس للجزء الخامس عشر من البناية شرح الهداية

العنوان	الصفحة
كتاب احياء الموات	٣
تعريف الموات لغة و شرعا	٣
من أحيى أرضا ميتة فهى له هذا الحديث رواه تسعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم	٧
ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه حديث ضعيف	٩
من حجر أرضا و لم يعمرها ثلاث سنين الخ	١٤
جعل عمر رضى الله تعالى عنه التحجر ثلاث سنين	١٥
قال عمر رضى الله تعالى عنه ليس لأحد إلا ما أحاطت عليه جدرانه الحديث	١٧
عن أبيض بن حمال رضى الله تعالى أنه وفد إلى رسول الله ﷺ استقطعه الملح الحديث	١٨
تحقيق حديث من حفر بئرا فله أربعون ذراعا عطنا لماشيته	٢٠
حريم البئر العادية خمسون ذراعا و حريم بئر البدى خمسة و عشرون ذراعا حديث مرسل	٢٢
اختصم إلى رسول الله ﷺ رجلان فى حريم نخلة الحديث	٣١
تحقيق الفرات و دجلة	٣١/٣٢
ترجمة الفقيه أبى جعفر الهندوانىؒ	٣٨
فصل فى مسائل الشرب	٣٩
فصل فى المياه	٣٩
تحقيق المآء لغة	٣٩
تحقيق جيحون و سيحون	٤١
تحقيق سيحان و جيحان	٤٢
تحقيق حديث المسلمون شركاء فى ثلاث فى المآء و الكلأ و النار	٤٣
فصل فى كرى الأنهار	٥٢
فصل فى الدعوى و الاختلاف و التصرف فيه	٥٩
كتاب الأشربة	٧٣
الأشربة المحرمة أربعة	٧٤
الكلام فى الخمر فى عشرة مواضع	٧٥
قال رسول الله ﷺ كل مسكر خمر و كل مسكر حرام	٧٦
قال رسول الله ﷺ الخمر من هاتين الشجرتين النخلة و العنبة	٧٦
قال عمر رضى الله تعالى عنه الخمر ما	٧٧

العنوان	الصفحة
خامر العقل	
أحاديث حرمة الخمر	٨٢ / ٨٤
حرمت الخمر بعينها هذا الحديث	٨٥ / ٨٧
روى مرفوعا و موقوفا و الوقف أصح	
إن الله و رسوله حرم بيع الخمر الحديث	٨٩
إذا شرب الخمر فاجلدوه الحديث	٩١
حد الباذق و المنصف و حكمهما	٩٥
حكم نقيع التمر الذى هو السكر	٩٨
تتخذون منه سكرا و رزقا حسنا هذه الآية منسوخة أو محمولة على التوبيخ	١٠١
حكم نقيع الزبيب	١٠٢
لا بأس بالخليطين	١١٠
نهى نبى الله ﷺ عن خليط التمر و البسر الحديث	١١٣ / ١١٤
حكم المثلث العنبى	١١٧
ما أسكر كثيره فقليله حرام هذا الحديث رواه ثمانية من الصحابة رضى الله عنهم	١١٩ / ١٢٠
لا بأس بالانتباذ فى الدباء و الحنتم و المزفت و النقير	١٢٩
قال رسول الله ﷺ كنت نهيتكم عن الأشربة إلا فى ظروف الأدم فاشربوا فى كل وعاء الحديث	١٣١
مسئلة تخليل الخمر	١٣٣
قال رسول الله ﷺ نعم الادام الخل	١٣٤ / ١٣٥
تحقيق حديث خير خلكم خل خمركم	١٣٥
يكره شرب دردى الخمر	١٣٩
فصل فى طبخ العصير	١٤١
كتاب الصيد	١٤٥
إذا أرسلت كلبك و سميت الحديث	١٤٧
فصل فى الجوارح	١٤٨
تعليم الكلب و البازى	١٥١
إن أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه الخ	١٦٣
إزا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسى الخ	١٧٣
فصل فى الرمى	١٧٦
إذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه الخ	١٨١
عن عدى رضى الله تعالى عنه قال قلت يا رسول الله إنا أهل الصيد و إن أحدنا يرمى الصيد فيغيب عنه الليلة و الليلتين الحديث	١٨١
قال ابن عباس رضى الله تعالى عنه كل ما أصميت و دع ما أنميت	١٨٢
عن النبى ﷺ فى الصيد يتوارى عن صاحبه قال لعل هوام الأرض قتلته	١٨٣ / ١٨٤
إذا رمى صيدا فوقع فى المآء الخ	١٨٥
لفظ عل فيه عشر لغات	١٨٦
عن عدى رضى الله تعالى عنه قال	١٨٦

العنوان	الصفحة
سألت رسول الله ﷺ عن الصيد قال إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله فان وجدته قد قتل فكل إلا أن تجده قد وقع فى المآء الحديث	
ما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل	١٨٩
عن عدى رضى الله تعالى عنه قال سألت رسول الله ﷺ عن المعراض الحديث	١٩٠
لا يؤكل ما أصابه البندقة الخ	١٩٠
إذا رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد و لا يؤكل العضو	١٩٤
ما يقطع من البهيمة و هى حية فهو ميتة هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم	١٩٤ ١٩٦
الصيد لمن أخذ حديث غريب	١٩٩
كتاب الرهن	٢٠٦
معنى الرهن لغة و شرعا	٢٠٦
اشترى النبى ﷺ طعاما من رجل يهودى إلى أجل و رهنه درعا من حديد	٢٠٨
تحقيق حديث لا يغلق الرهن	٢١٣ ٢١٤
إن رجلا رهن رجلا فرسا فنفق فى يده فقال رسول الله ﷺ للمرتهن ذهب حقك مرسل ضعيف	٢١٥
الرهن بما فيه حديث مرسل صحيح	٢١٦
لا يصح الرهن إلا بدين مضمون	٢٢١
للمرتهن أن يطالب الراهن بدينه و يحبسه	٢٢٦
أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن الخ	٢٣٤
باب ما يجوز ارتهانه و الارتهان به و ما لا يجوز	٢٣٩
لا يجوز رهن المشاع	٢٣٩
لا يصح الرهن بالأمانات	٢٤٥
الرهن بالدرك باطل	٢٤٦
يصح الرهن برأس مال السلم و بثمن الصرف و المسلم فيه	٢٤٨
لا يجوز رهن الحر و المدبر و المكاتب و أم الولد	٢٥١
يجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير	٢٥٤
يجوز رهن الدراهم و الدنانير الخ	٢٦٢
فصل	٢٧٥
من رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما الخ	٢٧٥
فان رهن عينا واحدة عند رجلين الخ	٢٧٦
إن رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا الخ	٢٧٨
باب الرهن الذى يوضع على يد العدل	٢٨١
إذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين	٢٨٥

العنوان	الصفحة
فالوكالة جائزة	
إذا باع العدل الرهن فقد خرج عن الرهن الخ	٢٩٠
باب التصرف فى الرهن و الجناية عليه و جنايته على غيره	٢٩٦
إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف	٢٩٦
لو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه	٣٠٠
إذا أعار المرتهن الرهن للراهن الخ	٣٠٩
جناية الراهن على الرهن مضمونة	٣١٩
إذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ الخ	٣٢٧
فصل	٣٣٤
من رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر الخ	٣٣٤
نماء الرهن للراهن	٣٣٦
تجوز الزياده فى الرهن و لا تجوز فى الدين	٣٤٠
كتاب الجنايات	٣٤٧
القتل على خمسة أوجه	٣٤٧
قال النبى ﷺ لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم و فى الباب أحاديث كثيرة	٣٤٩
قال رسول الله ﷺ العمد قود إلا أن يعفو ولى المقتول	٣٥٠
قال رسول الله ﷺ ليس لقاتل ميراث	٣٥٤
ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط و العصا الحديث	٣٥٥
باب ما يوجب القصاص و ما لا يوجبه	٣٦١
يقتل المسلم بالذمى	٣٦٤
لا يقتل مسلم بكافر هذا الحديث محمول على الحربى دون الذمى	٣٦٤
قتل رسول الله ﷺ مسلما بمعاهد هذا الحديث ضعيف مسندا صحيح مرسلا	٣٦٤
لا يقتل الرجل بابنه	٣٦٨
قال رسول الله ﷺ لا يقاد الوالد بالولد	٣٦٩
لا يستوفى القصاص إلا باليسف	٣٧١
إن جارية وجد رأسها قد رض بين حجرين الحديث	٣٧١
إنما سمل النبى ﷺ أعين العرنيين لأنهم سملوا أعين الرعاء	٣٧١
لما قتل حمزة رضى الله تعالى عنه و مثل به قال رسول الله ﷺ لئن ظفرت بهم لأمثلن بسبعين رجلا منهم	٣٧٢
لا قود إلا بالسيف هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم	٣٧٢
من غرق صبيا أو بالغا فى البحر فلا	٣٨٣

العنوان	الصفحة
قصاص عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى	
من عرض عرضنا له و من حرق	٣٨٣
حرقناه و من غرق غرقناه هذا حديث ضعيف لا تقوم به الحجة	
إذا التقى الصفان من المسلمين و المشركين فقتل مسلم مسلما ظن أنه مشرك فلا قود عليه	٣٨٦
قصة حسيل بن جابر اليمان رضى الله تعالى عنه	٣٨٦
قال رسول الله ﷺ من كثر سواد قوم فهو منهم	٣٨٧
قال رسول الله ﷺ من تشبه بقوم فهو منهم	٣٨٨
فصل	٣٨٩
من شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه	٣٨٩
قال رسول الله ﷺ من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر	٣٨٩
قال النبى ﷺ قاتل دون مالك	٣٩٣
باب القصاص فيما دون النفس	٣٩٤
إن الربيع أخت انس رضى الله تعالى عنهما لطمت جارية فكسرت ثنيتها فأتوا النبى ﷺ فأمر بالقصاص	٣٩٤
لا قصاص فى عظم إلا فى السن	٣٩٧
عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما	٣٩٧

العنوان	الصفحة
قال ليس فى العظام قصاص	
فصل	٤٠٤
من قتل له قتيل فهو بخير النظرين الحديث	٤٠٥
كتب رسول الله ﷺ إلى الضحاك ابن سفيان رضى الله تعالى عنه أن ورث امرأة اشيم الضبابى رضى الله تعالى عنها من دية زوجها	٤٠٨
إذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم	٤١١
قال عمر رضى الله تعالى عنه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا	٤١١
فصل	٤١٨
من قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا الخ	٤١٨
إذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده الخ	٤٢٥
من له القصاص فى الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس و مات الخ	٤٣١
باب الشهادة فى القتل	٤٣٣
أحاديث إصلاح ذات البين	٤٤٠
باب فى اعتبار حالة القتل	٤٤١

تم الفهرس

كتاب إحياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا

(كتاب احياء الموات)

أى هذا كتاب فى بيان أحكام إحياء الموات قال الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث أن فى مسائل هذا الكتاب ما يكره و ما لا يكره و هذا ليس بشيء لأنه قل كتاب من الكتب أن يخلوعما يكره و ما لا يكره و أبعد من هذا ما قاله الكاكيؒ أو لأن احياء الارض إحياء صورة فكان فيه التسبب للحياة النامية فكان قريباً إلى حقيقة الاحياء كما أن الكراهة حرمة صورة و قريب إلى الحرمة القطعية و الأوجه أن يقال إن هذا الكتاب فيه بيان الموات و هو أن من الأراضى ما لا ينتفع به و كذلك الذهب و الفضة و الحرير ما لا ينتفع به شرعاً حيث يحرم الأكل و الشرب و نحوهما فى الذهب و الفضة فى حق الرجال و النساء جميعا و يحرم لبس الحرير وافتراشه و توسده فى حق الرجال فحكم هذه الأشياء كالموات فى عدم الانتفاع به عادة فى الموات و شرعا فى الأشياء المذكورة و كذلك كل مكروه فيه كالموات حيث لا ينتفع به شرعا (قال) أى القدوريؒ فى مختصره (الموات (١) ما لا ينتفع به من الأراضى) قوله الموات ما لا ينتفع به هو المعنى اللغوى و قوله من الأراضى إنما زيد إشارة إلى معناه الشرعى و أشار إلى علة عدم الإنتفاع به بقوله (لانقطاع الماء عنه) الضمير فى عنه يرجع إلى ما لا ينتفع به و من الأراضى بيان له و كذلك الضمير فى عليه فى قوله (أو لغلبة الماء عليه) بأن غطاه حتى لم يبق محلا للزراعة (أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) بأن صارت سبخة أو غلب عليها الرمال فصارت زراعتها متعذرة (سمى بذلك لبطلان الإنتفاع به) أى سمى ما لا ينتفع به من الأراضى بالموات لأجل بطلان الانتفاع به تشبيها بالحيوان إذا مات بطل الانتفاع به و إحياؤه عبارة عن جعله منتفعا به (قال) أى القدوريؒ (فما كان منها عاديا) قال الشراح المراد من العادى ما كان خرابه قديما و لا يعرف له مالك لا أن يكون منسوبا لعاد لأن جميع أراضي الموات لم تكن لعاد و

(١) الموات كسحاب و غراب ما لا روح فيه أو أرض لا مالك لها قاموس و فى المغرب هو الأرض الخراب و خلافه العامر اه و جعله فى المصباح من التسمية بالمصدر لأنه فى الأصل مصدر مثل الموت و هذا حده اللغوى و زيد عليه فى الشرع قيود ستذكر قال فى العناية و من محاسنه التسبب للخصب فى أقوات الأنام و مشروعيته بقوله عليه الصلاة و السلام من أحيا أرضا ميتة فهى له و شروطه تذكر فى أثناء الكلام و سببه تعلق البقاء المقدور و حكمه تملك المحيى ما أحياه اه.

لا مالك له أو كان مملوكا في الاسلام (١) لا يعرف له مالك بعينه و هو بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه

إنما كنى بذلك عن القديم خرابا لأن عادا كان في قديم الأيام و كذا ذكره المصنفؒ على ما يأتي قلت لا شك أن العادى بتشديد الياء هو نسبة إلى عاد و إنما لم يكن جميع أراضي الموات منسوبة لعاد لكن اكثره منسوب إليه و قد ذكر أهل التاريخ أن عادا استولى على كثير من بلاد الشام و العراق و الهند و هو عاد بن أوص بن ارم بن سام بن نوح عليه السلام أو يكون هذه النسبة باعتبار أن كل أثر قديم ينسب إلى عاد و قومه لتقدمهم فتكون النسبة صحيحة على كل حال (لا مالك له أو كان مملوكا في دار الإسلام لا يعرف له مالك بعينه و هو بعيد من القرية) أي و الحال أنه بعيد من القرية و هذا الذى شرطه القدوريؒ هو اختيار الطحاويؒ و هو غير ظاهر الرواية و في ظاهر الرواية لا يشترط البعد من القرية و قال الامام الاسبيجابيؒ في شرح الطحاوى الأصل أن من ملك شيئا من مسلم أو ذمي بأيّ سبب ملك فانه لا يزول ملكه عنه بالترك كما إذا ملك دارا أو أرضا ثم خربها فمضت عليها السنون و القرون فهو على ملك مالكه الأول لا تكون تلك الأرض مواتا و أرض الموات التي لم تملك ملكا لأحد و لم تكن من مرافق البلدة و كانت خارج البلدة قربت من البلدة أو بعدت حتى أن بحرا خارج البلدة قريبا منها لو جزر ماؤه أو أجمة عظيمة لم يكن ملكا لأحد كانت تلك الأرض مواتا في ظاهر الرواية و قال الطحاويؒ و ما قرب من العامر فليس بموات و في خلاصة الفتاوى و أما أراضي بخارى فليست بموات لأنها دخلت في القسمة و يصرف لأقصى مالك أو منتفع في الإسلام أو إلى ورثته فان لم يعلم فالتصرف إلى القاضي و في الذخيرة الأراضي المملوكة في دار الاسلام إذا انقرض أهلها فهي كاللقطة فلا يجوز إحياؤها و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و احمد رحمه الله تعالى في رواية لأن لها مالكا فلم يجز إحياؤها كما لو كان مالكها معينا و قيل كالموات فيملك بالاحياء و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و مالك رحمه الله تعالى لعموم قوله ﷺ من أحيا أرضا ميتة فهي له (بحيث إذا وقف انسان من أقصى (١) العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه) هذا تفسير لقوله و بعيد من القرية هكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فالحد الفاصل بين القريب و البعيد على ما روى عنه أن يقوم رجل جهوري (٢) الصوت من اقصى العمرانات على مكان عال

(١)الاسلام. ن. دار الاسلام. (١)من أقصى العامر أى من طرف الدور لا الأراضى العامرة قهستانى عن التجنيس كذا فى الشامية. (٢)جهورى الصوت أى عاليه قاموس.

فهو موات قال هكذا ذكره القدوريؒ و معنى العاديّ ما قدم خرابه و المروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمى مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فأما التى هى مملوكة لمسلم أو ذمى لا تكون مواتا و إذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين و لو ظهر له مالك يرد عليه و يضمن الزارع نقصانها

فينادى بأعلى صوته فالموضع الذى يسمع فيه صوته يكون قريبا من العمرانات و إذا كان لا يسمع صوته فيه يكون بعيدا من العمرانات (فهو موات) جملة فى محل الرفع على أنها خبر عن قوله فما كان عاديا و دخلت الفاء لتضمن المبتدأ معنى الشرط (قال) أى المصنفؒ (هكذا ذكره القدوريؒ) أى فى مختصره (و معنى العادى ما قدم خرابه) أى معنى قول القدوريؒ فما كان عاديا ما كان خرابه قديما و قد مر الكلام فيه آنفا (و المروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمى مع انقطاع الارتفاق بها) أى مع انقطاع الانتفاع بها قال خواهر زادهؒ فى شرح كتاب الشرب قال محمد رحمه الله تعالى كل أرض لا يملكها أحد و قد انقطع عنها الماء و ارتفاق أهل المصر و القرية بها كان مواتا و إن كانت قريبا من العمرانات و أراد بقوله أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمى أنه إذا كان مملوكا لمسلم أو ذمى و صار خرابا و انقطع عنها الماء و ارتفاق الناس بها من حيث المرعى و الاحتطاب فانه لا يكون مواتا حتى لا يملك باذن الامام عندهم جميعا لأن ما كان مملوكا من الأرض لمسلم أو ذمى لا يزول الملك عنها بالخراب و انقطاع المآء و المرافق على ما بيناه عن قريب (لتكون ميتة مطلقا) أى لتكون الارض ميتة على الاطلاق لأن النبى ﷺ ذكر الميتة على الاطلاق و مطلق الاسم ابدا ينصرف إلى الكامل و الكامل من المسمى أن لا يكون الأرض مملوكة لأحد (فأما التى هى مملوكة) هذا من تتمة قول محمد رحمه الله تعالى أى فأما الأرض التى هى مملوكة (لمسلم أو ذمى لا تكون مواتا و إذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين) كمن مات و ترك مالا و لم يترك وارثا فلا يكون لواحد أن يملكه على التخصيص فكذا هذا (و لو ظهر له مالك يرد عليه) أى ظهر للموات مالك بعد أن احياه رجل يرد على مالكه لأنه أحق به من غيره (و يضمن الزارع نقصانها) أى نقصان الأرض الذى حصل بالزراعة بعد الاحياء لا يقال المنافع حصلت بفعل الزارع فلا يضمن باتلافها لأنا نقول إنه تبرع فى ذلك فتصير لصاحب الأرض لأنها صارت صفة لأرضه و لهذا لو ظهر لها مالك قبل الزراعة فعلى المحيى أن يسلمها إلى مالكها و لا يقال إنه فعل بإذن الشرع فلا يضمن لأنا نقول إن إذن الشرع لا ينافى الضمان فان الجمل الصائل يباح قتله باذن الشرع ثم يضمن و الملتقط يجب عليه

و البعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف رحمه الله تعالى لأن الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه و محمد رحمه الله تعالى اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة و إن كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى و شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله تعالى ثم من أحياه باذن الامام

التصدق و يضمن إذا ظهر صاحبها (و البعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف رحمه الله تعالى لأن الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه) البعد مرفوع بالابتداء و خبره قوله شرطه أبو يوسف رحمه الله تعالى و قد بسطنا الكلام فيه عن قريب (فيدار الحكم عليه) أى على القرب الذى هو دليل الارتفاق أراد أن عدم الارتفاق و انقطاعه أمر خفى لا يطلع عليه بعض الناس فجعلنا الدليل الظاهر و هو بعض الأرض من العامر قائما مقامه فأدير الحكم عليه فلم يعتبر انقطاع الارتفاق حقيقة كما اعتبر محمد رحمه الله تعالى و الحاصل أن عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يدار الحكم على القرب و البعد و عند محمد رحمه الله تعالى على حقيقة الارتفاق و عدمها و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و هو معنى قوله (و محمد رحمه الله تعالى (١) اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة و إن كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده) و اسمه محمد بن الحسين بن محمد بن الحسين البخارى المعروف ببكر خواهر زاده صاحب المبسوط مات فى الخامس و العشرين من جمادى الأولى سنة ثلاث و ثمانين و أربعمائة (و شمس الأئمة السرخسىّ اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله تعالى) يعنى أخذ بقوله و هو أن ما قرب من العامر لا يكون مواتا و عليه (٢) اعتمد القدورى رحمه الله تعالى أيضا و شمس الأئمة اسمه محمد ابن أحمد بن أبى سهل أبو بكر السرخسى الامام الكبير صاحب المبسوط المشهور فى خمسة عشر مجلدا توفى فى سنة ثمان و ثلاثين و أربع مائة (ثم من أحياه) أى الموات (باذن (٣) الامام

---

(١) محمد رحمه الله تعالى اعتبر الخ. قلت و هذا ظاهر الرواية و به يفتى كما فى زكاة الكبرى ذكره القهستانى و كذا فى البرجندى عن المنصورية عن قاضيخان أن الفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى كذا فى الدر المختار.

(٢) عليه اعتمد القدورىّ و هو المختار كما فى المختار وغيره كذا فى الدر المختار. (٣) باذن الامام و القاضى فى ولايته بمنزلة الامام تاترخانية عن الناطفى و فيها قبيل كتاب الاحياء سئل السمرقندىّ فى رجل وكل باحياء الموات هل هو للوكيل كما فى التوكيل بالاحتطاب و الاحتشاش أم للموكل كما فى سائر التصرفات قال إن أذن الامام للموكل بالاحياء يقع له اه شامى.

ملكه و إن أحياه بغير إذنه لم يملكه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يملكه لقوله عليه الصلاة و السلام من أحيى أرضا ميته فهى له

ملكه (١) و إن أحياه بغير إذنه لم يملكه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) فهذه أيضا من مسائل القدورى (و قالا) أى قال (٢) أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يملكه) أى يملك المحيى الموات مطلقا و به قال الشافعى و أحمد و اصبغ و سحنون المالكى رحمهم الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى إن كان قريبا من العامر فى موضع لا يتسامح الناس فيه افتقر إلى الاذن من الامام و إلا فلا (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (من أحيا أرضا ميتة فهى له) هذا (٣) الحديث رواه تسعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم الاول: عبدالله بن عباس رضى الله تعالى عنهما أخرج حديثه الطبرانىؒ فى معجمه عن عمر بن رباح عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبى ﷺ أنه قال من أحيا أرضا ميتة فهى له و ليس لعرق ظالم حق و رواه ابن عدىؒ فى الكامل و قال عمر بن رباح مولى بن طاوس يحدث عنه بالأباطيل لا يتابع عليه ثم أسند عن البخارىؒ أنه قال عمر بن رباح هو ابن أبى عمر العبدى دجال و كذلك نقل عن الفلاس و وافقهما. الثانى: عائشة أم المؤمنين رضى الله تعالى عنها أخرج (٤) حديثها البخارىؒ فى صحيحه فى المزارعة عن محمد بن عبدالرحمن عن عروة عن عائشة رضى الله تعالى عنها عن النبى ﷺ قال من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق قال عروة قضى به عمر رضى الله تعالى عنه فى خلافته و رواه أبو يعلى الموصلىؒ فى مسنده بلفظ المصنفؒ فقال حدثنا زهير حدثنا اسماعيل ابن أبى أويس حدثنى عن أبى عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت قال رسول الله ﷺ من أحيا أرضا ميتة فهى له و ليس لعرق ظالم حق و كذلك رواه أبو داؤد الطيالسىؒ فى مسنده حدثنا زمعة بن صالح عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله تعالى عنها مرفوعا بلفظ

(١) ملكه أى ملك موضعا أحياه دون غيره و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى إن أحيا اكثر من النصف كان إحياء للجميع در منتقى و قال محمد رحمه الله تعالى لو الموات فى وسط ما أحيا يكون إحياء للكل و لو فى ناحية فلا تتارخانية كذا فى الشامية. (٢) قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الخ. مما يتفرع على الخلاف ما لو أمر الامام رجلا أن يعمر أرضا ميتة على أن ينتفع بها و لا يكون له الملك فأحياها لم يملكها عنده لأن هذا شرط صحيح عند الامام و عندهما يملكها و لا اعتبار لهذا الشرط اه و محل الخلاف إذا ترك الاستئذان جهلا أما إذا تركه تهاونا بالامام كان له أن يستردها زجرا أفاده المكى أى اتفاقا ط و قول الامام هو المختار و لذا قدمه فى الخانية و الملتقى كعادتهما و به أخذ الطحاوىؒ و عليه المتون بقى هل يكفى الاذن اللاحق لم أره شامى و الظاهر من عبارة المتون عدم كفاية الاذن اللاحق رافعى. (٣) هذا الحديث الخ. راجع للمبحث الحديثى نصب الراية ص٢٨٨ ج٤ و ما بعده. (٤) أخرج حديثها البخارىؒ فى المزارعة باب من أحيى أرضا مواتا ص ٣١٤ ج١.

أبى يعلى و من طريق الطيالسى رواه الدار قطنىؒ فى سننه و رواه ابن عدىؒ و لين زمعة و قال أرجو أنه لا بأس به. الثالث: سعيد بن زيد رضى الله تعالى عنه أخرج (١) حديثه أبو داوودؒ فى الخراج و الترمذىؒ فى الأحكام و النسائىؒ فى الموات عن عبدالوهاب الثقفى عن أيوب عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد عن النبى ﷺ قال من أحيا أرضا ميتة فهى له و ليس لعرق ظالم حق و قال الترمذىؒ حديث حسن غريب و قد رواه بعضهم عن هشام عن عروة عن النبى ﷺ مرسلا و رواه البزارؒ فى مسنده و قال لا نعلم أحدا روى عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد إلا عبدالوهاب عن أيوب عن هشام و المرسل الذى أشار إليه الترمذىؒ أخرجه (٢) أبو داوودؒ من طريق محمد بن اسحاق عن يحيى بن عروة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال من أحيى أرضا فهى له وذكر مثله قال عروة فلقد خبرنى الذى حدثنى هذا الحديث أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرض أحدهما نخلا فى أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه و أمر صاحب النخيل أن يخرج نخله منها قال فلقد رأيتها و أنها لتضرب أصولها بالقؤس و أنها لنخل عم حتى أخرجت منها و فى لفظ آخر فقال رجل من أصحاب النبى ﷺ و اكبر ظنى أنه ابو سعيد الخدرى فأنا رأيت الرجل يضرب فى أصول النخل و أخرجه (٣) النسائىؒ ايضا عن الليث عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه قال إن رسول الله ﷺ قال الحديث مرسلا و كذلك رواه (٤) مالكؒ فى الموطأ فى كتاب الأقضية عن هشام بن عروة عن أبيه عن رسول الله ﷺ. الرابع: جابر رضى الله تعالى عنه أخرج (٥) حديثه الترمذىؒ و النسائىؒ ايضا عن عبدالوهاب الثقفى عن ايوب عن هشام عن وهب ابن كيسان عن جابر بن عبدالله رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال من أحيا أرضا ميتة فهى له و قال الترمذىؒ حديث حسن صحيح و فى لفظ النسائى بهذا الاسناد من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر أو ما أكلت العوافى منها فهو له صدقة و رواه ابن حبانؒ فى صحيحه بهذا اللفظ عن حماد بن سلمة عن أبى الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه ثم قال و فى هذا الخبر دليل على أن الذى إذا أحيا

(١)أخرج حديثه أبو داودؒ فى الخراج باب إحياء الموات ص ٨١ ج ٢ و الترمذىؒ فى الأحكام باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات ص ١٦٥ ج ١ و النسائىؒ فى الكبرى فى إحياء الموات (باب) من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد ص ٤٠٥ ج ٣. (٢)أخرجه أبو داودؒ فى الباب المذكور آنفا. (٣)أخرجه النسائىؒ فى الباب المذكور آنفا. (٤)رواه مالكؒ فى الأقضية (باب) القضاء فى عمارة الموات ص ٦٤٢. (٥)أخرج حديثه الترمذىؒ فى الأحكام باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات ص ١٦٦ ج ١ و النسائىؒ فى الكبرى فى إحياء الموات باب الحث على إحياء الموات ص ٤٠٤ ج ٣.

و لأنه مال مباح سبقت يده إليه فيملكه كما فى الحطب و الصيد و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى قوله ﷺ ليس للمرء إلا ما طابت به نفس امامه

أرضا ميتة لم تكن له لأن الصدقة لا تكون إلا للمسلم و أعاده فى النوع الثالث و الأربعين من القسم الثالث و قال إن هذا الخطاب إنما ورد للمسلمين لأن الصدقة إنما تكون منهم قال و العافية طلاب الرزق و رواه ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه حدثنا وكيع حدثنا هشام بن عروة عن ابن أبى رافع عن جابر بن عبدالله رضى الله تعالى عنه مرفوعا. الخامس: عبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه الطبرانىؒ فى معجمه الوسط حدثنا أحمد بن القاسم بن مساور حدثنا محمد بن عبدالوهاب الحارثى حدثنا مسلم بن خالد الزنجى عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبدالله بن عمرو مرفوعا بلفظ حديث سعيد بن زيد رضى الله تعالى عنه و قال تفرد به مسلم بن خالد عن هشام عن أبيه عن عبدالله بن عمرو رضى الله تعالى عنه. السادس: فضالة بن عبيد رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه الطبرانىؒ فى معجمه حدثنا احمد بن عبد الوهاب بن نجدة الحوطى حدثنا يحيى بن صالح الوحاظى حدثنا سعيد بن عبد العزيز عن مكحول عن فضالة بن عبيد رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الأرض أرض الله و العباد عباد الله من أحيا أرضا مواتا فهى له. السابع: مروان بن الحكم أخرج حديثه الطبرانىؒ فى معجمه الوسط حدثنا موسى بن هارون حدثنا حجاج بن الشاعر حدثنا موسى بن داوود حدثنا نافع بن عمر الجمحى عن ابن أبى مليكة عن عروة بن الزبير عن عبدالملك بن مروان عن مروان بن الحكم رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ بلفظ حديث فضالة رضى الله تعالى عنه و قال تفرد به حجاج بن الشاعر. الثامن: عمرو بن عوف رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه ابن أبى شيبةؒ و البزارؒ فى مسنديهما و الطبرانىؒ فى معجمه عن كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده مرفوعا بلفظ حديث سعيد بن زيد رضى الله تعالى عنه و رواه ابن عدىؒ فى الكامل و اعله بكثير و ضعفه عن أحمدؒ و النسائى و ابن معينؒ جدا. التاسع: سمرة رضى الله تعالى عنه أخرج (١) حديثه الطحاوىؒ بإسناده إليه قال قال رسول الله ﷺ من أحاط على شيء فهو له (و لأنه) أى الموات (مال مباح سبقت يده إليه) أى يد المحيى إلى المال المباح (فيملكه) أى فيملك المحيى الموات فلا يفتقر إلى إذن الإمام (كما فى الحطب و الصيد) يعنى لو أخذ حطبا أو صيدا أو حشيشا يملكه بدون إذن الإمام و كذا لو وجد معدنا أو ركازا فى موضع لا حق لأحد فيه يكون له بدون إذنه (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ (ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه) هذا الحديث أخرجه الطبرانىؒ

(١) أخرج حديثه الطحاوىؒ فى باب إحياء الأرض الميتة ص١٤٨ ج٢.

و ما رويناه يحتمل أنه إذن لقوم لا نصب لشرع

من حديث معاذ رضى الله تعالى عنه و فيه ضعف و قد تقدم فى السير الاولى أن يستدل لأبى حنيفة رحمه الله تعالى بما أخرجه أبو يوسف رحمه الله تعالى فى كتابه المسمى بالخراج عن ليث عن طاوس قال قال رسول الله ﷺ عادى الأرض لله و لرسوله ثم لكم من بعدى فمن أحيا أرضا ميتة فهى له و ليس للمحتجر حق بعد ثلاث سنين و رواه أيضا سعيد بن منصورٌ فى سننه و أبو عبيدٌ و البيهقىٌ فى سننه من حديث فضيل عن ليث عن طاوس قال قال رسول الله ﷺ عادى الأرض لله و لرسوله ثم لكم من بعدى فمن أحيى شيئا من موتات الأرض فله رقبتها و روى ايضا من حديث معاوية بن هشام حدثنا سفيان عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ موتات الأرض لله و لرسوله فمن أحيا شيئا فهو له تفرد معاوية بوصله و قال الذهبىٌ هذا مما أنكر عليه وجه الإستدلال به أنه أضافه إلى الله و رسوله و كل ما أضيف إلى الله و رسوله لا يجوز أن يختص أحد بشىء منه إلا بإذن الإمام كالخمس فى باب الغنيمة إنما أضيف إلى الله و رسوله لم يخص أحد بشىء منه إلا باذن الإمام فعلم أن المراد من قوله من أحيا أرضا ميتة فهى له ما إذا كان باذن الامام لأنه ليس فيه ما ينفى هذا الشرط فيكون المراد من قوله ﷺ من أحيا أرضا الحديث بيان السبب و به نقول و قد دل الدليل على اشتراط الاذن و هو قوله ﷺ ليس لعرق ظالم حق لأن السبق على رأى الامام و الأخذ بطريق التغالب فى معنى عرق ظالم فينبغى أن يشترط و قال الطحاوىٌ إن رجلا بالبصرة قال لأبى موسى رضى الله تعالى عنه اقطعنى أرضا لا تضر بأحد من المسلمين و لا أرض خراج أن أتخذها قضبا و زيتونا فكتب أبو موسى رضى الله تعالى عنه إلى عمر رضى الله تعالى عنه فكتب عمر رضى الله تعالى عنه إليه اقطعه إياها فان رقاب الأرض لنا فدل أن رقاب الأرض لأئمة المسلمين و قال النبى ﷺ لا حكم إلا لله و رسوله متفق عليه فدل على أن حكم الأراضى للإمام (و ما رويناه) جواب عما استدلا به أى ما رواه أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يحتمل أنه إذن لقوم) يعنى يحتمل أنه عليه الصلاة و السلام و أذن لقوم مخصوص (لا نصب لشرع) أى لا أنه نصب لشرع ابتداء و هو نظير قوله ﷺ من قتل قتيلا فله سلبه فانه ليس نصب لشرع بل لتحريض بعض المقاتلة على القتال حتى لو قتل الغازى فى زماننا لا يكون السلب له إلا أن يفعله الإمام كذا هذا فان قلت العبرة لعموم اللفظ قلت إذا سلم عن المعارض و هنا وجد المعارض و هو ما رواه أبو حنيفة رحمه الله تعالى و لئن سلمنا أن ما رويناه يحتمل نصب الشرع و لكنه يجوز أن لا يحتمله فلم يصح معارضا لما رواه لأنه لا يحتمل إلا

و لأنه مغنوم لوصوله إلى يد المسلمين بإيجاف الخيل و الركاب فليس لأحد أن يختص به بدون إذن الامام كما فى سائر الغنمائم ويجب فيه العشر لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز إلا إذا سقاه بماء الخراج لأنه حينئذ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء وجها واحدا فيحمل ذلك على الإذن عملا بالدليلين فإن قلت ما رواه عام خص منه الحطب و الحشيش و ما رويا عام لم يخص منه البعض فيكون العمل به أولى قلت الحطب و الحشيش لا يحتاج فيه إلى إذن الإمام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا و الأرض مما يحتاج فيها إلى رأى الإمام لأنها صارت من الغنائم بايجاف الخيل و الركاب كسائر الأموال أشار إليه المصنفؒ بقوله (و لأنه مغنوم) أى و لأن الموات مغنوم لأنه كان فى أيدى المشركين ثم صار فى أيدى المسلمين بايجاف الخيل و الركاب و هو معنى قوله (لوصوله إلى يد المسلمين بايجاف الخيل و الركاب) الايجاف مصدر أوجف قال الله تبارك و تعالى فما أوجفتم عليه من خيل و لا ركاب أى ما أعملتم و ثلاثيه وجف وهو سرعة السير و وجيف و هو ضرب من سير الخيل و الإبل (فليس لأحد أن يختص به) أى بالموات (بدون إذن الامام كما فى سائر الغنائم) يعنى قبل القسمة و فى بعض النسخ كما فى سائر المغانم (و يجب فيه العشر) ذكره تفريعا على مسألة القدورى أى يجب فى الموات الذى أحياه و زرعه العشر (لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز إلا إذا سقاه) أى الموات (بماء الخراج لأنه حينئذ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء) قال الإمام الاسبيجابىؒ فى شرح الطحاوى و إذا ملك أرض الموات باذن الإمام أو بغير إذنه على الاختلاف فزرعها فانه ينظر إن زرعها بماء السماء فهى أرض العشر و إن زرعها بماء هو من أنهار المسلمين فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى حكمها حكم تلك الأرض التى فيها ذلك إن كانت من أرض الخراج فهى من أرض الخراج و إن كانت من أرض العشر فهى من أرض العشر و عند محمد رحمه الله تعالى إن كان الماء الذى ساقه من الأنهار العظام كالنيل و الفرات و ما أشبههما فهى أرض العشر و إن كان ذلك الماء من نهر حفرها الامام من ماء الخراج فهى أرض خراج و به أخذ الطحاوى رحمه الله تعالى انتهى و فى كتاب الخراج قال أبو يوسف رحمه الله تعالى و من أحيا أرضا مواتا مما كان المسلمون افتتحوها مما كان فى أيدى أهل الشرك عنوة و قد كان الامام قسمها بين الجند الذى افتتحوها و خمسها فهى أرض عشر فيؤدى عنها الذى أحياها العشر كما يؤدى هؤلاء الذين قسمها الامام بنيهم و إن كان الامام حين افتتح تركها فى أيدى أهلها و لم يكن قسمها بين من افتتحها كما كان عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه ترك السواد فى أيدى اهله ففى أرض

فلو أحياها ثم تركها و زرعها غيره فقد قيل الثانى أحق بها لأن الأول ملك استغلالها لا رقبتها فإذا تركها كان الثانى أحق بها و الأصح أن الأول ينزعها من الثانى لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث إذ الإضافة فيه بلام التمليك و ملكه لا يزول بالترك و من أحيى أرضا ميتة ثم أحاط الاحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر

الخراج الذى أحيا منها شيئا يؤدى عنها الخراج كما يؤدى الذين كان الإمام أحرزها فى أيديهم و أيما رجل أحيا أرضاً من أراضى الموات من أرض الحجاز أو أراضى العرب التى اسلم أهلها و أقروا عليها فهى أرض عشر و هى له و إن كانت من الأرضين التى افتتحها المسلمون مما كان فى أيدى اهل الشرك فان أحياها و ساق الماء من المياه التى كانت فى أيدى أهل الشرك فهى أرض خراج و إن أحياها بغير ذلك الماء ببئر حفرها فيها أو عين استخرجها منها فهى أرض عشر و إن كان يستطيع أن يسوق الماء إليها من الأنهار التى كانت فى أيدى الأعاجم فهى أرض خراج ساقه أو لم يسقه إلى هنا لفظ أبى يوسف رحمه الله تعالى فى كتاب الخراج (فلو أحياها) أى أرض الموات (ثم تركها و زرعها غيره فقد قيل الثانى أحق بها) و هو قول الفقيه أبى القاسم احمد بن محمد البلخى رحمه الله تعالى (لأن الأول ملك استغلالها لا رقبتها) أى استغلال الأرض لا رقبة الأرض (فاذا تركها كان الثانى أحق بها) أى بالأرض التى أحياها الأول و تركها و أصل هذا أن من أحيا ارضا ميتة هل يملك رقبتها قال بعضهم منهم ابو القاسمؒ المذكور لا يملك و إنما يملك استغلالها و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول لأنه قال ﷺ فى حديث فهو أحق بها فدل أى قوله ﷺ فهى له اضافة التخصيص أى هو المنتفع بدون ملك و عند عامة المشايخ رحمهم الله تعالى يملك و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول و مالك و احمد رحمهما الله تعالى و أشار إليه بقوله (و الأصح أن الأول ينزعها من الثانى) أى يأخذها من الثانى نزعا (لأنه) أى لأن الأول (ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث) و هو قوله عليه الصلاة و السلام فهى له (إذ الاضافة فيه بلام التمليك و ملكه لا يزول بالترك) كمن خرب داره أو عطل بستانه و تركه حتى مرت عليه سنون فانه لا يخرج من ملكه و لقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح و أما على مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى ففيه نظر لأنه حمله على كونه إذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به و الجواب أنه و إن كان إذنا له لكنه إذا اذن له الإمام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الإمام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله (و من أحيا أرضا ميتة ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة من أربعة (١) نفر

(١)من أربعة نفر. أما لو كان الاحياء جميعه لواحد فله أن يتطرق إلى أرضه من أى جانب ط أقول يشمل ما لو =>

على التعاقب فعن محمد رحمه الله تعالى أن طريق الأول فى الأرض الرابعة لتعينها لتطرقه و قصد الرابع ابطال حقه قال و يملكه الذمى بالإحياء كما يملكه المسلم لأن الإحياء سبب الملك إلا أن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذن الامام من شرطه فيستويان فيه

على (١) التعاقب فعن محمد رحمه الله تعالى أن طريق الأول فى الأرض الرابعة لتعينها) أى لتعين الأرض الرابعة (لتطرقه) أى لتطرق الأول لأنه حين سكت عن الأول و الثانى و الثالث صار الباقى طريقا له فاذا أحياه الرابع فقد أحيى طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق نظيره من ترك شيئا عند جماعة فقام واحد بعد واحد و ذهب حتى بقى واحد فإنه يتعين للحفظ (و قصد الرابع إبطال حقه) أى إبطال حق الأول بعد ما تعين تطرقه فيها فإن من أحيا أرضا يملك مرافق الحياة تبعا له ففى الأرض يملك طريقها و يقبض مائها و يبذر زرعها و ما لا يستغنى عنه من مرافقها بالإجماع فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى مرافقها إلى ما لم يبلغه ماؤها و بعد عنها و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى حريمها ما ينتهى إليه صوت المنادى من حدودها (قال) أى القدورىؒ (و يملكه الذمى بالإحياء كما يملكه المسلم) و به قال (٢) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قال الشافعى لا يملك الذمى بالاحياء فى دار الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام موات الأرض لله و لرسوله ثم هى لكم فجعل الموات بعده للمسلمين و لأن موات الدار من حقوقها و الدار للمسلمين فكان مواتها لهم كمرافق المملوك و لقوله ﷺ عادى الأرض لله و لرسوله ثم هو بعد لكم رواه سعيد ابن منصورؒ و هو مرسل قال الكاكىؒ و العجب من الشافعى رحمه الله تعالى أنه لا يعمل بالمرسل و قد عمل به قلت له إنه يستدل بحديث جابر رضى الله تعالى عنه الذى أخرجه (٣) النسائىؒ وغيره من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر أو ما أكلت العوافى منها فهو له صدقة و الصدقة لا تكون إلا لمسلم و قد ذكرنا هذا فيما مضى عن قريب و لنا أن النصوص لم تفصل بين المسلم و الذمى و الذمى إنما يعقد الذمة ليصير من أهل دارنا و له مرافق دار الاسلام فيملك بالاحياء موات الدار كما يملك مباحاتها من الحشيش و الحطب و الصيود و غيرها و هى من مرافق دارالاسلام (لأن الاحياء سبب الملك إلا أن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذنَ الامام من شرطه فيستويان فيه) أى يستوى

=>كان الاحياء من ذلك الواحد على التعاقب أيضا و هل الحكم فيه كذلك يحتاج إلى نقل والذى يظهر لى من التعليل الآتى أنه كالأربعة تأمل شامى. (١)على التعاقب فلو معا له التطرق من أيها شاء شامى عن الظهيرية. (٢)و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ. كذا فى المغنى ص ١٥٠ ج٦ و شرح الوجيز ص٢٠٨ ج٦. (٣)أخرجه النسائىؒ فى إحياء الموات باب الحث على إحياء الموات ص ٤٠٤ ج٣.

كما فى سائر أسباب الملك حتى الإستيلاء على أصلنا. قال و من حجر أرضا و لم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام و دفعها إلى غيره لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر و الخراج فإذا لم يحصل يدفعه إلى غيره تحصيلا للمقصود و لأن التحجير ليس بإحياء ليملكه به لأن الاحياء إنما هو العمارة و التحجير للإعلام سمى به لأنهم كانوا يعلمونه بوضع الأحجار حوله أو يعلمونه لحجر غيرهم عن إحيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح

المسلم و الذمى فى الإحياء (كما فى سائر أسباب الملك) مثل الشفعة و نحوها (حتى الاستيلاء على أصلنا) أى حتى أن الكافر إذا استولى على مال المسلم يملكه على أصلنا كما يملكه المسلم خلافا للشافعى رحمه الله تعالى. (قال) أى القدورىؒ (و من حجر أرضا فلم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام و دفعها إلى غيره) قوله حجر بتشديد الجيم يجوز أن يكون من الحجر بفتح الجيم و يجوز أن يكون من الحجر بسكون الجيم فعلى الاول معناه أعلم بوضع الأحجار حوله لأنهم كانوا يفعلون ذلك و على الثانى معناه يمنع الغير من إحيائها لأن الحجر فى اللغة المنع فكان التحجير هو الاعلام على ما يشير إليه المصنفؒ الآن (لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث الخراج و العشر فإذا لم تحصل) أى المنفعة (يدفعه إلى غيره تحصيلا للمقصود و لأن التحجير ليس باحياء ليملكه به) أى بالتحجير (لأن الاحياء إنما هو العمارة و التحجير للاعلام سمى به) أى بالتحجير (لأنهم كانوا يعلمونه بوضع الأحجار حوله) أشار بهذا إلى أن معنى التحجير من الحجر بفتح الجيم (أو يعلمونه بحجر غيرهم عن إحيائه) أشار بهذا إلى أن معنى التحجير من الحجر بسكون الجيم الذى معناه المنع أى يعلمونه لمنع غيرهم عن إحياء الموات الذى أحاط به (فبقى غير مملوك كما كان) أى إذا كان الأمر كذلك بقى الموات حال كونه غير مملوك كما كان أولا (هو الصحيح) أى التحجير ليس باحياء هو الصحيح و احترز به عما روى عن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى أنه يصير مملوكا للمحجر ذكره فى المحيط وذكر خواهر زادهؒ أن التحجير ملكا موقتا إلى ثلاث سنين و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى الأصح و أحمد رحمه الله تعالى و يصير هو أحق به لما روى عن النبى ﷺ من سبق إلى مال لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به رواه أبو داودؒ و قال الأترازىؒ ثم الإحتجار هل يفيد الملك أم لا فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى قيل يفيد ملكا موقتا إلى ثلاث سنين و قيل لا يفيد و ثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء انسان آخر قبل مضى ثلاث سنين و أحياه فمن قال إن الاحجار لا يفيد

و إنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضى الله تعالى عنه ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق و لأنه إذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه إلى وطنه و زمان يهيّئ أموره فيه ثم زمان يرجع إلى ما يحجره فقد رناه بثلاث سنين لأن ما دونها من الساعات و الأيام و الشهور لا يفي بذلك ملكا قال يملكه الثانى و من قال يفيد ملكا قال لا يملكه الثانى و يزرعه الأول فى يده و احتج من قال بإفادة الملك بما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أشار إليه المصنفؒ بقوله (و إنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضى الله تعالى عنه ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق) نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق فى ثلاث سنين و الحق إذا أطلق يراد به الملك لا مجرد الحق من غير ملك بدليل ما قال فى كتاب الاقرار إذا قال لفلان حق فى هذه الدار و بين شيئا من حقوقها لا يصدق فى البيان لأن حق الرقبة لا يصدق المقر فى ذلك و وجه من قال لا يفيد الملك أن الإحتجار ليس بإحياء و إنما هو بمنزلة الاستيام على الاحياء فلا يفيد ملكا كالاستيام فى باب البيع إلا أنه يكره إحياء الثانى قبل مضى ثلاث سنين مراعاة لحق المحتجر و نفيا للوحشة عنه ثم اثر عمر رضى الله تعالى عنه رواه (١) أبو يوسفؒ فى كتاب الخراج حدثنا الحسن بن عمارة عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال قال عمر رضى الله تعالى عنه من أحيى أرضا ميتة فهى له و ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين و الحسن بن عمارة ضعيف و سعيد عن عمر رضى الله تعالى عنه فيه كلام و رواه (٢) سعيدؒ فى سننه أن عمر رضى الله تعالى عنه قال من تحجر أرضا فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها و رواه (٣) البيهقىؒ فى سننه الكبرى من حديث معمر عن أبى نجيح عن عمرو بن شعيب أن عمر رضى الله تعالى عنه جعل التحجر ثلاث سنين فان تركها حتى يمضى ثلاث سنين فأحياها غيره فهو أحق بها و المحتجر من احتجر (٤) الأرض إذا ضرب عليها منارا أو أعلم علما فى حدودها للحيازة يمنعها به عن الغير (و لأنه إذا أعلمه) أى و لأن المحيى إذا أعلم الموات (لا بد من زمان يرجع فيه إلى وطنه و زمان يهيّئ أموره فيه ثم زمان يرجع إلى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين لأن ما دونها من الساعات و الأيام و الشهور لا يفي بذلك) أى بما ذكرنا من الرجوع إلى وطنه و تهيئة أموره للزراعة و رجوعه إلى ما يحجره لأن دارالاسلام من أدناها إلى أقصاها يقطع فى سنة فلعله إنما تحجر فى أقصى طريق دار الاسلام و بلده فى الطرف الآخر من دارالاسلام و

(١)رواه أبو يوسفؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص ٢٩٠ ج ٤. (٢)رواه سعيدؒ الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص ١٥٤ ج ٦. (٣)رواه البيهقىؒ فى إحياء الموات باب ما يكون إحياء و ما يرجى فيه من الأجر ص ١٤٨ ج ٦. (٤)احتجر الأرض الخ. كذا فى التاج.

و إذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها قالوا هذا كله ديانة فأما إذا أحياها غيره قبل مضى هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الأول فصار كالاستيام فانه يكره و لو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أغصانا يابسة أو نقى الأرض و أحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الحشيش أو الشوك و جعلها حولها و جعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة ليمتنع الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين و فى الأخير ورد الخبر

لاصلاح أموره فى بلده سنة و للرجوع إلى ذلك الموضع سنة فلا ينبغى أن يشتغل باحياء ذلك الموضع غيره إلى ثلاث سنين و لكن ينتظره ليرجع و بعد مضى المدة الظاهر أنه قد بدا له و أنه لا يريد الرجوع إليها فيجوز لغيره إحياؤها (و إذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها) و قد ذكرناه (قالوا هذا كله ديانة) أى قالت المشايخ هذا الذى ذكرناه من اشتراط الترك ثلاث سنين لاحياء غيره ديانة يعنى فيما بينه و بين الله سبحانه و تعالى و أما فى الحكم إذا أحياها إنسان قبل مضى هذه المدة فهى له أشار إليه بقوله (فأما إذا أحياها غيره) أى غير المحجر (قبل مضى هذه المدة) أى ثلاث سنين (ملكها لتحقق الاحياء منه) أى من الغير (دون الأول) و هو المحجر (فصار كالاستيام) فى باب البيع (فانه يكره) لورود النهى (و لو فعل) أى الاستيام (يجوز العقد) أى عقد البيع فكذا إحياء الغير و إن كان يكره و لكنه إذا أحياها يملكها (ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أغصانا يابسة) أى بأن نصب حول أرض الموات أغصانا يابسة (أو نقى الأرض) من الحصى و الشوك لأنهما يمنعان الزراعة و أشار إلى معنى قوله نقى الأرض بقوله (و أحرق ما فيها من الشوك) حيث عطف أحرق على نقى للتفسير (أو خضد) بالخاء و الضاد المعجمتين و منه قوله سبحانه و تعالى فى سدر مخصود أى قطع (ما فيها) أى فى أرض الموات (من الحشيش أو الشوك و جعلها حولها و جعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة (١)) و هى ما يبنى للسيل ليرد المآء (ليمتنع الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين) فكل ذلك بحجر (و فى الأخير) أراد بالأخير ما إذا حفر من بئر ذراعا أو ذراعين (ورد الخبر) قالت الشراح أراد به قوله ﷺ من حفر من بئر مقدار ذراع فهو محتجر قال (٢) الزيلعى فى تخريجه هذا الحديث ما رأيته و لا اعرفه و لم أر من ذكره قلت لا يلزم من عدم معرفة الزيلعى أن لا يكون هذا حديثا و لا يلزم ايضا أن يكون ما ذكره الشراح هو مراد المصنف من قوله و فى الأخير ورد الخبر بل يجوز أن يكون مراده

(١) المسناة الخ. كذا فى المغرب. (٢) قال الزيلعى فى تخريجه يعنى نصب الراية ص ٢٩١ ج ٤.

و لو كربها و سقاها فعن محمد رحمه الله تعالى أنه احياء و لو فعل أحدهما يكون تحجيرا و لو حفر أنهارها و لم يسقها يكون تحجيرا و إن كان سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفعلين و لو حوطها أو سنمها بحيث يعصم الماء يكون إحياء لأنه من جملة البناء و كذا إذا بذرها. قال و لا يجوز إحياء ما قرب من العامر و يترك مرعى لأهل القرية و مطرحا لحصائدهم

ما رواه الشافعيؒ عن عبدالرحمن بن حسن بن القاسم الازرقى عن أبيه عن علقمة بن نضلة أن ابا سفيان بن حرب قام بفناء داره فضرب برجله و قال سنام الأرض أن لها سناما زعم ابن فرقد الاسلمى إنى لا اعرف حقى من حقه لى بياض المروة و له سوادها و لى ما بين كذا إلى كذا فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فقال ليس لأحد إلا ما أحاطت عليه جدرانه إن إحياء الموات ما يكون زرعا أو حفرا أو حوطا بالجدارات و رواه (١) البيهقىؒ فى سننه من طريق الشافعىؒ فهذا عمر رضى الله تعالى عنه جعل الحفر من جملة التحجير و الحفر فى الموات غالبا لا يكون إلا فى البئر و إنما قيد المصنفؒ بذراع أو ذراعين تنبيها على أن خروج الماء من البئر ليس بشرط للتحجير فإنه بالحفر يصير محجرا سواء خرج ماء أو لا فهذا هو التحقيق فى هذا الموضع الذى غض عنه الشراح كلهم أبصارهم (و لو كربها) أى كرب الأرض يعنى قلبها للحراثة (و سقاها فعن محمد رحمه الله تعالى أنه إحياء ولو (٢) فعل أحدهما) بأن كربها و لم يسقها (يكون تحجيرا و لو حفر أنهارها و لم يسقها يكون تحجيرا و إن كان سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفعلين) أى السقى و الحفر (و لو حوطها) أى جعل لها حائطا (أو سنمها) أى جعل لها السنام مأخوذ من سنام البعير (بحيث يعصم الماء) أى يحفظ عن السيلان إلى غيرها و فى بعض النسخ بحيث يعصم الماء اى الذى يمنع من الدخول فيها (يكون إحياء لأنه من جملة البناء) أى لأن كل واحد من التحويط و التسنيم من جملة البناء (و كذا إذا بذرها) أى الارض الموات أى ألقى البذر فيها و فى المحيط عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى إن حفر فيها بئرا أو ساق إليها ماء فقد أحياها زرعها أو لم يزرعها. (قال) أى القدورىؒ (و لا يجوز (٣) إحياء ما قرب من العامر) لا نعلم فيه خلافا لأهل العلم (و يترك مرعى لأهل القرية) أى مرعى لمواشيهم (و مطرحا لحصائدهم) و هو جمع حصيد و

(١) رواه البيهقىؒ فى إحياء الموات باب ما يكون إحياء و ما يرجى فيه من الأجر ص١٤٨ ج٦. (٢) و لو فعل الخ. و فى التبيين عن المبسوط: و لو كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا فهو إحياء اه. قال ابن عابدين فى الشامية: أقول وذكر شراح الهداية ما ذكره الزيلعىؒ أولاً و كذا جمعوا بين النقلين فى الفتاوى و لم أر من رجح أحدهما على الآخر اه. (٣) و لا يجوز احياء ما قرب الخ. التقييد بالقرب مبنى على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى و قد مر أن ظاهر الرواية اعتبار حقيقة الانتفاع قرب أو بعد شامى عن اتقانى.

لتحقق حاجتهم إليها حقيقتها أو دليلها على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق و النهر و على هذا قالوا لا يجوز (١) أن يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح و الآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا

حصيدة و هما الزرع المحصود و مطرح الحصائد هو الموضع الذى يلقى فيه الزرع المحصود للدوس (لتحقق حاجتهم إليها) أى إلى ما قرب من العامر و التأنيث باعتبار الأرض (حقيقتها) بالجر على أنه بدل من حاجتهم أى لتحقق حقيقة الحاجة عند محمد رحمه الله تعالى (أو دليلها) عطف عليه أى أو لتحقق دليل الحاجة عند أبى يوسف رحمه الله تعالى (على ما بيناه) أراد به (٢) قوله و محمد رحمه الله تعالى اعتبر انقطاع ارتفاق إلى آخره (فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها) أى إذا كان كذلك فلا يكون ما قرب من العامر مواتا لتعلق حق أهل القرية به و التانيث فى قوله بها باعتبار الأرض فيكون (بمنزلة الطريق و النهر) تعلق بهما حق أهل القرية فلا يجوز احتجارهما (و على هذا قالوا) أى على ما ذكرنا من تعلق حق الناس قالت المشايخ رحمهم الله تعالى (لا يجوز للامام أن يقطع ما لا غنى بالمسلمين عنه) أى ما لا بد لهم منه وقوله أن يقطع من أقطع السلطان رجلا أرضا إذا أعطاه إياها و خصه بها (كالملح و الآبار التى يستقى الناس منها لما ذكرنا) أشار به إلى قوله لتحقق حاجتهم إليها و لا نعلم فيه خلافا و روى (٣) الترمذىّ من حديث ثمامة بن شراحيل عن سمى بن قيس بن شمير عن ابيض بن حمال رضى الله تعالى عنه أنه وفد إلى رسول الله ﷺ استقطعه الملح فقطع له فلما أن ولى قال رجل من المجلس أ تدرى ما قطعت له إنما قطعت له الماء العد قال فانتزعه منه و أخرجه (٤) البيهقىّ من حديث ابن مبارك عن معمر عن يحيى بن قيس الماربى عن رجل عن ابيض بن حمال رضى الله تعالى عنه أنه استقطع النبى ﷺ الملح الذى بمأرب فأراد أن يقطعه إياه فقال رجل إنه كالماء العد فأبى أن يقطعه قال الاصمعىّ الماء العد الدائم الذى لا انقطاع له و هو مثل العين و ماء البئر و عن هذا قال مشايخنا رحمهم الله تعالى من السحت ما يأخذه الرعاة و الولاة على الماء و الكلأ و الجبال و المراوح و المعادن و الملح و جميع ذلك ذكره فى التتمة و الغنية و المجتبى و غيرها و أما الحمى و هو أن يحمى السلطان أرضا من الموات يمنع الناس رعى ما فيها من الكلأ ليختص بها دونهم كالعرب فى الجاهلية

(١) لا يجوز أن يقطع الامام. ن. لا يجوز للامام أن يقطع. (٢) أراد به قوله و محمد رحمه الله تعالى اعتبر الخ. قلت أراد به قوله و البعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف الخ على ما لا يخفى. (٣) روى الترمذىّ فى الأحكام باب ما جآء فى القطائع ص ١٦٦ ج ١ و قال حسن غريب. (٤) أخرجه البيهقىّ فى إحياء الموات باب ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة ص ١٤٩ ج ٦.

قال و من حفر بئرا في برية فله حريمها و معناه إذا حفر في أرض موات باذن الإمام عنده أو باذنه و بغير إذنه عندهما لأن حفر البئر إحياء قال فان كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعا لقوله عليه الصلاة و السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته

يفعلون ذلك فعندنا لا يجوز و أما لوحمى مرعى خيل المجاهدين و نعم الجزية و الصدقة و ضوال الناس التي يقوم الإمام بحفظها و ماشية الضعيف من الناس فيجوز و به (١) قال الشافعيؒ في الاصح و قال في قول آخر ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي لقوله ﷺ لا حمى إلا لله و رسوله قلنا إن عمر و عثمان رضي الله تعالى عنهما حميا و اشتهر ذلك في الصحابة و لم ينكر عليهما أحد فكان اجماعا و قال مالك رحمه الله تعالى بلغني أن عمر رضي الله تعالى كان يحمي في كل عام أربعين ألفا من الظهر و لأن ما كان لمصالح المسلمين فالأئمة قائمة فيه مقام النبي ﷺ و قد روى أنه عليه الصلاة و السلام قال ما أطعم الله لنبي طعمة إلا جعلها طعمة لمن بعده و أما الخبر فمعناه أنه ﷺ يختص بفعل الحمى و الأئمة بعده تقوم مقامه و أما الحمى لنفسه فمخصوص به (قال) أي القدوريؒ (و من حفر بئرا في برية فله حريمها) و حريم البئر نواحيها (و معناه) أي معنى كلام القدوريؒ (إذا حفر في ارض موات بإذن الامام عنده) أي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (أو بإذنه و بغير إذنه عندهما) أي عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لأن حفر البئر إحياء) لأنه يصير منتفعا به فإذا كان إحياء فقد ملكها و من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته و الحريم من ضرورات الانتفاع بالبئر فيملكه (قال) أي القدوريؒ (فان كانت) أي البئر (للعطن فحريمها أربعون (٢) ذراعا) و العطن مناخ الابل و مبركها حول الماء و المراد من بئر العطن التي يستقى منها باليد و من بئر الناضح التي يستقى منها بالبعير كذا قالوا و قال ابو يوسف رحمه الله تعالى في مصنفه المسمى بكتاب الخراج و تفسير بئر الناضح التي يستقى منها بالبعير للزرع و بئر العطن و هي بئر الماشية التي يستقى الرجل منها لماشيته و لا يستقى منها للزرع و كل بئر يستقى منها الزرع بالابل فهي بئر الناضح (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته) هذا الحديث أخرجه (٣) ابن ماجةؒ في سننه عن عبدالوهاب بن عطاء ثنا اسماعيل بن مسلم

(١) و به قال الشافعؒ الخ. كذا في شرح الوجيز ص ٢٢٠ ج٦. أقول و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى كما في المغني لابن قدامة الحنبليؒ ص١٦٧ ج٦. (٢) أربعون ذراعا إلا أن يتجاوز الحبل أربعين فيكون له إلى ما يتناهى إليه الحبل أتقاني عن الطحاوي و في التاترخانية عن الينابيع و لا حاجة إلى الزيادة و من احتاج إلى اكثر من ذلك يزيد عليه و كان الاعتبار للحاجة لا للتقدير و لا يكون في المسئلة خلاف في المعنى اه و نقل العلامة قاسمؒ في تصحيحه عن مختارات النوازل أن الصحيح اعتبار قدر الحاجة في البئر من كل جانب كذا في الشامية. (٣) أخرجه ابن ماجةؒ في الرهون باب حريم البئر ص ١٨١.

.....

المكى عن الحسن عن عبدالله بن مغفل رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ قال من حفر بئرا فله اربعون ذراعا عطنا لماشيته و أخرجه (١) ايضا عن محمد بن عبدالله بن المثنى عن اسماعيل بن مسلم به فإن قلت قال (٢) ابن الجوزىؒ فى التحقيق هذا ضعيف لأن عبدالوهاب بن عطاء قال الرازىؒ فيه كان يكذب و قال العقيلىؒ و النسائىؒ متروك الحديث قلت قال فى التنقيح و هذا الذى فعله ابن الجوزىؒ فى هذا الحديث من أقبح الأشياء لأن ابن ماجةؒ أخرجه من رواية اثنين عن اسماعيل بن مسلم فذكره هو من رواية أحدهما ثم إنه وهم فيه فان عبدالوهاب هذا هو الخفاف مع أن الخفاف لم ينفرد به عن اسماعيل فقد أخرجه ابن ماجةؒ أيضا عن محمد بن عبدالله بن المثنى عن اسماعيل انتهى قلت و قد صرح بنسبة الخفاف إسحاق بن راهويهؒ فى مسنده فقال حدثنا عبدالوهاب بن عطاء الخفاف عن اسماعيل بن مسلم به و من طريق إسحاقؒ رواه الطبرانىؒ فى معجمه فان قلت قال صاحب التنقيحؒ ويكفى فى ضعف الحديث اسماعيل بن مسلم المكى قلت قد تابعه أشعث كما أخرجه الطبرانىؒ فى معجمه عن اشعث عن الحسن عن عبدالله بن مغفل رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ نحوه و روى (٣) أحمدؒ فى مسنده حدثنا هشيم عن عوف عن رجل عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ حريم البئر أربعون ذراعا من جوانبها كلها لأعطان الإبل و الغنم و ابن السبيل أو الشارب و لا يمنع فضل ماء ليمنع به الكلأ و أخرجه (٤) البيهقىؒ أيضا فى سننه و مذهب (٥) الشافعى و مالك رحمهما الله تعالى حريم البئر ما لا بد لها منه و به (٦) قال القاضى و أبو الخطاب الحنبليان رحمهما الله تعالى و عن أحمد رحمه الله تعالى خمسة و عشرون ذراعا و استدل له ابن الجوزىؒ بما رواه (٧) الدار قطنىؒ عن محمد بن يوسف المقرى حدثنا إسحاق بن أبى حمزة حدثنا يحيى بن أبى الخصيب حدثنا هارون بن عبدالرحيم عن ابراهيم بن أبى عبلة عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ حريم البئر البدى خمسة و عشرون ذراعا وحريم البئر العادية خمسون ذراعا قلت قال الدار قطنىؒ الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيبؒ و من أسند فقد وهم و قال صاحب التنقيحؒ قال الدار قطنىؒ محمد بن يوسف المقرى وضع نحوا من ستين نسخة و وضع من الأحاديث

(١)أخرجه أى ابن ماجةؒ فى الباب المذكور آنفا. (٢)قال ابن الجوزىؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص ٢٩١ ج ٤. (٣)روى احمدؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص ٢٩٢ ج ٤. (٤)أخرجه البيهقىؒ فى إحياء الموات باب ما جاء فى حريم الآبار ص ١٥٥ ج ٦. (٥)مذهب الشافعىؒ الخ. كذا فى شرح الوجيز ص ٢١٤ ج ٦. (٦)قال القاضىؒ الخ. كذا فى المغنى ص ١٨٠ ج ٦. (٧)رواه الدار قطنىؒ فى الأقضية و الأحكام ص ٢٢٠ ج ٤.

ثم قيل أربعون من كل الجوانب و الصحيح أنه من كل جانب لأن في الأراضي رخوة و يتحول الماء إلى ما حفر دونها و إن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا و هذا عندهما و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أربعون ذراعا لهما قوله عليه الصلاة و السلام حريم العين خمسمائة ذراع و حريم بئر العطن أربعون ذراعا و حريم بئر الناضح ستون ذراعا

المسندة و النسخ ما لا يضبط و قد رواه أبو داودؒ في المراسيل عن محمد بن كثير عن سفيان الثوري عن اسماعيل بن أمية عن الزهري عن سعيد مرسلا و هو الصواب و المراد من البدي البئر التي أحدثت في الإسلام و لم يكن عاديا و العادية بتشديد الياء ما كان قديما (ثم قيل أربعون من كل الجوانب) يعني من كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله ﷺ من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته فإنه بظاهره يجمع الجوانب الأربع (و الصحيح أنه من كل جانب) أي أربعون من كل جانب لما روى أبو يوسف رحمه الله تعالى في كتاب الخراج و قال حدثنا أشعب ابن سوار عن الشعبيؒ أنه قال حريم البئر أربعون ذراعا من ههنا و ههنا و ههنا و ههنا لا يدخل عليه أحد في حريمه و في مائه (لأن في الأراضي رخوة (١) و يتحول الماء إلى ما حفر دونها) أي دون أربعين ذراعا من كل جانب فيصير حينئذ حريم كل واحد أقل من الأربعين فيضيق العطن و تدخل الحفر (و إن كانت للناضح) أي و إن كانت البئر للناضح و هو البعير الذي يسقى عليه (فحريمها ستون ذراعا) هكذا هو في بعض النسخ (و هذا (٢) عندهما) أي كون حريم بئر الناضح ستون ذراعا عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و عند (٣) أبي حنيفة رحمه الله تعالى أربعون ذراعا) لم يذكر القدوريؒ و لا الطحاويؒ في مختصريهما الخلاف في حريم بئر الناضح بل ذكرا مطلقا أنه ستون ذراعا وذكر القدوريؒ في كتاب التقريب و شيخ الإسلام خواهر زادهؒ في مبسوطه و الإمام الاسبيجابيؒ في شرح الطحاوي أنه أربعون ذراعا (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهماالله تعالى (قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (حريم العين خمسمائة ذراع و حريم بئر العطن أربعون ذراعا و حريم بئر الناضح ستون ذراعا) هذا الحديث متصلا لم يصح

(١)و يتحول المآء الخ. أقول كان الظاهر أن يقال فيتحول المآء بالفاء لأن سبب تحول المآء إلى ما حفر دونها إنما هو رخوة الأراضي لا غير إذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول المآء إلى ما حفر دونها قطعا فلا بد من أداة التفريع نتائج الأفكار. (٢)هذا عندهما. قال في التاترخانية عن الكبرى و بقولهما يفتى شامية. (٣)عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الخ. و في الدر: و يفتى بقول الامام رحمه الله تعالى و عزاه للتتمة اه. و في الشامية: ظاهر المتون و الشروح ترجيح قوله فانهم قرروا دليله و أيدوه بما لا مزيد عليه و أخر في الهداية دليله فاقتضى ترجيحه أيضا كما هو عادته وذكر ترجيحه العلامة قاسمؒ في تصحيحه اه.

و لأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء و قد يطول الرشاء و بئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت

و إنما رواه أبويوسفؒ في كتاب الخراج عن الحسن بن عمارة عن الزهرى قال قال رسول الله ﷺ حريم العين خمسمائة ذراع و حريم بئر العطن أربعون ذراعا و حريم بئر الناضح ستون ذراعا و أخرج (١) أبو داودؒ في مراسيله عن الزهرى عن سعيد بن المسيبؒ قال قال رسول الله ﷺ حريم البئر العادية خمسون ذراعا و حريم بئر البدى خمسة و عشرون ذراعا قال سعيدؒ من قبل نفسه و حريم قليب الزرع ثلاثمائة ذراع و زاد الزهرىؒ وحريم العين خمسمائة ذراع من كل ناحية و رواه ابن أبي شيبةؒ في مصنفه حدثنا وكيع عن سفيان عن اسماعيل بن أمية عن الشعبى عن سعيد بن المسيبؒ قال قال رسول الله فذكره بدون زيادة الزهرى و كذلك رواه عبدالرزاقؒ في مصنفه أخبرنا محمد بن مسلم حدثنا يحيى بن سعيد عن ابن المسيبؒ قال جعل رسول الله ﷺ حريم البئر المحدثة خمسة و عشرين ذراعا و حريم البئر العادية خمسين ذراعا قال ابن المسيبؒ و أرى أنا حريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع فإن قلت أخرج (٢) الدار قطنىؒ في سننه عن الحسن بن أبي جعفر عن معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال قال رسول الله ﷺ حريم البئر البدى خمسة و عشرون ذراعا و حريم البئر العادية خمسون ذراعا و حريم العين السائحة ثلاثمائة ذراع و حريم عين الزرع ستمائة ذراع قلت هذا معلول بابن أبي جعفر لأنه ضعيف فإن قلت روى (٣) الدار قطنىؒ أيضا عن محمد بن يوسف بن موسى المقرى حدثنا إسحاق بن أبي حمزة حدثنا يحيى بن أبي الخصيب حدثنا هارون بن عبدالرحيم عن ابراهيم بن أبي علبة عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه مرفوعا نحوه قلت قال الدار قطنىؒ الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيبؒ و من أسنده فقد وهم (و لأنه قد يحتاج فيه) أى في الناضح (إلى أن يسير دابته للاستقاء و قد يطول الرشاء) و هو الحبل (و بئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت) بين بئر العطن و بئر الناضح و عن محمد رحمه الله تعالى في النوادر إن كان الحبل سبعون ذراعا يكون الحريم سبعون ذراعا لأن في بعض البلاد الناضح لا يدور حول البئر كما في الطاحونة بل يشد أحد طرفيه على البعير و الآخر على الدولاب فوق الماء ثم يساق البعير فكل ما سار مقدار

(١)أخرج أبو داودؒ الخ. كذا في نصب الراية ص٢٩٢ ج٤. (٢)أخرج الدار قطنىؒ في الأقضية و الأحكام ص٢٢٠ ج٤. (٣)روى الدارقطنىؒ في الأقضية و الأحكام ص٢٢٠ ج٤.

و له ما رويناه من غير فصل و العام المتفق على قبوله و العمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله و العمل به و لأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله فى موضع الحفر و الاستحقاق به

الحبل ارتفع الدلو إلى رأس البئر فلو قدرناه بالستين لا يمكنه الإنتفاع بها (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (ما رويناه) أشار به إلى قوله ﷺ من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراع عطنا لماشيته (من غير فصل) أى بين العطن و الناضح و اعترض بأنه مقيد بقوله عطنا لماشيته فيكون قد فصل بين العطن و الناضح و أجيب بأن ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد فإن الغالب فى انتفاع الآبار فى الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرا لجميع الانتفاعات كما فى قوله تعالى و ذروا (١) البيع قيد بالبيع لما أن الغالب فى ذلك اليوم البيع و كذلك قوله سبحانه و تعالى إن (٢) الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما و الوعيد ليس بمخصوص بالأكل و لكن الغالب من أمره الأكل فأخرجه على ما عليه الغالب (و العام المتفق على قبوله) و هو قوله من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا و عمومه مستفاد من كلمة من لأنها تفيد العموم و أما كونه متفقا على قبوله فان له موجبين أحدهما أن يكون الحريم أربعون ذراعا و الثانى أن لا يكون زائدا عليه لأنه ذكر بكلمة من و هى للتبعيض و التمييز يمتنع عليه الزيادة و هما قد عملا بأحد الموجبين و إن لم يعملا بالموجب الآخر و هو ممتنع الزيادة و فى الستين يكون أربعون و زيادة و هذا كما اعتبر فى باب العشر العمل بقوله ﷺ ما سقته السماء ففيه العشر للاتفاق على قبوله و ترك العمل بقوله ﷺ ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة للاختلاف فى قبوله (و العمل به) أى بالعام المتفق على قبوله (أولى عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (من الخاص المختلف فى قبوله و العمل به) أراد بالخاص حديث الزهرىؒ و هو قوله ﷺ حريم العين إلى آخره فان قلت لا نسلم عموم الأول لأن معناه من حفر بئر العطن فله مما حولها أربعون ذراعا و هو خاص بالعطن كما ترى قلت ليس عطن صفة لبئر حتى يكون مخصصا و إنما هو بيان الحاجة إلى الأربعين ليكون دافعا لمقتضى القياس فانه ينافى استحقاق الحريم لأن عمل الحافر فى موضع الحفر و استحقاقه بالعمل ففى موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه به فان قيل فاتركه فى الناضح أيضا لحديث الزهرىؒ لئلا يلزم التحكم قلنا حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير إلى ما بعده و هو القياس فحفظناه و هذا كله حاصل معنى قوله (و لأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله فى موضع الحفر و الإستحقاق به) أى

---

(١) و ذروا البيع الآية. الجمعة: ٩. (٢) إن الذين الآية. النساء: ١٠.

ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه و فيما تعارضا فيه حفظناه و لأنه قد يستقى من العطن بالناضح و من بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما

بالحفر (ففيما اتفق عليه الحديثان) و هو أربعون ذراعا (تركناه) أى القياس (و فيما تعارضا) أى تعارض الحديثان (فيه) أى فيما زاد على الأربعين إلى الستين (حفظناه) أى القياس تحقيقه (١) أن الحديثين اتفقا على الأربعين فترك القياس فى هذا القدر و فيما وراء الأربعين تعارضا لأن العام ينفيه و الخاص يثبته فتساقطا فعملنا بالقياس فان قلت كيف يتعارضان و قد ذكر القبول فى أحدهما و الإختلاف فى الآخر قلت (٢) يعنى به صورة المعارضة كما يقال إذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور و عدم التعارض معلوم (و لأنه (٣) قد يستقى من العطن بالناضح و من بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما) أى فى العطن و الناضح و هذا فى الحقيقة جواب عما قالا فلا بد من التفاوت لا يقال إن بئر الناضح الغالب فيها البعير لا اليد للحرج لأنا نقول بئر الناضح عندهم لا على حسب ما يكون فى بلادنا أن البعير يدور حول البئر كما فى الطاحونة و لكن عندهم بئر الناضح أن يشد الحبل فى وسط البعير و يشد الدلو فى الطرف الآخر من الحبل ثم

(١)تحقيقه الخ. كذا فى شرح تاج الشريعةؒ وغيره أقول فيه بحث لأن المتعارضين من الدليلين إنما يتساقطان إذا لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر و أما إذا كان لأحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح و ترك الآخر و الأمر فيما نحن فيه كذلك لأن العام إنما ينفى ما وراء الاربعين بطريق المفهوم و هو غير معتبر عندنا و إن سلم أنه ينفى ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الاشارة و الخاص يثبته بطريق العبارة و قد تقرر فى علم الاصول أن عبارة النص ترجح على إشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به و يترك القياس لظهور أن يترك القياس فى مقابلة النص نتائج الأفكار. (٢)قلت الخ. كذا قاله تاج الشريعةؒ واقتفى اثره صاحب الكفايةؒ و الشارح العينىؒ أقول هذا الجواب ليس بصحيح إذ لو كان المراد بتعارضهما ههنا صورة التعارض التى لا تنافى رجحان أحدهما على الآخر لما تم قول المصنفؒ و فيما تعارضا فيه حفظناه و لما صح قولهم فى شرح ذلك و فيما وراء الاربعين تعارضا فتساقطا فعملنا بالقياس إذ التساقط و العمل بالقياس إنما يتصور فى حقيقة التعارض بأن يتساويا فى القوة و لم يجد المخلص و أما فى صورة التعارض مع رجحان أحدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح و ترك الآخر و القياس و قد عرف ذلك كله فى أصول الفقه ثم أقول الظاهر فى الجواب أن يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر فى الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف فى قبوله يعنى لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر و تساقطهما فيما تعارضا فيه و هو ماوراء الاربعين حفظنا القياس فيه و هو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد نتائج الأفكار. (٣)و لأنه الخ. أقول هذا التعليل ضعيف جدا لأنهم صرحوا بأن المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد و من بئر الناضح ما يستقى منه بالبعير فكيف يتم أن يقال قد يستقى من بئر العطن بالناضح و من بئر الناضح باليد و لئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال فاستوت الحاجة فيهما نتائج الأفكار.

و يمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج إلى زيادة مسافة. قال و إن كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا

يساق فإذا ساق مقدار الحبل يرتفع الدلو فى رأس البئر فيؤخذ الماء فاذا كان بئر الناضح عندهم على هذا التفسير يمكنه نزح الماء باليد و يمكن فى العطن بالناضح أيضا فاستويا كذا فى المبسوط و الذخيرة (و يمكنه أن يدير البعير) أى يمكن أن يستقى بادارة البعير (حول البئر فلايحتاج إلى زيادة مسافة) لعدم الإمتداد و هذا ظاهر (قال) أى القدورىؒ (و إن كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع) و عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى بقدر ما لا بد منه فى الإرتفاق بحسب العلاة (لما روينا) أشار به إلى قوله ﷺ حريم العين خمسمائة ذراع و لفظ القدورى مختلف ففى بعض النسخ خمسمائة ذراع و فى بعضها ثلاثمائة ذراع و على الثانى اعتمد فى شرح الأقطع فلأجل اختلاف النسخ قال صاحب النافعؒ و إن كان عينا فحريمها خمسمائة فى رواية و فى رواية ثلاثمائة و شيخ الإسلام خواهر زادهؒ لم يذكر فى مبسوطه سوى خمسمائة قال الأترازىؒ و الأصح عندى خمسمائة لأنه موافق لحديث الزهرى عن النبى ﷺ قال حريم العين خمسمائة ذراع و هذا هو التوفيق نص عليه الطحاوىؒ فى مختصره فقال و من حفر عينا فى أرض موات و ملكها بما يملك به مما ذكرنا فله حريمها و هو خمسمائة ذراع من كل جانب من جوانبها انتهى و التقدير بثلاثمائة بالاجتهاد حتى يأمن من الضرر باثبات هذا القدر من الحريم إذا حفر إنسان بعينه بئرا أو عينا كيلا يذهب ماؤها و لا ينقص انتهى كلام الأترازىؒ قلت قد روى (١) البيهقىؒ من حديث يحيى بن آدم ثنا ابراهيم بن أبى يحيى عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال حريم البئر خمسون ذراعا و حريم العين مائتا ذراع فكان (٢) ينبغى أن يكون

(١) روى البيهقىؒ فى إحياء الموات باب ما جآء فى حريم الآبارص١٥٦ ج٦. (٢) فكان ينبغى الخ. قلت هذا عجيب لأن الاترازىؒ رجح قول رسول الله ﷺ على قول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و العينىؒ يرجح قول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما على قول رسول الله ﷺ و هو كما ترى. فان قلت حديث الزهرىؒ مرسل قلنا حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ليس بمسند و لا بمرسل عن النبى ﷺ بل هو من قوله ثم لا يصح هذا العذر ممن يقبل المراسيل و يعمل بها. فان قلت فى حديث الزهرىؒ الحسن بن عمارة و هو متكلم فيه قلنا فى حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ابراهيم بن أبى يحى و هو أسوأ حالا من الحسن بن عمارة فكيف يصح ترجيح حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما على حديث الزهرىؒ؟ بالجملة هذا الاعتراض ساقط و لا وجه لتصحيحه و الصحيح هو ما قال الاترازىؒ و هو المذهب و الله تعالى اعلم كذا فى الاعلاء.

و لأن الحاجة فيه إلى زيادة مسافة لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجرى فيه الماء و من حوض يجمع فيه الماء و من موضع يجرى فيه إلى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة و التقدير بخمسمائة بالتوقيف و الأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا فى العطن و الذراع هو المكسرة و قد بيناه من قبل

هذا هو الأصح لأنه قول حبر الأمة عبدالله بن عباس رضى الله تعالى عنهما (و لأن الحاجة فيه إلى زيادة مسافة لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجرى فيه الماء و من حوض) أى و لا بد من حوض (يجمع فيه المآء) كالغدير (و من موضع) أى و لا بد من موضع (يجرى فيه إلى المزارع) أى يجرى الماء من ذلك الموضع إلى المزارع و فى بعض النسخ إلى المزرعة (فلهذا) أى فلأجل ما ذكرنا من المعانى (يقدر بالزيادة و التقدير بخمسمائة بالتوقيف) هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لما كان حريم العين محتاجا إلى زيادة لما ذكر من المعانى فلم قدرت بخمسمائة و عينت بها فأجاب أن التقدير بها بالتوقيف أى بالأثر الوارد بها و قد ذكرناه (و الأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب) أشار بهذا إلى الاختلاف فيه أنها من كل الجوانب أو من كل جانب كما اختلفوا فى حريم البئر و نص على أن الصحيح أنها من كل جانب (كما ذكرنا فى العطن) من أن الصحيح الأربعون من كل جانب لا من كل الجوانب (و الذراع (١) هو المكسرة) و هى ذراع العامة و هى ذراع الكرباس أقصر من ذراع المساحة التى هى ذراع الملك لأن ذراع المساحة سبع قبضات مع ارتفاع الابهام فى كل مرة و ذراع الكرباس سبع قبضات بدون ارتفاع الابهام و هذا هو اختيار خواهر زادهؒ و بعضهم اختار ذراع المساحة لأنها أليق بالممسوحات هكذا ذكر أصحابنا ذراع المساحة و لكن فيه نظر لأن أصحاب المساحة ذكروا فى كتبهم أن الذراع هى الهاشمية و هى ثمان قبضات و القبضة أربع أصابع و الاصبع ست شعيرات بطون بعضها ملاصقة لظهور بعض و الشعيرة ست شعرات من شعر البرذون و إنما وصفت الذراع بالمكسرة لأنها نقصت بقبضة عن ذراع الملك و هو بعض الأكاسرة و كان ذراعه سبع قبضات (و قد بيناه من قبل) أشار به إلى ما ذكره فى كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة للأمر على الناس فإنها هى المكسرة قال السغناقىؒ أى بينا الوجه فى أن الخمسمائة تعتبر من كل جانب لأنه لم يذكر بيان الذراع المكسرة فيما تقدم و تبعه الكاكىؒ على ذلك و أوهم كلاهما فى ذلك

(١) الذراع هو المكسرة. أقول و الأولى هى بضمير المؤنث لأن الذراع مؤنثة كما فى المغرب لكن ذكر بعضهم أنها تذكر و تؤنث و لينظر هل يجوز اعتبارهما فى كلام واحد كما هنا كذا فى الشامية.

و قيل إن التقدير فى العين و البئر بما ذكرناه فى أراضيهم لصلابة بها و فى أراضينا رخاوة فيزداد كيلا يتحول الماء إلى الثانى فيتعطل الاول. قال فمن أراد أن يحفر فى حريمها منع منه كيلا يؤدى إلى تفويت حقه و الإخلال به و هذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف فى ملكه فإن احتفر آخر بئرا فى حد حريم الاولى للأول أن يصلحه و يكبسه تبرعا ولو أراد أخذ الثانى فيه قيل له أن يأخذه بكبسه لأن إزالة جناية حفره به كما فى الكناسة يلقيها فى دار

وهما فاحشا (و قيل إن التقدير فى العين و البئر بما ذكرناه فى أراضيهم) أى أراضى العرب و قوله فى أراضيهم هو خبر إن و ما ذكره فى العين هو خمسمائة و فى البئر أربعون أو ستون (لصلابة بها) أى لأجل الصلابة الكائنة بأراضيهم (و فى أراضينا رخاوة فيزداد) (١) على الأربعين و الخمسمائة (كيلا يتحول الماء إلى الثانى) أى إلى البئر الثانية أو العين الثانية على اعتبار حفر الآخر (فيتعطل الأول) و هو البئر الاولى أو العين الأولى و التوصيف بالتذكير فى الموضعين على تأويل المكان أو الموضع. (قال) أى القدورىّ (فمن أراد أن يحفر بئرا فى حريمها) أى فى حريم البئر الأولى أو العين الأولى (منع منه) أى منع ذلك الحافر من الحفر (كيلا يؤدى إلى تفويت حقه و الإخلال به) أى وكيلا يؤدى إلى الإخلال بحقه باعتبار نقص مآء بئره أو عينه (و هذا) أى عدم جواز حفر الثانى فى حريم الأولى (لأنه بالحفر ملك الحريم) و به قال أحمد رحمه الله تعالى و قال الشافعى و القاضى الحنبلى رحمهما الله تعالى لا يملكه بل هو أحق (ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف فى ملكه فإن احتفر آخر بئرا فى حد حريم الأولى) أى البئر الاولى (فللأول أن يصلحه و يكبسه) أى يصلحه بالكبس و قوله و يكبسه عطف تفسير كما فى قولنا أعجبنى زيد و كرمه و التقدير أعجبنى كرم زيد (تبرعا) أى حال كونه متبرعا أراد به إصلاح ما أفسده من الأرض من عنده و لا يأخذ من الثانى شيئا لأجل ذلك (و لو أراد أخذ الثانى فيه) أى و لو أراد الأول أن يأخذ الثانى فيما فعل له ذلك و لكن اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه (قيل له أن يأخذه بكبسه) يعنى يأمر الثانى بكبس البئر التى حفرها إزالة لجناية حفره (لأن إزالة جناية حفره به) أى بالكبس (كما فى الكناسة) بضم الكاف و هى الكساحة (يلقيها فى دار

(١) فيزداد الخ. أقول فيه إشكال إذ المقادير مما لا مدخل فيه للرأى أصلا و إنما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه والذى ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكر فيما قبل لا غير فتصير الزيادة عليه عملا بالرأى فيما هو من المقادير و هو لا يجوز فليتأمل فى الدفع كذا فى الأفكار.

غيره فإنه يؤخذ برفعها و قيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره و هذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف رحمه الله تعالى وذكر طريق معرفة النقصان و ما عطب في الأولى فلا ضمان فيه لأنه غير متعد إن كان بإذن الامام فظاهر و كذا إن كان بغير إذنه عندهما و العذر لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يجعل الحفر تحجيرا و هو بسبيل منه بغير إذن الإمام و إن كان لا يملكه بدونه و ما عطب في الثانية ففيه الضمان لأنه متعد فيه

غيره فإنه يؤخذ برفعها) أي فان الملقى يؤاخذ برفع الكناسة لإزالة الضرر (و قيل يضمنه النقصان) أي يضمن الأول الثاني نقصان حريمه (ثم يكبسه بنفسه) أي ثم يكبس الأول بنفسه ما حفر الثاني (كما إذا (١) هدم جدار غيره) حيث يضمنه نقصان الهدم ثم يبنيه بنفسه (و هذا هو الصحيح) أي القول الثاني هو الصحيح (ذكره في أدب القاضي للخصاف رحمه الله تعالى) أراد أن الخصافؒ ذكره في كتابه أدب القاضي (وذكر طريق معرفة النقصان) أي و ذكر الخصاف رحمه الله تعالى كيفية معرفة النقصان و هو أن تقوم الأرض قبل الحفر وتقوم بعد الحفر فيضمن نقصان ما بينهما (و ما عطب في الأولى فلا ضمان فيه) أي و الذي هلك في البئر الأولى لا ضمان فيه (لأنه غير متعد إن كان باذن الإمام فظاهر و كذا إن كان بغير إذنه عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لأن له أن يحفر بغير إدن الإمام عندهما و لهذا ملك البئر في الحالتين فاذا كان له ولاية الحفرلا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد من حفره كما لو حفره في داره (و العذر لأبي حنيفة رحمه الله تعالى) أراد بذلك جواب الإشكال الذي يرد على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان الأول حفرها بلا إذن الإمام و الإشكال لا يرد إلا على هذا الوجه لأنه إذا كان باذن الإمام لا يرد شيء (أنه يجعل الحفر تحجيرا) أي أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يجعل الحفر تحجيرا (و هو بسبيل منه) أي من التحجير (بغير إذن الإمام و إن كان لا يملكه بدونه) أي بدون الإذن الحاصل أن له ولاية التحجير بغير إذن الإمام و إن لم يكن له الإحياء بغير إذنه فيجعل حفره بغير إذن الإمام تحجيرا لا إحياء فإذا كان كذلك فقد فعل ما له فعله فلا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد من حفره (و ما عطب في الثانية) أي والذي هلك في البئر الثانية (ففيه الضمان) على الثاني (لأنه متعد فيه) أي لأن الثاني متعد في الحفر

(١) كما إذا هدم الخ. قال الزيلعيؒ: لو هدم جدار غيره فلصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار و هو الصحيح اهـ. قال ابن عابدينؒ: (قوله لا ببناء الجدار) قيل إلا إذا كان جديدا و استثنى في الاشباه جدار المسجد فيؤمر باعادته مطلقا اهـ.

حيث حفر في ملك غيره و إن حفر الثاني بئرا وراء حريم الأولى فذهب ماء البئر الأولى لا شيء عليه لأنه غير متعد في حفرها و للثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الأول فيه و القناة

(حيث (١) حفر في ملك غيره) فصار كما إذا حفر على قارعة الطريق (و إن حفر الثاني بئرا وراء حريم الأولى فذهب ماء البئر الاولى لا شيء عليه لأنه غير متعد فيَ حفرها) لأن له أن يحفر بئرا خارج حريم الأولى و الحافر سبب فاذا لم يكن متعديا في التسبيب لا ضمان عليه و الاصل فيه أن الماء تحت الأرض غير مملوك لأحد فليس له أن يخاصمه في تحويل ماء بئره إلى بئر الثاني كالتاجر إذا كان له حانوت و آخر أخذ بجنبه حانوتا آخر مثل تلك الحانوت فكسد من تجارة الاول لم يكن له أن يخاصمه و كذا لو حفر بئرا في ملكه أعمق من البئر التي في دار جاره فجرى إليها الماء أما لو بنى داره حماما فضر الجار بدخانه أو حفر بئر مزبلة في جنب دار جاره يتضرر برائحته أو جعل داره مخبزا في وسط العطارين و نحوه مما يؤذي جيرانه فانه يمنع منه و به (٢) قال احمد و الشافعي رحمهما الله في وجه و قال في أظهر الوجهين بالجواز لأنه متصرف في ملكه فأشبه بنائه ونقضه و لنا قوله ﷺ لا ضرر و لا ضرار في الإسلام و هو إضرار بجاره فيمنع الدق الذي يهز الحيطان و يخربها و كالقاء السماد و الرماد و التراب و نحوه في أصل حائطه على وجه يضر به (و (٣) للثاني) أي للحافر الثاني (الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول (٤) لسبق ملك الحافر الاول فيه) أي في الجانب الأول لأن ذلك القدر ملكه لسبق يده و حيازته باذن الإمام (و القناة (٥)) و هي مجرى الماء تحت الارض و ارتفاعها بالابتداء

(١)حيث حفر الخ. أقول في التعليل قصور لأنه لا يتمشى فيما إذا حفر الأول بغير إذن الامام على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى فانه يجعل الحفر هناك تحجيرا كما مر آنفا و بمجرد التحجير لا يعتبر البير الأولى و لا حريمها ملكا للمحجر فلا يصدق هناك على أصله أن يقال إن الثاني حفر في ملك غيره فالأولى في التعليل أن يقال لأنه متعد فيه حيث حفر في حق غيره إذ لا شك أن الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالاحياء و لهذا لا يقدر الامام أن يأخذها من يد المحجر و يدفعها إلى غيره إلا إذا حجر أرضا و لم يعمرها ثلاث سنين كما مر فيتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة أيضا على أصل أئمتنا الثلاثة رحمهم الله تعالى جميعا نتائج الأفكار. (٢)و به قال احمدٌ الخ. كذا في المغني ص١٨٣ ج٦ و شرح الوجيز ص٢١٥ ج٦. (٣)و للثاني الخ. قال أبو السعودٌ يفهم منه أنه لو حفر ثالث كان له الحريم من الجانبين حموى عن المقدسي اه شامي. (٤)الجانب الاول الذي هو حريم البئر الأولى. (٥)القناة و هي الخ. كذا في المغرب و في شرح النصاب القناة كاريز و كاريز آنرا گويند كه بزير زمين آب پوشيده بجائي از جائي رود و في البرهان القاطع كاريز جوى آبي را گويند كه در زير زمين بكنند تا آب ازان روان شود لكنوية.

لها حريم بقدر ما يصلحها و عن محمد رحمه الله تعالى أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم و قيل هو عندهما و عنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الأرض لأنه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا و عند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع و الشجرة تغرس في أرض موات لها حريم أيضا حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجرا في حريمها لأنه يحتاج إلى حريم له يجد فيه ثمره

و خبرها الجملة أعني قوله (لها حريم بقدر ما يصلحها) أي بقدر (١) ما يصلح القناة هذه من مسائل الأصل ذكرها تفريعا يعني إذا أخرج قناة في أرض موات فهي بمنزلة البئر فلها من الحريم ما للبئر كذا قال في الأصل و لم يزد على هذا و قال في الشامل القناة لها حريم مفوض إلى رأي الإمام لأنه لا نص في الشرع (و عن محمد رحمه الله تعالى أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و في شرح (٢) الوجيز حريم القناة القدر الذي لو حفر فيه لنقص ماؤها أو خيف منه انهيار و انكباس و يختلف ذلك بصلابة الأرض و رخاوتها (و قيل هو عندهما) أي الذي ذكره في الأصل هو عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و عنده) أي و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الأرض لأنه نهر في التحقيق) أي لأن القناة بتاويل مجرى المآء نهر في الحقيقة و لا حريم للنهر عنده أشار إليه بقوله (فيعتبر بالنهر الظاهر) حيث لا حريم له (قالوا) أي قال المشايخ رحمهم الله تعالى (و عند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع) و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في كتاب الخراج واجعل للقناة من الحريم ما لم يسح المآء على وجه الأرض مثل ما أجعل للآبار فاذا ظهر الماء و ساح على وجه الأرض جعلت حريمه كحريم النهر و قال أيضا في كتاب الخراج و لو أن رجلا له قناة فاحتفر رجل بجنبها قناة فأجراها من تحتها أو من فوقها كان لصاحب القناة أن يمنعه من ذلك و يأخذه لطمها فان كان أذن له في احتفارها فحفرها فله أن يمنعه بعد ذلك إن شاء و لا غرم عليه في الاذن ما خلا خصلة أن يكون أذن له و وقت وقتا ثم منعه من ذلك قبل أن يجيء الوقت فاذا كان على هذا ضمن له قيمة البناء و لم يضمن قيمة الحفر (و الشجرة تغرس في أرض موات لها حريم أيضا حتى لم يكن لغيره) أي لغير الغارس (أن يغرس شجرا في حريمها لأنه يحتاج إلى حريم له) أي لأن الغارس يحتاج إلى حريم للشجر (يجد فيه ثمره) أي

(١) بقدر ما يصلح القناة لالقاء الطين و نحوه. (٢) شرح الوجيز للرافعي الشافعي ص ٢١٤ ج ٦.

و يضعه فيه و هو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب به ورد الحديث. قال و ما ترك الفرات أو الدجلة

يقطع فى الحريم ثمر الشجر (و يضعه فيه) أى يضع الثمر فى الحريم (و هو) أى حريم الشجر (مقدر (١) بخمسة أذرع من كل جانب به ورد الحديث) أى بهذا المقدار ورد الحديث عن النبى ﷺ و هو ما رواه (٢) أبو داود رحمه الله تعالى فى سننه فى آخر الأقضية عن عبدالعزيز بن محمد عن أبى طوالة و عمرو بن يحيى بن عمارة عن أبيه عن أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه قال اختصم إلى رسول الله ﷺ رجلان فى حريم نخلة فى حديث أحدهما فأمر بها فزرعت فوجدت سبعة (٣) أذرع و فى حديث الآخر فوجدت خمسة (٤) أذرع فقضى بذلك قال عبدالعزيز فأمر بجريدة من جريدها فزرعت انتهى سكت عنه أبو داودؒ ثم المنذرىؒ بعده و رواه (٥) الطحاوىؒ فى شرح الآثار و لفظه قال اختصم رجلان إلى النبى ﷺ فى نخلة فقطع منها جريدة ثم ذرع بها النخلة فاذا فيها خمسة أذرع فجعلها حريمها و من جهة الطحاوىؒ ذكره عبدالحقؒ فى أحكامه قال قال أبو داودؒ خمسة أذرع أو سبعة و روى الحاكمؒ فى مستدركه فى كتاب الأحكام عن موسى بن عقبة عن إسحاق بن يحيى عن عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ قضى فى النخلة أن حريمها مبلغ جريدها و قال صحيح الاسناد و لم يخرجاه و أخرجه الطبرانىؒ فى معجمه عن محمد بن ثابت العبدى عن عمرو بن دينار عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبى ﷺ جعل حريم النخلة مد جريدها و أخرجه أبو داودؒ فى المراسيل عن عروة بن الزبير قال قضى رسول الله ﷺ فى حريم النخلة طول عسيبها. (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و ما (٦) ترك الفرات أو الدجلة) الفرات (٧) نهر أصله من شمال أرض الروم من جهة

(١)مقدر بخمسة أذرع الخ. ذكر الرملىؒ أن مقتضى ما ذكره فى الينابيع فى حريم البئر أن الاعتبار للحاجة لا للتقدير أن يكون هنا كذلك لأنه يختلف الحال بكبر الشجرة و صغرها كذا فى الشامية. (٢)رواه أبو داودؒ فى آخر القضاء باب فى القضاء ص١٥٦ ج٢. (٣)سبعة أذرع. ن. سبع أذرع. (٤)خمسة أذرع. ن. خمس أذرع. (٥)رواه الطحاوىؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص٢٩٣ ج٤. (٦)ما ترك الفرات أو الدجلة أى مثلا فيدخل فيه النيل و ظاهره و لو أخذ من أرض الغير فى الناحية التى جرى فيها فليس له أن يأخذ من المنزول عنه بمثل ما أخذ من أرضه ط كذا فى الشامية. (٧)الفرات الخ. قال ياقوتؒ فى معجم البلدان: الفرات بالضم ثم التخفيف و آخره تاء مثناة من فوق قال حمزة و الفرات معرب عن لفظه و له اسم آخر و هو فالاذروذ لأنه بجانب دجلة كما بجانب الفرس الجنبية و الجنبية تسمى بالفارسية فالاذ و مخرج الفرات فيما زعموا من أرمينية ثم من قاليقلا قرب خلاط و يدور بتلك الجبال حتى يدخل أرض الروم و يجىء إلى كمخ و يخرج إلى ملطية ثم إلى سميساط و يصب إليه أنهار صغار نحو نهر سنسجة و نهر كيسوم و نهر ديصان و البليخ حتى ينتهى إلى قلعة نجم مقابل منبج ثم =>

و عدل عنه الماء و يجوز عوده إليه لم يجز إحياؤه لحاجة العامة إلى كونه نهرا و إن كان لا يجوز أن يعود إليه فهو

الشرق يسير منها إلى أن يجاوز قلعة الروم من جهة شمال حصنها ثم يسير إلى البئر ثم يشرق إلى بالس و قلعة حصن ثم الرقة ثم الرحبة ثم إلى عانة ثم هيت ثم إلى الكوفة ثم يخرج إلى قضاء العراق و يصب في بطائح كبار و أما (١) دجلة فهي بكسر الدال مخرجه من بلاد الروم ثم يمر في آمد و حصن كيفا و جزيرة ابن عمر و الموصل و تكريت و بغداد وواسط و البصرة ثم يصب في بحر خراسان (و عدل عنه الماء) أي عدل المآء عما ترك الفرات أو دجلة و معنى عدل عنه انكشف عنه و أخذ موضعا غيره (و يجوز (٢) عوده إليه) أي و الحال أنه يمكن عود المآء إلى ما ترك الفرات و دجلة (لم يجز إحياؤه لحاجة (٣) العامة إلى كونه نهرا و إن كان لا يجوز) أي لا يمكن (أن يعود) أي المآء (إليه) أي إلى متروك الفرات و دجلة (فهو) أي متروك الفرات و دجلة

=> يحاذي بالس إلى دوسر إلى الرقة إلى رحبة مالك بن طوق ثم إلى عانة ثم إلى هيت فيصير أنهارا تسقي زروع السواد منها نهر سورا و هو أكبرها و نهر الملك و هو نهر صرصر و نهر عيسى بن علي و كوثا و نهر سوق اسد و الصراة و نهر الكوفة و الفرات العتيق و نهر حلة بني مزيد و هو نهر سورا فاذا سقت الزروع و انتفع بمياهها فمهما فضل من ذلك انصب إلى دجلة منها ما يصب فوق واسط و منها ما يصب بين واسط و البصرة فتصير دجلة و الفراة نهرا واحدا عظيما عرضه نحو الفرسخ ثم يصب في بحر الهند اه. (١)أما دجلة الخ. قال ياقوتؒ في معجم البلدان: دجلة (بالكسر فالسكون) نهر بغداد لا تدخله الالف و اللام قال حمزة دجلة معربة على ديلد و لها اسمان آخران و هما آرنك روز و كودك دريا أي البحر الصغير و روى عن علي بن مهدي الكسرويؒ أن أول مخرج دجلة من موضع يقال له عين دجلة على مسيرة يومين و نصف من آمد من موضع يعرف بهلورس من كهف مظلم قيل إن أصل مخرجه من جبل بقر آمد عند حصن يعرف بحصن ذي القرنين من تحته تخرج عين دجلة و هي هناك ساقية ثم كلما امتدت انضم إليها مياه جبال ديار بكر حتى تصير بقرب البحر مد البصر و رأيته بآمد و هو يخاض بالدواب ثم يمتد إلى ميافارقين ثم إلى حصن كيفا ثم إلى جزيرة ابن عمر رضي الله تعالى عنهما و هو يحيط بها ثم إلى بلد و الموصل ثم إلى تكريت و قيل بتكريت ينصب فيه الزابان الزاب الاعلى من موضع يقال له تل فافان و الزاب الصغير عند السن و منها يعظم ثم بغداد ثم واسط ثم البصرة ثم عبادان ثم ينصب في بحر الهند فاذ انفصل عن واسط انقسم إلى خمسة أنهر عظام تحمل السفن منها نهر ساسي و نهر الغراف و نهر دقلة و نهر جعفر و نهر ميسان ثم تجتمع هذه الأنهار أيضا و ما ينضاف إليها من الفرات كلها قرب مطارة قرية بينها و بين البصرة يوم واحد اه ملخصا. (٢)و يجوز عوده الخ. ينبغي حمله على ما إذا لم يكن لعوده زمان مخصوص لما في الخانية واد على شط جيحون يجمع فيه المآء أيام الربيع ثم يذهب فزرع فيه قوم فادرك قال أبو القاسمؒ الزرع لصاحب البذر و رقبة الوادي لمن علمت لهم و إلا فلمن أحياها اه فمفاده أنه لو كان لعوده زمان مخصوص يجوز إحياء ذلك الموضع تأمل كذا في الشامية. (٣)لحاجة العامة الخ. لأن الفرات و دجلة ملك لجماعة المسلمين فاذا جاز عود المآء إليه لم ينقطع الحكم الأول و كأن المآء لم يذهب عنه لكنوية عن غاية.

كالموات إذا لم يكن حريما لعامر لأنه ليس فى ملك أحد لأن قهر الماء يدفع قهر غيره و هو اليوم فى يد الامام. قال و من كان له نهر فى أرض غيره فليس له حريم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إلا أن يقيم بينة على ذلك و قالا له مسناة النهر يمشى عليها و يلقى عليها طينه قيل هذه المسألة بناء على أن من حفر نهرا فى أرض موات باذن الامام لايستحق الحريم عنده و عندهما يستحقه لأن النهر لا ينتفع به إلا

(كالموات إذا لم يكن حريما لعامر لأنه) أى لأن متروك الفرات و دجلة (ليس فى ملك أحد لأن قهر (١) الماء يدفع قهر غيره) لأن شرط الاحياء أن تكون الأرض فى قهر آدمى (و هو) أى متروك الفرات و دجلة (اليوم فى يد الامام) فيقف إحياؤه على إذن الامام. (قال) أى القدورىؒ (و من كان له نهر فى أرض غيره فليس له حريم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) ذكر فى كشف الغوامض أن الاختلاف فى نهر كبير لا يحتاج إلى كربه فى كل وقت أما الأنهار الصغار التى يحتاج إلى كربها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق (إلا أن يقيم بينة على ذلك) أى على أن له حريما (و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (له مسناة النهر يمشى عليها و يلقى عليها طينه) قال فى الصحاح المسناة العرم و هو ما يبنى على حافة المسيل لرد الماء (قيل هذه المسألة بناء على أن من حفر نهرا فى أرض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (و عندهما يستحقه) أى و عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يستحق الحريم قال فخر الاسلامؒ وغيره فى شرح الجامع الصغير من اصحابنا من قال أصل هذه المسألة أن من أحيا نهرا فى أرض موات هل يستحق له حريما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحقه و قالا يستحقه و قال عامتهم الصواب أنه يستحق للنهر حريما بالاجماع استدلالا بنص صاحب الشرع فى حريم البئر لأن النهر لا يستغنى عن الحريم كما لا يستغنى البئر عنه و إنما اختلف ابو حنيفة و صاحباه رحمهم الله تعالى فى موضع الاشتباه و هو أن يكون الحريم موازيا للأرض لا فاصل بينهما و أن لا يكون الحريم مشغولا بحق أحدهما كالطين و الغرس و أما إذا كان مشغولا بحق أحدهما فهو أحق به بالإجماع لأنه ظهر يده عليه بالشغل و قال فخر الدين قاضى خانؒ و كذلك إذا كانت المسناة ترتفع من الأرض فهى لصاحب النهر لأن الظاهر أن ارتفاعه لالقاء طينه (لأن النهر لا ينتفع (٢) به إلا

(١) لأن قهر المآء الخ. الاحياء شرطه أن يكون الأرض فى قهر الامام فاذا عدل عنه و لم يجز عوده فات قهر المآء فصار فى قهر الامام فيجوز إحياؤه إذا لم يكن حريما بعامر كذا فى الكفاية. (٢)لا ينتفع الخ. لأن قوام النهر بالحافتين و صاحب النهر لا يستمسك المآء إلا بهما فكان هو المستعمل لهما فكان أولى لكنوية عن غاية.

بالحريم لحاجته إلى المشى لتسييل الماء و لا يمكنه المشى عادة فى بطن النهر و إلى إلقاء الطين و لا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر و له أن القياس يأباه على ما ذكرناه و فى البئر عرفناه بالأثر و الحاجة إلى الحريم فيه فوقها إليه فى النهر لأن الإنتفاع بالمآء فى النهر ممكن بدون الحريم و لا يمكن فى البئر إلا بالاستقاء و لا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق ووجه البناء أن باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر و القول لصاحب اليد

بالحريم لحاجته إلى المشى لتسييل المآء و لا يمكنه المشى عادة فى النهر) أى و لا يمكنه المشى فى باطن النهر عادة و هذا ظاهر (و إلى إلقاء الطين) أى و لحاجته إلى إلقاء طين النهر (و لا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا (١) بالبئر) أى قياسا على حريم البئر (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن القياس يأباه) أى يأبى ثبوت الحريم (لما ذكرناه) و هو قوله لأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله فى موضع الحفر و الاستحقاق به (و فى البئر (٢) عرفناه بالأثر) أى عرفنا الحريم بالحديث و هو قوله ﷺ من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا (و الحاجة إلى الحريم فيه) أى فى البئر و التذكير باعتبار القليب أو الجب (فوقها إليه فى النهر) أى فوق الحاجة إلى الحريم فى النهر وهذا جواب عما قاسا النهر على البئر تقديره أن الحاجة فى البئر متحققة فى الحال و فى النهر موهومة باعتبار الكرى و قد لا يحتاج إليه و الانتفاع فى البئر لا يتأتى بدون الحريم و فى النهر يتأتى (لأن الانتفاع بالمآء فى النهر ممكن بدون الحريم) غير أنه يلحقه بعض الحرج فى نقل الطين و المشى فى وسطه (و لا يمكن فى البئر إلا بالإستقاء) أى لا يمكن الانتفاع فى البئر إلا بنزح الماء (و لا استقاء الا بالحريم) لأنه يحتاج إلى مد الحبل و دوران الحيوان و نحوهما (فتعذر الإلحاق) أى إذا كان كذلك تعذر إلحاق النهر بالئر لأن البئر منصوصة و النهر غير منصوص فأخذنا فيه بالقياس ألا ترى أن من بنى قصرا فى مفازة لا يستحق لذلك حريما و إن كان يحتاج إلى ذلك لإلقاء الكناسة فيه لعدم ورود النص و استحقاق الحريم لا يكون بدون التقدير فيه و نصب المقادير لا يكون بالرأى كذا فى المبسوط (ووجه البناء) أى وجه بناء مسألة المختصر على مسألة من حفر نهرا على المذهبين (أن باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر) أى لأجل التبعية للنهر الذى عليه اليد حقيقة (و القول لصاحب اليد) فى المنازعة

---

(١)اعتبارا بالبئر يعنى بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجة و هى موجودة فى النهر كهى فى البئر و العين فيتعدى الحكم منهما إليه عناية. (٢)عرفناه بالأثر فكان الحكم معدولا به عن القياس فى الأصل فلا يصح تعديته عناية.

و بعدم استحقاقه تنعدم اليد و الظاهر يشهد لصاحب الأرض على مانذكره إن شاء الله تعالى و إن كانت مسألة مبتدأة فلهما أن الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به و لهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه و له أنه أشبه بالأرض صورة و معنى أما صورة لاستوائهما و معنى حيث صلاحيته للغرس و الزراعة و الظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما و المصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذى في يده

و قوله و وجه البناء إلى ههنا من جهة أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و قوله (و بعدم استحقاقه تنعدم اليد و الظاهر يشهد لصاحب الأرض) من جهة أبي حنيفة رحمه الله تعالى أي و بعدم استحقاق صاحب النهر الحريم تنعدم يد صاحب النهر على الحريم و الظاهر يشهد لصاحب الأرض يعني الحريم و إن اتصل بالنهر أيضا فالظاهر أنه لصاحب الأرض فالقول لمن يشهد له الظاهر (على ما نذكره إن شاء الله تعالى) و هو قوله أنه أشبه الأرض صورة و معنى الخ و التحقيق في هذا الموضع أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا لم يكن له حريم فيما إذا أحيا نهرا في أرض موات بإذن الإمام و لم يكن مدعي الحريم صاحب اليد في الحريم فلا يكون الحريم له بل يكون لصاحب الأرض لأنه أشبه بالأرض فيكون الظاهر يشهد له و عندهما كان له حريم تبعا للنهر فإذا ثبتت يده يكون القول لصاحب اليد (و إن كانت مسألة مبتدأة) يعني و إن كان مسألة من له نهر في أرض غيره مسألة ابتدائية غير مبنية على مسألة من حفر نهرا في أرض موات (فلهما) أي فلأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به) أي بالحريم فيكون مستعملا لحريم النهر و الاستعمال يد فباعتبار أنه في يده جعل القول قوله كما لو تنازعا في ثوب و أحدهما لابسه (و لهذا) أي و لأجل ذلك (لا يملك صاحب الأرض نقضه) أي نقض الحريم (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أنه) أي أن الحريم (أشبه بالأرض صورة و معنى) أي من حيث الصورة و من حيث المعنى (أما صورة لاستوائهما) أي أما من حيث الصورة فلاستواء الأرض و الحريم و أشار بهذا إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض فأما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر إذ الظاهر أن ارتفاعها لإلقاء طينه (و معنى من حيث صلاحيته للغرس و الزراعة) أي و أما من حيث المعنى فمن حيث صلاحية الحريم لغرس الأشجار و زراعة الزرع (و الظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به) أي بالحريم (كاثنين تنازعها في مصراع باب ليس في يدهما و المصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذى في يده

ما هو أشبه بالمتنازع فيه و القضاء فى موضع الخلاف قضاء ترك و لا نزاع فيما به استمساك الماء إنما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه إن كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن أرضه و المانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل و لآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه و إن كان ملكه

ما هو أشبه بالمتنازع فيه) و هو المصراع الذى ليس فى يد أحدهما فإنه أشبه بالمصراع الذى فى باب أحدهما فيقضى له لأن الظاهر يشهد له و هذا هوالذى وعده بقوله على ما نذكره إن شاء الله تعالى (و القضاء فى موضع الخلاف قضاء ترك) أى القضاء فى مسألة من كان له نهر فى أرض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك و استحقاق فلو أقام صاحب النهر البينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته و لو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لأن المقضى عليه فى حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها و قال تاج الشريعةؒ و يعنى بقضاء الترك أن يترك فى يد صاحب الأرض عنده و عندهما فى يد صاحب النهر و الفرق بين قضاء الترك و قضاء الإلزام أن فى قضاء الإلزام من صار مقضيا عليه فى حادثة لا يصير مقضيا له بعد ذلك فى تلك الحادثة أبدا و فى قضاء الترك يجوز أن يكون مقضيا له و فرق آخر أنه لو ادعى ثالث لا يقبل بينته فى قضاء الإلزام إلا بالتلقى من جهة صاحب اليد و فى قضاء الترك تقبل (و لا نزاع فيما به استمساك الماء) هذا هو جواب عن قولهما إن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لحاجته كذا قال الاترازىؒ و الصواب أنه جواب عن قولهما إن الحريم فى يد صاحب النهر باستمساكه الماء به كما ذهب إليه الكاكىؒ وغيره (إنما النزاع فيما ورائه مما يصلح للغرس) أى لغرس الشجر هل له ذلك أم لا (على أنه إن كان مستمسكا به) أى على أن صاحب النهر إن كان مستمسكا بالحريم (ماء نهره فالآخر) و هو صاحب الأرض (دافع به الماء عن أرضه) فقد استويا فى استعمال الحريم و ترجح صاحب الأرض من الوجه الذى قدرنا و لكن ليس له أن يهدمه لأن لصاحب النهر حق استمساك الماء فى نهره فلا يكون لصاحب الأرض أن يبطله (و المانع من نقضه) جواب عن قولهما و لهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه يعنى المانع من عدم تمكن صاحب الارض من نقض الحريم و هو المسناة (تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل و لآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه) أى لا يتمكن صاحب الحائط من نقض الحائط لأجل تعلق صاحب الجذوع مع أن الحائط ملك لصاحبه أشار إليه بقوله (و إن كان ملكه) أى و إن كان الحائط ملك صاحب الحائط و إن هذه وصلية

و فى الجامع الصغير نهر لرجل إلى جنبه مسناة و لآخر خلف المسناة أرض تلزقها و ليست المسناة فى يد أحدهما فهى لصاحب الأرض عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا هى لصاحب النهر حريما لملقى طينه و غير ذلك و قوله و ليست المسناة فى يد أحدهما معناه ليس لأحدهما عليه غرس و لا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى لأنه صاحب يد و لو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا و ثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده و عندهما لصاحب النهر و أما إلقاء الطين فقد قيل إنه على الخلاف و قيل إن لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش

(و فى الجامع الصغير نهر لرجل إلى جنبه مسناة و لآخر خلف المسناة أرض تلزقها و ليست المسناة فى يد أحدهما) أى أحد من صاحب النهر و صاحب الارض (فهى) أى المسناة (لصاحب الأرض عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هى) أى المسناة (لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغيره ذلك) إنما ذكر عبارة الجامع الصغير ليبين موضع الخلاف (و قوله) أى قول محمد رحمه الله تعالى (و ليست المسناة فى يد أحدهما معناه ليس لأحدهما عليه) أى على المسناة و التذكير باعتبار الحريم (غرس و لا طين ملقى) بضم الميم و سكون اللام و فتح القاف و هو مفعول من الإلقاء (فينكشف بهذا اللفظ) أى بقوله و ليست المسناة فى يد أحدهما (موضع الخلاف) بين أبى حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى (أما إذا كان لأحدهما عليه) أى على المسناة بتأويل الحريم كما ذكرنا (ذلك) أى الغرس أو الطين الملقى (فصاحب الشغل أولى لأنه صاحب يد) فهو أولى بلا خلاف (و لو كان عليه) أى على المسناة بتأويل الحريم (غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا) يعنى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى الغرس لصاحب الأرض و عندهما لصاحب النهر (و ثمرة الاختلاف) المذكور (أن ولاية الغرس) و الزرع على المسناة (لصاحب الأرض عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (و عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لصاحب النهر و أما إلقاء الطين فقد قيل إنه على (١) الخلاف) المذكور (و قيل إن لصاحب النهر ذلك) أى إلقاء الطين (ما لم يفحش) و فى الكافى

(١)على الخلاف المذكور يعنى عند الامام رحمه الله تعالى لا يلقى صاحب النهر الطين على الحريم و عند صاحبيه رحمهما الله تعالى يلقى.

و أما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده و قيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه أبو جعفر آخذ بقوله في الغرس و بقولهما في إلقاء الطين ثم عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب و عن محمد رحمه الله تعالى مقدار بطن النهر من كل جانب و هذا أرفق بالناس.

هو الصحيح (و أما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما (و قيل (١) لا يمنع للضرورة) لأنه لا يجد بدا من إلقاء الطين و في نقله إلى موضع بعيد حرج عظيم (قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى) و هو (٢) محمد بن عبدالله بن محمد الهندواني تلميذ أبي بكر الاعمش تلميذ أبي بكر الإسكاف تلميذ محمد بن سلمة تلميذ أبي سليمان الجرجاني تلميذ محمد بن الحسن توفي سنة اثنتين و ستين و ثلاثمائة (آخذ بقوله) أي بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى (في الغرس و بقولهما) أي و آخذ بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى (في إلقاء الطين) أراد أن لصاحب الأرض أن يغرس و لصاحب النهر أن يلقي الطين على حافته و كل منهما يفعل ما لا يمنع الآخر عن حقه (ثم عن (٣) أبي يوسف رحمه الله تعالى أن حريمه) أي حريم النهر (مقدار نصف بطن النهر من كل جانب و عن (٤) محمد رحمه الله تعالى مقدار بطن النهر من كل جانب و هذا أرفق بالناس) أي ما روى عن محمد رحمه الله تعالى أرفق بالناس الذين هم أهل النهر و لم يذكر قدر الحريم على قولهما في الأصل بل قالا له من الحريم قدر ما يستغني عنه النهر و كذلك لم يقدر في الجامع الصغير أيضا و قال خواهر زاده رحمه الله تعالى في مبسوطه قالوا قد ذكر في النوادر في تقدير الحريم خلاف بينهما فعلى قول محمد رحمه الله تعالى يمسح بطن النهر ثم يجعل من كل جانب نصف بطن أرض النهر و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى من كل جانب مقدار بطن النهر وذكر أبو الليثؒ الخلاف بخلاف هذا و هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله تعالى و عليه اعتمد في شرح الطحاوي و المختلف و قال

---

(١)قيل لا يمنع الخ. و هو الاشبه. كفاية. (٢)هو محمد الخ. قال في البهية: محمد بن عبدالله بن محمد بن عمر أبو جعفر الفقيه البلخي الهندوانيؒ شيخ كبير و إمام جليل القدر من أهل بلخ كان على جانب عظيم من الفقه و الذكاء و الزهد و الورع و يقال له أبو حنيفة الصغير لفقهه حدث ببلخ و أفتى بالمشكلات و أوضح المعضلات تفقه على أبي بكر الاعمش عن أبي بكر الاسكاف عن محمد بن سلمة عن أبي سليمان عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى و تفقه عليه نصر بن محمد أبو الليث الفقيه و جماعة كثيرة و كانت وفاته ببخارى سنة اثنتين و ستين و ثلاثمائة اه. (٣)عن أبي يوسفؒ الخ. و هو اختيار الطحاويؒ زيلعي. (٤)عن محمدؒ الخ. و هو اختيار الكرخيؒ زيلعي.

فصول فى مسائل الشرب

فصل فى المياه

و إذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئا من الشفة و

بعض المشايخ ينظر إلى مقدار ما يحتاج إليه بغير تقدير كذا قال أبو الليث فى شرحه.

(فصول فى مسائل الشرب)

أى هذه فصول فى بيان أحكام مسائل الشرب و هذه الفصول كلها ليست بمذكورة فى البداية لأنها ليست فى الجامع الصغير و مختصر القدورى و إنما ذكرها شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده فى شرح كتاب الشرب ثم لما ذكر احياء الموات ذكر عقيبها مسائل الشرب لأن الانسان إذا أحيى مواتا احتاج لا محالة إلى الماء و قدم فصل المياه على فصل الكرى لأن الماء هو المقصود و الشرب (١) بكسر الشين و هو النصيب من الماء.

(فصل فى المياه)

أى هذا فصل فى بيان أحكام المياه (٢) و هو جمع ماء و يجمع على أمواه أيضا و هو جوهر سيال مرو للعطش منبت للزرع (و إذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئا من الشفة و

(١) الشرب الخ. و فى القاموس: الشرب بالكسر المآء و الحظ منه أو المورد ووقت الشرب اه. (٢) المياه الخ. و فى تاج العروس: (الماء) اسم جنس افرادى كما قاله الفاكهى و نقل ابن ولاد فى المقصور و الممدود أنه جمعى يفرق بينه و بين واحده بالهاء و فى المحكم الماء (و الماه و الماءة) واحد (و همزة الماء منقلبة عن هاء) بدلالة ضروب تصاريفه من التصغير و الجمع و قال الليث الماء مدته فى الاصل زيادة و إنما هى خلف من هاء محذوفة و من العرب من يقول ماءة كبنى تميم يعنون الركية بمائها فمنهم من يرويها ممدودة ماءة و منهم من يقول هذه ماة مقصور و ماء على قياس شاة و شاء و قال الازهرى أصل الماء ماه بوزن قاه فثقلت الياء مع الساكن قبلها فقلبوا الهاء مدة فقالوا ماء كما ترى و قال الفراء يوقف على الممدود بالقصر و المد شربت ماء قال و كان يجب أن تكون فيه ثلاث ألفات قال و سمعت هؤلاء يقولون شربت ميا هذا فشبهوا الممدود بالمقصور و المقصور بالمدود (م) معروف أى الذى يشرب و قال قوم هو جوهر لا لون له و إنما يتكيف بلون مقابله قيل و الحق خلافه فقيل أبيض و قيل اسود نقله ابن حجر المكى فى شرح الهمزية (و سمع اسقنى ما بالقصر) على أن سيبويه قد نفى أن يكون اسم على حرفين أحدهما التنوين و قيل أصل الماء ماه و الواحدة ماءة و ماهة و قال الجوهرى أصله موه بالتحريك (ج أمواه) فى القلة (و مياه) فى الكثرة مثل جمل و أجمال و جمال (و) الذاهب منه الهاء بدليل قولهم (عندى مويه) و إذا أنثته قلت ماءة مثل ماعة و فى الحديث كان موسى عليه السلام يغتسل عند مويه (و) تصغير الماءة (مويهة) و النسبة إلى الماء مائى و ماوى فى قول من يقول عطاوى كما فى الصحاح و فى التهذيب ماهى قلت و منه تسمية الفرس للسمك ماهى و جزم عبدالقادر البغدادى فى حاشية الكعبية أنه لا يقال ماوى اه ملخصا.

الشفة الشرب لبنى آدم و البهائم إعلم أن المياه أنواع منها ماء البحار و لكل واحد من الناس فيها حق الشفة و سقى الأراضى حتى أن من أراد أن يكرى نهرا منها إلى أرضه لم يمنع من ذلك و الانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس و القمر و الهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أىّ وجه شاء و الثانى ماء الأودية العظام كجيحون

الشفة الشرب لبنى آدم و البهائم) أصل (١) الشفة شفهة و لهذا يقال فى تصغيرها شفيهة و فى جمعها شفاه و حذفت الهاء تخفيفا و المراد هنا (٢) الشرب بالشفاه و يقال هم أهل الشفة أى لهم حق الشرب بشفاههم و أن يسقوا دوابهم (إعلم أن المياه أنواع منها ماء البحار (٣) و لكل واحد من الناس فيها حق (٤) الشفة و سقى الأراضى حتى أن من أراد أن يكرى) أى يحفر (نهرا منها إلى أرضه لم يمنع من ذلك و الانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس و القمر و الهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أىّ وجه شاء) ينبغى أن يكون المراد من البحار ههنا الأنهار العظيمة جدا كالنيل الذى بمصر و نهر الايل الذى ببلاد دمشق و نهرتان بالتاء المثناة من فوق التى بمرأى الايل و نهر طناء بضم الطاء المهملة و بالنون الذى بالبلاد الشمالية و نهر اشغله الذى بالاندلس و أمثال ذلك بأن كل نهر منها يطلق عليه بحر و ليس المراد بها البحار الملح فإنها لا ينتفع بها أصلا لا فى الشفة و لا فى سقى الأراضى (و الثانى) أى النوع الثانى (ماء الأودية (٥) العظام كجيحون

(١)أصل الشفة الخ. و فى تاج العروس: (شفتا الانسان طبقا فمه الواحدة شفة و يكسرو) الأصل شفهة و (لامها هاء) عند جميع البصريين و تصغيرها شفيهة و لهذا قالوا الحروف الشفهية و لم يقولوا الشفوية (ج شفاه) فاذا نسبت إليها فأنت بالخيار إن شئت تركتها على حالها و قلت شفى مثال دمى و يدى و عدى و إن شئت قلت شفهى (و) زعم قوم أن الناقص من الشفة واو لأنه يقال فى الجمع (شفوات) كما فى الصحاح قال ابن برى المعروف فى جمع شفة شفاة مكسرا غير مسلم و حكى الكسائى أنه لغليظ الشفاه كأنه جعل كل جزء من الشفة شفة ثم جمع على هذا و قال الليث إذا ثلثوا الشفة قالوا شفهات و شفوات و الهاء أقيس و الواو أعم لأنهم شبهوها بالسنوات و نقصانها حذف هائها قلت و حكى البدر الدمامينى فى شرح التسهيل شفهات قال الازهرى و العرب تقول هذه شفة فى الوصل و شفه بالهاء فمن قال شفة كانت فى الأصل شفهة فحذفت الهاء الأصلية و أبقيت هاء العلامة للتأنيث و من قال شفه بالهاء أبقى الهاء الأصلية اه. (٢)المراد هنا الشرب بالشفاه الخ. قلت هذا أصله و المراد استعمال بنى آدم لدفع العطش أو للطبخ أو الوضوء أو الغسل أو غسل الثياب و نحوها كما فى المبسوط و المراد به فى حق البهائم الاستعمال للعطش و نحوه مما يناسبها أفاده القهستانى كذا فى الشامية. (٣)البحار. و فى تاج العروس: (البحر الماء الكثير) ملحا كان أو عذبا و هو خلاف البر سمى بذلك لعمقه و اتساعه (أو الملح فقط) و قد غلب عليه حتى قل فى العذب و هو قول مرجوح أكثرى (ج أبحر و بحور و بحار) اه ملخصا. (٤)حق الشفة. عبر بالحق لأن البحر ليس ملكا لهم لأنه غير محرز شامى عن قهستانى. (٥) الأودية. و فى تاج العروس: (الوادى) كل (مفرج ما بين جبال أو تلال أو آكام) سمى بذلك لسيلانه يكون مسلكا للسيل و منفذا قال =>

و سيحون و دجلة و الفرات

و سيحون و دجلة و الفرات) قال تاج الشريعةّ جيحون (١) نهر خوارزم و سيحون (٢) نهر الترك

=> الجوهرى و ربما اكتفوا بالكسرة عن الياء (ج أوداء) كصاحب و أصحاب (و أودية) قال الجوهرى على غير قياس كأنه جمع ودى مثل سرى و أسرية للنهر (و أوداة) على القلب لغة طيئ (و أودايه) اهـ و فى الكفاية: الأودية هى جمع الوادى على غير القياس و أصل التركيب يدل على الجرى و الخروج فسمى الوادى به لأن الماء يدى فيه أى يجرى و يسيل فكان فيه اطلاق لاسم الحال على المحل كذا فى الصحاح وغيره اه. (١)جيحون. قال ياقوتّ فى معجم البلدان: جيحون بالفتح و هو اسم اعجمى و قد تعسف بعضهم فقال هو من جاحه إذا استأصله و منه الخطوب الجوائح سمى بذلك لاجتياحه الأرضين. قال حمزةّ: أصل اسم جيحون بالفارسية هرون و هو اسم وادى خراسان على وسط مدينة يقال لها جيهان فنسبه الناس إليها و قالوا جيحون على عادتهم فى قلب الألفاظ. و قال ابن الفقيهّ: يجىء جيحون من موضع يقال له ريوساران و هو جبل يتصل بناحية السند و الهند و كابل و منه عين تخرج من موضع يقال له عندميس. و قال الاصطخرىّ: فأما جيحون فان عموده نهر يعرف بجرياب يخرج من بلاد وخاب من حدود بدخشان و ينضم إليه أنهار فى حدود الختّل و وخش فيصير من تلك الأنهار هذا النهر العظيم و ينضم إليه نهر يلى جرياب يسمى بأخش و هو نهر هلبك مدينة الختل و يليه نهر بربان و الثالث نهر فارعى و الرابع نهر انديخارع و الخامس نهر وخشاب و هو أغرز هذه الأنهار فتجتمع هذه الأنهار قبل أن تجتمع مع وخشاب و قبل القواديان ثم ترتفع إليه بعد ذلك أنهار البتم وغيره و منها أنهار الصغانيان و أنهار القواديان فتجتمع كلها و تقع إلى جيحون بقرب القواديان و ماء وخشاب يخرج من بلاد الترك حتى يظهر فى أرض وخش و يسير فى جبل هناك حتى يعبر قنطرة و لا يعلم ماء فى كثرته يضيق مثل ضيقه فى هذا الموضع و هذه القنطرة هى الحد بين الختل و اشجرد ثم يجرى هذا الوادى فى حدود بلخ إلى الترمذ ثم يمر على كالف ثم على زم ثم آمل ثم درغان و هى أول أرض خوارزم ثم الكاث ثم الجرجانية مدينة خوارزم و لا ينتفع بهذا النهر من هذه البلاد التى يمر بها إلا خوارزم لأنه يستقبل عنها ثم ينحدر من خوارزم حتى ينصب فى بحيرة تعرف ببحيرة خوارزم و هى بحيرة بينها و بين خوارزم ستة أيام و هو فى موضع اعرض من دجلة و قد شاهدته و ركبت فيه و رأيته جامدا و كيفية جموده أنه إذا اشتد البرد و قوى كلبه جمد أولا قطعا ثم تسرى تلك القطع على وجه الماء فكلما ماست واحدة الأخرى التصقت بها و لا تزال تعظم حتى يعود جيحون كله قطعة واحدة و لا يزال ذلك الجامد يثخن حتى يصير ثخنه نحو خمسة أشبار و باقى الماء تحته جار فيحفر أهل خوارزم فيه آبارا بالمعاول حتى يخرقوه إلى الماء الجارى ثم يستقوا منه الماء لشربهم و يحملوه فى الجرار إلى منازلهم فلا يصل إلى المنزل إلا و قد جمد نصفه فى بواطن الجرة فاذا استحكم جمود هذا النهر عبرت عليه القوافل و العجل بالبقر و لا يبقى بينه و بين الأرض فرق حتى رأيت الغبار يتطاير عليه كما يكون فى البوادى و يبقى على ذلك نحو شهرين فاذا انكسرت سورة البرد تقطع قطعا كما بدأ فى أول مرة إلى أن يعود إلى حالته الأولى و تظل السفن فى مدة جماده ناشبة فيه لا حيلة لهم فى اقتلاعها منه إلى أن يذوب و اكثر الناس يبادرون برفعها إلى البر قبل الجماد و هو يسمى نهر بلخ مجازا لأنه يمر بأعمالها فأما مدينة بلخ فان أقرب موضع منه إليها مسيرة اثنى عشر فرسخا اه. (٢)سيحون. قال ياقوتّ فى معجم البلدان: سيحون بفتح أوله وسكون ثانيه وحاء مهملة و آخره نون نهر مشهور كبير بماوراء النهر قرب خجدنة بعد سمرقند يجمد فى الشتاء حتى تجوز على جمده القوافل و هو فى حدود بلاد الترك اه.

للناس فيه حق الشفة على الاطلاق و حق سقى الأراضى بأن أحيا واحد أرضا ميتة و كرى منه نهرا ليسقيها إن كان لا يضر بالعامة و لا يكون النهر فى ملك أحد لأنها مباحة فى الأصل إذ قهر الماء يدفع قهر غيره و إن كان يضر بالعامة فليس له ذلك لأن دفع الضرر عنهم واجب و ذلك فى أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت ضفته فيغرق القرى و الأراضى

ودجلة بغير حرف التعريف نهر بغداد و الفرات نهر الكوفة و تبعه الشراح على هذا و قال الكسائى فى الملكوت سيحون نهر المصيصة و جيحون نهر بلخ قلت الحق فى هذا الذى ذكره المحدثون فى تفسير قوله ﷺ فجرت أربعة أنهار من الجنة النيل و الفرات و سيحان (١) و جيحان (٢) رواه أحمدؒ وغيره أن جيحون و يقال له جيحان و تسميها العامة جاحان أصله من بلاد الروم و يسير من الشمال إلى الجنوب ثم يجمع هو و سيحون عند ارية و ينصبان فى بحر الروم بين اياس و طرسوس و أما دجلة و الفرات فقد ذكرناهما نحن قريبا عند قوله و ما ترك الفرات أو دجلة (للناس فيه حق الشفة على الإطلاق) يعنى فى جميع الأحوال (و حق سقى الأراضى بأن أحيا واحد أرضا ميتة و كرى منه نهرا ليسقيها) أى حفر منه نهرا ليسقى الأرض التى أحياها و إنما يجوز ذلك (إن كان) أى كرى النهر منها (لا يضر بالعامة و لا يكون النهر فى ملك أحد لأنها مباحة) أى لأن الأودية العظام مباحة (فى الأصل إذ قهر الماء يدفع قهر غيره) أشار بذلك إلى أن أحدا ليس له قهرفى هذا الموضع لقوة المياه فيها (و إن كان) أى كرى النهر منها (يضر (٣) بالعامة فليس له ذلك لأن دفع الضرر عنهم واجب و ذلك) أشار إلى بيان الضرر (فى أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت ضفته) أى حافته و هى بكسر الضاد و فتحها كذا فى المغرب وذكر فى الديوان بالكسر جانب النهر و بالفتح جماعة الناس (فيغرق القرى و الأراضى

(١)سيحان. قال ياقوتؒ فى معجم البلدان: سيحان بفتح أوله وسكون ثانيه ثم حاء مهملة و آخره نون و هو نهر كبير بالثغر من نواحى المصيصة و هو نهر أذنة بين أنطاكية و الروم يمر بأذنة ثم ينفصل عنها نحو ستة أميال فيصب فى بحر الروم و هو غير سيحون الذى بما وراء النهر ببلاد الهياطلة فى هذه البلاد سيحان وجيحان و هناك سيحون و جيحون و ذلك كله ذكر فى الاخبار. (٢)جيحان. قال ياقوتؒ فى معجم البلدان: جيحان بالفتح ثم السكون و الحاء مهملة و ألف و نون نهر بالمصيصة بالثغر الشامى و مخرجه من بلاد الروم و يمر حتى يصب بمدينة تعرف بكَفَرْبَيّا بازاء المصيصة و عليه عند المصيصة قنطرة من حجارة رومية عجيبة قديمة عريضة فيدخل منها إلى المصيصة و ينفذ منها فيمتد أربعة أميال ثم يصب فى بحر الشام اه. (٣)يضر بالعامة الخ. و فى الشامية: فان أضر بأن يفيض الماء و يفسد حقوق الناس أو ينقطع الماء عن النهر الاعظم أو يمنع جريان السفن تاترخانية فلكل واحد مسلما كان أو ذميا أو مكاتبا منعه بزازية.

و على هذا نصب الرحى عليه لأن شق النهر للرحى كشقه للسقى به و الثالث إذا دخل الما في المقاسم فحق الشفة ثابت و الأصل فيه قوله عليه الصلاة و السلام الناس شركاء فى ثلاث في الماء و الكلأ و النار

و على هذا نصب الرحى عليه) أى و على التفصيل المذكور نصب الطاحون على النهر الذى يسيل من ماء الأودية العظام إن كان لا يضر بالعامة جاز و إلا فلا (لأن شق النهر للرحى كشقه للسقى به) أى كشق النهر لسقى الأراضى بمائه (و الثالث) أى النوع الثالث (إذا دخل الماء فى المقاسم) أى فى قسمة قوم يقسمه الإمام فيما بينهم (فحق الشفة ثابت) فى هذا القسم فالناس شركاء فيه فى حق الشفة لسقى أنفسهم و دوابهم فى ذلك و إن نفد المآء كله و ليس لأهله أن يمنعوا أحدا من الشفة و السقى (و الأصل فيه) أى فيما ذكر من الأنواع (قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ (الناس شركاء فى ثلاث فى الماء و الكلأ و النار) هذا الحديث رواه ثلاثة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم الاول: عبدالله بن عباس رضى الله تعالى عنهما أخرج (١) حديثه ابن ماجةؒ فى سننه عن عبدالله بن خراش عن العوام بن حوشب عن مجاهد عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول ﷺ المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء (٢) و الكلأ و النار قال عبدالحقؒ فى أحكامه قال البخارىؒ عبدالله بن خراش عن العوام بن حوشب منكر الحديث و ضعفه أيضا أبو زرعةؒ و قال فيه أبو حاتمؒ ذاهب الحديث. الثانى: عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما أخرج (٣) حديثه الطبرانىؒ فى معجمه حدثنا الحسين بن اسحاق التسترى حدثنا يحيى الحمانى حدثنا قيس بن الربيع عن زيد بن جبير عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ المسلمون شركاء فى ثلاث الماء و الكلأ و النار. الثالث: رجل من الصحابة أخرج (٤) حديثه أبو داودؒ فى سننه فى البيوع عن على بن الجعد اللؤلوى عن حريز بن عثمان عن أبى خداش حبان بن زيد الشرعبى عن رجل من المهاجرين من أصحاب النبى ﷺ قال غزوت مع النبى ﷺ ثلاثا أسمعه يقول المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء و الكلأ و النار و رواه أحمدؒ فى مسنده و ابن ابى شيبةؒ فى مصنفه فى الأقضية و أسند ابن عدىؒ فى الكامل عن أحمدؒ و ابن معينؒ أنهما قالا فى

(١) أخرج حديثه ابن ماجةؒ فى الرهون باب المسلمون شركاء فى ثلاث ص ١٨٠. (٢) الماء الخ. قال ابن الاثيرؒ فى النهاية: أراد بالماء ماء السماء و العيون و الأنهار الذى لا مالك له و أراد بالكلأ المباح الذى لا يختص بأحد و أراد بالنار الشجر الذى يحتطبه الناس من المباح فيوقدونه وذهب قوم إلى أن الماء لا يملك و لا يصح بيعه مطلقا وذهب آخرون إلى العمل بظاهر الحديث فى الثلاثة و الصحيح الأول اه. (٣) أخرج حديثه الطبرانىؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص ٢٩٤ ج ٤. (٤) أخرج حديثه أبو داودؒ فى البيوع باب فى منع المآء ص ١٣٦ ج ٢.

.....

حريز ثقة وذكره عبدالحقؒ في أحكامه من جهة أبي داودؒ و قال لا أعلم روى عن أبي خداش إلا عن حريز بن عثمان و قد قيل فيه مجهول و قال البيهقيؒ في المعرفة و أصحاب النبي ﷺ كلهم ثقات و ترك ذكر أسمائهم في الإسناد لا يضر إن لم يعارضه ما هو أصح منه قلت حريز بن عثمان بفتح الحاء المهملة و كسر الراء المهملة و في آخره زاء معجمة و أبو خداش بكسر الخاء المعجمة و بالدال المهملة و في آخره شين معجمة و اسمه حبان بن زيد الشرعبي الحمصي و حبان بكسر الحاء المهملة و تشديد الباء الموحدة و روى أبو يوسفؒ في كتاب الخراج حدثنا المعلى بن كثير عن مكحول قال قال رسول الله ﷺ لا تمنعوا ماء و لا كلأ و لا نارا فإنه متاع للمقوين (١) و قوة للمستعينين قوله و الكلأ بفتح الكاف و اللام و في آخره همزة على وزن فعل كشجر و قال الإمام خواهر زادهؒ الكلأ كل ما ينجم على وجه الأرض أي يبسط و ينشر و لا يكون له ساق كالاذخر و نحوه و ما كان له ساق يكون شجرا و الدليل على صحة ذلك قوله سبحانه و تعالى و النجم (٢) و الشجر يسجدان قالوا الشجر ما قام على الساق و النجم ما انبسط و انتشر على وجه الأرض فعلى هذا قالوا الشوك الأحمر من الشجر لا من الكلأ و كذلك الشوك الأبيض الذي يقال له الغرقد من الشجر لأنه يقوم بساق حتى لو نشأ في أرض مملوكة فجاء إنساء و أخذ ذلك كان لصاحب الأرض أن يسترد منه و أما الشوك الأخضر اللين الذي يأكله الإبل و يقال له الخارج ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى حكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضلؒ كان يقول إنه من جملة الكلأ و الحشيش و الفقيه أبو جعفر الهندوانيؒ كان يقول إنه من جملة الشجر قالوا روى عن محمد رحمه الله تعالى فيه في النوادر روايتان في رواية جعله من الكلأ و في رواية جعله من جملة الشجر واختلف الجواب لاختلاف الموضوع لأنه أراد برواية الكلأ ما ينبسط منه على وجه الأرض و لا يكون له ساق و أراد بالرواية الأخرى ما قام على الساق و لا ينجم على وجه الأرض و السوس من الشجر لأنه يقوم على ساق انتهى (٣) كلام خواهر زادهؒ

(١) للمقوين الخ. و في المبسوط للسرخسيؒ: المقوى هو الذي في زاده و المستعين هو المضطر المحتاج.
(٢) و النجم الآية. الرحمن: ٦. (٣) انتهى كلام خواهر زادهؒ. و في الشامية: قال ط و القير و الزرنيخ و الفيروزج كالشجر و من أخذ من هذه الأشياء ضمن خزانة المفتين و الحطب في ملك رجل ليس لأحد أن يحتطبه بغير إذنه و إن كان غير ملك فلا بأس به و لا يضر نسبته إلى قرية أو جماعة ما لم يعلم أن ذلك ملك لهم و كذلك الزرنيخ و الكبريت و الثمار في المروج و الأودية مضمرات و يملك المحتطب الحطب بمجرد الاحتطاب و إن لم يشده و لم يجمعه و لو أخذ الماء من أرض غير التي جعلت مملحة فلا شيء عليه و إن صار الماء ملحا فليس له أخذه و الطين الذي جاء به النهر في ملك انسان لا يجوز لاحد أخذه و ضمن إن أخذه بلا إذن اه و نحوه في التتارخانية.

.....

و قال الجوهرى الكلأ العشب و قد كلئت الأرض و أكلأت فهى أرض مكلئة و كلئة أى ذات كلأ و سواء رطبه و يابسه و قال فى المغرب و الظاهر أنه يقع على ذى الساق و غيره و فسر فى العزيز الكلأ بالنبات ثم إن قوله ﷺ الناس شركاء فى ثلاث شركة إباحة لا شركة ملك فمن سبق إلى أخذ شىء من ذلك فى وعاء أو غيره و أحرزه فهو أحق به و هو ملك له دون من سواه يجوز له تملكيه بجميع وجوه التمليك و هو موروث عنه و يجوز فيه وصاياه كما يجوز فى أملاكه فإن أخذه منه أحد بغير إذنه ضمنه كما يضمن سائر أملاكه و ما لم يسبق إليه أحد فهو لجماعة المسلمين مباح ليس لأحد منع من أراد أخذه للشفة هكذا ذكره الكرخىؒ فى مختصره ثم إنك قد عرفت أن الماء على أربعة أنواع كما ذكره المصنفؒ مستقصى و أما الشركة فى الكلأ فعلى أوجه بعضها أعم من بعض فالأعم أن يكون الحشيش فى أرض لا تكون مملوكة لأحد يكون الناس شركاء فى ذلك فى الرعى و الاحتشاش ليس لأحد أن يمنع انسانا من ذلك و هى كالشركة فى ماء البحار و شركة أخرى أخص من هذه و هو أن يكون الكلأ فى أرض مملوكة نبت بنفسه لا بإنبات صاحب الأرض فلا يملك صاحبه بكونه فى أرضه بل يكون للناس فيه شركة حتى لو أخذه إنسان كان ما أخذه ملكا له إلا أن لصاحب الأرض أن يمنعه من الدخول فى أرضه لأجل الكلأ ذكر محمد رحمه الله تعالى هذا القدر فى الكتاب و لم يزد عليه إلا أن مشايخنا رحمهم الله تعالى زادوا على ذلك قالوا إذا وقع المنازعة بين صاحب الأرض والذى يريد الكلأ لا بد من اعتبار منازعتهما لأن صاحب الأرض يمنعه من الدخول فى ملكه و هذا يطلب حقه لأن له شركة فى الكلأ و إذا وجب اعتبار المنازعة فان كان يجد مريد الكلأ فى موضع آخر غير مملوك لأحد قريب من تلك الأرض يقال له خذ من ذلك و إن لم يجد يقال لصاحب الأرض إما أن تعطيه بيدك أو ائذن له حتى يدخل فيأخذ حقه كمن أتى كرم انسان و فى حوضه ماء و أراد الدخول فى كرمه ليأخذ الماء فمنعه صاحب الكرم إن كان يجد الماء فى موضع آخر غير مملوك لأحد قريب منه يقال له ائت ذلك الملكان خذ منه و إن كان لا يجد يقال لصاحب الأرض إما أن تعطيه بيدك أو ائذن له حتى يدخل و يأخذ منه و شركة أخرى أخص من ذلك كله وهو أن يحتش الكلأ أو ينبته فى أرضه فإنه يكون مملوكا له و ينقطع حق غيره و لا يكون لأحد أخذ ذلك بوجه إلا أنه تبقى شبهة الشركة لقوله ﷺ الناس شركاء فى ثلاثة حتى لو سرقه لا تقطع يده و أما (١) الشركة فى النار فقال شيخ الاسلام

(١)أما الشركة فى النار الخ. و فى المبسوط للسرخسىؒ (ص١٦٥ ج٢٣): وبيان الشركة فى النار من أوقد =>

و إنه ينتظم الشرب و الشرب خص منه الأول و بقى الثانى و هو الشفة و لأن البئر و نحوها ما وضع للاحراز و لا يملك المباح بدونه كالظبى إذا تكنس فى أرضه و لأن فى إبقاء الشفة ضرورة لأن الانسان لا يمكنه استصحاب الماء إلى كل مكان و هو محتاج إليه لنفسه و ظهره فلو منع عنه

خواهر زادهؒ فى كتاب الشرب إن الرجل إذا أوقد نارا فى مفازة فان هذه النار مشتركة بينه و بين الناس أجمع حتى لو جاء إنسان و أراد أن يستضىء بضوء هذه النار أو أراد أن يخيط ثوبا له حول النار أو يصطلى بها فى زمن البرد أو يتخذ منه سراجا لا يكون لصاحب النار منعه إلا أن يكون أوقد النار فى موضع مملوك له فان له أن يمنعه من الانتفاع بملكه لا بالنار فأما إذا أراد أن يأخذ من فتيلة سراجه أو شيئا من الجمرة فان لصاحب النار أن يمنعه من ذلك لأنه ملكه و لو أطلقناه للناس لم يبق له نار يصطلى بها و يخبز بها و هذا لا وجه له (و إنه) أى قول النبى ﷺ الناس شركاء الخ (ينتظم الشرب و الشرب) أى يشمل الشرب بكسر الشين و هو النصيب من الماء و الشرب بضم الشين و هو فعل الشارب (خص منه الأول) و هو الشرب بكسر الشين بالإجماع (و بقى الثانى) و هو الشرب بضم الشين (و هو الشفة) أى و الثانى هو الشفة و هو الشرب لبنى آدم و البهائم (و لأن البئر و نحوها) كالحوض (ما وضع للإحراز) أى لإحراز الماء (و لا يملك المباح بدونه) أى بدون الإحراز (كالظبى إذا تكنس فى أرضه) أى دخل فى الكناس بكسر الكاف و هو الموضع الذى تأوى إليه يقال كنس الظبى إذا تغيب و استتر فى كناسة (و لأن فى إبقاء الشفة ضرورة لأن الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء إلى كل مكان و هو محتاج إليه) أى و الحال أن الانسان محتاج إلى الماء (لنفسه و ظهره) أى مركبه (فلو منع عنه) أى لو منع

=> نارا فى صخر لا حق لاحد فيه فلكل واحد أن ينتفع بناره من حيث الاصطلاء بها و تجفيف الثياب و العمل بضوئها فأما إذا أراد أن يأخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك إذا منعه صاحب النار لأن ذلك حطب أو فحم قد أحرزه الذى أوقد النار و إنما الشركة التى أثبتها رسول الله ﷺ فى النار و النار جوهر الحر دون الحطب و الفحم فان أخذ شيئا يسيرا من ذلك الجمر ينظر فان كان ذلك شيئا له قيمة إذا جعله صاحبه فحما كان له أن يسترده منه و إن كان يسيرا لا قيمة له فليس له أن يسترده منه و له أن يأخذه من غير استئذان لأن الناس لا يمنعون هذا القدر عادة و المانع يكون متعنتا لا منتفعا و قد بينا المتعنت ممنوع من التعنت شرعا اه و فى الهندية: إن كانت النار بحال لو خمدت تصير فحما ليس له أن يقتبس منها لأن لها قيمة لا محالة و إن كانت بحال لو خمدت تصير رمادا فله أن يقتبس منها و قيل إن كانت النار من حطب مباح بأن أوقد الشجر القائم كما يكون فى الفيافى من غير أن يحرزه أولا كان له أن يقتبس منها و إن كانت بحال لو خمدت تصير فحما و أما إذا أحرزه أولا حتى صار ملكا له فهو على التفصيل الذى قلنا كذا فى المحيط.

أفضى إلى حرج عظيم فإن أراد رجل أن يسقي بذلك أرضا أحياها كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه أضر بهم أو لم يضر لأنه حق خاص لهم و لا ضرورة و لأنا لو أبحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب و الرابع الماء المحرز في الأواني و إنه صار مملوكا له بالاحراز و انقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا إلى الدليل و هو ما روينا حتى لو سرقه إنسان في موضع يعز وجوده و هو يساوي نصابا لم تقطع يده

الانسان عن الماء (أفضى إلى حرج عظيم) و الحرج مدفوع شرعا (فان أراد رجل أن يسقي بذلك) أي بالماء الذي دخل في القسمة (أرضا أحياها كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه أضر بهم أو لم يضر لأنه حق خاص لهم و لا ضرورة) في ذلك (و لأنا لو أبحنا ذلك) أي سقى أرضه بذلك الماء (لانقطعت منفعة الشرب) بضم الشين و هو الشفة (و الرابع) أي النوع الرابع من الأنواع المذكورة (الماء (١) المحرز في الأواني) كالحباب و الدنان و الجرار و نحوها (و إنه) أي هذا النوع من الماء (صار (٢) مملوكا له بالإحراز و انقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ) لأنه بأخذه دخل في ملكه و انقطع حق الغير عنه حتى لو أتلفه رجل يضمن قيمته (إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة) أي لكن بقيت في هذا الماء شبهة الشركة (نظرا إلى الدليل و هو ما رويناه) أراد به قوله ﷺ الناس شركاء الحديث (حتى لو سرقه إنسان في موضع يعز وجوده و هو ما يساوي نصابا) أي نصاب السرقة و هو عشرة دراهم (لم تقطع يده) للشبهة فان قلت فعلى هذا ينبغي أن لا تقطع يد السارق في شيء مّا لأنه سبحانه و تعالى قال خلق (٣) لكم ما في الأرض جميعا فيورث شبهة بهذا الطريق قلت ليس لها نظير ذلك لأن فيما نحن فيه شركة في الأشياء المخصوصة بعد ثبوت الشركة العامة و لهذا لم تورث الشركة العامة شبهة في سقوط حد الزنا لأنه لو زنى بأمة الغير يجب الحد و لو زنى بأمة مشتركة بينه و بين غيره لم يجب الحد إذ لو عملنا بعموم قوله

(١) الماء المحرز في الأواني. قلت مثله المحرز في الصهاريج التي توضع لاحراز الماء في الدور كما حـ ه الرملي في فتاواه و حاشيته على البحر و أفتى به مرارا و قال إن الاصل قصد الاحراز و عدمه و مما صرحوا به وضع رجل طستا على سطح فاجتمع فيه ماء المطر فرفعه آخر إن وضعه الاول لذلك فهو له و إلا فللرافع اهـ كذا في الشامية و فيها أيضا لو أحرزه (أي الماء) في جرة أوحب أو حوض مسجد من نحاس أو صفر أو جص و انقطع جريان الماء فانه يملكه و إنما عبر بالاحراز أي لا الأخذ إشارة إلى أنه لو ملأ الدلو من البئر و لم يبعده من رأسه لم يملكه عند الشيخين رحمهما الله تعالى إذ الاحراز جعل الشيء في موضع حصين و إلى انه لو اغترف الماء من حوض الحمام باناء الحمامي فانه يبقى على ملك الحمامي لكنه أحق به من غيره كما في المنية وغيرها قهستاني

(٢) صار مملوكا له فله بيعه شامي عن ملتقى. (٣) خلق لكم الآية. البقرة: ٢٩.

و لو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر فى ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه إذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء فى غير ملك أحد و إن كان لا يجد يقال لصاحب النهر إما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذه بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته و هذا مروى عن الطحاوى رحمه الله تعالى و قيل ما قاله صحيح فيما إذا احتفر فى أرض مملوكة له أما إذا احتفرها فى أرض موات ليس له أن يمنعه لأن الموات كان مشتركا و الحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة فى الشفة و لو منعه عن

سبحانه و تعالى خلق لكم ما فى الأرض جميعا يلزم انسداد باب الحدود كلها و بطل العموم بالآيات الدالة عليها من نحو قوله سبحانه و تعالى الزانية (١) و الزانى و قوله السارق (٢) و السارقة و هذا لا يصح لأن العمل بخبر الواحد و هو قوله ﷺ إدرأوا الحدود ما استطعتم إنما يصح لو بقى الكتاب معمولا عند العمل بخبر الواحد فعلم أن المراد بالشبهة الخاصة لا العامة و قال تاج الشريعةؒ فى جواب هذا الاعتراض مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد كما فى قوله سبحانه و تعالى حرمت (٣) عليكم أمهاتكم و قوله سبحانه و تعالى و أحل (٤) لكم ما وراء ذلكم و لا يجوز الزائد على الأربع فكذا معنى الآية والله اعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع فى يده لا كل الأشياء و فيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس عاما (و لو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر فى ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه إذا كان يجد ماء آخر بقرب (٥) من هذا الماء فى غير ملك أحد و إن كان لا يجد يقال لصاحب النهر إما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذه بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته) أى جانبه (و هذا مروى عن الطحاوى رحمه الله تعالى) أى هذا الذى ذكرناه منقول عن الإمام الحافظ الفقيه أبو جعفر (٦) أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوى المصرى رحمه الله تعالى (و قيل ما قاله صحيح) أى ما قاله أبو جعفر الطحاوى رحمه الله تعالى صحيح (فيما إذا احتفر فى أرض مملوكة له أما إذا احتفرها فى أرض موات ليس له أن يمنعه لأن الموات كان مشتركا و الحفر لإحياء حق مشترك) أى لأجل إحياء حق مشترك (فلا يقطع الشركة فى الشفة) فإن الغلة الحاصلة من هذا الشرب تكون مشتركة بين المالك و مصرف العشر أو مصرف الخراج إن كان الماء خراجيا (و لو منعه عن

(١)الزانية الآية. النور: ٢. (٢)السارق الآية. المآئدة:٣٨. (٣)حرمت الآية. النساء: ٢٣. (٤)و أحل الآية. النساء: ٢٤. (٥)بقرب الخ. قال العلامة المقدسىؒ و لم أر تقدير القرب و ينبغى تقديره بالميل كما فى التيمم كذا فى الشامية. (٦)ابو جعفر الخ. قد مر بيان ترجمة الامام الطحاوىؒ بالبسط فى الوقف ص٦٠٢إلى ص٦٠٥ج٩.

ذلك و هو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لأنه قصد إتلافه بمنع حقه و هو الشفة و الماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لأنه قد ملكه و كذا الطعام عند إصابة المخمصة

ذلك و هو يخاف على نفسه أو ظهره العطش) أى لو منعه صاحب البئر أو العين أو الحوض أو النهر الذى فى ملكه عن الدخول فيه و الحال أن الشخص الممنوع يخاف على نفسه أو مركبه العطش (له (١) أن يقاتله بالسلاح لأنه قصد إتلافه بمنع حقه و هو الشفة و الماء فى البئر مباح غير مملوك) لأنه لم يوجد منه احراز فبقى مشتركا بين الناس فإذا منع غيره من الاستقاء منه منع حقه و من منع حقا مستحقا لغيره كان لصاحب الحق أن يقاتل المانع لحقه بالسلاح ليصل إلى حقه كما لو صنع طعاما مشتركا بينه و بين المانع كان له أن يقاتل المانع بالسلاح (بخلاف الماء المحرز فى الإناء حيث (٢) يقاتله بغير السلاح لأنه قد ملكه) يعنى إذا منع ماء محرزا بأن أحرزه فى قربة أو جب و نحوه حتى انقطع شركة الغير عنه و كان المريد للماء مضطرا إلى ذلك فإنه يقاتله بمادون السلاح من العصا لأنه لم يمنع حقه لأنه انقطعت الشركة بالاحراز و إنما منع ملكه و من منع ملكه عن المضطر كان للمضطر أن يقاتله بما دون السلاح من العصا (و كذا الطعام عند إصابة المخمصة) أى و كذا حكم الطعام إذا منعه عن المريد عند المخمصة فإنه يقاتله بدون سلاح

(١)له أن يقاتله بالسلاح. و فى كتاب الخراج لأبى يوسفؒ فأما الماء خاصة فانهم كانوا يرون فيه إذا خيف على النفس قتال المانع منه و هو فى الأوعية عند الاضطرار إذا كان فيه فضل عمن هو فى يده و يحتجون فى ذلك بحديث عمر رضى الله تعالى عنه فى القوم السفر الذين وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فلم يدلوهم عليها فقالوا إن أعناقنا و أعناق مطايانا قد كادت تنقطع من العطش فدلونا على البئر و أعطونا دلوا نستقى به فلم يفعلوا فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلام اه و فيه أيضا: قال يحيى ابن آدم سمعنا عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال فى قوم وردوا على قوم من الأعراب فلم يعطوهم دلوا و لا رشاء و لم يدلوهم على الماء فقال عمر رضى الله تعالى عنه أفلا وضعتم فيهم السلاح قال يحيى حدثنيه محمد بن الحسن عن أبى حنيفة عن الهيثم عن عمر رضى الله تعالى عنه مثله اه قلت مرسل صحيح فان الهيثم لم يدرك عمر رضى الله تعالى عنه عده الحافظؒ فى التقريب من الطبقة السادسة الذين لم يثبت لهم لقاء أحد من الصحابة رضى الله تعالى عنهم كذا قاله العثمانىؒ فى الاعلاء ص ٢١ ج١٨. (٢)حيث يقاتله الخ. هذا إذا كان معه ماء كثير فان لم يكن كثيرا فهو على وجهين أحدهما أن يكون الماه مقدار ما يرد رمقهما أو كان يكفى لأحدهما فان كان يرد رمقهما كان للمضطر أن يأخذ منه البعض و يترك البعض و إن كان لا يكفى إلا لأحدهما فانه يترك الماء للمالك هندية عن نهاية و يضمن له ما أخذ لأن حل الأخذ للاضطرار لا ينافى الضمان كما قدمناه أول الحظر و الاباحة وذكر الاتقانىؒ أنه لو منعه الدلو فان كان لصاحب البئر قاتله بغير سلاح و إن للعامة قاتله بالسلاح اه شامية.

و قيل فى البئر و نحوها الأولى أن يقاتله بغير سلاح بعضا لأنه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له و الشفة إذا كان يأتى على الماء كله بأن كان جدولا صغيرا و فيما يرد من الإبل و المواشى كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لأن الابل لا يردها فى كل وقت فصار كالمياومة و هو سبيل فى قسمة الشرب و قيل له أن يمنع اعتبارا بسقى المزارع و المشاجر و الجامع تفويت حقه و لهم أن يأخذوا الماء

(و قيل فى البئر و نحوها الأولى (١) أن يقاتله بغير سلاح بعضا لأنه) أى مانع الماء (ارتكب معصية) حيث ترك إحياء نفس قدر على إحيائها (فقام ذلك) أى القتال معه بنحو العصا (مقام التعزير له) لأن مرتكب المعصية يستحق التعزير تأديبا و زجرا عنه (و الشفة إذا كان يأتى على الماء كله) أى شرب الناس و الدواب إذا كان يفنى الماء و يستأصله (بأن كان جدولا صغيرا) أى بأن كان النهر جدولا صغيرا (و فيما يرد من الابل و المواشى كثرة ينقطع الماء عنه بشربها) أى و كان فى ورود الإبل و المواشى على هذا النهر كثرة بحيث ينقطع الماء عنه بشرب هؤلاء خص بذكر الإبل و إن كانت داخلة فى المواشى لاختصاصها بكثرة شرب الماء عند الورود لأنها غالبا لا ترد الماء إلا بعد عطش شديد فتحمل ماء كثيرا (قيل لا يمنع منه لأن الابل لا يردها فى كل وقت فصار) أى الجدول بينه و بينهم (كالمياومة) و المسابعة و المشاهرة (و هو سبيل فى قسمة الشرب) أى كونه كالمياومة طريق فى قسمة الشرب بكسر الشين قال سبحانه و تعالى لها شرب و لكم شرب يوم معلوم (و قيل (٢) له أن يمنع اعتبارا بسقى المزارع و المشاجر) جمع المشجر و هو موضع الشجرة فى المبسوط (٣) و عليه أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى (و الجامع تفويت حقه) أى الجامع بين منع الشفة من الجدول عند الاستئصال و بين منع سقى المزارع و المشاجر تفويت الحق فى كل منهما و ذلك لأن النهر أو القناة إنما يشق لسقى الأرض و الشجر و الزرع فليس لغيره أن يسوى نفسه بالمستحق و يضره فيما هو المقصود فكما له أن يمنع غيره من سقى أرضه و كسر ضفته باعتبار ذلك فكذلك يمنع فيما نحن فيه لأنه يتضرر به صاحب الحق و عن أحمد رحمه الله تعالى له سقى أرضه على وجه لا يكسر الضفة و بقولنا قال الشافعي و مالك و القاضى الحنبلى رحمهم الله تعالى (و لهم) أى و لأهل الشفة (أن يأخذوا الماء

(١) الأولى الخ. هذا يشير إلى أنه يجوز أن يقاتله بسلاح حيث جعل الأولى أن لا يقاتله به زيلعى. (٢) قيل له أن ... ع الخ. جزم به فى الملتقى كذا فى الشامية. (٣) المبسوط للسرخسى ص ١٦٩ ج ٢٣.

منه للوضوء و غسل الثياب في الصحيح لأن الأمر بالوضوء و الغسل فيه كما قيل يؤدى إلى الحرج و هو مدفوع و إن أراد أن يسقي شجرا أو خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الأصح لأن الناس يتوسعون فيه و يعدون المنع من الدناءة و ليس له أن يسقي أرضه و نخله و شجره من نهر هذا الرجل و بئره و قناته إلا باذنه نصا و له أن يمنعه (١) من ذلك لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لأن في إبقائه

منه) أى من النهر المملوك أو البئر المملوك (للوضوء و غسل الثياب فى الصحيح) احترز به عن قول بعض المشايخ رحمهم الله تعالى إنه يتوضأ في النهر و يغسل الثياب فيه (لأن الأمر بالوضوء أو بالغسل فيه) أى فى النهر و البئر (كما قيل يؤدى إلى الحرج) على ما لا يخفى (و هو مدفوع) أى الحرج مدفوع شرعا واختلفوا فى التوضؤ بماء السقاية فقال بعضهم يجوز و قال بعضهم إن كان الماء كثيرا يجوز و إلا فلا و كذا كل ماء أعد للشرب حتى قالوا فى الحياض التى أعدت للشرب لا يجوز منها التوضؤ و يمنع منه و هو الصحيح و يجوز أن يحمل من ماء السقاية إلى بيته للشرب كذا فى الفتاوى (و إن أراد أن يسقى شجرا أو خضرا (٢) فى داره حملا بجراره) أى حال كونه حاملا الماء بجراره (٣) و هو جمع جرة (له ذلك فى الأصح (٤)) احترز به عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ رحمهم الله تعالى فإنهم قالوا (٥) ليس له ذلك إلا باذن صاحب النهر لأنه ليس من الشفة (لأن الناس يتوسعون فيه) أى فى حمل الماء بالجرار (و يعدون المنع من الدنائة) أى الخساسة (و ليس له (٦) أن يسقى أرضه و نخله و شجره من نهر هذا الرجل و بئره و قناته إلا باذنه نصا) أى صريحا بأن يقول له خذوا و نحو ذلك (و له أن يمنع من ذلك) أى لصاحب النهر و البئر و القناة أن يمنع غيره من سقى أرضه و نخيله (لأن الماء متى دخل فى المقاسم) أى فى قسمة رجل بعينه (انقطعت شركة الشرب بواحدة (٧) لأن في إبقائه) أى في إبقاء شركة الشرب و

(١)يمنعه. ن. يمنع. (٢)خضرا (بالضم فالسكون أو الفتح) جمع خضرة (بالضم فالسكون) و هى فى لون الأخضر فسمى به و لذا جمع و فى الرسالة اليوسفية الخضر البقل و القثاء و الخيا و البطيخ و كل شيء ليس له أصل كذا فى المغرب. (٣)بجراره بكسر الجيم جمع جرة (بالفتح) و هو ما يعمل من الخزف و يجمع أيضا على جر (بالفتح) كما فى اللسان و التاج عن التهذيب. (٤)فى الاصح كذا فى التنوير و التبيين و الملتقى و غيرها شامى. (٥)قالوا ليس له ذلك الخ. قال فى الخانية و الوجيز و هو الاصح فهما قولان مصححان (فرع) العين أو الحوض الذى دخل فيه الماء بغير احراز و احتيال فهو بمنزلة النهر الخاص ط شامى. (٦)ليس له أن يسقى أرضه الخ. اضطر إلى ذلك أو لا و لا ضمان عليه إن سقى أرضه أو زرعه من غير إذن و إن أخذ مرة بعد مرة يؤدبه السلطان بالضرب و الحبس إن رأى ذلك كذا فى الخانية. (٧)بواحدة أى بالكلية و فى الخانية: نهر خاص بقوم ليس لغيرهم أن يسقى بستانه أو أرضه إلا باذنهم فان أذنوا إلا واحدا أو كان فيهم صبى أو غائب لا يسع الرجل أن يسقى منه زرعه أو أرضه اهـ.

قطع شرب صاحبه و لأن المسيل حق صاحب النهر و الضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه و لا شق الضفة فان أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لأنه حقه فتجرى فيه الاباحة كالماء المحرز في إنائه.

فصل في كرى الأنهار

قال الأنهار ثلاثة

التذكير باعتبار الاشتراك (قطع شرب صاحبه) أى صاحب النهر و غيره (و لأن المسيل حق صاحب النهر و الضفة تعلق بها حقه) أى حق صاحب النهر (فلا يمكنه التسييل فيه) أى فلا يمكن غير صاحب النهر تسييل الماء فى ذلك المسيل (و لا شق الضفة) أى و لا يمكنه أيضا شق ضفة نهر صاحب النهر (فإن أذن له صاحبه فى ذلك) أى فإن أذن للغير صاحب النهر و غيره فى مسيل الماء أو فى شق ضفة نهره (أو أعاره فلا بأس لأنه حقه) أى المنع كان لحقه فإذا أذن أو أعار زال المانع (فتجرى فيه الإباحة) أى تجرى الاباحة فى ماء النهر أو البئر أو القناة (كالماء المحرز فى إنائه) أى كما يجرى الإباحة فى الماء الذى أحرزه فى قربة أو كوز و نحوهما فرع: و فى الذخيرة و المنية عبد أو أمة أو صبى إذا ملأ الكوز من ماء الحوض و أراق بعض ذلك فى الحوض لا يحل أن يشرب الماء من ذلك الحوض لأن الماء الذى فى الكوز يصير ملكا للآخذ فاذا اختلط بالماء المباح و لا يمكن التمييز لا يحل شربه فرع آخر: و لو أمر صبيا أبوه أو أمه باتيان الماء من الوادى أو الحوض فى الكوز فجاء به لا يحل لأبويه أن يشربا من ذلك الماء إن لم يكونا فقيرين لأن الماء صار مملوكا له و لا يحل لهما الأكل من ماله بغير حاجة فكذا الشرب (١) و عن محمد رحمه الله تعالى يحل لأبويه شربه و إن كانا غنيين اعتبارا للعرف و العادة.

(فصل في كرى الأنهار)

أى هذا فصل في بيان أحكام كرى (٢) الأنهار و هو حفرها (قال) أى المصنفؒ (الأنهار ثلاثة) أى

---

(١) فكذا الشرب. و فى الشامية: و فى هذين الفرعين حرج عظيم ط أقول و فى كل منهما اشكال أيضا أما الأول فلأن العبد لا يملك و إن ملك فيكون لمالكه لأنه مالك أكسابه و لأنه لم يبين متى يحل الشرب منه و هل ثم فرق بين الحوض الجارى أو ما فى حكمه و بين غيره و ينبغى أن يعتبر غلبة الظن بأنه لم يبق مما أريق فيه شىء منه بسبب الجريان أو النضح و إلا يلزم هجر الحوض و عدم الانتفاع به أصلا و يمكن أن يعتبر بالنجاسة فيحل الشرب من نحو البئر بالنزح و من غيرها بالجريان بحيث لو كان نجاسة لحكم بطهارتها فليتأمل و أما الثانى فلأن للأب أن يستخدم ولده قال فى جامع الفصولين و للأب أن يعير ولده الصغير ليخدم أستاذه لتعليم الحرفة و للأب أو الجد أو الوصى استعماله بلا عوض بطريق التهذيب و الرياضة اه إلا أن يقال لا يلزم من ذلك عدم ملكه لذلك الماء المباح و إن أمره به أبوه والله تعالى اعلم. (٢) كرى الأنهار الخ. قال القهستانىؒ كرى النهر إخراج الطين و نحوه منه فالكرى مختص بالنهر بخلاف الحفر على ما قاله البيهقىؒ إلا أن كلام المطرزىؒ يدل على الترادف اه شامى.

نهر غير مملوك لأحد و لم يدخل ماؤه فى المقاسم بعد كالفرات و نحوه و نهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة إلا أنه عام و نهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة و هو خاص و الفاصل بينهما استحقاق الشفعة به و عدمه فالأول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم و يصرف إليه من مؤنة الخراج و الجزية دون العشور و الصدقات

ثلاثة أقسام (نهر غير مملوك لأحد) أى أحدها نهر غير مملوك لأحد (و لم يدخل (١) ماؤه فى المقاسم بعد) يعنى بعد ما قمسوا (كالفرات و نحوه) مثل جيحون و سيحون و النيل و الفرات (و نهر) أى الثانى نهر (مملوك دخل ماؤه تحت القسمة إلا أنه عام) بين الناس (و نهر) أى الثالث نهر (مملوك دخل ماؤه فى القسمة و هو خاص) أى و الحال أنه خاص بين جماعة متعينين (و الفاصل بينهما) أى بين النهر العام و النهر الخاص (استحقاق الشفعة به) أى بالنهر (و عدمه) أى عدم استحقاق الشفعة به و قد ذكرنا ذلك فى الشفعة إن كل نهر يجرى فيه السفن فهو عام لا يستحق به الشفعة و ما لا يجرى فيه السفن فهو خاص يستحق به الشفعة وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى الخاص ما يسقى منه قراحان أو ثلاثة و ما زاد على ذلك فهو عام و فى فتاوى قاضى خان تكلموا فى النهر الخاص قيل إن كان النهر لعشرة فما دونها أو عليه قرية واحدة يعنى ماؤه يقسم فيها فهو نهر خاص يستحق به الشفعة و لما فوق العشرة عام و قيل لما دون الأربعين خاص و للأربعين عام و قيل لما دون المائة خاص وقيل لما دون الألف خاص و أصح ما قيل فيه أن يفوض إلى رأى المجتهد حتى يختار أىّ الاقاويل شاء و قال الإمام خواهر زادهؒ فى شرح كتاب الشرب و أحسن ما قيل فيه من التحديد إن الشركاء فى النهر إن كانوا ما دون المائة فالشركة خاصة تستحق بها الشفعة و إن كانوا مائة فصاعدا فالشركة عامة لا تجب الشفعة للكل و إنما تكون للجار و فى الاجناس حق الشرب فى الأرض يجرى مجرى الطريق فى الأرض فى استحقاق الشفعة لأنه من حقوق الأرض فان كان النهر يجرى فيه السفن لا شفعة بحق الشرب كما لا شفعة بطريق الاستطراق فى طريق نافذ و إذا كان النهر يجرى فيه السماويات دون السفن تعلق بحق الشرب الشفعة كما يتعلق بطريق غير نافذة الشفعة (فالأول) أى القسم الأول و هو النهر غير المملوك لأحد (كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكرى لهم) أى للمسلمين (فتكون مؤنته عليهم) أى مؤنة الكرى على المسلمين (و يصرف إليه) أى إلى الكرى (من مؤنة الخراج و الجزية دون العشور و الصدقات

(١)لم يدخل ماؤه فى المقاسم أى لا يقسم ماؤه و لا يمكن ذلك كجيحون و الفرات و نحوه فانه لا يمكن قسمة مائه بأن يكون يوما لقوم و يوما لآخرين كفاية.

لأن الثاني للفقراء و الأول للنوائب فإن لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم و في مثله قال عمر رضى الله تعالى عنه لو تركتم لبعتم أولادكم إلا أنه يخرج له من كان يطيقه و يجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم و أما الثاني فكريه على أهله لا على بيت المال لأن الحق لهم و المنفعة تعود إليهم على الخصوص و الخلوص و من أبى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام و هو ضرر بقية الشركاء و ضرر الآبي خاص و يقابله عوض فلا يعارض به

لأن الثاني) أي العشور و الصدقات (للفقراء و الأول) أي الخراج و الجزية (للنوائب) و هو جمع نائبة و هي التي تنوب المسلمين من الخراج كبناء القناطر وسد الثغور و نحو ذلك (فان لم يكن في بيت المال شيء فالإمام يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم) أي إذ الناس لا يقيمون مصلحة العامة بأنفسهم لأن العوام قل ما ينفقون على ذلك من غير إجبار و الإمام نصب ناظرا في أحوال الناس فيجبرهم على ذلك (و في مثله) أي و في مثل هذا الأمر (قال عمر رضى الله تعالى عنه لو تركتم) على صيغة المجهول (لبعتم أولادكم) يعني لو تركتم في مثل هذه النائبة التي تلحق المسلمين و لم تجبروا على إقامة المصلحة العامة في مثل هذه الصورة لفسدت مياه المسلمين و لم يحصل شيء من مزارع الأرض ووقع الغلاء إلى أن يؤول الأمر إلى بيع أولادكم فان قلت ما حال هذا الأثر قلت لم أقف عليه في الكتب المشهورة في الحديث و إنما ذكره أصحابنا في كتبهم و لم أدر من أين أخذوه (إلا أنه يخرج له) أي إلا أن الإمام يخرج للكرى أي لأجله (من كان يطيقه) أي يطيق الكرى أي عمله بنفسه (و يجعل مؤنته على المياسير) أي على الأغنياء (الذين لا يطيقونه بأنفسهم) أي لا يطيقون الكرى بأنفسهم كما جعل في تجهيز الجيش فان الإمام يخرج من أطاق القتال و يجعل مؤنتهم على الأغنياء (و أما الثاني) أي النوع الثاني و هو النهر المملوك الذي دخل ماؤه تحت القسمة إلا أنه عام (فكريه على أهله لا على بيت المال لأن الحق لهم و المنفعة تعود إليهم على الخصوص) دون الاشتراك بالعامة (و الخلوص) دون أن يكون للامام شيء فيه (و من أبى منهم) أي امتنع من أهل هذا النهر عن الانفاق على الكرى (يجبر على كريه دفعا للضرر العام و هو ضرر بقية الشركاء) لأنهم يتضررون لو لم يجبر الآبي لأنهم يحتاجون إلى كرى نصيبه (و ضرر الآبي خاص) هذا جواب عما يقال إن الآبي إذا أجبر عليه يتضرر أيضا حيث يحتاج إلى إنفاق مال فقال ضرر الآبي خاص (و يقابله عوض) أي يقابل ضرر الآبي عوض و هو حصته من الشرب (فلا يعارض به) أي فلا يعارض الضرر العام

و لو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق و فيه ضرر عام كغرق الأراضي و فساد الطرق يجبر الآبي و إلا فلا لأنه موهوم بخلاف الكرى لأنه معلوم و أما الثالث و هو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني و قيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص و يمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما أنفقوا فيه

بالضرر الخاص لأن ضرر العامة أعلى من ضرر الآبي فيتحمل الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعلى ولأن ضرر الآبي بعوض كما مر آنفا وضرر العامة لا عوض له فلا يستوى الضرران فلا تعارض بل جانب الضرر العام غالب فيجب السعي في إعدامه (و لو أرادوا) أى لو أراد أهل هذا النهر (أن يحصنوه) أى النهر (خيفة الإنبثاق) أى لأجل الخوف من الإنبثاق (١) و هو الانفجار يقال بثق الماء و السيل موضع كذا أى خرقه و شقه و مادته الأصلية البثق بباء موحدة و ثاء مثلثة و قاف و فسرها الكاكيؒ بالفارسية دريدن بند آب (و فيه ضرر عام) أى و الحال أن في الإنبثاق ضررا عاما (كغرق الأراضي و فساد الطرق يجبر الآبي) أى الممْتنع منهم (و إلا فلا) أى و إن لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر الآبي (لأنه موهوم) أى لأن الإنبثاق موهوم غير معلوم الوقوع فإذا لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر الآبي (بخلاف الكرى لأنه معلوم) لأن حاجة النهر إلى الكرى في كل وقت معلوم عادة و قد التزموه عادة فيجبر الآبي هنا لا محالة لأنه بابائه يريد قطع منفعة الماء عن نفسه و شركائه فليس له ذلك فلذلك يجبر عليه (و أما الثالث) أى النوع الثالث (و هو) أى النهر (الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا) أشار به إلى قوله لأن الحق لهم و المنفعة تعود إليهم على الخصوص و الخلوص (ثم قيل (٢) يجبر الآبي) و هو قول أبي بكر الاسكافؒ (كما في الثاني) أى في النوع الثاني كما بينا (و قيل لا يجبر) و هو قول أبي بكر بن أبي سعيد البلخيؒ و قال الفقيه أبو جعفرؒ و بقول استاذى أبي بكر البلخيؒ آخذ (لأن كل واحد من الضررين خاص) لأنهما مستويان فيترك ما كان على ما كان لما تعذر دفع أحدهما بالآخر كما في الحائط بين اثنين إذا انهدم أو انهدم علو و سفل فأراد أحدهما أن يبني و أبى الآخر لا يجبر الآبي بل يقال للآخر ابن أنت إن شئت (و يمكن دفعه عنهم) أى يمكن دفع الضرر عن رفقة الآبي (بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه) أى في الكرى بأن يستوفوا من نصيب الآبي من الشرب قدر ما يبلغ قيمة ما أنفقوا

(١)الانبثاق الخ. قال الجوهريؒ في الصحاح: بثق السيل موضع كذا يبثق (من باب نصر ينصر) بثقا (بالفتح فالسكون) و بثقا (بالكسر فالسكون) عن يعقوب أى خرقه و شقه فانبثق أى انفجر اه. (٢)قيل يجبر الخ. و في الشامية: قال القهستانيؒ في العام لو امتنع عنه كلهم أو بعضهم يجبرون عليه و في الخاص لو امتنع الكل لا يجبرون إلا عند بعض المتأخرين و لو امتنع البعض أجبر على الصحيح كما في الخزانة اه و قوله لا يجبرون هو ظاهر الرواية كما في الكفاية.

إذا كان بأمر القاضي فاستوت الجهتان (١) بخلاف ما تقدم و لا يجبر (٢) لحق الشفعة كما إذا امتنعوا جميعا و مؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا هي عليهم جميعا من

من نصيبه في الكرى (إذا كان) أي الانفاق (بأمر القاضي (٣) فاستوت الجنبتان) أي إذا كان الأمر كذلك استوت جنبة الآبي و جنبة رفقته في الخصوص أراد به استواء الضررين لأن كل واحد منهما بعوض فامتنع التعارض (بخلاف ما تقدم) و هو الاجبار في النهر الثاني فإن من أبى من أهله يجبر عليه هناك لأن إحدى الجهتين عام و الأخرى خاص فيجبر الآبي دفعا للضرر العام عن غيره (و لا يجبر لحق الشفعة) هذا جواب اشكال و هو أن يقال إن كان لا يجبر الآبي على الكرى لحق الشراء فلم يجبر لحق الشفعة كما قيل إنه يجبر لحق الشفعة و هو قول بعض المتأخرين من أصحابنا فقال لا يجبر لحق الشفعة لأن الجبر لحق الشفعة لا يستقيم (كما إذا امتنعوا جميعا) عن الكرى فإنهم لا يجبرون على الكرى لحق أصحاب الشفعة (و مؤنة كرى النهر المشترك عليهم) أي على الشركاء (من أعلاه) اى من أعلى النهر (فاذا جاوز) أي الكرى (أرض رجل رفع عنه) أي رفع الكرى عن الرجل و صورته ما ذكره في الكافي و التحفة أن النهر إذا كان بين عشرة لكل واحد منهم أرض كان الكرى من أول النهر إلى أن يتجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم على كل واحد منهم العشر فإذا تجاوز شرب الأول خرج هو من الكرى و يكون الكرى على الباقين تسعة أسهم فاذا تجاوز شرب الثاني سقط عنه النفقة و يكون الكرى على الباقين على ثمانية أسهم و على هذا الترتيب و قالا إن المؤنة بينهم على عشرة أسهم من أول النهر إلى آخره (و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أي رفع مؤنة الكرى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و في فتاوى قاضي خان و بقوله أخذوا في الفتوى (و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هي عليهم جميعا من

---

(١)الجهتان. ن. الجنبتان. (٢)لا يجبر.ن. لا جبر. (٣)بأمر القاضي. و في الذخيرة: و إن لم يرفعوا الأمر إلى القاضي هل يرجعون على الآبي بقسطه من النفقة و يمنع الآبي من شربه حتى يؤدي ما عليه قيل نعم و قيل لا وذكر في عيون المسائل أن الأول قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى فليتأمل عند الفتوى اه ملخصا و مثله في التتارخانية و البزازية و ظاهره أنه لا ترجيح لأحد القولين فلذا خيروا المفتي لكن مفهوم كلام الشارح كالهداية و التبيين و غيرهما ترجيح عدم الرجوع بلا أمر القاضي ثم هذا كله مبني على القول بأنه لا يجبر الآبي فانهم فرعوه عليه و قدمنا تصحيح الجبر فتدبر كذا في الشامية.

أوله إلى آخره بحصص الشرب و الأرضين لأن لصاحب الأعلى حقا فى الاسفل لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه و له أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى و قد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه انفاع غيره و ليس على صاحب المسيل عمارته كما إذا كان له مسيل على سطح غيره كيف و إنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم إنما يرفع عنه

أوله إلى آخره) أى مؤنة الكرى على الشركاء جميعا من أول النهر إلى آخره (بحصص الشرب و الأرضين لأن لصاحب الاعلى حقا فى الأسفل) أى فى أسفل النهر (لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه) أى فى الاعلى لأنه إذا سد عليه فاض الماء على أرضه و أفسد زرعه فعلم أن كل واحد ينتفع بالنهر من أوله إلى آخره و لهذا تستحق الشفعة بمثل هذا النهر و حق أهل الأعلى و الأسفل فى ذلك سواء فاذا استووا فى الغنم يستوون فى الغرم و هو مؤنة الكرى (و له) أى لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى و قد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه إنفاع غيره) قال السغناقىؒ الصواب نفع غيره لأن الانفاع فى معنى النفع غير مسموع و تبعه على ذلك الكاكىؒ و قال الاترازىؒ استعمل الانفاع فى معنى النفع و هو ضد الضرر و لم يسمع ذلك فى قوانين اللغة و جاء ارجعته بمعنى رجعته فى لغة هذيل و يجوز على قياسه انفعته بمعنى نفعته و لكن اللغة لا تصح بالقياس و يجوز أن يكون ذلك سهوا من الكاتب بأن يكون فى الاصل انتفاع غيره من باب الافتعال قلت لا يلزمؒ أن تكون الهمزة هنا للتعدية لكون النفع متعديا بدون الهمزة بل يجوز أن تكون للتعريض من باب أبعته فإن باع متعد و لما قصدوا منه التعريض أدخلوا الهمزة عليه على قصد أن يكون المفعول معرضا لأصل الفعل فإن معنى أبعته عرضته للبيع و جعلته منتسبا إليه و كذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه أن يجعل غيره معرضا للنفع و لا منتسبا إليه (و ليس على صاحب المسيل عمارته) أى عمارة الميسل يعنى ليس على من هو فى أعلى النهر عمارة أسفل النهر بسبب حق تسييل الماء له و هذا جواب عن قولهما لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه قلنا مع ذلك لا يلزمه شىء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه (كما إذا كان له مسيل على سطح غيره) حيث لا يلزمه عمارة سطح جاره (كيف و إنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه) أى كيف يلزم صاحب المسيل عمارته و الحال أنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بأن يسد فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى عن الماء (ثم إنما يرفع عنه) أى يرفع

إذا جاوز أرضه كما ذكرناه و قيل إذا جاوز فوهة نهر و هو مروى عن محمد رحمه الله تعالى و الأول أصح لأن له رأيا في اتخاذ الفوهة من أعلاه و أسفله فاذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت (١) عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقى أرضه لانتهاء الكرى في حقه و قيل ليس له ذلك ما لم يفرغ (٢) شركاؤه نفيا لاختصاصه و ليس على أهل الشفة من الكرى شيء لأنهم

مؤنة الكرى عن الرجل الذى تقدم ذكره (إذا (٣) جاوز أرضه كما ذكرناه) أشار به إلى قوله فاذا جاوز أرض رجل رفع عنه (و قيل إذا جاوز فوهة نهره) أى يرفع إذا جاوز فوهة نهره و هو بضم الفاء و تشديد الواو و هو أول النهر و كذلك فوهة الطريق و فوهة الزقاق (و هو مروى عن محمد رحمه الله تعالى) أى هذا القول مروى عن محمد رحمه الله تعالى ذكره في النوادر (و الأصل أصح) كما أشار إليه في الأصل و إليه ذهب الكرخيؒ (لأن له رأيا في اتخاذ الفوهة من أعلاه و أسفله) أى من أعلى النهر و أسفله (فاذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته) أى مؤنة الكرى (قيل له أن يفتح الماء ليسقى أرضه لانتهاء الكرى في حقه) هذه المسألة لم يذكرها محمد رحمه الله تعالى في الأصل و قال المشايخ رحمهم الله تعالى إذا جاوز الكرى أرضه و أراد أن يفتح رأس النهر حتى يسقى أرضه فله ذلك على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنه سقط عنه مؤنة الكرى و على قولهما لا يكون له ذلك لأنه لم يسقط عنه مؤنة الكرى كذا ذكره خواهر زادهؒ في شرحه (و قيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه) أى بالانتفاع بالماء دون شركاءه و للتحرز عن هذا الخلاف اختار المتأخرون البداية بالكرى من أسفل النهر أو ترك بعض النهر من أعلاه حتى يفرغ من أسفله (و ليس على أهل الشفة من الكرى شيء لأنهم) أى لأن أهل الشفة

(١) سقطت. ن. سقط. (٢) لم يفرغ. ن. لم تفرغ. (٣) إذا جاوز الخ. (تنبيهات) الاول قال القهستانيؒ لو كان فم نهره في وسط أرضه لم يبرأ (أى عن مؤنة الكرى) إلا بالمجاوزة عن أرضه و هذا في النهر الخاص أما العام فقد برئ إذا بلغوا فم نهر قريتهم اهـ الثاني قال في البزازية و أما الطريق الخاص في سكة غير نافذة إذا احتيج إلى إصلاحه فاصلاح أوله عليهم إجماعا فاذا فارقوا دار رجل قيل إنه على الخلاف في النهر و قيل يرفع إجماعا اه زاد في الخيرية لو امتنع البعض قيل لا يجبر و قيل يجبر وذكر الخصافؒ أن القاضى يأمر الطالبين فيمنعون الآبى عن الانتفاع حتى يؤدى. الثالث نهر المساقط و الأوساخ الذى يسقط فيه فائض الماء و الكنيف الخارجة من الدور و الأزقة كما في دمشق إذا احتاج إلى الكرى فهو على عكس نهر الشرب فكلما وصلوا في الكرى من أعلاه إلى دار رجل شارك من قبله كما أفتى به في الحامدية وغيرها لأن حاجة كل واحد إلى تسييل أوساخه من داره إلى آخر النهر و لا حاجة له إلى ما قبل داره فمن في الأعلى اكثرهم غرامة لاحتياجه إلى جميع النهر و دونه فيها من بعده إلى الآخر فهو أقلهم غرامة بعكس نهر الشرب و حاصل الفرق أن صاحب الشرب محتاج إلى كرى ما قبل أرضه ليصله الماء و صاحب الأوساخ محتاج إلى ما بعد أرضه ليذهب وسخه شامية.

لا يحصون و لأنهم أتباع.

فصل فى الدعوى و الاختلاف و التصرف فيه

قال (١) و تصح (٢) دعوى الشرب بغير أرض استحسانا لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا و قد يبيع الأرض و يبقى الشرب له و هو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى

(لا يحصون) لأن جميع أهل الدنيا اهل الشفة فلا يمكن جمعهم للكرى و ليس البعض أولى من البعض و لهذا لا يستحقون الشفعة حتى يلزم الغرم بازاء الغنم (و لأنهم أتباع) لأنهم لا ملك لهم فى رقبة الأرض و المؤنة تجب على الأصول لا على الأتباع و لهذا كانت مؤنة القتيل الموجود فى المحلة على عاقلة اصحاب الخطة دون المشترين و السكان كذا فى المبسوط (٣) والله سبحانه و تعالى أعلم.

(فصل فى الدعوى و الاختلاف و التصرف فيه)

أى هذا فصل فى بيان أحكام الدعوى و الاختلاف و التصرف فى الشرب (و تصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) و فى القياس لا يصح لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعى فى الدعوى و الشهادة و الشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام (لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا) ووصية هذا وجه الاستحسان أى لأن الشرب قد يملك بدون الأرض من جهة الارث و الوصية (و قد يبيع الأرض و يبقى الشرب له و هو مرغوب فيه) أى الشرب مرغوب فيه ينتفع به فاذا استولى عليه غيره كان له دفع الظلم عن نفسه باثبات حقه بالبينة (فيصح فيه الدعوى) أى إذا كان كذلك فيصح فى الشرب الدعوى و فى باب الشهادات فى الشرب فى الأصل و إذا كان نهر لرجل فى أرض رجل فادعى رجل فيه الشرب فى يوم فى الشهر و أقام على ذلك شاهدين فانه تقبل هذه الشهادة و يقضى له بذلك استحسانا لأنهما شهدا له بشرب يوم من ثلاثين يوما و هومعلوم و كذا مسيل الماء و لو ادعى يومين فى الشهر فجاء بشاهدين فشهد أحدهما بيوم فى رقبة النهر يريد

(١)قال أى المصنف رحمه الله تعالى. (٢)تصح. ن. يصح. (٣)المبسوط للسرخسى ص ١٧٤ ج ٢٣. (تنبيه) أنهار دمشق التى تسقى أراضيها و اكثر دورها جرت العادة من قديم أن أهل الأراضى يكرونها وحدهم دون أهل الدور مع أن لكل دار حقا معلوما منها يباع و يشترى تبعا فهو حق شرب مملوك لهم لا حق شفة بطريق الاباحة و مقتضى ذلك أنه يلزمهم مشاركة أهل الأراضى فى كريها كما يعلم مما مر اه شامى (قوله جرت العادة الخ) وجه ما جرت به العادة تعسر إحصاء أهل الدور و الخانات و الأسبلة و نحوها فهم نظير أهل الشفة مع أن مآل ذلك عائد للأراضى فانه بعد ما يستعمل ينصرف الباقى للأراضى و ما ينتفع به أهل الدور شىء قليل تأمل رافعى.

و إذا كان نهر لرجل يجرى فى أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجرى النهر فى أرضه ترك على حاله لأنه مستعمل له بإجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فإن لم يكن فى يده و لم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له أو أنه قد كان له مجراه فى هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها

بقوله بيوم فى رقبة النهر أن له شرب يوم من هذا النهر فى شهر و شهد الآخر على يومين فى الشهر ذكر أن فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يقضى له بشيء و فى قياس قولهما يقضى بالأقل و هو شرب يوم فان شهد أحدهما أن المدعى عليه أقر بشرب يومين و شهد الآخر أنه أقر بشرب يوم فالمسألة على الإختلاف و إن لم يشهدا على الإقرار بل شهد أحدهما أن له شرب يوم من الشهر و شهد الآخر أن له شرب يومين من الشهر يجب أن تقبل الشهادة على الأقل بالاتفاق و إن شهدوا أن له شرب يوم و لم يسموا عدد الأيام و لم يشهدوا أن له فى رقبة النهر شيئا لا تقبل الشهادة بالاتفاق لأنهم شهدوا بشرب مجهول لأنه لا يدرى أن له شرب يوم من الشهر أو من الأسبوع أو من السنة و لو شهدوا له بعشرالنهر تقبل الشهادة كما لو شهدوا بعشر هذه الأرض قال و لو ادعى رجل عشر عين أو قناة فشهد له شاهدان أحدهما بالعشر و شهد الآخر بأقل من ذلك فان شهدوا على الاقرار لا تقبل فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما تقبل استحسانا على الأقل و إن لم يشهدوا على الإقرار تقبل بالاتفاق على الأقل لأنهم شهدوا بالعين (و إذا كان نهر لرجل يجرى فى أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجرى النهرى فى أرضه ترك على حاله) يعنى لم يكن لصاحب الأرض منع ذلك بل يترك النهر على حاله (لأنه مستعمل له باجراء مائه) أى لأن صاحب النهر مستعمل للنهر باجراء مائه و هو فى يده (فعند الاختلاف) بين صاحب النهر و صاحب الأرض (يكون القول قوله) أى قول صاحب النهر إنه ملكه (فإن (١) لم يكن فى يده و لم يكن (٢) جاريا فعليه البينة أن (٣) هذا النهر له أو أنه (٤) قد كان له مجراه (٥)) أى موضع الإجراء (فى هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها) هذه الجملة حال من

(١)فان لم يكن فى يده أى فان لم يكن النهر فى يد صاحب النهر قال فى الكفاية علامة كون النهر فى يده كريه و غرس الأشجار فى جانبيه و سائر تصرفاته اه. (٢)و لم يكن جاريا أى و لم يكن ماء النهر جاريا يعنى وقت الخصومة و لم يعلم جريانه قبلها أما إن كان جاريا وقتها أو علم جريانه قبلها يقضى به له إلا أن يبرهن صاحب الأرض أنه ملكه كما فى التاترخانية شامى أو أنه أجراه فى أرضه غصبا فيما إذا ادعى حق الاجراء فيه رافعى. (٣)أن هذا النهر له يعنى إن كان يدعى رقبة النهر عناية. (٤)أو أنه قد كان له مجراه يعنى إن كان يدعى الاجراء فى هذا النهر عناية. (٥)مجراه. قال فى الشامية: الضمير فى المصدر الميمى و هو مجراه للماء أو النهر المذكور =>

فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه و على هذا المصب فى نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى فى دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره فى الشرب و إذا كان نهر بين قوم و اختصموا فى الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره

مجراه و اللام فى لسيقيها للتعليل (فيقضى له لاثباته بالحجة) الكاملة (ملكا له) أى حال كونه ملكا للمدعى فيما إذا أقام البينة أن هذا النهر له (أو حقا مستحقا فيه) أى أو حال كونه حقا مستحقا فى النهر فيما إذا أقام البينة أن له مجراه فى هذا النهر (و على هذا) أى و على الحكم المذكور (المصب فى نهر) هو موضع صب الماء أى جريه و مراده ما اجتمع من فضلات الماء فى سقائه وغيره (أو على سطح) أى أو المصب على سطح و هو مجرى الماء على سطح (أو الميزاب أو الممشى) بالرفع عطفا على المرفوع و هو المصب (فى دار قوم فحكم (١) الاختلاف فيها) أى فحكم اختلاف المدعيين أو المتخاصمين من هذه الأشياء المذكورة و فى بعض النسخ فيه أى فى كل واحد من هذه الأشياء المذكورة من المصب و الميزاب و الممشى (نظيره فى الشرب) أى نظير الاختلاف فى الشرب و الحاصل فى هذا الباب أن هذه الأشياء إن كانت موجودة وقت الدعوى فالقول قول المدعى و إلا فعليه البيان (٢) (و إذا كان نهر بين قوم و اختصموا (٣) فى الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم لأن المقصود) من الشرب (الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره) أى بقدر الانتفاع لأن الحاجة إلى ذلك تختلف بقلة الأراضى و كثرتها و الظاهر الأراضى أن حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه و قدر حاجته فالبناء على الظاهر واجب حتى تبين خلافه فإن قلت إنهم قد استووا فى اثبات اليد على الماء الذى فى النهر و المساواة فى اليد توجب المساواة فى الاستحقاق قلت اثبات اليد على الماء إنما هو بالانتفاع بالماء و انتفاع من له عشر قطع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوى فى اثبات اليد قال فى الاجناس و حكي عن أبي علي الدقاق صاحب كتاب الحيض أنه يكون بينهم على قدر حاجتهم و فائدته أنه إذا

=> قبله لكن قد علمت أن المراد بالنهر رقبته و هو الحفرة ففيه استخدام و على كل فقوله بعده فى هذا النهر صحيح خلافا لمن زعم أن الصواب أن يقول فى هذه الأرض و كأنه أوقعه فيه تفسير بعض الشراح المجرى بموضع الاجراء تأمل. (١)فحكم الاختلاف الخ. يعنى إن لم يكن فى يده و لم يكن جاريا أو ماشيا وقت الخصومة و لم يعهد ذلك قبلها لا بد من البينة على أن المصب و الميزاب و الممشى ملكه أو أنه كان له فيه التسييل أو المشى شامى. (٢)البيان أى الاظهار ببرهان أو بمعنى البينة. (٣)اختصموا فى الشرب يعنى و لا تعرف الكيفية فى الزمان المتقادم شامية عن بزازية.

بخلاف الطريق لأن المقصود التطرق و هو فى الدار الواسعة و الضيقة على نمط واحد فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقين و لكنه يشرب بحصته فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر

كان لأحدهم عشرة أجربة و للآخر عشرة إلا أن أرضه لا تكتفى للزراعة بقدر الماء يأخذه فعلى ما قاله محمد رحمه الله تعالى فى الأصل الماء بينهما نصفان و على ما قاله الدقاقؒ له أخذ الماء زيادة انتهى و هذا إذا لم يعلم كيف كان الشرب بينهم فأما إذا علم يقسم على ما كان كما فى الطريق يقسم على عدد الرؤوس إذا لم يعلم حقهم أما إذا علم يقسم على ما كان فى الأصل (بخلاف الطريق) يعنى إذا اختصم فيه الشركاء فإنهم يستوون فى ملك رقبة الأرض و لا يعتبر سعة باب الدار وضيقها (لأن المقصود التطرق و هو فى الدار الواسعة و الضيقة على نمط واحد) أى على نهج واحد و فى بعض النسخ على صفة واحدة (فان (١) كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر) يعنى لا يمكنه أن يسقى أرضه بتمامها إلا بالسكر و هو من سكرت النهر سكرا إذا سددته من باب نصر ينصر و السكر بالكسر العرم و هو المسناة (لم يكن له ذلك) أى لم يكن للأعلى أن يسكر النهر على الأسفل (لما فيه) أى فى سكره (من إبطال حق الباقين و لكنه يشرب بحصته) أى من غير سكر و فى الاجناس قال أبو عمرو الطبرىؒ و هو تلميذ محمد بن شجاعؒ أراد محمد رحمه الله تعالى بهذا إذا كان نصيب صاحب اعلى النهر لا يكفيه لجميع أرضه حتى يسكر النهر فينساق كل الماء إليه ليس له ذلك إلا أن يكون أرض صاحب الأعلى من بقعة لا يصل الماء إليها إلا أن يتخذ فى النهر سكر و أرباب الأرضين مقرون أن شربها من هذا النهر فهذا لا بد من أن يتخذ فى النهر سكر حتى يرتفع الماء إليها (فان تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر

(١)فان كان الخ. و فى الهندية: و إذا أراد أهل أعلى النهر أن يحبسوا الماء عن أهل الأسفل فان كان الماء كثيرا فى النهر بحيث لو أرسل و لم يسكر يصل كل واحد منهم إلى حقه فى الشرب لا يكون لأهل الاعلى ولاية الحبس فان كان الماء فى النهر قليلا بحيث لايصل أهل الأعلى إلى حقهم فى الشرب إلا بالسكر فالمسألة على وجهين إن كان الماء بحال لو أرسل إلى أهل الأسفل لا يمكن لأ هل الأسفل الانتفاع أصلا بأن كان النهر ينشفه كان لأهل الأعلى الحبس وإن كان الماء بحال لو أرسل إلى أهل الأسفل يمكنهم الانتفاع به لا يكون لأهل الاعلى السكر بل يبدأ بأهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لأهل الاعلى أن يسكروا ليرتفع الماء إلى أراضيهم قال خواهر زادهؒ و استحسن مشايخنا رحمهم الله تعالى فى هذا الوجه أن الامام يقسم بينهم بالأيام إذا أبى أهل الاسفل السكر ثم يصنع أهل الاعلى فى نوبتهم ما أحبوا نفيا للضرر عنهم كذا فى المحيط. و الماء الذى ينحدر عن الجبل فى الوادى اختلفوا فيه قيل لأهل الاعلى السكر و المنع عن أهل الاسفل و لكن ليس لهم قصد الاضرار بأهل الاسفل فى منع الماء ما وراء الحاجة =>

كل رجل منهم فى نوبته جاز لأن الحق لهم إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه إضرارا بهم و ليس لأحدهم أن يكرى منه نهرا أو ينصب عليه رحى ماء إلا برضاء أصحابه لأن فيه كسر ضفة النهر و شغل موضع مشترك بالبناء إلا أن يكون رحى لا يضر بالنهر و لا بالماء و يكون موضعها فى أرض صاحبها لأنه تصرف فى ملك

كل رجل منهم فى نوبته جاز لأن (١) الحق لهم إلا أنه) أى الأعلى (إذا تمكن من ذلك) أى من السكر (بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر) نحو الطين أو التراب لأنه ينكبس النهر به عادة (من غير تراض) من الشركاء (لكونه اضرارا بهم) أى بالشركاء و فى فتاوى (٢) قاضى خان و لو كان الماء فى النهر بحيث لا يجرى إلى أرض كل واحد منهم إلا بالسكر فانه يبدأ بأهل الأسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا ليرتفع الماء إلى أراضيهم و فى المبسوط (٣) عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه قال أسفل النهر آمر على أهل أعلاه حتى يرووا و فيه دليل على أنه ليس لأهل الأعلى أن يسكروا النهر و يحبسوا الماء عن أهل الأسفل و فى المغنى (٤) لابن قدامةؒ و لو كان نهرا صغيرا أو سيلا يتشاح فيه أهل الأرضين الشاربة منه فانه يبدأ بمن فى أول النهر فيسقى و يحبس الماء حتى يبلغ إلى الكعب ثم يرسل للذى يليه فيصنع كذلك إلى انتهاء الأراضى فان لم يفضل عن الأول شيء أو الثانى أو الثالث لا شيء للباقين لأنه ليس لهم إلا ما فضل فهم كالعصبة فى الميراث و هو قول فقهاء المدينة و مالك و الشافعى رحمهم الله تعالى و لا نعلم فيه مخالفا و الأصل فيه ما روى ابن الزبير رضى الله تعالى عنه أن رجلا من الانصار خاصم الزبير فى شراج الحرة التى يسقون بها إلى النبى ﷺ فقال ﷺ اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك متفق عليه (و ليس لأحدهم (٥) أن يكرى منه) أى من النهر (نهرا أو ينصب عليه رحى ماء إلا برضاء أصحابه لأن فيه كسر ضفة النهر و شغل موضع مشترك بالبناء إلا أن يكون رحى لا يضر بالنهر و لا بالماء و يكون موضعها) أى موضع الرحى (فى أرض صاحبها) أى صاحب الرحى بأن يكون بطن النهر و حافتاه مملوكا له و للآخر حق التسييل كذا فى المحيط و المبسوط (لأنه تصرف فى ملك

=> و اختاره السرخسىؒ و قيل إنه لما دخل الوادى صار كالماء فى النهر المشترك فالجواب فيه كالجواب ثمة إلا أن يكون السيل انحدر وانتشر على وجه الأرض فيكون لمن سبقت يده إليه كذا فى الوجيز للكردرى. (١)لأن الحق لهم أى لأن المانع حقهم و قد زال بتراضيهم زيلعى. (٢)فتاوى قاضى خان ص٢٤٦ ج٤. (٣)المبسوط للسرخسىؒ ص١٦٣ ج٢٣. (٤)المغنى لابن قدامةؒ ص١٦٩ ج٦. (٥)ليس لأحدهم أن يكرى الخ. سواء كان يكرى من النهر لأرض كان شربها من هذا النهر أو كان يكرى نهر الأرض لا شرب لها من هذا النهر لكنوية عن غاية.

نفسه و لا ضرر فى حق غيره و معنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته و بالماء أن يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه و الدالية و السانية نظير الرحى و لا يتخذ عليه جسرا و لا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه و يستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن ينقض ذلك و لا يزيد ذلك فى أخذ الماء حيث يكون له ذلك

نفسه و لا ضرر (١) فى حق غيره و معنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته) لأنه شيء على حافة النهر فكسر به (و بالماء) أى و معنى الضرر (٢) بالماء (أن يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه) لأن فيه تفريغ الماء عن موضعه حتى يصل إلى الرحى (و الدالية و السانية نظير الرحى) فى الحكم و الجواب الدالية (٣) جذع طويل يركب تركيب مداق الأرز و فى رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها و السانية (٤) البعير الذى يسنى عليه أى يستقى من البئر و فى المثل سير السوانى سفر لا ينقطع (و لا يتخذ عليه) أى على النهر (جسرا و لا قنطرة) الجسر اسم لما يوضع و يرفع مما يتخذ من الخشب الالواح و القنطرة ما يتخذ من الآجر و الحجر و يكون موضوعا و لا يرفع و فى المغرب القنطرة ما يبنى على الماء للعبور و الجسر عام فإن الجسر ما يعبر به النهر و غيره مبنيا كان أو غير مبنى و الفتح لغة و كذلك عين بين قوم لهم عليها ارضون فهو مثل هذا النهر و كذلك بئر بين قوم يسقون منها أراضيهم و كذلك البركة بين قوم ليس لأحدهم أن يكرى منها نهرا أو أن يحدث حدثا إلا بإذن القوم أضر بهم أو لا لأن أهل اللغة قالوا البركة الحوض (بمنزلة طريق خاص بين قوم) أى لا يجوز أن يتصرف أحد فيه (بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم) و هو الذى يكون بحال تجرى فيه الشفعة (فأراد أن يقنطر عليه) أى أراد الواحد يتخذ عليه قنطرة (و يستوثق منه) أى يشد جانبى القنطرة من النهر (له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا) أى أو كان النهر عليه قنطرة و هو مستوثق (فأراد أن ينقض ذلك و لا يزيد ذلك فى أخذ الماء) أى لا يزيد نقض القنطرة فى دخول الماء فى النهر الخاص (حيث يكون له ذلك) يتعلق

---

(١)لا ضرر الخ. و المانع من الانتفاع بالماء مع بقائه على حاله متعنت قاصد إلى الاضرار بغيره لا دافع الضرر عن نفسه فلا يلتفت إلى تعنته زيلعى. (٢)معنى الضرر بالماء أن يتغير الخ. أى بأن يعرج الماء حتى يصل إلى الرحى فى أرضه ثم يجرى إلى النهر من أسفله لأنه يتأخر وصول حقهم إليهم و ينقص شامى عن اتقانى. (٣)الدالية الخ. كذا فى المغرب. (٤)السانية الخ. نحوه فى المغرب.

لأنه يتصرف فى خالص ملكه وضعا و رفعا و لا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء و يمنع من أن يوسع فم النهر لأنه يكسر ضفة النهر و يزيد على مقدار حقه فى أخذ الماء و كذا إذا كانت القسمة بالكوى و كذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك فى الصحيح لأن قسمة الماء

بقوله فأراد أن ينقض ذلك (لأنه يتصرف فى خالص ملكه وضعا و رفعا) أى من حيث الوضع فى صورة البناء و من حيث الرفع فى صورة النقض (و لا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء) جملة حالية (و يمنع) أى ذلك الواحد (من أن يوسع فم النهر) الخاص لذلك الواحد (لأنه يكسر ضفة النهر) أى حافة النهر الخاص بين قوم (و يزيد على مقدار حقه فى أخذ الماء) لأنه حينئذ يكون غاصبا شيئا من مال أصحابه فيمنع (و كذا) أى ليس له أن يوسع الكوة (إذا كانت القسمة بالكوى) الكوة (١) بفتح الكاف و تشديد الواو و هو ثقب البيت و الجمع كوى بكسر الكاف كبدرة و بدر و قد يضم الكاف فى المفرد و الجمع ثم استعير الكوى لمفاتح الماء إلى المزارع أو الجداول فيقال كوى النهر بالكسر و الضم (و كذا) أى ليس له ذلك (إذا أراد أن يؤخرها) أى أن يؤخر الكوى (عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع منه) أى من فم النهر إلى أسفله و قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى هذا التقدير وقع اتفاقا كما إذا كان اللوح الذى منه الكوى على فم النهر فأراد أن يجعله فى وسطه و يدع فوهة النهر بغير اللوح (لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه) أى لإحتباس الماء فى رأس النهر فيجتمع الماء و يزداد دخوله فى الكوى أكثر مما كان يدخل (بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه) أى يضعها اعمق عما كانت هى فى ذلك الموضع (أو يرفعها) أى أو أن يرفع كواه إلى فوق (حيث يكون له ذلك فى الصحيح لأن قسمة الماء

(١)الكوة الخ. نحوه فى المغرب و فى التاج: (الكوة) بالفتح (و يضم) لغة نقله الجوهرى (و الكو) بغير هاء عن ابن الانبارى (الخرق فى الحائط) و نحوه و فى الصحاح ثقب البيت (أو التذكير للكبير و التأنيث للصغير) قال ابن سيده و ليس بشيء قال الليث تأسيس بناء الكو و الكوة من كاف و واوين و قيل من كاف و واو و ياء كان أصلها كوى ثم أدغمت الواو فى الياء فجعلت واوا مشددة (ج كوى و كواء) هكذا هو فى النسخ كهدى و غراب و لم يزنه ببعض موازينه حتى يزول الالتباس و الذى فى الصحاح جمع الكوة بالفتح كواء بالمد و كوى أيضا مقصور مثال بدرة و بدر وجمع الكوة بالضم كوى قلت و هذا الاخير هوالذى اقتصر عليه الفراء واستغنى به عن جمع المفتوح و فى المحكم جمع كوة كوى بالقصر نادر وكواء بالمد و الكاف مكسورة فيهما و قال اللحيانى من فتح كوة فجمعه كواء بالمد و من ضم كوة فكوى مكسور مقصور قال ابن سيده و لا أدرى كيف هذا اه.

في الأصل باعتبار سعة الكوة و ضيقها من غير اعتبار التسفل و الترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة و لو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه و لو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة و إن كان لا يضر بأهله لأن الشركة خاصة

في الأصل باعتبار سعة الكوة و ضيقها من غير اعتبار التسفل و الترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة) فإن قيل إنه و إن تصرف في خالص ملكه مضر بأصحابه و ليس له ذلك لأنه يأخذ الماء اكثر من حقه و المتصرف في ملكه إذا أضر بغيره يمنع كعبد بين شريكين كاتب أحدهما نصيبه فالجواب عنه أن يقال لا يخلو إما أن يكون مقدار عمق نهره وقت القسمة معلوما أو لا فإن كان معلوما فله أن يسفل حتى يعود إلى الحالة الأولى و لا يمكن من الزيادة على ما كان في القديم كيلا يضر بغيره بأخذ الماء اكثر من حقه و إن لم يعلم مقدار عمقه في القديم قالوا يسفل مقدار ما يكرى مثل هذا النهر في العرف و العادة و إن أراد الزيادة منه منع منه هكذا قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى (و لو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك) يعني إذا لم يرض الشركاء بذلك فاذا رضوا كان له ذلك (لأن (١) القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه) أي في القديم و المحدث لا يثبت إلا بحجة و في كفاية البيهقي نهر بين قوم يأخذ من النهر العظيم لكل واحد منهم كوى على التفاوت فقال أصحاب السفل لأصحاب الأعلى إنكم تأخذون أكثر من نصيبكم لأن كثرة الماء في أول النهر فننقصكم بقدر ذلك فنجعل لكم أياما معلومة و نسد فيها كوانا و لنا أياما معلومة تسدون فيها كواكم ليس لهم ذلك لأنه حق ثبت وضعا لذلك فلا يعتبر (و لو كان لكل منهم كوى مسماة) أي معدودة (في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة و إن كان لا يضر بأهله) كلمة إن واصلة بما قبلها أي و إن كانت زيادة الكوة لا تضر بأهل نهر خاص (لأن الشركة خاصة) و إحداث التصرف فيما هو مشترك لا يجوز إلا بإذن الشركاء و استشهد محمد رحمه الله تعالى هذا بطريق خاص بين قوم ليس لأحد منهم أن يبني و لا يفتح فيه بابا من دار أخرى و لا يسيل فيه ماء و لا يشرع فيه ميزابا و لا كنفيا أضر بهم أو لم يضر فكذا في النهر الخاص

(١) لأن القديم الخ. قال القهستاني و فيه إشعار بأنه لو كان لرجل مياه في أوقات متفرقة في قرية لم يجز جمعها في وقت إلا برضاهم كما في الجواهر لكن في التتمة أنه جائز اه شامية.

بخلاف ما إذا كانت الكوى في النهر الأعظم لأن لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الأولى و ليس لأحد الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه و كذا إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى لأنه يستوفي زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن يسقي الأخرى وهو نظير طريق مشترك إذا أراد (١) أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها (٢) في هذا الطريق

(بخلاف ما إذا كانت الكوى في النهر الأعظم) كالفرات و دجلة و النيل حيث لا يمنع أحد أن يزيد في الكوى إذا لم يضر بغيره (لأن لكل منهم أن يشق نهرا منه) أي من النهر الأعظم (ابتداء) أي في ابتداء الأمر (فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الأولى و ليس لأحد الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب لأنه إذا تقادم العهد) أي الزمان (يستدل به (٣) على أنه حقه) أي يسوق الماء إليه لأنه حقه و به (٤) قال الشافعي و مالك و القاضي الحنبلي رحمهم الله تعالى و عن أحمد رحمه الله تعالى في رواية جاز له ذلك إذا كان على وجه لا يتصرف في حافة النهر و كذا يجوز أن يهديه أو يهبه (و كذا) أي ليس له (إذا أراد أن يسوق شربه إلى أرضه الأولى) أي التي لها شرب (حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى) التي لا شرب لها (لأنه يستوفي زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء) أي تتشربه (قبل أن يسقي الأخرى) أي الأرض الأخرى (و هو نظير طريق مشترك) أي المذكور من الحكم نظير طريق مشترك بين قوم من حيث أنه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب و يزيد من المارة من ليس له حق في المرور (إذا أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها (٥) غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق) يعني إذا كان له دار ان متلازقان و هو ساكن في إحداهما و في الأخرى ساكن آخر و ممر الدار التي هو يسكنها في طريق مشترك فأراد أن يفتح بابا للدار الأخرى ليس له ذلك و قيد بقوله ساكنها غير ساكن هذه الدار لأنه إذا كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا إلى دار

(١)إذا أراد. ن. أراد. (٢)يفتحها. ن: مفتحها. (٣)يستدل به الخ. أي فيلزم أن يقضى له بشرب الأرضين جميعا لأنه إذا لم يعلم يقسم على مقدار الأراضي شامي عن اتقاني. (٤)و به قال الشافعي الخ. نحوه في المغني لابن قدامة الحنبلي ص١٧٥ ج٦. (٥)ساكنها مبتدأ و غير ساكن ألى آخره خبره و الظاهر أن صورة المسئلة له داران باب إحداهما في طريق خاص و هو ساكن فيها و باب الثانية في طريق آخر و ظهرها في الطريق الأول و قد أسكن فيها غيره باجارة أو إعارة فليس له أن يفتح للثانية بابا في طريق الدار الأولى لأنه يلزم منه أن يزيد في الطريق الخاص من ليس له =>

و لو أراد الأعلى من الشريكين فى النهر الخاص و فيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كى لا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر و كذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما

أخرى لأن (١) المارة لا تزداد متى كان ساكن الدارين واحدا و له أن يفتح بابا من جداره لأنه يتصرف فى خالص ملكه (و لو أراد الأعلى من الشريكين فى النهر الخاص و فيه كوى بينهما) أى و فى النهر الخاص كوى بين الشريكين (أن يسد بعضها) أى بعض الكوى (دفعا لفيض الماء عن أرضه) أى لأجل دفع فيض الماء عن أرضه (كيلا تنز) النز (٢) بالنون و تشديد الزاى المعجمة ما تحلب من الأرض من الماء و قد نزت الأرض إذا صارت ذات نز أو تحلب منها النز (ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر) صورته ما ذكر فى الأصل و هو أن نهرا بين رجلين له خمس كوى من هذا النهر الأعظم و لأحد الرجلين أرضه فى أعلى النهر و للآخر أرضه فى أسفل النهر فقال صاحب الأعلى اريد أن أسد من هذه الكوى واحدة أو اثنين لأن ماء النهر يكثر فى أرضى فيفيض و تنز منه أرضى قال ليس له ذلك إلا ان سد الكوى أو أحدث تصرفا فى مكان مشترك فلا يكون له إلا برضاء صاحبه كما لو أراد أن يوسع الكوى (و كذا) أى ليس له (إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما) أى بالأيام أو بالشهور و صورته أن يقول صاحب الأعلى لصاحب الأسفل اجعل لى نصف الشهر و لك نصفه فإذا كان فى حصتى سددت منها ما بدا لى و إذا كان فى حصتك فتحتها كلها ليس له ذلك (لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما) كالمهايأة

=> حق المرور و هو ساكن الدار الثانية بلارضا أصحاب الطريق كذا فى الشامية. (١)لأن المارة لا تزداد و له حق المرور و يتصرف فى خالص ملكه و هو الجدار بالرفع زيلعى و فيه أنه قد يطول الزمان و يبيع التى لا ممر لها فيدعى المشترى أن له حق المرور و يستدل على ذلك بالفعل السابق ط أقول وذكر فى الفصل ٣٥ من نور العين خلافا فى المسئلة فقال له دار فى سكة لا تنفذ فشرى بجنب داره بيتا ظهره فى هذه السكة قيل له أن يفتح من ظهره بابا فى السكة و قيل لا ولو أراد أن يفتح بابا للبيت فى داره و يتطرق من داره إلى السكة له ذلك ما دام هو ساكنا أما إذا صارت لرجل و البيت لآخر ليس لرب البيت أن يمر فى هذه السكة اه و بيان الفرق فى جامع الفصولين فراجعه (تتمة) له كوة فى أسفل النهر أراد أن يسدها و يفتح أخرى فى الأعلى ليس له ذلك بخلاف ما لو أراد أن يجعل باب داره فى أعلى السكة الغير النافذة و إن أراد أن يسفلها عن موضعها ليكثر أخذ الماء قال الحلوانىؒ له إن علم أنها كانت كذلك ثم ارتفعت و قال السرخسىؒ له مطلقا و كذا الخلاف إن أراد أن يرفعها ليقل عنه الماء اه تاترخانية ملخصا كذا فى الشامية. (٢)النز الخ. كذا فى المغرب و فى اللسان: النز (بالفتح) و النز (بالكسر و الكسر أجود ما تحلب من الأرض من الماء فارسى معرب و أنزت الأرض نبع منها النز و أنزت صارت ذات نز و صارت مناقع للنز و نزت الأرض صارت ذات نز و نزت تحلب منها النز اه.

و بعد التراضى لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك و كذا لورثته من بعده لأنه إعارة الشرب فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة و الشرب مما يورث و يوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع و الهبة و الصدقة

فى الدار فان صاحبه لا يجبر أما إذا تراضيا جاز (و بعد التراضى لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك) أى ما قسماه لأن المهايأة غير لازمة لأنها إعارة و تجويزها بطريق الإجارة متعذر لأنه تكون مبادلة منفعة بمنفعة من جنسها و هو باطل فيجوز بطريق الإعارة و للمعير أن يرجع فى عاريته متى بدا له ذلك (و كذا لورثته من بعده) أى و كذا لهم أن ينقضوا ذلك لأنهم خلفاؤه فى ذلك (لأنه) أى لأن هذا الفعل (إعارة الشرب) يعنى كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب (فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة) الفاء فيه للتعليل لأنه بيع الجنس بالجنس و قد ذكرناه (و الشرب مما يورث) هذا يحتمل وجهين أحدهما أن يكون تعليلا لقوله و كذا لورثته من بعده و إليه مال تاج الشريعةؒ فى شرحه حيث قال لأن الورثة يقومون مقام المورث فى أملاكه و حقوقه و قد يملك بالإرث ما لا يملك بغيره من أسباب الملك كالقصاص و الدين و الخمر فإنها تملك بالإرث و إن لم يملك بالبيع و الآخر أن تكون مسألة مبتدأة برأسها و إليه مال الاترازىؒ فى شرحه حيث نقل عن الأصل قال محمد رحمه الله تعالى سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل مات ممن له هذا الشرب فقال يصير شربه ميراثا و إن كان بغير أرض و ذلك لأن الملك بالأرض يقع حكما لا قصدا و يجوز أن يثبت الشىء حكما و إن كان لا يثبت قصدا كالخمر يملك بالميراث حكما و إن كان لا يملك قصدا كسائر أسباب الملك (و يوصى بالإنتفاع بعينه) أى بعين الشرب يعنى إذا أوصى (١) أن يسقى أرض فلان يوما أو شهرا أو سنة أخذت من الثلث لأن الوصية بالشرب كالوصية بالغلة المجهولة و ذلك ينفذ من الثلث و إن مات بطلت الوصية فى الشرب بمنزلة ما إذا أوصى بخدمة عبده لإنسان فمات الموصى له بطلت الوصية و إنما قيد الوصية بالانتفاع بعين الشرب احترازا عن الوصية ببيع الشرب و هبته فإن ذلك وصية بالباطل و الوصية بالباطل باطل (بخلاف البيع و الهبة و الصدقة) أى بخلاف بيع الشرب و هبته و

(١) إذا أوصى الخ. و فى الهندية عن محيط السرخسىؒ: و إن أوصى أن يسقى أرض فلان سنة كذا جاز من ثلثه لأنه لو أوصى بشربه مؤبدا جاز فيجوز موقتا و إذا مات من له الوصية بطلت الوصية لأن الشرب و إن كان عينا حقيقة إلا أنه منفعة معنى لأنه تابع للأرض كالمنافع و الوصية بالمنفعة تبطل بموت الموصى له و أما إذا أوصى له بالشرب مطلقا و لم يوقت لذلك وقتا ثم مات الموصى له بالشرب هل تبطل الوصية اختلفوا فيه قال الفقيه أبو جعفرؒ لا تبطل الوصية و يصير الشرب ميراثا لورثة الموصى له و هو الأصح اه.

و الوصية بذلك حيث لا تجوز العقود إما للجهالة أو للغرر أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره و إذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة

صدقته يعنى لا تجوز هذه العقود قال محمد رحمه الله تعالى سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن الهبة و الصدقة و العمرى و الرقبى قال لا أى لا يجوز لأن الشرب لا يملك بالبيع بدون الأرض فكذا لا يملك بالصدقة و الهبة بدون الأرض (و الوصية بذلك) أى و بخلاف الوصية ببيع الشرب و صدقته و هبته (حيث لا تجوز العقود) أى لا يجوز (١) بيع الشرب و هبته و صدقته و نحوها (إما للجهالة) بأن كان الماء مجهولا و لا يصير معلوما إلا بالاشارة أو الكيل أو الوزن و لم يوجد شيء منها فكان مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة (أو للغرر) فانه على خطر الوجود لأن الماء يجيء و ينقطع (أو لأنه (٢) ليس بمال متقوم) لأن الشرب عبارة عن النصيب من الماء و الماء لا يملك قبل الاحراز (حتى لا يضمن (٣) إذا سقى من شرب غيره) يعنى من لا شرب له من هذا النهر إذا سقى أرضه بشرب غيره لا يضمن و لو كان مملوكا ضمن و إذا لم يكن مملوكا قبل الإحراز لا يجوز بيعه وذكر شيخ الإسلام خواهر زادهؒ من مشايخ بلخ كأبى بكر الإسكافؒ و محمد بن سلمةؒ وغيرهما يجوزون بيع شرب يوم أو يومين لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك و القياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع و كان الفقيه أبو جعفر و استاذه أبو بكر البلخى رحمهما الله تعالى لا يجوزان ذلك و قالا هذا تعامل أهل بلدة واحدة و القياس يترك بتعامل البلاد كلها كما فى الاستصناع و لا يترك بتعامل أهل بلدة واحدة (و إذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة) أى

(١)لا يجوز بيع الشرب. و فى الشامية: و لا يباع الشرب فى ظاهر الرواية شرب يوم أو اكثر و يفسد نص عليه محمد رحمه الله تعالى لأنه مجهول لا لأنه غير مملوك و إلا بطل و جاز مع الأرض فى الصحيح در منتقى أى تبعا لها قال فى البزازية قال بعتك هذه الأرض و بعتك شربها قيل لا يجوز بيع الشرب لأنه صار مقصودا بالبيع و قيل يجوز لأنه لما لم يذكر له ثمنا لم يخرج من التبعية حتى لو ذكر لم يجز وفاقا لأنه صار أصلا من كل وجه و لو باع أرضا مع شرب أرض أخرى عن ابن سلامؒ يجوز و لو آجر لا يجوز لأن الشرب فى البيع أصل من حيث أنه يقوم بنفسه و تبع من حيث أنه لا يقصد لعينه فمن حيث أنه تبع لا يباع من غير أرض و من حيث أنه أصل يجوز مع أىّ أرض كانت و فى الاجارة تبع من كل وجه اه ملخصا. (٢)لأنه ليس بمال متقوم فى ظاهر الرواية و عليه الفتوى درمختار. (٣)لا يضمن أى فى رواية الأصل و عليه الفتوى شرح وهبانية و ابن الكمال عن الخلاصة كذا فى الدرالمختار. قال فى الذخيرة: و إنما لا يضمن لوجهين أحدهما أنه يملك استهلاكه للشفعة و من ملك استهلاك شيء بجهة فاستهلكه بجهة أخرى لا يضمن كمن دخل دارالحرب فاستهلك العلف لأنه يملك استهلاكه بعلف دابته الثانى أن الماء قبل الاحراز بالأوانى لا يملك فقد أتلف ما ليس بمملوك لغيره اه قال القهستانىؒ و فى التتمة أن الماء وقع فى كرم زاهد فى غير نوبته أمر بقطعه و عن بعضهم أنه طرح منه التراب المبلول و قال الفقيهؒ لا آمر به و لو تصدق بنزله (بضمتين أى ريعه و نمائه كما فى القاموس) لكان حسنا و هذا أفضل كذا فى الشامية.

و كذا لا يصلح مسمى فى النكاح حتى يجب مهر المثل و لا فى الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة و لايصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه لا يملك بشيء من العقود و لا يباع الشرب فى دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما فى حال حياته و كيف يصنع الامام الأصح أن يضمه إلى أرض لا شرب لها فيبيعهما بإذن صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب و بدونه فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين

الوصية بهذه العقود بأن يوصى أن يبيع شربه من هذا الرجل أو يوهب له أو يتصدق عليه باطلة و فى بعض النسخ باطل باعتبار الإيصاء (و كذا لا يصلح) أى الشرب (مسمى فى النكاح) بأن تزوج امرأة على شرب بغير أرض (حتى يجب مهر المثل) لعدم صحة التسمية (و لا فى الخلع) أى و كذا لا يصلح مسمى فى الخلع بأن خالع امرأته على شرب لها بغير أرض كانت التسمية باطلة حتى لا يكون له من الشرب شيء و أما الطلاق فواقع (حتى يجب رد ما قبضت من الصداق) لأنها أطعمت الزوج بهذه التسمية فتصير غارة له و فى الغرور فى الخلع يلزمها رد ما قبضت كما لو اختلعت على ما فى يدها من المال أو على ما فى بيتها من المتاع و ليس فى يدها و بيتها شيء بخلاف ما لو خالعها على خمر أو خنزير قانه يقع الخلع مجانا لأن المسمى ليس بمال متقوم (لتفاحش الجهالة) يعنى فى الشرب و هذا يرجع إلى الكل (و لا يصلح بدل الصلح عن الدعوى) بأن ادعى شيئا ثم صالح على شرب بدون أرض فالصلح باطل و صاحب الدعوى على دعواه و إن كان الصلح عن دم العمد على شرب بدون أرض فان القصاص يسقط لوجود القبول و لا يكون له من الشرب شيء لعدم صحة التسمية إلا أنه لا يقع الصلح مجانا بل يجب على القاتل رد الدية (لأنه) أى الشرب (لا يملك بشيء من العقود) و الشرب لا يملك بشيء من الصلح لأن الصلح متى وقع على خلاف الجنس كان فيه معنى البيع و بيع الشرب بلا أرض لا يجوز و كذا الصلح عليه بدون أرض فإن كان المدعى قد شرب من ذلك الشرب سنة أو سنتين فلا ضمان عليه (و لا يباع الشرب فى دين صاحبه) أى صاحب الشرب (بعد موته بدون أرض كما فى حال حياته) أى كما لا يجوز بيعه بدون أرض فى حال حياة صاحبه (و كيف يصنع الامام الأصح أن يضمه إلى أرض لا شرب لها فيبيعهما بإذن صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب و بدونه) أى و بدون الشرب (فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين) هذا قول أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى فى معرفة قيمة الشرب كذا قال خواهر زادهؒ فى شرحه و هو أن يضم هذا الشرب إلى جريب من

و إن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم يضم الشرب إليها و باعهما فيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض و يصرف الفاضل إلى قضاء الدين و إذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء أى ملأها فسال من مائها فى أرض رجل فغرقها أو نزت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لأنه غير متعد فيه.

الأرض من اقرب ما يكون من هذا الشرب ثم ينظر بكم يشترى مع الشرب و بكم يشترى بدون الشرب فيكون فرق ما بينهما قيمة الشرب فان كان يشترى مع الشرب بمائة و خمسين و بدون الشرب يشترى بمائة يعرف أن قيمة الشرب خمسون درهما فيصرف الخمسون إلى قضاء الدين و إنما قال الأصح لأن فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى فقال بعضهم إن الإمام يتخذ حوضا و يجمع فيه ذلك الماء فى كل نوبة ثم يبيع الماء الذى جمعه فى الحوض بثمن معلوم و يقضى به الدين و قال آخرون يقال للمقومين إن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بلا أرض بكم كان يشترى هذا الشرب و هو نظير ما قاله بعض أئمة بلخ رحمهم الله تعالى إنه إذا وطئ امرأة بشبهة فعليه عقرها فينظر بكم كانت تستأجر على الزنا لو كان الإستئجار على الزنا جائزا فيجعل ذلك عقرها (و إن لم يجد ذلك) أى و إن لم يجد الإمام بيع تلك الأرض بأن لم يرض صاحبها (اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم يضم الشرب إليها) أى إلى الأرض المشتراة (و باعهما) أى باع الأرض و الشرب جميعا (فيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض و الفاضل إلى قضاء الدين) أى يصرف الفاضل من ثمن الأرض إلى قضاء الدين لأرباب الديون (و إذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء أى ملأها) و فى الصحاح مخرت الأرض أى ارسلت فيها الماء و فى ديوان الأدب مخرت السفينة الماء أى شقته بصدرها و جرت (فسال من مائها فى أرض رجل فغرقها أو نزت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لأنه (١) غير متعد فيه) أى فى السقى و المخر قال الفقيه أبو جعفرؒ تأويل ما قال محمد رحمه الله تعالى إذا سقى أرضه سقيا يسقى مثله فى العرف و العادة و أما إذا سقى سقيا لا يسقى مثله فى العرف و العادة فانه يضمن و هذا كما قالوا فيمن أوقد نارا فى داره يوقد مثلها فى الدور فى العرف و العادة لا يضمن إذا احترق دار جاره لأنه مسبب غير متعد و إن أوقد نارا لا يوقد مثلها فى العرف و العادة فانه يضمن لأنه متعد فى السبب و أما إذا كان فى أرضه جحر فأرة فسقى أرضه و تعدى إلى أرض جاره فغرقت أرض جاره ينظر إن كان لا يعلم بجحر الفأرة لا يضمن لأنه غير متعد و إن علم يضمن لأنه متعد و على هذا قالوا إذا فتح رأس نهره فسال من النهر شيء إلى

---

(١) لأنه غير متعد فيه فهو كحافر البئر وواضع الحجر فى أرضه لا يضمن ما تلف به شامية.

كتاب الأشربة

أرض جاره فغرقت قالوا إن فتح من الماء مقدار ما يفتح من الماء فى مثل ذلك النهر فى العرف و العادة لا يضمن و إن فتح مقدار ما لا يفتح مثل ذلك المقدار فى مثل ذلك النهر فانه يضمن و حكى عن الشيخ الإمام اسماعيل الزاهدؒ بأنه كان يقول إنما لا يضمن بالسقى المعتاد إذا كان محقا فى السقى بأن سقى أرضه فى نوبته مقدار حقه فأما إذا سقاها فى غير نوبته أو فى نوبته اكثر من حقه يضمن لأنه متعد فى السبب و فى الأصل و لو أن رجلا أوقد نارا أو أحرق كلأ فى أرضه فذهبت النار يمينا و شمالا و أحرقت شيئا لغيره لم يضمن (١) رب الأرض و قال خواهر زادهؒ تأويله إذا أوقد نارا يوسف مثلها فى العرف و العادة فأما إذا أوقد نارا لا يوقد مثلها فانه يضمن و فى فتاوى البقالىؒ و لو تعدى الماء إلى أرض جاره و هو يرى و لم يخبر يضمن و فى المحيط لو انبثق نهر فجرى فى أرض قوم و خرب أراضيهم فليس لهم أن يأخذوا أصحاب النهر بعمارة الأرضين و لهم أن يأخذوهم بعمارة النهر و لو كان له مجرى ماء على سطح غيره فخرب السطح فاصلاح المجرى على صاحب المجرى و ذكر الهندوانىؒ لو ألقى رجل شاة ميتة فى نهر الطاحونة فسال الماء بها إلى الطاحونة فخربت الطاحونة إن كان النهر لا يحتاج إلى الكرى فلا ضمان عليه و إن كان يحتاج ضمن إن علم (٢) أنها خربت من ذلك و الله سبحانه و تعالى أعلم.

(كتاب الأشربة)

أى هذا كتاب فى بيان أحكام الأشربة وجه المناسبة بين الكتابين أن إحياء الموات فيه الشرب بالكسر و هذا الكتاب فيه الشرب بالضم و كلاهما شعبتا عرق واحد لفظا (٣) و معنى غير أنه قدم الأول لأنه حلال و هذا فيه حرام كالخمر كذا أورد فى عامة الكتب من المبسوط و الذخيرة

(١)لم يضمن. قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى هذا إذا كانت الرياح هادئة حين أوقد النار فأما إذا أوقد النار فى يوم ريح على وجه يعلم أن الريح تذهب بالنار إلى ملك غيره فانه يكون ضامنا بمنزلة ما أوقد النار فى ملك غيره ألا ترى أن من صب فى ميزابه مائعا و هو يعلم أن تحت الميزاب انسانا جالسا فأفسد ذلك المائع ثيابه كان الذى صبه ضامنا و إن كان صبه فى ملك نفسه كذا فى المبسوط للسرخسىؒ. (٢)إن علم أنها خربت من ذلك فلم يجعل الملقى متعديا فى الالقاء إذا كان النهر لا يحتاج إلى الكرى لأن ذلك دليل قوته و ينبغى أن يقال إن استقرت فى الماء كما ألقاها و وقفت ثم ذهبت أنه لا ضمان عليه على كل حال كذا فى الهندية عن الذخيرة و الكبرى.

(٣)لفظا و معنى فاللفظى هو الشرب مصدر شرب و العرق المعنوى هو معنى لفظ شرب الذى هو مصدر شرب لأن كلا منهما مشتق من ذلك المصدر و لا بد فى الاشتقاق من التناسب بين المشتق و المشتق منه فى اللفظ و المعنى اه سندى.

سمي بها و هي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها. قال الأشربة المحرمة أربعة

و المغنى و التحفة و القدورى و هى جمع شراب كالأطعمة جمع طعام و هو (١) اسم لما يشرب كالطعام اسم لما يطعم أى يؤكل ثم محاسن حرمة الأشربة المحرمة ظاهرة لأنها مزيلة للعقل الذى هو أشرف الأشياء و أغربها يتعلق خطابات الشرع به إلا أن الخمر أبيحت للأمم الماضية لطول أعمارهم و جسامة أبدانهم فيتحملون آفة الشراب و لا يتسارع إليهم السكر ففي إباحتها صلاح لهم لكثرة نفعها أما هذه الأمة فقصيرة الأعمار ضعيفة الأبدان فيتسارع إليهم السكر بشرب قليل منها فصلاحهم فى حرمة قليلها و كثيرها و إنما أبيحت فى ابتداء الإسلام ليعاينوا الفساد فى الخمر حتى إذا حرمت عليهم عرفوا منه الحق لدينهم و ليس الخبر كالعيان و قيل لتدريج النصارى لئلا ينفروا عن الإسلام و فى شرح الأقطع و الأشربة كلها مباحة بالعقل إلا ما ورد الشرع بتحريمه لأن الاشياء كلها على الإباحة فى الاصل عندنا (سمى بها) أى سمى هذا (٢) الكتاب بالأشربة (و هى) أى و الحال أن الأشربة (جمع شراب لما فيه) أى لما فى هذا الكتاب (من بيان حكمها) أى حكم الأشربة من الحرام و المباح كما سمى كتاب البيوع لما فيه من بيان أحكامها و كتاب الحدود لما فيه من بيان أحكام الحدود و نحو ذلك من الكتب المذكورة. (قال) أى القدورىؒ (الأشربة المحرمة أربعة) و فى المحيط الأعيان التى يتخذ منها الأشربة العنب و الزبيب و التمر و الحبوب كالحنطة و الشعير و الذرة و الدخن و الفواكه كالإجّاص و الفرصاد و الشهد و الفانيذ و الألبان أما العنب فالمتخذ منه خمسة الخمر و الباذق و المنصف و المثلث و البنتج و المتخذ من الزبيب شيئان نقيع و نبيذ و المتخذ من التمر ثلاثة السكر و الفضيخ و النبيذ و المتخذ من الحبوب و الفواكه وغيرهما شيء واحد حكما و إن اختلف اسما فالبتع لنبيذ العسل و الحقة لنبيذ الشعير و المزر لنبيذ الذرة كذا ذكره قاضى خانؒ و التمرتاشىؒ فينتهى إلى أحد عشر إسما أو أكثر كما يجيء فى الكتاب ثم العنب إذا عصر سمى ماؤه عصيرا ما دام حلوا فإذا اشتد صار مرا و سمى خمرا و إذا مال إلى الحموضة سمى خلا فإذا طبخ أدنى طبخة و صار شديدا يسمى باذقا و إذا طبخ على النصف يسمى منصفا و إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه يسمى مثلثا و إذا

(١) و هو اسم لما يشرب و ليس بمصدر لأن المصدر هو الشرب بتثليث الشين يقال شرب الماء وغيره شربا و شربا و شربا و قرئ فشاربون شرب الهيم بالوجوه الثلاثة قال أبو عبيدة الشرب بالفتح مصدر و بالخفض و الضم اسمان من شرب كذا فى العمدة. و فى الأفكار: الشراب اسم فى اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما أو حلالا و فى استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه و كان مسكرا اهـ. (٢)سمى هذا الكتاب بالأشربة أى أضيف إليها كذا فى الأفكار.

الخمر و هى عصير العنب إذا غلى واشتد و قذف بالزبد و العصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه و هو الطلاء المذكور فى الجامع الصغير و نقيع التمر و هو السكر و نقيع الزبيب إذا اشتد و غلا أما الخمر فالكلام فيها فى عشرة مواضع أحدها فى بيان مائيتها

رفق بالماء ثم طبخ يسمى يعقوبيا أو أبا يوسفيا و قد سمى جمهوريا لأن جمهور الناس و جماعتهم يشربونه و يسمى حميديا لأنه محمود عندهم أو لأن حميدا رجل داوم على شربه والذى يتخذ من الزبيب يسمى نقيعا و نبيذا و الرطب إذا عصر فذلك العصير يسمى دبسا فإذا تغير عن حاله و اشتد يسمى سكرا و التمر إذا نبذ فى الماء أى ألقى فيه يسمى نبيذا و إذا أخذ من رأسه و استخرجت حلاوته بعد ذلك يسمى فضيخا و ما يتخذ من العسل يسمى بتعا و ما يتخذ من القمح يسمى مزرا و ما يتخذ من الشعير يسمى حقة و ما يتخذ من الذرة يسمى سكركة بضم السين المهملة و الكاف الأول و سكون الراء و فتح الكاف الثانى (الخمر) أى الأول من الأشربة المحرمة الخمر (و هى (١) عصير العنب إذا غلى (٢) و اشتد) أى صار قويا و كثر غليانه و حصل فيه قوة الإسكار و قيل صار بحال يمنع حواس شاربه من الفهم و الدرك و قيل صلاحيته للاسكار (و قذف (٣) بالزبد) أى رمى به و هذا قيد للمعنى الشرعى لأن معنى الخمر وحده فى اللغة شراب مسكر معصور من العنب و فى الشرع النيء من ماء العنب إذا غلى و اشتد و قذف بالزبد (و العصير) أى الثانى من الأشربة المحرمة العصير أى عصير العنب (إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه و هو الطلاء المذكور فى الجامع الصغير) الطلاء كل ما يطلى به من قطران أو نحوه و يقال لكل ما خثر من الأشربة طلاء على التشبيه حتى سمى به المثلث كذا فى المغرب و فى تاج الاسامى الطلا شراب ذهب بالطبخ ثلثاه و فى ديوان الادب الطلاء ممدود و فى الصحاح الطلاء ما طبخ من عصير العنب حتى ذهب ثلثاه و تسميه العجم المبيختح و فسر الفقيه أبو الليث الطلاء فى شرح الجامع الصغير بالمنصف (و نقيع التمر) أى الثالث من الأشربة المحرمة نقيع التمر (و هو السكر) بفتح السين و الكاف (و نقيع الزبيب إذا اشتد و غلا) أى الرابع من الأشربة المحرمة نقيع الزبيب بشرط الشدة و الغليان (أما الخمر فالكلام فيها فى عشرة مواضع أحدها فى بيان مائيتها) و فى بعض النسخ ماهيتها مكان مائيتها و المائية بمعنى الماهية و هى ما به الشيء هو هو

(١)هى. قلت أنث الضمير لأن الخمر مؤنثة سماعا قال فى القاموس و قد تذكر أى نظرا للفظ كذا فى الشامية.
(٢)غلى أى ارتفع أسفله إذ اصله الارتفاع كذا فى الشامية عن المقاييس. (٣)قذف بالزبد بفتحتين أى بحيث لا يبقى فيه شيء من الزبد فيصفو و يروق شامى عن قهستانى.

و هى النيء من ماء العنب إذا صار مسكرا و هذا عندنا و هو المعروف عند أهل اللغة و أهل العلم و قال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه الصلاة و السلام كل مسكر خمر و قوله عليه الصلاة و السلام الخمر من هاتين الشجرتين و أشار إلى الكومة و النخلة

كماهية الإنسان و هى حيوان ناطق (و هى) أى مائية الخمر (النيء (١) من ماء العنب) خاصة (إذا صار مسكرا) و أشرنا بقولنا خاصة إلى أن هذه الماهية مخصوصة بالخمر و أن غير الخمر يسمى باسم آخر (و هذا عندنا) أى هذا الاطلاق عند علمائنا الحنفية رحمهم الله تعالى (و هو المعروف عند أهل اللغة و أهل العلم) أراد بأهل العلم الفقهاء و بأهل اللغة أهل اللسان (و قال بعض الناس) أى من علماء الفقه و أراد بهم الأئمة الثلاثة و أصحاب الظاهر رحمهم الله تعالى (هو اسم لكل مسكر) أى الخمر اسم لكل مسكر من أىّ شيء كان (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (كل مسكر خمر) هذا الحديث أخرجه (١) مسلمٌ عن أيوب السختيانى عن رافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ كل مسكر خمر و كل مسكر حرام و عند أحمدٌ فى مسنده و كل خمر حرام و كذلك عند ابن حبانٌ فى صحيحه و كذلك رواه عبدالرزاقٌ فى مصنفه أخبرنا ابن جريج عن أيوب السختيانى به و من طريقه رواه الدار قطنىٌ فى سننه و هو عند (٢) مسلمٌ أيضا لكن على الظن و لفظه عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال و لا أعلمه إلا عن النبى ﷺ قال كل مسكر خمر و كل خمر حرام (و قوله) أى لقوله أى لقول النبى ﷺ (الخمر من هاتين الشجرتين و أشار إلى الكرمة و النخلة) هذا الحديث أخرجه (٣) الجماعة رحمهم الله تعالى إلا البخارىٌ عن يزيد بن عبدالرحمن عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الخمر من هاتين الشجرتين النخلة و العنبة و فى لفظ لمسلم الكرمة و النخلة و لهم أحاديث أخر فى هذا الباب منها ما أخرجه (٤) البخارىٌ و مسلمٌ عن ثابت عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه قال كنت

(١) النيء هو الذى لم يطبخ أو طبخ أدنى طبخ و لم ينضج يقال ناء اللحم ينيء نيئا بوزن ناع ينيع نيعا فهو نيء بالكسر كنيع هذا هو الأصل و قد يترك الهمز و يقلب ياء فيقال نىّ مشددا كذا فى النهاية لابن الاثير. و فى العزمية الابدال و الادغام غير مشهور و قال المقدسى إنه عامى كذا فى الشامية. (١) أخرجه مسلمٌ فى الأشربة باب بيان أن كل مسكر خمر و أن كل خمر حرام ص١٦٧ ج٢. (٢) عند مسلمٌ فى الباب المذكور آنفا ص١٦٨ ج٢. (٣) أخرجه الجماعة الخ. قلت أخرجه مسلمٌ فى الأشربة باب بيان أن جميع ما ينبذ مما يتخذ من النخل و العنب يسمى خمرا ص١٦٣ ج٢ و أبو داودٌ فيه باب الخمر مما هى ص١٦٢ ج٢ و الترمذىٌ فيه باب ما جآء فى الحبوب التى يتخذ منها الخمر ص١٠ ج٢ و النسائىٌ فى الكبرى فيه (باب) ذكر الأشربة المحظورة ص١٨١ ج٤ و ابن ماجة فيه باب ما يكون منه الخمر ص٢٥٠. (٤) أخرجه البخارىٌ فى الأشربة باب نزل تحريم الخمر و هى من البسر و التمر =>

و لأنه مشتق من مخامرة العقل و هو موجود فى كل مسكر و لنا أنه اسم خاص باطباق أهل اللغة فيما ذكرناه و لهذا اشتهر استعماله فيه و فى غيره غيره

ساقي القوم يوم حرمت الخمر فى بيت أبى طلحة رضى الله تعالى عنه و ما شرابهم إلا الفضيخ البسر و التمر فاذا مناد ينادى فقال أخرج فانظر فخرجت فاذا مناد ينادى ألا إن الخمر قد حرمت قال فجرت فى سكك المدينة فقال لى أبو طلحة رضى الله تعالى عنه اخرج فأهرقها فهرقتها و منها ما رواه (١) البخارىّ عن عامر عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال قام عمر رضى الله تعالى عنه على المنبر فقال أما بعد نزل تحريم الخمر و هى من خمسة العنب و التمر و العسل و الحنطة و الشعير و الخمر ما خامر العقل (و لأنه) أى و لأن الخمر (٢) (مشتق من مخامرة العقل) يقال خامره إذا خالطه و الكلام فى اشتقاق الخمر الذى هو ثلاثى من المخامرة الذى هو مزيد فيه كالكلام فى اشتقاق الوجه من المواجهة و قد مر الكلام فيه فى أول الكتاب مستقصى (و هو) أى هذا المعنى (موجود فى كل مسكر و لنا أنه) أى لفظ الخمر (اسم خاص (٣) باطباق أهل اللغة) أى اسم مخصوص للنىء من ماء العنب إذا صار مسكرا حقيقة باتفاق أهل اللغة (فيما ذكرناه) أى فى النىء من ماء العنب (و لهذا) أى و لأجل استعمال الخمر فى للنىء من ماء العنب إذا صار مسكرا (اشتهر استعماله فيه) أى استعمال لفظ الخمر فى للنىء من ماء العنب المسكر (و فى غيره غيره) أى واشتهر فى غير النىء من ماء العنب المسكر غير اسم الخمر حيث يسمى مثلثا و باذقا و نحوهما فكان استعمال هذا الاسم لغيره مجازا لأن الترادف خلاف الأصل

=> ص٨٣٦ ج٢ و مسلمٌ فيه باب تحريم الخمر و بيان أنها تكون من عصير العنب و من التمر و البسر و الزبيب وغيرها مما يسكر ص١٦٢ ج٢ و اللفظ له. (١)رواه البخارىّ فى الأشربة بأب أن الخمر من العنب ص٨٣٦ ج٢ و باب ما جآء فى أن الخمر ما خامر العقل من الشراب ص٨٣٧ ج٢. (٢)لأن الخمر مشتق الخ. قال العلام العينىّ فى العمدة: اختلف أهل اللغة فى اشتقاق اسم الخمر على ألفاظ قريبة المعانى فقيل سميت خمرا لأنها تخمر العقل أى تغطيه و تستره و منه خمار المرأة لأنه يغطى رأسها و قيل مشتقة من المخامرة و هى المخالطة لأنها تخالط العقل و قيل سميت خمرا لأنها تركت حتى ادركت يقال خمر العجين أى بلغ إدراكه و قيل سميت خمرا لتغطيها الدماغ و للخمر اسماء كثيرة وذكر صاحب التلويح ما يناهز تسعين اسما وذكر ابن المعتز مائة و عشرين اسما وذكر ابن دحية مائة و تسعين اسما اه ملخصا. (٣)اسم خاص باطباق أهل اللغة الخ. أقول لمانع أن يمنع إطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للنىء من ماء العنب إذا صار مسكرا ألا يرى أنه قال فى قاموس اللغة الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام و قال و العموم أصح لأنها حرمت و ما بالمدينة خمر عنب و ما كان شرابهم إلا البسر و التمر اه و هذا صريح فى أن الخمر عند بعض أهل اللغة يعم ماء العنب و غيره و أن العموم أصح عند صاحب القاموس نتائج الأفكار.

و لأن حرمة الخمر قطعية و هى فى غيرها ظنية و إنما سمى خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل علىّ أن ما ذكرتم لا ينافى كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم و هو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر و هذا كثير النظير و الحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله تعالى

و قد أريدت الحقيقة فبطل المجاز و قال أبو عبيدؒ و أبو زيدؒ و ابن السكيتؒ ما اتخذ من غير العنب ليس بخمر (و لأن حرمة الخمر قطعية) يعنى لا يصلح أن يصرف تحريمها إلا إلى عين تثبت الحرمة فى تلك العين قطعا و غير النىء ليس بهذه المثابة لمكان الاجتهاد فيه أشار إليه بقوله (و هى فى غيرها ظنية) أى الحرمة فى غير النىء من ماء العنب إذا أسكر ظنية لما قلنا (و إنما سمى خمرا لتخمره) أى لاشتداده و قوته هذا جواب عن قولهم لأنه مشتق من مخامرة العقل يعنى لا نسلم أنه مشتق من المخامرة بل هو مشتق من التخمر و هو الشدة و القوة فان بها شدة و قوة ليست بغيرها حتى سميت أم الخبائث (لا لمخامرته العقل) يعنى ليست تسمية النىء من ماء العنب إذا أسكر لمخالطته العقل و هذا هو تحقيق كلام المصنفؒ و قال صاحب العنايةؒ قوله و إنما سمى يعنى غير النىء خمرا لتخمره أى لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته و هذا كلام فيه ما فيه تأمل تدبر (على أن ما ذكرتم لا ينافى كون الاسم خاصا فيه) هذا جواب بطريق التسليم يعنى و لئن سلمنا أن يكون الخمر مشتقا من مخامرة العقل و لكن قد يكون موضع الاشتقاق عاما و المشتق منه خاصا و هو معنى قوله لا ينافى كون الاسم أى اسم الخمر خاصا فيه أى فى النىء من ماء العنب إذا أسكر (فان النجم مشتق من النجوم و هو الظهور) أى النجوم هو الظهور يقال نجم إذا ظهر (ثم هو اسم خاص للنجم المعروف) و هو الثريا (لا لكل ما ظهر) أى ليس هو باسم لكل ما ظهر (و هذا كثير النظير) نحو القارورة فانها مشتقة من القرار و ليست باسم لكل ما يقر فيه شىء و الجرجر فانه مشتق من الجرجرة و هو التحرك و لا يسمى كل ما يتحرك جرجرا و الفرس الذى أحد شقيه أبيض و الآخر أسود يسمى أبلق و لا يسمى الثوب الذى فيه سواد و بياض بهذا الاسم فعلم أن القياس لا دخل له فى اللغة (و الحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله تعالى) أراد به قوله ﷺ كل مسكر خمر وذكر علاء الدين العالمؒ فى طريقة الخلاف و روى (١) عن يحيى بن معين رحمه الله تعالى أنه قال الأحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله ﷺ أحدها قوله ﷺ

(١) روى عن يحيى بن معينؒ الخ. قال الحافظ الزيلعىؒ فى نصب الراية (ص ٢٩٥ ج ٤) هذا الكلام كله لم أجده فى شىء من كتب الحديث.

و الثانى أريد به بيان الحكم إذ هو اللائق بمنصب الرسالة و الثانى فى حد ثبوت هذا الاسم و هذا الذى ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما

لا نكاح إلا بولى و شاهدى عدل و الثانى من مس ذكره فليتوضأ و الثالث كل مسكر خمر و كل خمر حرام و يحيى بن معين رحمه الله تعالى هو الحافظ المتقن الذى قال فيه أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين رحمه الله تعالى فهو ليس بحديث ولد سنة ثمان و خمسين و مائة و توفى سنة ثلاث و ثلاثين و مائتين فى ذى العقدة بالمدينة قلت الأحسن أن يقال هنا هذا الحديث رواه سائر أصحاب مالكٌ عنه موقوفا غير روحٌ فانه رفعه وذكر أبو عمروٌ فى التمهيد هذا موقوف فى الموطأ لم يختلف فيه الرواة عن مالكٌ إلا الماجشونٌ فانه رواه عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عن النبى ﷺ فرفعه و لهذا رواه مسلمٌ بالظن فقال لا أعلمه إلا مرفوعا و لئن سلمنا أنه مرفوع و أنه ثابت فالمراد منه بيان الحكم لا اللغة لأنه ﷺ يعلم الأحكام لا اللغة فكأنه قال كل ما يسكر كثيره فحكمه كحكم الخمر فى الحرمة (و الثانى) أى الحديث الثانى و هو قوله ﷺ الخمر من هاتين الشجرتين (أريد به بيان الحكم) و هو الحرمة لا بيان الحقيقة و فيه نزاع (إذ هو اللائق بمنصب الرسالة) أى لأن بيان الحكم هو اللائق بحال النبى ﷺ لأنه بعث لبيان الأحكام لا لبيان الحقائق و قال الطحاوى رحمه الله تعالى يجوز أن يراد بقوله الخمر من هاتين الشجرتين إحداهما فعمهما الخطاب و أراد إحداهما دون الأخرى كما فى قوله سبحانه و تعالى يخرج منهما اللؤلؤ و المرجان و إنما يخرج من أحدهما و قد اخترق ابن حزم و شنع على الطحاوىٌ فقال صدق الله عزوجل و كذب الطحاوىٌ قال كلاهما يخرجان من البحرين و هذا سفاهة منه و قلة فهم فإن الطحاوىٌ قال هكذا قالت أئمة التفسير و يجوز ذلك بطريق التغليب فكان الحديث محتملا و المحتمل لا يصلح حجة و كذا الجواب عن قوله نزل تحريم الخمر و هى من خمسة و أشباه ذلك أنها محمولة على الحالة التى يتولد منها السكر لأنها تعمل عمل الخمر فى توليد السكر و استحقاق الحد و عليه أيضا يحمل قول عمر رضى الله تعالى عنه الخمر ما خامر العقل لأن المخامرة التغطية و القليل من الأنبذة لا يخامر العقل (و الثانى) أى الموضع الثانى من العشرة (فى حد ثبوت هذا الاسم) أى اسم الخمر (و هذا الذى ذكره فى الكتاب) أى فى مختصر القدورى و هو قوله الخمر و هى عصير العنب إذا غلا و اشتد و قذف بالزبد (قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما) أى و عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى

إذا اشتد صار خمرا و لا يشترط القذف بالزبد لأن الاسم يثبت به و كذا المعنى المحرم بالاشتداد و هو المؤثر فى الفساد و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الغليان بداية الشدة و كمالها بقذف الزبد و سكونه إذ به يتميز الصافى من الكدر و أحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد

(إذا اشتد) أى النيء من ماء العنب (صار خمرا و لا يشترط (١) القذف بالزبد لأن (٢) الاسم يثبت به) أى لأن اسم الخمر يثبت بالاشتداد و الغليان لأنه حينئذ يكون مسكرا خمرا (و كذا (٣) المعنى المحرم) و هو الإسكار (بالاشتداد) أى يثبت بالاشتداد (و هو المؤثر فى الفساد) أى المعنى المحرم الذى هوالاسكار هو المؤثر فى الفساد و هو يكون بالاشتداد و يتعلق التحريم به (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (٤) أن الغليان بداية الشدة و كمالها) أى كمال الشدة و فى بعض النسخ و كماله (بقذف الزبد و سكونه) أى وسكون الغليان و التحقيق فيه أن مطلق اسم الغليان ينصرف إلى الكامل و الغليان لا يتكامل مالم يقذف بالزبد فيكون الغليان موجودا من وجه دون وجه فلا بد من قذف الزبد (إذ به) أى بقذف الزبد (يتميز الصافى من الكدر) لأن أسفله يصير أعلاه فيتميز رائقه من كدره (و أحكام الشرع قطعية) أى أمهات أحكام الشرع قطعية لا مجال للظن و الاحتمال فيها (فتناط بالنهاية) أى فتتعلق أمهات أحكام الشرع بالنهاية و حكم الإباحة كان ثابتا للعصير بيقين فلا يزول ذلك إلا بيقين آخر مثله و لم يثبت سبب الحرمة بكماله فلا ترتفع الإباحة و لأن بعض السبب لا عبرة (كالحد) أى كحد الخمر حيث يتعلق بالنهاية و الغاية و كذا

(١)و لا يشترط القذف بالزبد و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و به أخذ أبو حفص الكبير و هو الاظهر كما فى الشرنبلالية عن المواهب كذا فى الدرالمختار و اعتمده المحبوبى و النسفى وغيرهما تصحيح قاسم و قال فى غاية البيان و أنا آخذ بقولهما دفعا لتجاسر العوام لأنهم إذا علموا أن ذلك يحل قبل قذف الزبد يقعون فى الفساد اه و فى النهاية وغيرها و قيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد و فى الحد بقذف الزبد احتياطا كذا فى ردالمحتار. (٢)لأن الاسم الخ. أقول فيه نظر لأن قوله لأن الاسم يثبت به مصادرة على المطلوب لأن مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد و لا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله تعالى بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعليل مدعاهما بثبوت هذا الاسم بالاشتداد تعليل الشيء بنفسه نتائج الأفكار. (٣)و كذا المعنى المحرم الخ. أقول فيه نظر لأنه يشعر بكون حرمة الخمر معلولة و هذا ينافى ما صرح به فيما بعد من أن عينها حرام غير معلول بالسكر و لا موقوف عليه نتائج الأفكار. (٤)لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الغليان الخ. أقول لقائل أن يقول الكلام فى هذا الموضع فى حد ثبوت اسم الخمر لا فى حد ترتب الأحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم الخمر فى بداية الشدة و يشترط ترتب الأحكام الشرعية عليه بكمالها فلا يتم التقرير و يمكن أن يقال الكلام ههنا فى حد ثبوت اسم الخمر فى الشرع لا فى حد ثبوته فى اللغة فقط فاذا ثبت اسمها الشرعى يلزم أن يترتب عليها الأحكام الشرعية بلا تراخ فيه فيتم التقريب تدبر نتائج الأفكار.

و إكفار المستحل و حرمة البيع و قيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا و الثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر و لا موقوف عليه و من الناس من أنكر حرمة عينها و قال إن السكر منها حرام لأن به يحصل الفساد و هو الصد عن ذكر الله تعالى و هذا كفر لأنه جحود الكتاب فانه سماه رجسا و الرجس ما هو محرم العين

حد الزنا و السرقة لا يجب إلا بكمال الفعل اسما و صورة و معنى من كل وجه لأن فى النقصان شبهة العدم و الحدود تندرئ بالشبهات (و إكفار المستحل) أى مستحل الخمر (و حرمة البيع) أى بيع الخمر و بهذا تبين أن احكام الخمر مقطوع بها كالحد و تكفير المستحل و حرمة البيع و النجاسة فتناط بالنهاية لما فى النقصان من شبهة العدم فلا يصح اثباتها بالشبهة (و قيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا) أى لأجل الاحتياط يعنى و فى الحد يؤخذ بقذف الزبد احتياطا أيضا (و الثالث) أى الموضع الثالث (أن عينها) أى عين الخمر (حرام غير معلول بالسكر و لا موقوف عليه) أى على السكر (و من الناس من أنكر حرمة عينها و قال إن السكر منها حرام) قيل هو مروى عن بعض أهل الشام و قدامة بن مظعون رضى الله تعالى عنه (لأن به) أى بالسكر (يحصل الفساد و هو الصد عن ذكر الله سبحانه و تعالى) و الصد المنع يقال صد عنه إذا منعه (و هذا كفر) أى هذا القول كفر (لأنه جحود الكتاب فإنه سماه رجسا) و هو قوله سبحانه و تعالى إنما (١) الخمر و الميسر (٢) و الأنصاب و الأزلام (٣) رجس (٤) (و الرجس ما هو محرم العين) يعنى الرجس اسم للحرام النجس عينا بلا شبهة و دليله قوله سبحانه و تعالى أو لحم خنزير فإنه رجس و لحمه حرام نجس عينا بلا شبهة فكذا الخمر و فى الآية دليل على حرمتها من اثنى عشر وجها على ما ذكر فى التيسير و الكشاف و هى التأكيد بإنما و الجملة الاسمية و المقارنة بعبادة الأنصاب (٥)

(١)إنما الخمر الآية. المآئدة: ٩٠. (٢)الميسر هو القمار و عن عطاء و مجاهد و طاوس رحمهم الله تعالى كل شىء من القمار فهو الميسر حتى لعب الصبيان بالجوز و قال راشد بن سعيد و حمزة بن حبيب رحمهما الله تعالى حتى الكعاب و الجوز و البيض التى يلعب بها الصبيان و قال الزمخشرى الميسر القمار مصدر من يسر كالموعد و المرجع من فعلهما يقال يسرته إذا قمرته و اشتقاقه من اليسر لأنه أخذ مال الرجل بيسر وسهولة من غير تعب و لاكد أو من اليسار لأنه يسلب يساره عمدة القارى. (٣)الأزلام جمع زلم و هو بفتح الزاى و هى عبارة عن أقداح ثلاثة على أحدها أمرنى ربى و على الآخر نهانى ربى و الثالث عطل ليس عليه شىء فاذا خرج الآمر فعله و إذا خرج الناهى تركه و إن طلع الفارغ أعاد الاستقسام عمدة القارى. (٤)رجس أى قذر تعاف عنه العقول و عن الزجاج الرجس كل ما استقذر من عمل قبيح و أصل معناه الصوت الشديد و لذا يقال للغمام رجاس لرعده و الرجز بمعناه عند بعضهم و فرق ابن دريد بين الرجس و الرجز و الركس فجعل الرجس الشر و الرجز العذاب و الركس العذرة و النتن و إفراد الرجس مع أنه خبر عن متعدد لأنه مصدر يستوى فيه القليل و الكثير روح المعانى ٥)الانصاب و=>

و قد جاءت السنة متواترة أن النبي عليه الصلاة و السلام حرم الخمر

و هي الأصنام المنصوبة للعبادة من دون الله تعالى وجعلها رجسا و هو اسم للحرام النجس عينا كالميتة و الدم و جعلها من عمل الشيطان و الشيطان لا يأتي منه إلا الشر البحت و الأمر بالاجتناب نص على التحريم و جعل الاجتناب من الفلاح فاذا كان الإجتناب فلاحا كان الارتكاب خيبة وذكر ما ينتج منها من وقوع التعادى و التباغض بين أصحاب الخمر و ما يؤدى إليه من الصد عن ذكر الله و عن مراعاة أوقات الصلاة و الأمر بالانتهاء لأن معنى قوله تعالى فهل أنتم منتهون انتهوا و هذه الصيغة من أبلغ ما ينهى عنه (و قد جاءت السنة متواترة) أى متكاثرة و متتابعة و ليس معناه التواتر الاصطلاحى أو يقول معناه جاء عن النبى ﷺ فى الخمر أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر و كل واحد منها إن لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة على رضى الله عنه و جود حاتم و يسمى هذا التواتر بالمعنى (أن النبى ﷺ حرم الخمر) منها ما أخرجه (١) البخارىّ و مسلمٌ عن ثابت عن أنس رضى الله تعالى عنه قال كنت ساقى القوم يوم حرمت الخمر و قد ذكرناه و منها ما أخرجه (٢) أحمدٌ فى مسنده عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنهما قال سمعت رسول الله ﷺ يقول إن الله تعالى حرم الخمر و الميسر و الكوبة و الغبيراء و منها ما أخرجه أبوبكر بن أبى الدنيا فى كتابه ذم المسكر عن محمد بن عبدالله بن بزيع عن الفضل ابن سليمان النمرى عن عمر بن سعيد عن الزهرى حدثنى أبو بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام أن أباه قال سمعت عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول اجتنبوا الخمر فإنها أم الخبائث إنه كان رجل ممن خلا قبلكم يتعبد و يعتزل الناس فعلقته امرأة غوية فأرسلت إليه جاريتها فقالت إنا ندعوك لشهادة فدخل معها فطفقت كلما دخل بابا أغلقته دونها حتى أفضى إلى امرأة وضيئة عندها غلام و باطية خمر فقالت إنى و الله ما دعوتك لشهادة و لكن دعوتك لتقع علىّ أو تقتل هذا الغلام أو تشرب هذا الخمر فسقته كأسا فقال زيدونى فلم يبرح حتى وقع عليها و قتل النفس فاجتنبوا الخمر فإنها لا تجتمع هى و الإيمان أبدا إلا أوشك أحدهما أن يخرج صاحبه و رواه البيهقى رحمه الله تعالى فى سننه موقوفا على عثمان رضى الله تعالى عنه و هو

=> هى الأصنام الخ. كذا فى روح المعانى و فيه أيضا و فرق بعضهم بين الأنصاب و الأصنام بأن الأنصاب حجارة لم تصور كانوا ينصبونها للعبادة و يذبحون عندها و الأصنام ما صور و عبد من دون الله عزوجل اهـ. (١)أخرجه البخارىّ فى الأشربة باب نزل تحريم الخمر و هى من البسر و التمر ص٨٣٦ ج٢ و مسلمٌ فيه باب تحريم الخمر الخ ص١٦٢ ج٢و اللفظ له. (٢)أخرجه احمدٌ الخ. كذا فى نصب الراية ص٢٩٧ ج٤ و أخرجه أبو داودٌ فى الأشربة باب ما جآء فى السكر ص١٦٣ ج٢.

.....

أصح و منها ما أخرجه أبو يعلى الموصلىّ فى مسنده حدثنا جعفر بن حميد الكوفى حدثنا يعقوب العمى عن عيسى بن جارية عن جابر بن عبدالله رضى الله تعالى عنه قال رجل يحمل الخمر من خيبر إلى المدينة فيبيعها من المسلمين فحمل منها بمال فقدم المدينة فلقيه رجل من المسلمين فقال يا فلان إن الخمر قد حرمت فوضعها حيث انتهى على تل و سجاها بأكسية ثم أتى النبى ﷺ فقال يا رسول الله بلغنى أن الخمر قد حرمت قال أجل قال هل لى أن أردها على من ابتعتها منه قال لا قال أفأهديها إلى من يكافئنى منها قال لا قال فان فيها مالا ليتامى فى حجرى قال إذا أتانا مال البحرين فأتنا نعوض أيتامك من مالهم ثم نادى بالمدينة فقال رجل يا رسول الله الأوعية ينتفع بها قال فحلوا أوكيتها فانصبت حتى استقرت فى بطن الوادى و منها ما أخرجه (١) ابن ماجةّ فى سننه عن سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ مد من الخمر كعابد وثن و فى صحيح ابن حبانّ عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما نحوه و أخرج البزارّ فى مسنده عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنه مرفوعا شارب الخمر كعابد الوثن و منها ما أخرجه (٢) ابن ماجةّ أيضا عن أبى الدرداء رضى الله تعالى عنه قال أوصانى خليلى ﷺ لا تشرب الخمر فإنها مفتاح كل شر و أخرج (٣) أيضا عن خباب بن الأرت رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال إياك و الخمر فان خطيئتها تفرع الخطايا كما أن شجرتها تفرع الشجر و منها ما أخرجه (٤) الترمذىّ عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ من شرب الخمر لم تقبل له صلاة أربعين صباحا فان تاب تاب الله عليه فان عاد لم يقبل الله له صلاة أربعين صباحا فان تاب تاب الله عليه فان عاد لم يقبل الله له صلاة أربعين صباحا فان تاب تاب الله عليه فان عاد الرابعة لم يقبل الله له صلاة أربعين صباحا فان تاب لم يتب الله عليه و سقاه من نهر الخبال قيل يا أبا عبدالرحمن و ما نهر الخبال قال نهر من صديد اهل النار و قال حديث حسن و عند (٥) أبى داودّ نحوه عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و عند (٦) ابن ماجةّ نحوه عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنهما و عند أحمدّ نحوه عن اسماء بنت زيد رضى الله تعالى عنها و منها ما رواه (٦) البخارىّ عن مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما

(١) أخرجه ابن ماجةّ فى الأشربة باب مدمن الخمر ص ٢٥٠. (٢) أخرجه ابن ماجةّ فى الأشربة باب الخمر مفتاح كل شر ص ٢٥٠. (٣) أخرج أى ابن ماجةّ فى الباب المذكور آنفا. (٤) أخرجه الترمذىّ فى الأشربة باب ما جآء فى شارب الخمر ص٨ ج٢. (٥) عند أبى داودّ فى الأشربة باب ما جآء فى السكر ص ١٦٢ ج٢. (٦) عند ابن ماجةّ فى الأشربة باب من شرب الخمر لم تقبل له صلاة ص ٢٥٠. (٦) رواه البخارىّ فى أول الأشربة ص ٨٣٦ ج٢.

و عليه انعقد الاجماع ولأن قليله يدعو إلى كثيره و هذا من خواص الخمر و لهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات

أن رسول الله ﷺ قال من شرب الخمر فى الدنيا ثم لم يتب منها حرمها فى الآخرة و منها ما أخرجه (١) النسائىّ من حديث يزيد بن زريع قال حدثنا عمر بن محمد عن عبدالله بن يسار عن سالم بن عبدالله عن أبيه رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ ثلاثة لا ينظر الله عزوجل إليهم يوم القيامة العاق لوالديه و المرأة المترجلة و الديوث و ثلاثة لا يدخلون الجنة العاق لوالديه و المدمن على الخمر و المنان بما أعطى و الأحاديث من الصحاح و الحسنة كثيرة جدا (و عليه انعقد الاجماع) أى على تحريم الخمرانعقد اجماع الأمة فكل مسلم يعتقد حرمتها قطعا إلا من خلع ربقة الإسلام من الدهرية و الفلاسفة خذلهم الله عزوجل (و لأن قليله يدعو إلى كثيره) أى قليل الخمر يدعو إلى كثيره و لهذا قيل ما من شراب و طعام إلا و لذته فى الابتداء تزيد على لذته فى الانتهاء إلا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار و لهذا يزداد حرصه على شربها إذا أصاب منها شيئا فكان القليل داعيا إلى الكثير فيكون محرما ألا ترى أن الزنا لما حرم حرم دواعيه و أن المشى على قصد المعصية معصية (و هذا) أى دعاء قليله إلى كثيره (من خواص الخمر و لهذا) أى و لأجل ذلك (تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات) حيث تشمئز النفس منها عند الاستكثار و هذا كله ظاهر بالمشاهدة و قال الأترازىّ و لو قال بخلاف سائر المسكرات أو قال بخلاف سائر المشروبات لكان أولى لأنه يريد الفرق بين الخمر و سائر المسكرات لا بينها و بين سائر المطعومات قلت الذى قاله المصنفّ هو الأولى لأن مراده بيان الفرق بين الخمر وغيره مما له طعم سواء كان مطعوما أو مشروبا فى كون دعاء قليله إلى كثيره حيث وجد هذا المعنى فى الخمر دون غيره مطلقا على أن الطعم يذكر و يراد به الشرب كما فى قوله سبحانه و تعالى و من (٢) لم يطعمه فانه منى و أما الذى يتعلق بالنزاع مع الشافعى رحمه الله تعالى فانه ذكر فيه لفظ المسكرات حيث قال لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات (ثم هو(٣)) أى القليل من الخمر و يقال إن هذا اللفظ أعنى الخمر (غير معلول عندنا) أى عند علمائنا الحنفية رحمهم الله تعالى (حتى لا يتعدى حكمه) أى حكم القليل من الخمر و هو الحرمة (إلى سائر المسكرات) أى إلى

(١)أخرجه النسائىّ فى الزكاة (باب) المنان بما أعطى ص٣٥٧ ج١. (٢)و من لم يطعمه الآية. البقرة: ٢٤٩.
(٣)ثم هو أى النص الوارد فى الخمر كفاية.

و الشافعي رحمه الله تعالى يعديه إليها و هذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة

القليل من سائر المسكرات حتى لا يجب الحد بشراب قطرة من غير الخمر من المسكرات (و الشافعي رحمه الله تعالى يعديه إليها) أى يعدى هذا اللفظ إلى المسكرات لأن الخمر اسم لما يخامر العقل و لهذا لا يسمى العصير خمرا قبل التخمر و لا بعد التخلل و كل مسكر مخامر فيكون خمرا (و هذا بعيد) أى قول الشافعي رحمه الله تعالى بعيد (لأنه (١) خلاف السنة المشهورة) و هى ما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما موقوفا عليه و مرفوعا حرمت الخمر لعينها و السكر من كل شراب و لما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها إلى غيرها ثم إن هذا الحديث أخرجه (٢) النسائىّ فى سننه موقوفا على ابن عباس رضى الله تعالى عنهما من طرق فأخرجه عن ابن شبرمة عن عبدالله بن شداد عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال حرمت الخمر بعينها قليلها و كثيرها و السكر من كل شراب قال (٣) النسائىّ و ابن شبرمة لم يسمعه من ابن شداد ثم أخرجه عن هشيم عن ابن شبرمة حدثنى الثقة عن ابن شداد عن ابن عباس رضى الله عنهما قال حرمت الخمر بعينها قليلها و كثيرها و السكر من كل شراب و قال هشيم بن بشير كان يدلس و ليس فى حديثه ذكر السماع من ابن شبرمة ثم أخرجه عن أبى عون عن ابن شداد عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال حرمت الخمر بعينها قليلها و كثيرها و المسكر من كل شراب و فى لفظ و ما اسكر من كل شراب و قال هذا أولى بالصواب من حديث ابن شبرمة و رواه البزارّ فى مسنده حدثنا محمد بن حرب حدثنا أبو سفيان الحميرى حدثنا هشيم عن ابن شبرمة عن عمار الدهنى عن عبدالله بن شداد عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما موقوفا قال البزارّ و قد رواه أبو عون عن عبدالله بن شداد و رواه عن أبى عون مسعر و الثورى و شريك و

(١)لأنه خلاف الخ. قال قاضى زادهّ فى الأفكار: الحق عندى أن تعليلها بالاسكار ينافى حرمة عينها لأن قليلها ليس بمسكر فيلزم أن لا يكون قليلها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار و يلزم منه أن لا يكون عينها حراما لكن الشافعي رحمه الله تعالى لم يقل بتعليلها بالاسكار و أما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالمخامرة و نحوها فالظاهر أنه لا ينافى حرمة عينها اه. (٢)أخرجه النسائىّ الخ. كذا فى نصب الراية ص٣٠٦ ج٤. (٣)قال النسائىّ الخ. قال العثمانىّ فى الاعلاء: وطعن النسائىّ فى روايته بأن ابن شبرمة لم يسمعه من ابن شداد ساقط لأنه رواه سريج بن يونس عن هشيم عن ابن شبرمة عن الثقة عن ابن شداد فاندفع طعن الانقطاع و طعنه فى رواية هشيم بأن هشيما مدلس و لم يذكر السماع ساقط لأن ابن أبى خيثمة أخرجه فى تاريخه عن أبيه عن هشيم و صرح بالسماع كما فى عقود الجواهر المنيفة فظهر أنه لم يدلس فى شيخه و إنما دلس فى شيخ شيخه فلما ظهر من رواية سريج بن يونس أنه ثقة اندفع الطعن بأسره اه.

.....

لا نعلم رواه عن ابن شبرمة عن عمار الدهنى عن ابن شداد عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما إلا هشيم و لا عن هشيم إلا أبو سفيان و لم يكن هذا الحديث إلا عند محمد بن حرب و كان واسطيا ثقة حدثنا زيد بن اخزم أبو طالب الطائى حدثنا أبو داود حدثنا شعبة عن مسعر عن أبى عون عن عبدالله بن شداد فذكره حدثنا أحمد بن منصور حدثنا يزيد بن أبى حكيم حدثنا سفيان عن أبى سلمة عن أبى عون عن ابن شداد عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال و شعبة يقول و المسكر و قد رواه جماعة عن أبى عون فاقتصرنا على رواية مسعر و لا نعلم روى الثورى عن مسعر حديثا مسندا إلا هذا الحديث و أخرجه الطبرانىؒ فى معجمه عن أبى عون عن عبدالله بن شداد عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما موقوفا حرمت الخمر بعينها القليل منها و الكثير و السكر من كل شراب و أخرجه عن سعيد بن المسيب عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما مرفوعا نحوه و أخرجه أبو نعيم فى الحلية فى ترجمة مسعر عن خلاد بن يحيى عن مسعر عن أبى عون به و قد رواه عن مسعر سفيان الثورى و شعبة بن الحجاج و سفيان و ابراهيم ابنا عيينة ورفعه سفيان بن عيينة عن مسعر فقال عن النبى ﷺ و تفرد شعبة عن مسعر فقال و السكر من كل شراب و أخرجه (١) الدار قطنىؒ فى سننه من طريق احمد بن حنبل حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن مسعر عن أبى عون عن عبدالله بن شداد عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال إنما حرمت الحمر لعينها و المسكر من كل شراب قال و هذا هو الصواب عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لأنه قد روى عن النبى ﷺ كل مسكر حرام و روى عنه طاوس و عطاء و مجاهد رحمهم الله تعالى ما أسكر كثيره فقليله حرام و روى عنه قيس بن جبيرؒ و كذلك فتيا ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى المسكر و روى عطاء و طاوس و مجاهد رحمهم الله تعالى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال قليل ما أسكر كثيره حرام و أخرج قاسم بن اصبغ حدثنا أحمد بن زهير حدثنا أبو نعيم الفضل ابن دكين عن مسعر عن أبى عون عن عبدالله بن شداد عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال حرمت الخمر بعينها القليل منها و الكثير و المسكر من كل شراب قال ابن حزم صحيح و تابع أبا نعيم جعفر بن عون فرواه عن مسعر كذلك و تابع مسعر الثورى فرواه عن أبى عون كذلك و أخرجه الطبرانىؒ فى التهذيب حدثنا محمد بن موسى الحرشى حدثنا عبدالله بن عيسى حدثنا داود بن أبى هند عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال حرم الله الخمر بعينها و السكر من كل شراب و روى هذا

(١) أخرجه الدار قطنىؒ فى الأشربة ص ٢٥٦ ج ٤.

و تعليل لتعدية الاسم و التعليل فى الأحكام لا فى الأسماء و الرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه

عن على رضى الله تعالى عنه أيضا أخرجه (١) العقيلىّ فى كتاب الضعفاء فى ترجمة محمد بن الفرات حدثنا عمرو بن أحمد بن عمرو بن السرح حدثنا يوسف بن عدى حدثنا محمد بن الفرات الكوفى عن أبى اسحاق السبيعى عن الحارث عن على رضى الله تعالى عنه قال طاف النبى ﷺ بين الصفا و المروة اسبوعا ثم استند إلى حائط من حيطان مكة فقال هل من شربة فأتى بقعب من نبيذ فذاقه فقطب و رده فقام إليه رجل من آل حاطب فقال يا رسول الله هذا شراب أهل مكة قال فصب عليه الماء ثم شرب ثم قال حزمت الخمر بعينها و السكر من كل شراب و أعله محمد بن الفرات و نقل عن يحيى بن معينؒ أنه قال فيه ليس بشىء و نقل عن البخارىؒ أنه قال منكر الحديث و قال العقيلىؒ لا يتابع عليه و أخرجه العقيلىؒ أيضا عن عبدالرحمن بن بشر الغطفانى عن أبى اسحاق عن الحارث عن على رضى الله تعالى عنه قال سألت رسول الله ﷺ عن الأشربة عام حجة الوداع فقال حرم الله الخمر بعينها والسكر من كل شراب قال و عبدالرحمن هذا مجهول فى الرواية و النسب و حديثه غير محفوظ و إنما يروى هذا عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما من قوله (و تعليل (٢) لتعدية الاسم) أى و لأنه تعليل لتعدية الاسم يعنى ما ذهب إليه الشافعى رحمه الله تعالى تعليل لتعدية الاسم فلا يصح لأن التعليل لا يكون إلا فى الأحكام أشار إليه بقوله (و التعليل فى الأحكام لا فى الاسماء) أى يكون التعليل للتعدية فى الأحكام لا يكون فى الاسماء لأن الأسماء الموضوعة للأعيان و الأشخاص يكون المقصود منها تعريف المسمى و إحضاره بذلك الاسم لا تحقيق ذلك الوصف من الشىء فلا يمكن التعدية و هب أن الخمر سمى به لمخامرته العقل و لكن لا يدل على أن كل مخامر يسمى خمرا كما مر من قبل و لأنه تعدية مع التفاوت فى المعنى (و الرابع) أى الموضع الرابع (أنها) أى الخمر (نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها (٣) بالدلائل القطعية على ما بيناه) أشار به إلى قوله سماه رجسا فكان كالبول و الدم

(١)أخرجه العقيلىؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص٣٠٦ ج٤. (٢)و تعليل لتعدية الاسم فانه يثبت اسم الخمر لسائر الأشربة بمعنى المخامرة ثم يثبت حكم الخمر فى سائر الأشربة فهذا تعليل لتعدية الاسم و التعليل لتعدية الأحكام لا الاسماء لأن وضع اللغة ليس بقياس و إنه توقيفى كذا فى الكفاية. (٣)لثبوتها بالدلائل القطعية الخ. أقول فيه شىء و هو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر آنفا إنما هو حرمتها لا نجاستها نجاسة غليظة نعم واحد من تلك الدلائل و هو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه سماها رجسا و الرجس هو القذر على ما نص عليه فى عامة كتب اللغة فالأولى ههنا تحرير صاحب الكافى حيث قال و هى نجسة نجاسة غليظة =>

و الخامس أنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل القطعي و السادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها و غاصبها و لا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها و التقوم يشعر بعزتها و قال عليه الصلاة و السلام إن الذى حرم شربها حرم بيعها و أكل ثمنها

المسفوح (و الخامس) أى الموضع الخامس (أنه يكفر مستحلها) أى مستحل الخمر (لانكاره الدليل القطعى) و هو الكتاب و كذلك الأحاديث المشهورة و كذلك الاجماع (و السادس) أى الموضوع السادس (سقوط تقومها فى حق (١) المسلم حتى لا يضمن متلفها) بالإجماع قالوا عدم الضمان فى إتلافها لا يدل على إباحة إتلافها و قد اختلفوا (٢) فيها قال مجد الأئمة الشرخلتىؒ قيل يباح إتلافها و الصحيح أنه لا يباح الاتلاف إلا لغرض صحيح بأن كانت عند فاسق يشربها غالبا لو تركت عنده حتى لو كانت عند صالح لا يباح الاتلاف فإنها مملوكة له و فى بقائها فائدة و هى التخليل كذا ذكره المحبوبىؒ (و غاصبها) أى و لا يضمن غاصبها أيضا من مسلم (و لا يجوز بيعها لأن الله (٣) تعالى لما نجسها فقد أهانها و التقوم يشعر بعزتها) لأن معنى قولنا إن الشيء متقوم أى إنه مما يجب ابقاؤه إما بعينه أو بماليته و هى القيمة القائمة مقامه فيكون ذلك إشعارا بعزته (و قال عليه الصلاة و السلام) أى قال النبى ﷺ (إن الذى حرم شربها حرم بيعها و أكل ثمنها) هذا الحديث أخرجه (٤) مسلمؒ عن عبدالرحمن بن وعلة السبائى من أهل مصر أنه سأل ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عما يعصر من العنب قال ابن عباس رضى الله عنهما إن رجلا أهدي لرسول الله ﷺ راوية خمر فقال له رسول الله ﷺ هل علمت أن الله قد حرمها قال لا فسارّ انسانا فقال له رسول الله ﷺ بم سررته فقال أمرته ببيعها فقال إن الذى حرم شربها حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها و أخرج (٥) إلبخارىؒ و مسلمؒ عن عطاء عن جابر

=> كالبول و الدم لأنها سميت رجسا بالنص القطعى اه كذا فى الأفكار ملخصا. (١)فى حق المسلم أما الذمى فبنى متقومة فى حقه كالخنزير حتى صح بيعه لهما و لو أتلفهما له غير الامام أو مامور ضمن قيمتهما له كما مر فى آخر الغصب كذا فى الشامية. (٢)اختلفوا الخ. قال أبو السعودؒ و الظاهر أن هذا الخلاف مفرع على الخلاف فى سقوط ماليتها فمن قال إنها مال و هو الأصح قال لا يباح إتلافها إلا لغرض صحيح اه و هو حسن كذا فى الشامية. (٣)لأن الله تعالى الخ. أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بالسرقين فانه نجس العين مع أنّه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كمامر فى فصل البيع من كتاب الكراهية كذا فى الأفكار. (٤)أخرجه مسلمؒ فى المساقاة و المزارعة باب تحريم بيع الخمر ص٢٢ ج٢. (٥)أخرج البخارىؒ فى البيوع باب بيع الميتة و الأصنام ص٢٩٨ ج١ و مسلمؒ فى المساقاة و المزارعة باب تحريم بيع الخمر و الميتة و الخنزير و الأصنام ص٢٣ ج٢.

واختلفوا فى سقوط ماليتها و الأصح أنه مال لأن الطباع تميل إليها و تضن بها و من كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لا يحل له أن يأخذه و لا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن بيع باطل و هو غصب فى يده و أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كما فى بيع الميتة و لو كان الدين على ذمى فانه يؤديه من ثمن الخمر و المسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز و السابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام

رضى الله تعالى عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح و هو بمكة إن الله و رسوله حرم بيع الخمر و الميتة و الخنزير و الأصنام فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه تطلى بها السفن و تدهن بها الجلود و يستصبح بها الناس فقال لا هو حرام ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك قاتل الله اليهود إن الله لماحرم عليهم شحومها أجملوه ثم باعوه و أخرج (١) أحمدؒ فى مسنده عن نافع بن كيسان أن أباه أخبره أنه كان يتجر فى الخمر فى زمن رسول الله ﷺ و أنه أقبل من الشام و معه زقاق خمر يريد بها التجارة فأتى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إنى أتيتك بشراب جيد فقال رسول الله ﷺ يا كيسان إنها قد حرمت بعدك قال أ فابيعها يا رسول الله قال إنها حرمت و حرم ثمنها فانطلق كيسان إلى الزقاق فأخذ بأرجلها فهراقها و أخرج أيضا عن عبدالحميد بن جعفر عن شهر بن حوشب عن تميم الدارى أنه كان يهدى كل عام راوية خمر فلما أنزل الله تحريم الخمر جاء بها فلما رآه رسول الله ﷺ ضحك قال أشعرت أنها قد حرمت بعدك قال يا رسول الله أ فلا أبيعها و أنتفع بثمنها قال إن الله حرم الخمر و ثمنها (واختلفوا فى سقوط ماليتها) أى اختلف العلماء فى سقوط مالية الخمر (و الأصح أنه مال) غير متقوم (لأن الطباع تميل إليها و تضن بها) أى تبخل بها و هذا هو حقيقة المال (و من كان له على مسلم دين فأداه من ثمن خمر) و فى بعض النسخ فأوفاه ثمن خمر (لا يحل له أن يأخذه و لا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن بيع باطل و هو غصب فى يده و أمانة) أى هذا الثمن غصب فى يده على قول أبى سعيد البردعىؒ لأنه أخذه بغير إذن الشرع و أمانة على مذهب أبى نصر أحمدؒ لأنه أخذه برضى صاحبه (على حسب ما اختلفوا فيه) أى فى ثمن البيع الباطل على ما ذكرناه (كما فى بيع الميتة) يرجع إلى قوله لأنه ثمن بيع باطل (و لو كان الدين على ذمى فإنه يؤديه من ثمن الخمر و المسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز) لأنها مال متقوم فى حق الكافر و بيعها جائز عنده (و السابع) أى الموضع السابع (حرمة الانتفاع بها لأن (٢) الانتفاع بالنجس حرام) قال صاحب العنايةؒ يريد بحرمة الانتفاع

(١) أخرج احمدؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص ٥٤ ج ٤. (٢) لأن الانتفاع بالنجس الخ. أقول انتقاض هذا التعليل بالسرقين اظهر مما مر آنفا فتدبر نتائج.

و لأنه واجب الاجتناب و في الانتفاع به اقتراب و الثامن أن يحد شاربها و إن لم يسكر منها لقوله عليه الصلاة و السلام من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه

التداوى بالاحتقان و سقى الدواب و الاقطار فى الاحليل قلت أخذ هذا من كلام الكاكىؒ و الكاكىؒ من تاج الشريعةؒ و لكن قوله حرمة الانتفاع أعم من هذه الثلاثة و التخصيص بها تحكم بل لا يجوز استعمالها فى دهن أو طيب و نحوهما و لا يجوز الاستعاط و الاكتحال بها و كذا التداوى بحقنة و غيرها و لا يجوز سقيها للدواب فإن (١) سقى شاة خمرا فذبحت من ساعته أكل لحمها لأنه لم يؤثر فى لحمها فإن اعتاد الحيوان شرب الخمر و صارت بحال يوجد ريح الخمر من حلقها فإن كان إبلا يحبس شهرا ثم يؤكل و إن كان بقرا يحبس عشرين يوما و إن كان شاة تحبس عشرة أيام و الدجاجة تحبس ثلاثة (٢) أيام فان صب فى حنطة لم تؤكل كما لو صب فيها بول فان غسلت فطحنت حل أكلها إذا لم يوجد ريح الخمر و طعمها لزوال النجاسة قالوا هذا إذا لم تنتفخ فان انتفخت هل تطهر بالغسل على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى تطهر إذا غسلت ثلاث مرات و جففت فى كل مرة و على قول محمد رحمه الله تعالى لم تطهر أبدا و على هذا إذا طبخ اللحم فى الخمر فعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يحل أكله أبدا و على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يغلى ثلاث مرات بماء طاهر و يبرد فى كل مرة كذا ذكره قاضيخانؒ فى شرح الجامع الصغير (و لأنه واجب الاجتناب) أى و لأن الخمر واجب الاجتناب بالنص لكونه حراما (و فى الانتفاع به اقتراب) و هو خلاف النص (و الثامن) أى الموضع الثامن (أن يحد شاربها) أى شارب الخمر (و إن لم يسكر منها) كلمة إن واصلة بما قبلها أى و إن لم يسكر من الخمر لأن حرمتها لعينها فلا يشترط فيه السكر (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه) هذا الحديث رواه (٣) أبو داودؒ عن عاصم عن

(٢) فان سقى شاة الخ. و فى الهندية عن محيط السرخسىؒ: ولو سقى شاة خمرا لا يكره لحمها و لبنها لأن الخمر و إن كانت باقية فى معدتها فلم تختلط بلحمها و إن استحال الخمر لحما يجوز كما لو استحال خلا إلا إذا سقاها خمرا كثيرا بحيث تؤثر رائحة الخمر فى لحمها فانه يكره أكل لحمها كما لو اعتادت أكل الجلة اهـ. (٢) ثلاثة أيام لكن فى الهندية عن المحيط: و الدجاجة تحبس يوما. (٣) رواه أبو داودؒ فى الحدود باب إذا تتابع فى شرب الخمر ص٢٦٨ ج٢ و الترمذىؒ فيه باب ما جآء من شرب الخمر فاجلدوه الخ ص١٧٤ ج١ و النسائىؒ فى الكبرى فيه (باب) الحكم فيمن يتتابع فى شرب الخمر ص٢٥٥ ج٣ و ابن ماجةؒ فيه باب من شرب الخمر مرارا ص١٨٨ و قال الذهبىؒ هو صحيح كما فى نصب الراية ص٣٤٧ ج٣.

إلا أن حكم القتل قد انتسخ

أبى صالح ذكوان عن معاوية رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ إذا شربوا الخمر فاجلدوهم ثم إن شربوا فاجلدوهم ثم إن شربوافاجلدوهم ثم إن شربوا فاقتلوهم و روى (١) أبوداودؒ عن موسى بن اسماعيل حدثنا حماد عن حميد بن يزيد عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال بهذا المعنى قال و أحسبه قال فى الخامسة إن شربها فاقتلوه و روى (٢) أبو داودؒ و النسائىؒ أيضا عن ابن أبى ذئب عن الحارث بن عبدالرحمن عن أبى سلمة عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ إذا سكر فاجلدوه ثم إن سكر فاجلدوه ثم إن سكر فاجلدوه فان عاد الرابعة فاضربوا عنقه قال أبو داودؒ و كذا حديث عمر بن أبى سلمة عن أبيه عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ إذا شرب الخمر فاجلدوه فان عاد الرابعة فاقتلوه وكذا حديث سهيل عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ إن شربوا الرابعة فاقتلوهم و كذا حديث ابن أبى نعيم عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عن النبى ﷺ و كذا حديث عبدالله بن عمرو رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ و الشريد رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ و فى حديث الجدلى عن معاوية رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال فان عاد فى الثالثة أو الرابعة فاقتلوه (إلا أن حكم القتل قد انتسخ) بقوله ﷺ لايحل دم امرئ مسلم إلا باحدى معان ثلاث الحديث و روى (٣) البيهقى من حديث سفيان بن عيينة عن الزهرى عن قبيصة بن ذويب

(١)روى أبو داودؒ فى الباب المذكور آنفا و النسائىؒ فى الصغرى فى الأشربة (باب) ذكر الروايات المغلظات فى شرب الخمر ص٣٢٩ ج٢. (٢)روى أبو داودؒ و النسائىؒ و ابن ماجةؒ فى الأبواب المذكورة آنفا. (٣)روى البيهقىؒ فى الأشربة باب من أقيم عليه الحد أربع مرات ثم عاد له ص ٣١٤ ج٨ و أبو داودؒ فى الحدود باب إذا تتابع فى شرب الخمر ص٢٦٨ ج٢ و الترمذىؒ فيه باب ما جآء من شرب الخمر فاجلدوه الخ ص ١٧٤ ج١ تعليقا و قال العثمانىؒ فى الاعلاء ص٦٣٤ ج١١: و أخرجه الخطيبؒ فى المبهمات من طريق محمد بن اسحاق عن الزهرى و قال فيه فأتى برجل من الأنصار يقال له نعيمان فضربه أربع مرات فرأى المسلمون أن القتل قد أخر و أن الضرب قد وجب و قبيصة بن ذويب من أولاد الصحابة رضى الله تعالى عنهم و ولد فى عهد النبى ﷺ و لم يسمع منه و رجال هذا الحديث ثقات مع إرساله لكنه أعل بما أخرجه الطحاوىؒ من طريق الاوزاعى عن الزهرى قال بلغنى عن قبيصة و يعارض ذلك رواية ابن وهب عن يونس عن الزهرى أن قبيصة حدثه أنه بلغه عن النبى ﷺ و هذا أصح لأن يونس أحفظ لرواية الزهرى من الاوزاعى و الظاهر أن الذى بلغ قبيصة ذلك صحابى فيكون الحديث على شرط الصحيح لأن إبهام الصحابى لا يضر و له شاهد أخرجه عبدالرزاق عن معمر قال حدثت به ابن المنكدر فقال ترك ذلك قد أتى رسول الله ﷺ بابن نعيمان فجلده ثلاثا ثم أتى به فى الرابعة فجلده و لم يزد اه. و فى نصب الراية ص٣٤٧ ج٣ و قبيصة فى صحبته خلاف اه و فى تهذيب التهذيب ص٣٤٦ ج٨ و قال الغلابىؒ عن ابن معينؒ أتى به رسول الله ﷺ ليدعو له بالبركة اه و فيه أيضا و قال ابن عبدالبرؒ فى الاستيعاب ولد فى أول سنة من الهجرة و =>

فبقي الجلد مشروعا

قال قال رسول الله ﷺ من شرب الخمر فاجلدوه ثم إذا شرب فاجلدوه ثم إذا شرب فاجلدوه ثم إذا شرب فى الرابعة فاقتلوه فأتى برجل قد شرب الخمر فجلده ثم أتى به فجلده ثم أتى به فجلده ثم أتى به فى الرابعة فجلده فرفع القتل عن الناس و كانت رخصة و روى (١) من حديث الشافعى عن سفيان و فيه ثم إن شرب فاقتلوه لا يدرى الزهرى بعد الثالثة أو الرابعة قال فى آخره ووضع القتل و صارت رخصة و روى (٢) أيضا من حديث محمد بن اسحاق عن الزهرى عن قبيصة قال قال رسول الله ﷺ إذا شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه فأتى رسول الله ﷺ برجل من الأنصار يقال له نعيمان فضربه أربع مرات فرأى المسلمون أن القتل قد أخر و أن الضرب قد وجب و روى (٣) النسائىّ فى سننه الكبرى من حديث محمد بن اسحاق عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبدالله رضى الله تعالى عنه عن نبى الله ﷺ قال إذا شرب الرجل فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد الرابعة فاقتلوه فاتى رسول الله ﷺ برجل منا فلم يقتله و زاد فى لفظ فرأى المسلمون أن الحد قد وقع و أن الحد قد رفع و رواه البزارّ فى مسنده عن ابن اسحاق به أن النبى ﷺ أتى بالنعيمان قد شرب الخمر ثلاثا فأمر بضربه فلما كان فى الرابعة أمر به فجلد الحد فكان نسخا (فبقى الجلد مشروعا) بالأحاديث المذكورة و قد مر بيانه مستوفى فى كتاب الحدود فان شرب (٤) الخمر إنسان لخوف العطش لا بأس به كما لو شرب البول و قال الشافعى رحمه الله تعالى يكره فان شرب لهذه الضرورة لم يحد لأن الضرورة

=> كان له فقه و علم و قال ابن قانعٌ يقال له رؤية و قال أبو موسى المدينىّ فى الذيل أورده العسكرىّ فى الصحابة و قال جعفرٌ لا يصح سماعه لأنه ولد يوم الفتح و روى عن النبى ﷺ احاديث مراسيل اه و فى نيل الأوطار ص١٦٧ ج٧ قال المنذرىّ و إذا ثبت أن مولده أول سنة من الهجرة أمكن أن يكون سمع من رسول الله ﷺ اه.

(١ و ٢) روى أى البيهقىّ فى الباب المذكور آنفا. (٣) روى النسائىّ فى الكبرى كتاب الحد فى الخمر (باب) نسخ القتل ص٢٥٧ ج٣. (٤) فان شرب الخ. و فى الخانية: رجل خاف على نفسه من العطش يباح له أن يشرب الخمر بقدر ما يندفع به ذلك العطش عندنا إن كان الخمر يرد ذلك العطش كما يباح للمضطر تناول الميتة و الخنزير و كذا لو أكره على شرب الخمر يباح له أن يشرب و لو صبر و لم يشرب الخمر حتى قتل كان آثما و كذا لو غص و خاف على نفسه من ذلك و لا يجد ما يزيله إلا الخمر يباح له شربها و كذا إذا شرب للعطش المهلك يباح له لرفع العطش و إن كان يزيد به العطش فى الثانى إلا أنه لا يشرب إلا مقدار ما يكفيه و يرويه و لايشرب الزيادة على الكفاية كالمضطر إذا وجد ميتة يباح له منها مقدار ما يسد رمقه و لا يأكل الزيادة على ذلك فلو أن المضطر يشرب من الخمر مقدار ما يرويه فسكر لا حد عليه لأن السكر حصل بالمباح لأن الشرب منها مقدار ما يكفيه مباح فلا يجب به الحد فان شرب مقدار ما يرويه و زيادة و لم يسكر قالوا ينبغى أن يلزمه الحد كما لو شرب هذا القدر حالة الاختيار و لم يسكر اه.

و عليه انعقد اجماع (١) الصحابة رضي الله تعالى عنهم

كما أثرت في الشرب أثرت في سقوط الحد فان زاد على قدر الحاجة فسكر حد لانعدام الضرورة وكذا إذا أكره على شرب الخمر فسكر لم يحد فأما إذا خلط الخمر بالماء فان كان الماء أقل أو مساويا يحد شاربه إذا دخل إلى جوفه و إن (٢) كان الغلبة للماء فلا يحد شاربه إلا إذا سكر كذا في شرح الطحاوى (و عليه انعقد الاجماع من الصحابة رضى الله تعالى عنهم) أى على أنها حرام و يحد بشرب قليلها انعقد الاجماع من الصحابة رضى الله تعالى عنهم كذا قال الكاكىؒ و الصواب أن يقال أى و على الجلد انعقد الاجماع من الصحابة رضى الله تعالى عنهم لأنه بين انعقاد الاجماع على تحريمها فيما مضى من قريب بقوله و قد جاءت السنة متواترة أن النبى ﷺ حرم الخمر و عليه انعقد الاجماع قال الكاكىؒ و ما حكى عن قدامة بن مظعون رضى الله تعالى عنه بأنه قال بحل الخمر فقد روى الجوزجانىؒ باسناده إلى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن قدامة بن مظعون أو عمرو بن مظعون رضى الله تعالى عنه شرب الخمر و قال له عمر رضى الله تعالى عنه ما حملك على ذلك فقال إن الله سبحانه و تعالى يقول ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا و أتى بالمهاجرين الأولين من أهل بدر فقال عمر رضى الله تعالى عنه أجيبوا الرجل فسكتوا فقال لابن عباس رضى الله تعالى عنهما أجبه فقال إنما أنزل الله عذرا للماضين لمن شربها قبل أن تحرم ثم سأل عمر رضى الله تعالى عنه عن الجلد فيها فقال على رضى الله تعالى عنه إذا شرب سكر و إذا سكر هذى و إذا هذى افترى فعليه حد المفترين ثمانين جلدة فجلده عمر رضى الله تعالى عنه ثمانين فقال أخطأت التأويل و روى أن أناسا شربوا الخمر بالشام فقال لهم يزيد بن أبى سفيان شربتم الخمر قالوا نعم بقوله سبحانه و تعالى ليس على الذين آمنوا الآية فكتب فيهم إلى عمر رضى الله تعالى عنه فكتب عمر رضى الله تعالى عنه أن ابعثهم إلىّ سريعا لئلا يفتنوا عباد الله فبعث بهم إلىّ عمر رضى الله تعالى عنه فقال لعلى رضى الله تعالى عنه ما ترى فقال أرى إن زعموا أنها حلال شرعوا فى دين الله فاقتلهم و إن زعموا أنها حرام فاجلدوهم ثمانين فجلدهم عمر رضى الله تعالى عنه ثمانين و رجعوا إلى تحريمها فانعقد الاجماع انتهى قلت قد كان انعقد الاجماع على تحريم الخمر قبل ذلك بالكتاب و السنن المشهورة و هؤلاء الذين ذكرهم إنما يشربون الخمر متأولين بالآية المذكورة مع كونهم مخطئين في هذا التأويل فلهذا قال عمر رضى الله تعالى عنه لقدامة رضى الله تعالى عنه

(١) اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم. ن. الاجماع من الصحابة رضى الله تعالى عنهم. (٢) و إن كان الغلبة الخ. و فى الذخيرة عن القدورى إذا غلب الماء عليها حتى زال طعمها و ريحها فلا حد ثم قال و إذا ثرد فيها خبزا و أكله إن وجد الطعم و اللون حد و ما لا لون لها يحد إن وجد الطعم اه شامية.

و تقديره ما ذكرناه فى الحدود و التاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها إلا أنه لا يجد فيه ما لم يسكر منه

أخطأت التأويل و لم يكونوا مخالفين للصحابة رضى الله تعالى عنهم حتى يكون الاجماع وقت اقامة الحد عليهم على أن هذا الخبر لم ينته إلى الصحة و قد رواه (١) البيهقىّ فى سننه من طريق سعيد بن كثير بن عفير حدثنا يحيى بن فليح أخو محمد بن فليح عن ثور بن زيد عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن الشراب كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ يعنى بالأيدى و النعال و العصى قال و كانوا فى خلافة أبى بكر رضى الله تعالى عنه أكثر منهم فى عهد النبى ﷺ فقال أبوبكر رضى الله تعالى عنه لو فرضنا لهم هذا فتوخى نحوا مما كانوا يضربون فى عهد رسول الله ﷺ فكان أبو بكر رضى الله تعالى عنه يجلدهم أربعين حتى توفى ثم كان عمر رضى الله تعالى عنه من بعدهم فجلدهم كذلك أربعين حتى أتى برجل من المهاجرين الأولين و قد شرب فأمر به أن يجلد فقال لم تجلدنى بينى و بينك كتاب الله قال و فى أىّ كتاب الله تجد أن لا أجلدك قال إن الله تعالى يقول فى كتابه ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا الآية شهدت مع رسول الله بدرا و أحدا و الخندق و المشاهد فقال عمر رضى الله تعالى عنه ألا تردون عليه ما يقول فقال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما إن هؤلاء الآيات نزلت عذرا للماضين و حجة على الباقين فعذر الماضين لأنهم لقو الله عز و جل قبل أن تحرم عليهم الخمر و حجة على الباقين لأن الله تعالى يقول يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر و الميسر و الأنصاب و الأزلام الآية فإن كان من الذين آمنوا و عملوا الصالحات ثم اتقوا و أحسنوا فإن الله قد نهى أن تشرب الخمر قال عمر رضى الله تعالى عنه فما ذا ترون قال على رضى الله تعالى عنه نرى أنه إذا شرب سكر و إذا سكر هذى و إذا هذى افترى و على المفترى ثمانون جلدة فأمر عمر رضى الله تعالى عنه فجلد ثمانين و قال الذهبىّ فى مختصره لا أعرف ابن فليح (و تقديره ما ذكرناه فى الحدود) أى و تقدير الجلد ما ذكرناه فى كتاب الحدود (و التاسع) أى الموضع التاسع (أن الطبخ لا يؤثر فيها) أى فى الخمر بعد أن صار خمرا يعنى أن الخمر إذا طبخت حتى ذهب ثلثاه لا يحل (لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها) أى لرفع الحرمة بعد ثبوتها لأن أثر الطبخ فى إزالة صفة الإسكار و الخمر حرام و موجب للحد بعينها لا لإسكارها و فى القنية قيل لو زالت مرارتها بالطبخ يحل شربها لأنها ما بقيت خمرا (إلا أنه لا يجد فيه مالم يسكر منه) أى إلا أن الشان لا يجد

(١) رواه البيهقىّ فى الأشربة باب ما جآء فى عدد حد الخمر ص ٣٢٠ ج٨.

على ما قالوا لأن الحد بالقليل فى النيء خاصة لما ذكرناه و هذا قد طبخ و العاشر جواز تخليلها و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى و سنذكره من بعد إن شاء الله تعالى هذا هو الكلام فى الخمر و أما العصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه و هو المطبوخ ادنى طبخة و يسمي الباذق و المنصف

فى المطبوخ من الخمر مالم يسكر منه (على (١) ما قالوا) أى على ما قال المشايخ رحمهم الله تعالى قال شيخ الاسلام خواهر زادهؒ لم يذكر محمد رحمه الله تعالى أنه إذا شرب بعد الطّبخ و لم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال يجب أن لا يجب عليه الحد لأنه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة النيء من ماء العنب و هذا مطبوخ و ليس بنيء أشار إليه بقوله (لأن الحد بالقليل فى النيء خاصة لما ذكرناه (٢) و هذا قد طبخ) أى صار مطبوخا و قال (٣) شمس الأئمة السرخسيؒ يحد من شرب منه قليلا كان أو كثيرا بالنص لأنه يوجب الحد فى قليل الخمر (و العاشر في جواز تخليلها) أى الموضع العاشر فى جواز تخليل الخمر (و فيه) أى و فى هذا المّوضع (خلاف الشافعي رحمه الله تعالى و سنذكره من بعد إن شاء الله تعالى) يعنى فى آخر هذا الباب (هذا هو الكلام فى الخمر) يعنى الذى ذكرناه إلى هذا الموضع هو الكلام فى أحكام الخمر (و أما العصير) هذا عطف على قوله أما الخمر و قد فصل بها قوله الأشربة المحرمة أربعة لأن التفصيل يكون بعد الاجمال أى و أما عصير العنب (إذا طبخ حتى يذهب أقل (٤) من ثلثيه و هو المطبوخ أدنى طبخة و يسمى الباذق (٥)) قيل إنها كلمة معربة تعريب باده بالفارسى و سئل ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن الباذق فقال سبق محمد ﷺ الباذق و ما أسكر فهو حرام كذا فى الفائق أى لم يكن الباذق فى عهد رسول الله ﷺ و يجوز أن يكون معناه سبق قوله فى الباذق و فى غيره من جنسه و فى المغرب هذا ضعيف بل الباذق عصير عنب طبخ أدنى طبخ فصار شديدا (و المنصف) يجوز بالنصب عطفا

(١)على ما قالوا. هذا يفيد بظاهره التبرى و التضعيف لأن المفتى به خلافه شامى. (٢)لما ذكرناه. أشار به إلى قوله و لأن قليله يدعو إلى كثيره كفاية. (٣)قال شمس الأئمة السرخسيؒ الخ. و فى القهستانى عن التتمة و عليه الفتوى قال ابن عابدينؒ فى الشامية: و من هنا يعلم حكم العرق و المستقطر من فضلات الخمر فينبغى جريان الخلاف فى الحد من شرب قليله كما بحثه القهستانيؒ أما نجاسته فغليظة كأصله لكن ليس كحرمة الخمر لعدم إكفار مستحله للخلاف فيه و قول الشرنبلاليؒ بحثا لا حد به بلا سكر مبنى على خلاف المفتى به كما أفاده كلام القهستانى تأمل. (٤)أقل من ثلثيه.قيد به لأنه إذا ذهب ثلثاه فما دام حلوا يحل شربه عند الكل و إذا غلى و اشتد يحل شربه عندهما مالم يسكر خلافا لمحمد رحمه الله تعالى كما سيأتى. (٥)الباذق بكسر الذال و فتحها كما فى القاموس.

و هو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا إذا غلا و اشتد و قذف بالزبد أو إذا اشتد على الاختلاف

على قوله الباذق أى يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه الباذق و المنصف أيضا لأنه قد حصر الأشربة المحرمة على أربعة و هى الخمر و العصير الذاهب أقل من ثلثيه و نقيع التمر و نقيع الزبيب فلو كان المنصف غير الباذق يلزم أن تكون الأشربة المحرمة خمسة و يجوز أن يكون المنصف بالرفع لأنه نوع من الذاهب أقل من الثلثين لأنه أعم أن يكون منصفا أو غيره و لهذا جعل شيخ الإسلام خواهر زادهؒ الباذق قسما و المنصف قسما حيث قال أما الذى يتخذ من العنب الرطب قالوا ستة الخمر و الباذق و المنصف و المثلث و البنتج و الجمهورى و الحميدى و يسمى أبا يوسفيا فان قلت أيهما أوجه قلت الأول (١) أوجه معنى و هذا أوجه لفظا لأنه لو كان منصوبا لقال أيضا (و هو ما ذهب نصفه بالطبخ) أى المنصف هو الذى ذهب نصفه بالطبخ (فكل ذلك) يعنى القليل و الكثير (حرام عندنا إذا غلا و اشتد و قذف بالزبد) على مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى (أو إذا اشتد) يعنى من غير قذف بالزبد على مذهبهما أشار إلى ذلك بقوله (على الاختلاف) المذكور بين أبى حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى فى اشتراط القذف بالزبد ثم نبين ما ذكره خواهر زادهؒ من أنواع ما يعمل من العنب الأول الخمر و قد مر بيانه و الثانى الباذق فحكمه أنه حلال شربه ما دام حلوا فاذا غلا و اشتد و قذف بالزبد فانه يحرم قليله و كثيره فى قول علمائنا و

(١) الأول أوجه الخ. كذا فى العناية. قال قاضى زادهؒ فى الأفكار: أقول لعل الأول لا وجه له أصلا فضلا عن أن يكون أوجه فانه يصير معنى كلام المصنفؒ على ذلك التقدير العصير الذى طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين أحدهما الباذق و الآخر المنصف و هذا يقتضى أن يكون الباذق و المنصف متحدين فى المعنى و هو العصير المطبوخ أدنى طبخة مع أن تحرير المصنفؒ ينافى ذلك أما أولاً فلأنه فسر المصنفؒ بقوله و هو ما ذهب نصفه بالطبخ و لا يخفى أن هذا أخص من العصير المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك ما ذهب أقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصور الاتحاد فى المعنى و أما ثانيا فلأنه قال فكل ذلك حرام عندنا إذا غلى و اشتد الخ و لا يخفى أن لفظ كل يقتضى التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق أن قول المصنفؒ و المنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ فى قوله و هو المطبوخ أدنى طبخة و المعنى أن العصير المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه على قسمين أحدهما المطبوخ أدنى طبخة المسمى بالباذق و الآخر المنصف و هو ما ذهب نصفه بالطبخ و كل واحد منهما حرام عندنا إذا غلى و اشتد و قذف بالزبد أو إذا اشتد على الاختلاف و أما حديث أن المصنف لو كان غير الباذق لكانت الأشربة المحرمة خمسة و قد حصروها فى الأربعة فعلى طرف الثمام لأن الأربعة التى حصروا الأشربة المحرمة فيها إنما هى أصول الأشربة المحرمة و أقسامها الأولية و الباذق و المنصف ليسا كذلك بل إنهما قسمان من أحد تلك الأصول و الأقسام الأولية و هو الطلاء العام للباذق و المنصف اهـ.

و قال الأوزاعي رحمه الله تعالى

عامة العلماء رحمهم الله تعالى و عند بشر و أصحاب الظاهر كداود الاصفهانى وغيره يحل شربه و لا يفسق شاربه و لا يكفر مستحله و لا يحد شاربه و عندنا مالم يسكر منه و عند الشافعى رحمه الله تعالى يحد إذا شرب قطرة منها و نجاسته غليظة و قال شيخ الاسلامؒ ينبغى أن تكون خفيفة لتعارض الأخبار فى إباحته و حرمته و الثالث المنصف و هو الذى طبخ من نيء العنب حتى بقى نصفه فما دام حلوا يحل شربه و إذا غلا و اشتد و قذف بالزبد لا يحل شربه عندنا خلافا لبشر و أهل الظاهر و الرابع المثلث و سيجيء حكمه و الخامس البختج (١) واختلفوا فى تفسيره فقال الحاكم أبو محمد الكفينىؒ هو عصير العنب يصب فيه الماء و يطبخ قبل الغليان حتى يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه فيكون الذاهب من العصير أقل من الثلثين و إنه ما دام حلوا يحل شربه و إذا غلا و اشتد و قذف بالزبد لا يحل شربه قليله و كثيره حرام عند علمائنا جميعا رحمهم الله تعالى و هو الذى سمى جمهوريا أيضا و قال بعضهم البختج هو الحميدى و هو أن يصب الماء على المثلث و يترك حتى يشتد فانه يحل شربه قال شيخ الإسلام خواهر زادهؒ و هو الأصح و يسمى أبا يوسفيا لأن أبا يوسف رحمه الله تعالى كان كثيرا يستعمله و هل يشترط لاباحته عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى بعد ما صب الماء فيه أن يطبخ أدنى طبخة اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه قال شيخ الإسلامؒ كان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضلؒ يقول يشترط أن يطبخ أدنى طبخة لاباحته عندهما و كان الشيخ الإمام الجواهرىؒ و الإمام الحاكم أبو محمد الكفينىؒ يقولان لا يشترط و من حكمه أنه يحل شربه ما دام حلوا و كذا إذا غلا و اشتد ما دون السكر عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى و لا يحل السكر منه و يحد على ذلك و لا يحد إذا شرب قطرة خلافا للشافعى رحمه الله تعالى (و قال الأوزاعي رحمه الله تعالى) و هو عبدالرحمن (٢) بن عمرو امام أهل الشام

(١)البختج الخ. قال فى الخانية بعد ذكر هذا البختج و الجمهورى سواء ثم قال و أما الجمهورى فهو النيء من ماء العنب إذا صب عليه الماء و طبخ أدنى طبخة ما دام حلوا يحل شربه عند الكل و إن غلى و اشتد و قذف بالزبد فهو و الباذق سواء فى الحكم فان صب الماء على ثفوله بعد ذلك و عصر و استخرج الماء فغلى و اشتد قال بعضهم هو يكون بمنزلة الخمر فى جميع الأحكام و قال بعضهم حكمه لا يكون حكم الخمر اه. (٢)عبدالرحمن الخ. و فى تهذيب التهذيب: عبدالرحمن بن عمرو بن أبى عمرو يحمد الشامى أبو عمرو الاوزاعى رحمه الله تعالى روى عنه من شيوخه الزهرى و يحيى بن أبى كثير و قتادة وغيرهم رحمهم الله تعالى قال الحاكم ابو احمدؒ فى الكنى الاوزاعى من حمير وقد قيل إن الاوزاع قرية بدمشق و عرضت هذا القول على احمد بن عمير فلم يرضه و قال إنما قيل الاوزاعى لأنه من أوزاع القبائل و قال ابو سليمان بن زبرؒ هو اسم وقع على موضع مشهور بدمشق يعرف بالاوزاع سكنه فى صدر الاسلام بقايا من قبائل شتى قال ابو زرعة الدمشقى كان اسم الاوزاعى عبدالعزيز فسمى نفسه =>

إنه مباح و هو قول بعض المعتزلة لأنه مشروب طيب و ليس بخمر و لنا أنه رقيق ملذ مطرب،و لهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به و أما نقيع التمر و هو السكر و هو

الأوزاعيّ نسبة إلى أوزاع و هى من قبائل شتى و قال ابن أبى حيثمةّ الأوزاعى بطن من همدان و قيل بطن من ذى الكلاع و قيل بطن من حمير و قيل غير ذلك (إنه مباح) أى العصير الذى طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه يباح شربه (و هو قول بعض المعتزلة) و هو بشر المريسى و هو قول أصحاب الظاهر أيضا كداود الاصفهانى و غيره (لأنه مشروب طيب) إذ الطيب ما يستطيبه الطبع (و ليس بخمر) صورة لأنه نيء و لا معنى لأن الخمر مشتق من المخامرة و لهذا قال عمر رضى الله تعالى عنه الخمر ما يخامر العقل بخلاف القدح المسكر فانه يخامر العقل فيكون خمرا من حيث المعنى (و لنا أنه رقيق) أى أن العصير المذكور رقيق و احترز به عن المثلث و الدبس فانهما غليظان (ملذ) من الالذاذ أراد به أنه جالب اللذة (مطرب) من الاطراب فيدعو قليله إلى كثيره (و لهذا) أى و لكونه ملذا مطربا (يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به) بخلاف المثلث لأنه ليس بخمر حقيقة و لا معنى لأنه لا يؤدى إلى المخامرة غالبا و إن شرب القليل منه لا يدعو إلى الكثير لغلاظته و كثافته و لا يفسق شاربه للاختلاف فيه و لم يثبت الحرمة فيه بدليل قطعى بخلاف ما لو أكل متروك التسمية عمدا حيث يفسق مع الاختلاف فى الحرمة لثبوتها بدليل قطعى و الحرمة متى تثبت بدليل قطعى لا يعتبر الاختلاف بعد ذلك (و أما نقيع التمر) عطف على قوله و أما العصير (و هو السكر) بفتح السين و الكاف جميعا و النقيع (١) من أنقع التمر و الزبيب فى الخابية و نقعه إذا ألقاه فيها ليبتل و تخرج منه الحلاوة و اسم الشراب نقيع (و هو

=> عبدالرحمن و كان أصله من سبأ السند و كان ينزل الاوزاع فغلب ذلك عليه و إليه فتوى الفقه لأهل الشام لفضله فيهم و كثرة روايته و بلغ سبعين سنة و كان فصيحا و رسائله توثر وقال ابن مهدىّ الأئمة فى الحديث أربعة الاوزاعى و مالك والثورى و حماد بن زيد رحمهم الله تعالى و قال أيضا ما كان بالشام اعلم بالسنة منه و قال ابن معين ثقة ما اقل ما روى عن الزهرى و قال ابو حاتمّ امام متبع لما سمع و قال ابن عيينةّ كان امام اهل زمانه و قال امية بن يزيدّ كان عندنا ارفع من مكحولّ جمع العبادة و الورع و القول بالحق و قال ابن سعدّ ولد سنة ٨٨هج و كان ثقة مامونا صدوقا فاضلا خيرا كثيرا الحديث و العلم و الفقه و كان مكتبه باليمامة و مات ببيروت سنة ١٥٨هج و قال عيسى بن يونسّ كان الاوزاعىّ حافظا و قال ابن حبانّ فى الثقات كان من فقهاء أهل الشام و قرائهم و زهادهم و كان السبب فى موته أنه كان مرابطا ببيروت فدخل الحمام فزلق فسقط و غشى عليه و لم يعلم به حتى مات و فى سنة وفاته اختلاف غير ما تقدم قيل سنة ٥٥و قيل سنة ٥١ و قيل سنة ٥٦ اه ملخصا.

(١)النقيع الخ. كذا فى المغرب.

النيء من ماء التمر أى الرطب فهو حرام مكروه و قال شريك بن عبدالله رحمه الله تعالى إنه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا و رزقا حسنا

النيء من ماء التمر) أى النقيع الذى هو السكر هو النيء من ماء التمر (أى الرطب) قال الأترازىؒ و تفسير صاحب الهدايةؒ التمر بالرطب فيه نظر لأن التمر إذا نقع فى الماء يسمى نقيعا فلا حاجة إلى أن ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعا و قياس كلامه هنا أن يقول فى نقيع الزبيب أى نقيع العنب و ليس بقوى قلت هذا التفسير لا بد منه لأن (١) الشراب المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر و هو حلال على قول أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى على ما يجيء إن شاء الله تعالى و قال تاج الشريعةؒ و فائدة تفسير التمر بالرطب أن فى نقيع اليابس ينبغى أن يكون خلاف الاوزاعىؒ كما فى المطبوخ قليلا من عصير العنب و الجامع أن فى الأول ذهب البعض بالنار و فى الثانى بالشمس و الحاصل أنه ذكر الأوزاعىؒ فى الزبيب لأنه ذهب بعضه بالشمس و هذا المعنى ثابت فى التمر و لم يذكر الخلاف فيه فعلم أن المراد من التمر الرطب لأنه لا يخالفنا فى الرطب و إنما يخالفنا فى اليابس من التمر (فهو حرام مكروه) أردف الحرام بالمكروه ليعلم أن درجة حرمته أدنى من درجة حرمة الخمر لأن حرمة السكر اجتهادية و حرمة الخمر بالإجماع قطعية و لهذا لا يكفر مستحل السكر و يكفر مستحل الخمر (و قال شريك (٢) ابن عبدالله رحمه الله تعالى) و هو ابن أبى شريك ابو عبدالله النخعى الكوفى من أصحاب أبى حنيفة رحمه الله تعالى مات بالكوفة يوم السبت فى ذى القعدة سنة سبع و سبعين و مائة و روى له مسلمؒ متابعة ولى القضاء بواسط سنة خمس و خمسين و مائة ثم ولى الكوفة بعد ذلك (إنه مباح) أى السكر مباح (لقوله تعالى تتخذون (٣) منه سكرا و رزقا حسنا) أول الآية و من ثمرات النخيل و الاعناب تتخذون منه سكرا و رزقا حسنا أى نسقيكم من ثمرات النخيل و الاعناب أى من

(١)لأن الشراب الخ. كذا قاله جمهور الشراح أقول فيما قاله جمهور الشراح نظر لأن الذى كان اسمه نبيذ التمر و كان حلالا عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى إنما هو ما اتخذ من التمر و طبخ أدنى طبخة كما صرح به فى عامة المعتبرات و سيجيء فى الكتاب فى قوله و قال فى المختصر و نبيذ التمر و الزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال الخ والذى ذكر ههنا إنما هو نقيع التمر إذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله و هو النيء من ماء التمر و هو المسمى بالسكر لا غير و لا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا فلا حاجة إلى تفسير التمر بالرطب كذا فى الأفكار. (٢)شريكؒ الخ. و فى التقريب: شريك بن عبدالله النخعى الكوفى القاضى بواسط ثم الكوفة أبو عبدالله صدوق يخطىء كثيرا تغير حفظه منذ ولى القضاء بالكوفة و كان عادلا فاضلا عابدا شديدا على أهل البدع من الثامنة مات سنة سبع أو ثمان و سبعين و مائة اهـ. (٣)تتخذون الآية. النحل: ٦٧

امتن علينا به و هو بالمحرم لا يتحقق و لنا اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم و يدل عليه ما رويناه من قبل

عصيرها و حذف لدلالة نسقيكم قبله عليه و قوله تتخذون منه سكرا بيان وكشف عن كنه الاسقاء و السكر النبيذ و هو خمر التمر و الرزق الحسن الخل و الرب و التمر و الزبيب و غير ذلك و الرزق الحسن شرعا ما هو حلال و حكم المعطوف و المعطوف عليه واحد لأن الآية لبيان الامتنان و يجوز أن يجعل السكر رزقا حسنا كأنه قيل تتخذون منه ما هو سكر و رزق حسن (امتن علينا به) أى بالسكر (و هو بالمحرم لا يتحقق) أى الامتنان بالحرام لا يتحقق من الحكم (و لنا اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم) يعنى على تحريم السكر روى (١) عبدالرزاقؒ فى مصنفه أخبرنا الثورى عن منصور عن أبى وائل قال اشتكى رجل منا بطنه فنعت له السكر فقال عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنه إن الله لم يجعل شفاء كم فيما حرم عليكم أخبرنا معمر عن الاعمش عن أبى وائل نحوه قال معمر و السكر يكون من التمرة و من طريق عبدالرزاقؒ روى الطبرانىؒ فى معجمه بالسند الأول و رواه (٢) ابن شيبةؒ فى مصنفه حدثنا جرير بن عبدالحميد عن مغيرة عن ابراهيم قال قال عبدالله رضى الله تعالى عنه السكر خمر حدثنا حفص بن غياث عن ليث عن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه سئل عن السكر فقال الخمر ليس لها كنية و فى السنن (٣) للدارقطنىؒ عن عبدالله بن أبى الهذيل قال كان عبدالله رضى الله تعالى عنه يحلف بالله إن التى أمر بها النبى ﷺ حين حرمت الخمر أن يكسر دنانه و أن يكفأ ثمر التمر و الزبيب و روى البيهقىؒ (٤) من حديث سفيان عن الأسود بن قيس عن عمرو بن سفيان عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه سئل عن هذه الآية تتخذون منه سكرا و رزقا حسنا قال السكر ما حرم من ثمرتها و الرزق الحسن ما حل من ثمرتها و روى عن على بن أبى طلحة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى قوله سبحانه و تعالى تتخذون منه سكرا فحرم الله بعد ذلك السكر مع تحريم الخمر لأنه منها قال و رزقا حسنا فهو حلاله من الخل و الرب و النبيذ و أشباه ذلك فأقره الله و جعله الله حلالا للمسلمين (و يدل عليه) أى على إجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم (ما رويناه من قبل) و هو (٥) قوله ﷺ الخمر من هاتين الشجرتين و أشار إلى الكرمة و

(١)روى عبدالرزاقؒ فى الأشربة باب التداوى بالخمر ص ٢٥٠ ج٩. (٢)رواه ابن أبى شيبةؒ فى الأشربة (باب) فى السكر ما هو ص ١٢٩ ج٨. (٣)السنن للدار قطنىؒ كتاب الأشربة ص ٢٥٣ ج٤. (٤)روى البيهقىؒ فى الأشربة باب ما يحتج به من رخص فى المسكر إذا لم يشرب منه ما يسكره و الجواب عنه ص ٢٩٧ ج٨. (٥)و هو قوله ﷺ الخ. قد مر تخريجه مفصلا فى أوائل الأشربة ص ٧٦ ج١٥.

و الآية محمولة على الابتداء و كانت الأشربة مباحة كلها و قيل أراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا و تدعون رزقا حسنا

النخلة و لم يرد به بيان الاسم لغة فانه ﷺ ما بعث لذلك فيكون المراد بيان حكم الحرمة أن ما يكون من هاتين الشجرتين سواء فى الحرمة ثم النيء من ماء العنب إذا غلا واشتد صار خمرا فكذا النيء من ماء التمر إلا أنه لا يحد بنفس الشرب لأن اختلاف العلماء أورثت فيها شبهة (و الآية) الشريفة (محمولة على الإبتداء و كانت الأشربة مباحة كلها) أشار بهذا إلى أن الآية المذكورة منسوخة قال مقاتلؒ نزلت الآية قبل تحريم الخمر لأن السورة مكية و تحريم الخمر بالمدينة و روى (١) البيهقىؒ من حديث شعبة عن المغيرة عن ابراهيم و الشعبى و أبى رزين قالوا فى هذه الآية تتخذون منه سكرا و رزقا حسنا هى منسوخة فإذا كانت منسوخة فلا يجوز الاحتجاج به و فى الكشاف و قيل السكر النبيذ و هو عصير العنب و الزبيب و التمر إذا طبخ حتى يذهب ثلثاه ثم يترك حتى يشتد و هو حلال عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إلى حد السكر و يحتج بهذه الآية (و قيل أراد به التوبيخ) أى أراد بالآية الشريفة المذكورة التوبيخ لا الإمتنان (معناه و الله سبحانه و تعالى أعلم تتخذون منه سكرا و تدعون رزقا حسنا) يعنى انتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما و تدعون رزقا حسنا أى تتركون والله سبحانه و تعالى أعلم و فى الذخيرة ما يتخذ من التمر ثلاثة السكر و العصير و هو الذى يسمى فضيخا و النبيذ أما السكر فهو النيء من ماء الرطب فإنه حلال ما دام حلوا و إذا اشتد و قذف بالزبد فهو حرام عندنا و هو الصحيح خلافا للبعض و أما الفضيخ فهو النيء من ماء البسر المذنب و الإسم مشتق من الفضخ و هو الكسر فالبسر المذنب يكسر و يجعل فى حب و يصب عليه الماء فيخرج حلاوته و يسمى فضيخا لكونه مستخرجا من البسر المفضوخ فإنه حلال ما دام حلوا فإذا اشتد و قذف بالزبد فهو حرام عندنا و أكثر أهل العلم و لكن حرمته عندنا دون حرمة الخمر فإن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يجوز بيع السكر و لا يجب الحد بشرب قليله و لا يمنع جواز الصلاة بإصابة الثوب أكثر من قدر الدرهم و أما نبيذ التمر و هو نقيعه إذا طبخ أدنى طبخة ما دام حلوا يحل شربه بلا خلاف و إذا غلا و اشتد و قذف بالزبد فإنه حلال عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى لاستمراء الطعام و التداوى و السكر منه حرام و هو قول محمد رحمه الله تعالى أولاً ثم رجع و قال لا يحل شربه و هو قول الشافعى رحمه الله تعالى

(١) روى البيهقىؒ فى الأشربة باب ما يحتج به من رخص فى المسكر إذا لم يشرب منه ما يسكره و الجواب عنه ص٢٩٧ ج٨.

و أما نقيع الزبيب و هو النيء من ماء الزبيب فهو حرام إذا اشتد و غلا و يتأتى فيه خلاف الاوزاعي رحمه الله تعالى و قد بينا المعنى من قبل إلا أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها و يكفر مستحل الخمر لأن حرمتها اجتهادية و حرمة الخمر قطعية و لا يجب الحد بشربها حتى يسكر و يجب بشرب قطرة من الخمر و نجاستها خفيفة في رواية و غليظة في أخرى و نجاسة الخمر غليظة رواية واحدة و يجوز بيعها و يضمن متلفها

(و أما نقيع الزبيب) عطف على قوله و أما نقيع التمر و هو النوع الرابع من الأشربة المحرمة و قيد بنقيع الزبيب لأن نبيذ الزبيب و هو الذى طبخ أدنى طبخة يحل شربه إلى السكر عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى كالمثلث العنبى عندهما (و هو النيء من ماء الزبيب فهو حرام إذا اشتد و غلا) أى غلا بنفسه لا بالنار (و يتأتى فيه خلاف الأوزاعى رحمه الله تعالى) أى يحصل فى نقيع الزبيب خلاف الأوزاعىؒ على تعليله أنه مشروب طيب و ليس بخمر و هو قول شريك و الظاهرية أيضا (و قد بينا المعنى من قبل) أشار به إلى قوله إنه رقيق ملذ مطرب إلى آخره (إلا أن حرمة هذه الأشربة) يعنى الباذق و المنصف و نقيع التمر و نقيع الزبيب (دون حرمة الخمر حتى (١) لا يكفر مستحلها و يكفر مستحل الخمر لأن حرمتها) أى حرمة هذه الأشربة (اجتهادية و حرمة الخمر قطعية) لعدم الاختلاف فيها (و لا يجب الحد بشربها) أى بشرب هذه الأشربة (حتى يسكر) بخلاف الخمر فإن بشرب قطرة منها يجب الحد و هو معنى قوله (و يجب بشرب قطرة من الخمر) لأن الحرمة لعينها كما بينا (و نجاستها) أى نجاسة هذه الأشربة (خفيفة فى رواية) لقصور دليل الحرمة عن القطع و اختلاف العلماء قال الفضلى رحمه الله تعالى و هو قياس قول أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (و غليظة فى أخرى) أى فى رواية أخرى رواها هشامؒ عن أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى لأنه لما ألحق بالخمر فى حق الحرمة ألحق فى حق النجاسة (و نجاسة الخمر غليظة رواية واحدة) لقطع حرمتها و نبه بقوله رواية واحدة على أن تغليظ نجاسة الخمر ليس فيه إلا قول واحد فإن قلت نصب رواية بماذا قلت على المصدرية تقديره روى ذلك رواية واحدة (و يجوز بيعها) أى بيع الأشربة المذكورة سوى الخمر (و يضمن متلفها) أى متلف

(١) حتى لا يكفر الخ. لقائل أن يقول من هذه الأشربة نقيع التمر و هو السكر و قد قال المصنفؒ سابقا إن حرمته ثبتت باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم و إجماع الأمة سيما إجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم دليل قطعي فينبغى أن يكفر جاحده و يمكن أن يجاب عنه بأن نقل الاجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك الاجماع القطع لعدم القطع فى طريق نقله إلينا كما تقرر فى الأصول نتائج.

عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما فيهما لأنه مال متقوم و ما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير أن عنده تجب قيمتها لا مثلها على ما عرف و لا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة

هذه الأشربة (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) يرجع إلى المسألتين (خلافا لهما فيهما) أي خلافا لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في البيع و الاتلاف و بقولهما قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى لأنه محرم التناول فلا يجوز بيعه كالخمر و هذا لأن جواز البيع باعتبار صفة المالية و التقوم و هما باعتبار كون العين منتفعا به شرعا و لا منفعة في هذا المشروب سوى الشرب فإذا حرم شربه شرعا كان بيعه فاسدا قياسا على الخمر (لأنه (١) مال متقوم) هذا دليل أبي حنيفة رحمه الله تعالى أي لأن هذه الأشربة مال متقوم و تذكير الضمير باعتبار المذكور أو باعتبار كل واحد أما كونه مالا فلجريان الضنة فيه و أما كونه متقوما فلعدم القطع في حرمته أشار إليه بقوله (و ما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها) لأن الناس اختلفوا في إباحة شربه فيجوز بيعه كالمثلث و هذا لأنه ليس من ضرورة حرمة التناول حرمة البيع فإن الدهن النجس لا يحل تناوله و يجوز بيعه و كذا بيع السرقين يجوز و إن حرم تناوله (بخلاف الخمر) حيث لا يجوز بيعها و لا يضمن متلفها إذا كانت لمسلم لقيام الدليل لسقوط تقومها (غير أن عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (تجب قيمتها) أي قيمة هذه الأشربة عند الإتلاف (لا مثلها) أي لا يجب مثلها كما إذا أتلف المسلم خمر الذمي حيث يجب القيمة لا المثل و إن كانت الخمر من ذوات الأمثال لأن المسلم ممنوع من تملكها (كما عرف) أي كما عرف أن المسلم ممنوع من التصرف في الحرام فلا يكون مأمورا بإعطاء المثل حتى لو أعطى يخرج عن العهدة إلا أنه مكروه (و لا ينتفع بها) أي بالأشربة المذكورة (بوجه من الوجوه لأنها (٢) محرمة) فلا يجوز الإنتفاع بالحرام ألا ترى أن شيخ الإسلام ذكر في شرح كتاب الأشربة أن رجلا أتى عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه فقال في بطني صفرة فوصف لي السكر فقال عبدالله رضي الله تعالى إن الله لم يجعل شفاءكم فيما

(١) لأنه مال متقوم الخ. فيه نظر أما أولا فلأنهم صرحوا بأن معنى تقوم المال إباحة الانتفاع به شرعا و سيجيء التصريح عن قريب بأن هذه الأشربة مما لا ينتفع به بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها و أما ثانيا فلأن الدلالة القطعية إنما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل و ما نحن فيه من العمليات فينبغي أن يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن نتائج. (٢) لأنها محرمة. أقول في التعليل بحث إذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به ألا يرى أن السرقين نجس العين محرمة التناول قطعا مع أنه مما ينتفع حيث يلقى في الأراضي لاستكثار الريع و لهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية نتائج.

و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين و قال في الجامع الصغير و ما سوى ذلك من الأشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم و البيان لا يوجد في غيره و هو نص على أن ما يتخذ من الحنطة و الشعير و العسل و الذرة حلال عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و لا يحد شاربه عنده و إن سكر منه و لا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم

حرم عليكم و قد ذكرنا نحو هذا عن قريب في رواية البيهقيّ و في ديوان الادب الصفرة حية تكون في البطن (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين) قال الكرخيّ في مختصره ما رواه الحسنّ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى جواز البيع خلاف المشهور عنه و المشهور عنه أن بيعه لا يجوز (و قال) أي محمد رحمه الله تعالى (في الجامع الصغير و ما سوى ذلك من الأشربة فلا بأس به) إنما أورد هذا لبيان أن العموم المذكور فيه لا يوجد في غيره أي و ما سوى الأشربة المحرمة و هي الخمر و السكر و نقيع الزبيب و العصير الذي ذهب بالطبخ أقل من ثلثيه فلا بأس بشربه (قالوا) أي قال شراح الجامع الصغير مثل فخر الإسلامّ وغيره (هذا الجواب علي هذا العموم) يعني في جميع الأشربة غير المستثناة (و البيان) و التصريح (لا يوجد في غيره) أي في غير الجامع الصغير (و هو نص) أي الذي ذكره في الجامع الصغير نص (على أن ما يتخذ من الحنطة و الشعير و العسل و الذرة حلال عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و لا يحد شاربه عنده و إن سكر منه) كلمة إن واصلهة بما قبلها أي و إن سكر من المتخذ من هذه الأشياء (و لا يقع (١) طلاق السكران منه بمنزلة النائم) يعني

(١)لا يقع طلاق السكران الخ. و في الهندية عن الذخيرة: اعلم بأن جميع تصرفات السكران نافذة إلا الردة و الاقرار بالحدود الخالصة لله تعالى اه. و في الخانية: السكران من الخمر و الأشربة المتخذة من التمر و الزبيب نحو النبيذ و المثلث و غيرهما عندنا ينفذ تصرفاته كالطلاق و العتاق و الاقرار بالدين و العتق و تزويج الابنة الصغيرة و الابن الصغير و الاقراض و الاستقراض و الهبة و الصدقة إذا قبضها الموهوب له و المتصدق عليه و به أخذ عامة المشايخ رحمهم الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى و هو إحدى قولي الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح تصرفاته و به أخذ الطحاوي و الكرخي رحمهما الله تعالى و عن أبي بكر بن احمد رحمه الله تعالى أنه قال ينفذ من السكران كل تصرف ينفذ مع الهزل و لا يبطله الشروط الفاسدة فلا ينفذ منه البيع و الشراء و ينفذ منه الطلاق و العتاق و الاقرار بالدين و العتق و الهبة و الصدقة و الوصية و تزويج الصغير و الصغيرة و أما ردته لا تصح عندنا استحسانا و تصح قياسا لأن الكفر واجب النفي و الاعدام لا واجب التحقيق و لهذا لو جرى على لسانه كلمة الكفر خطأ لا يكفر هذا إذا كان السكر من الشراب المتخذ من أصل الخمر و العنب و الزبيب فأما السكران من المتخذ من العسل و الثمار و الحبوب اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه و هو كاختلافهم في وجوب الحد =>

و من ذهب عقله بالبنج

النائم إذا طلق امرأته لا يقع فكذا طلاق السكران من المتخذ من هذه الأشياء لا يقع (و من ذهب عقله بالبنج) أى و بمنزلة من ذهب عقله بالبنج فإنه لا يقع طلاقه و لا يصح بيعه و لا اقراره و قال تاج الشريعةؒ إنما لا يقع طلاق البنجى إذا لم يعلم أنه بنج أما إذا علم و أقدم على أكله يقع طلاقه ذكر صاحب المحيطؒ أن هذا التفصيل منقول عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى و ذكر أيضا أن السكر من البنج حرام و أن طلاق البنجى واقع و قيل أكل البنج حرام و إن لم يسكر لما روى (١) أنه ﷺ نهى عن الخمر و الميسر و الكوبة و الغبيراء قيل الغبيراء (٢) البنج و الكوبة (٣) الطبل و قال شيخ الإسلام خواهر زادهؒ فى شرحه أكل قليل السقمونيا و البنج مباح للتداوى و ما زاد على ذلك إذا كان يقتل أو يذهب العقل حرام فإن قلت ما البنج قلت قال فى العباب البنج (٤) بالفتح نبت له

=> من قال يجب الحد بالسكر عن هذه الأشربة يقول ينفذ تصرفاته ليكون زجرا له و من قال لا يجب الحد فى هذه الأشربة و هو الفقيه ابو جعفر و شمس الأئمة السرخسى رحمهما الله تعالى يقول لا ينفذ تصرفاته لأن نفاذ التصرف كان للزجر فاذا لم يجب الحد عندهما زجرا لا ينفذ تصرفاته و إن زال عقله بالبنج أو لبن الرماك لا ينفذ تصرفاته و عن أبى حنيفة و سفيان الثورى رحمهما الله تعالى فى الذى زال عقله بالبنج فطلق إن كان علم حين تناول البنج أنه بنج يقع الطلاق و إن لم يكن عالما لا يقع و عن أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا يقع من غير فصل و هو الصحيح و كذا لو شرب شرابا حلوا فلم يوافقه فذهب عقله فطلق قال محمد رحمه الله تعالى لا يقع طلاقه و عليه الفتوى هذا كله فى السكران إذا شرب طائعا و إن شرب مكرها فطلق اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه و الصحيح أنه لا يقع كما لا يجب عليه الحد و عن محمد رحمه الله تعالى أنه يقع و الصحيح هو الأول ثم تكلموا فى تعريف السكران و الفتوى على أنه من يختلط كلامه و يصير غالبه الهذيان اهـ. و فى الهندية: الوكيل بالطلاق إذا سكر و طلق قال شدادؒ لا يقع و الصحيح أنه يقع كذا فى الظهيرة السكر من البنج و لبن الرمكة حرام بالاجماع كذا فى جواهر الأخلاطى. (١)روى أنه ﷺ الخ. قلت رواه أبو داودؒ فى الأشربة باب ما جآء فى السكر (ص١٦٣ ج٢) عن محمد بن اسحاق عن يزيد بن أبى حبيب عن الوليد بن عبدة عن عبدالله بن عمرو رضى الله تعالى عنهما أن نبى الله ﷺ نهى الحديث. (٢)الغبيراء الخ. و فى اللسان: الغبيراء السكركة (بضم السين و الكاف الأول و سكون الراء المهملة و فتح الكاف الثانى و فى آخره هاء) و هو شراب يعمل من الذرة يتخذه الحبش و هو يسكر و قال ثعلب هى خمر تعمل من الغبيراء هذا الثمر المعروف أى هى مثل الخمر التى يتعارفها جميع الناس لا فضل بينهما فى التحريم اهـ و مثله فى التاج. (٣)الكوبة الخ. و فى الصحاح للجوهرىؒ: الكوبة (بالضم) الطبل الصغير المخصر اهـ. و فى النهاية لابن الاثيرؒ: الكوبة هى النرد و قيل الطبل و قيل البربط اهـ. و فى اللسان لابن منظورؒ: الكوبة الشطرنجة و الطبل و النرد قال أبو عبيدؒ أما الكوبة فان محمد بن كثيرؒ أخبرنى أن الكوبة النرد فى كلام أهل اليمن اهـ. (٤)البنج الخ. و فى الشامية: البنج بالفتح نبات يسمى فى العربية شيكران يصدع و يسبت و يخلط العقل كما فى التذكرة للشيخ داودؒ اهـ. و فى تاج العروس: البنج بالفتح نبت مسبت مخدر معروف و هو غير حشيش الحرافيش مخبط للعقل مجنن مسكن لأوجاع الأورام و البثور و أوجاع الاذن طلاء و ضمادا و أخبثه فى الاستعمال الاسود ثم الاحمر و أسلمه الأبيض اهـ.

و لبن الرماك

حب يسبت و يخلط العقل و هو فارسي معرب و هو بالفارسية بنك وذكر القاضيؒ في كتاب النبات أن البنج حشيش له قضبان غلاظ و ورق عراض صافحة الطول مشققة الأطراف عليها زغب و على القضبان ثمر يشبه الجلبان في شكله متفرق في طول القضبان واحدا بعد واحد كل واحد منها مطبق بشيء يشبه بالطرس و بزره يشبه بزر الخشخاش و هو ثلاثة أصناف منها ما له بزر أسود فهو يحدث جنونا و صرعا و منها ما له بزر أحمر حمرة معتدلة و هو قريب من هذا في القوة و لذلك ينبغي أن يتوقاهما الإنسان جميعا لأنهما يقتلان و منها ما له بزر أبيض و هو من أنفع علاج في الطب تنبت بالقرب من الشجر و الخرابات انتهى فعلم من هذا أن البنج الذي يسمى بين الناس بالحشيش بلغة العرب خطأ و أن البنج غير هذا لأن الحشيش غير قتال لكنه مخدر و مفتر و مكسل و فيه أوصاف ذميمة فلذلك وقع إجماع المتأخرين على تحريم أكله و هو نبات أخضر يشبه القرط و له بزر يشبه بزر السيداق أكثره يزرع و له رائحة ذكية جدا و منهم من يقول إنه صنف (١) من القنب و القنب له حب يسمى الشهدانج بالفارسية وهو نبات يعمل منه حبال قوية و له ورق منتن الرائحة و قضبان طوال و بزر مستدير يؤكل فعلى كل تقدير البنج غير الحشيشة (و لبن الرماك) أي و بمنزلة من ذهب عقله بلبن الرماك و هو جمع رمكة و هي الأنثى من الخيل و في الإختيار قيل يجب أن لا يحل لبن الرماك عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى اعتبارا بلحمها إذ هو متولد

(١) صنف من القنب الخ. قال ابن البيطارؒ و من القنب الهندي نوع يسمى بالحشيشة يسكر جدا إذا تناول منه يسيرا قدر درهم حتى أن من اكثر منه أخرجه إلى حد الرعونة و قد استعمله قوم فاختلت عقولهم و ربما قتلت بل نقل ابن حجرؒ عن بعض العلماء أن في أكل الحشيشة مائة و عشرين مضرة دينية و دنيوية و نقل عن ابن تيميةؒ أن من قال بحلها كفر قال و أقره أهل مذهبه اه كذا في الشامية. قال في البحر: و قد اتفق على وقوع طلاقه أي آكل الحشيش فتوى مشايخ المذهبين الشافعية و الحنفية لفتواهم بحرمته و تأديب باعته حتى قالوا من قال بحله فهو زنديق كذا في المبتغى بالمعجمة و تبعه المحقق في فتح القدير اه. و في الدر: و نقل عن الجامع (أي جامع الفتاوى) وغيره أن من قال بحل البنج و الشحيشة فهو زنديق مبتدع بل قال نجم الدين الزاهدىؒ إنه يكفر و يباح قتله اه. و في الرد على الدر: (قوله بل قال نجم الدين الزاهدى الخ) هذا ذكره المصنفؒ نقلا عن خط بعض الأفاضل و رده الرمليؒ بأنه لا التفات إليه و لا تعويل عليه إذ الكفر بانكار القطعيات و هو ليس كذلك اه ملخصا أقول و يؤيده ما مر متنا من أن الأشربة الأربعة المحرمة حرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها فعلى هذا يشكل أيضا الحكم عليه بأنه زنديق مع أنه أقره في الفتح و البحر وغيرهما و الزنديق يقتل و لا تقبل توبته لكن رأيت في الزواجر لابن حجرؒ ما نصه و حكى القرافي و ابن تيمية رحمهما الله تعالى الاجماع على تحريم الحشيشة قال و من استحلها فقد كفر قال و إنما لم يتكلم فيها الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى لأنها لم تكن في زمنهم و إنما ظهرت في آخر المائة السادسة و أول المائة السابعة حين ظهرت دولة التتار اه بحروفه فليتأمل.

و عن محمد رحمه الله تعالى أنه حرام و يحد شاربه إذا سكر منه و يقع طلاقه إذا سكر منه كما فى سائر الأشربة المحرمة و قال فيه أيضا و كان أبويوسف رحمه الله تعالى يقول ما كان من الأشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام و لا يفسد فانى أكرهه ثم رجع إلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى

منه و جوابه أن كراهة اللحم لاحترامه أو لما فى إباحته من تقليل آلة الجهاد فلا يتعدى إلى لبنه و سيجيء فى متن الكتاب منقولا عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن المتخذ من لبن الرماك لا يحل اعتبارا بلحمه إذ هو متولد منه قالوا و الأصح أنه يحل عنده و ذكر فى بعض شروح الكنز لبن الرمكة حلال بالإجماع قلت الذى يفعله ترك مصر من لبن الرماك ينبغى أن يكون حراما لأنهم يأخذون اللبن الخالص من الرمكة و يتركونه أياما حتى يشتد جدا و يخلطون به السكر و يشربونه للهو و الطرب و يسكرون منه كما يسكر أحدنا من غيره من المسكرات و ربما يضيفون إليه أشياء أخرى و يسمونه قمزا و يسكرون منه كالخمر و هذا لا شك حرام و قد روى (١) أبو داودؒ عن مالك بن مريم قال دخل علينا عبدالرحمن ابن غنم فتذاكرنا الطلاء فقال حدثنى أبو مالك الاشعرى رضى الله تعالى عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول ليشربن ناس من أمتى الخمر يسمونها بغير اسمها (و عن محمد رحمه الله تعالى أنه حرام) أى أن المتخذ من الحنطة و الشعير و العسل و الذرة حرام (و يحد شاربه إذا سكر منه) أى من المتخذ من هذه الأشياء (و يقع طلاقه إذا سكر منه) أى من المتخذ من هذه الأشياء (كما فى سائر الأشربة المحرمة) و هى الباذق و المنصف و السكر و نقيع الزبيب فان شاربها يحد إذا سكر منها وكذا يقع طلاقه و الشيخ الخسروانىؒ ذكر فى الفتاوى أن الفتوى (٢) على قول محمد رحمه الله تعالى كذا ذكره الامام المحبوبىؒ (و قال فيه أيضا) أى قال محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير أيضا (و كان ابو يوسف رحمه الله تعالى يقول ما كان من الأشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام) يعنى يغلى و يشتد (و لا يفسد) أى لا يحمض (فانى اكرهه) أى المشروب المذكور (ثم رجع) أى ابو يوسف رحمه الله تعالى (إلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى) يعنى قال ابو يوسف رحمه الله تعالى مثل ما قال ابو حنيفة رحمه

(١) روى أبو داودؒ فى الأشربة باب فى الداذى ص١٦٣ ج٢. (٢) الفتوى الخ. قال الزيلعى و صاحب الملتقى و المواهب و الكفاية و النهاية و المعراج و شرح المجمع و شرح درر البحار و القهستانى رحمهم الله تعالى إن الفتوى فى زماننا بقول محمد رحمه الله تعالى لغلبة الفساد و علل بعضهم بقوله لأن الفساق يجتمعون على هذه الأشربة و يقصدون اللهو و السكر بشربها أقول الظاهر أن مرادهم التحريم مطلقا و سد الباب بالكلية و إلا فالحرمة عند قصد اللهو ليست محل الخلاف بل متفق عليها يعنى لما كان الغالب فى هذه الأزمنة قصد اللهو لا التقوى على الطاعة منعوا من ذلك أصلا تأمل شامية.

و قوله الأول مثل قول محمد رحمه الله تعالى إن كل مسكر حرام إلا أنه تفرد بهذا الشرط و معنى قوله يبلغ يغلى و يشتد و معنى قوله و لا يفسد لا يحمض و وجهه أن بقاء هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته و شدته فكان آية حرمته و مثل ذلك مروى (١) عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و أبو حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذى ذكرناه فيما يحرم أصل شربه و فيما يحرم السكر منه على ما نذكره إن شاء الله تعالى و أبو يوسف رحمه الله تعالى رجع إلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلم يحرم كل مسكر و رجع عن هذا الشرط أيضا و قال فى المختصر

الله تعالى فى نبيذ التمر و الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه إلى السكر (و قوله الأول) أى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الأول (مثل قول محمد رحمه الله تعالى إن كل مسكر حرام إلا أنه) أى أبا يوسف رحمه الله تعالى (تفرد بهذا الشرط) أى بشرط أن لا يفسد بعد عشرة أيام (و معنى قوله) أى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى (يبلغ يغلى و يشتد و معنى قوله) أى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى (و لا يفسد لا يحمض و وجهه) أى وجه الشرط المذكور (أن بقاء هذه المدة) و هى عشرة أيام (من غير أن يحمض دلالة قوته) أى قوة المشروب المذكور (و شدته فكان آية حرمته) أى علامة حرمته (و مثل ذلك) أى مثل قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الأول و هو أن ما كان من الأشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام و لا يفسد فهو حرام (مروى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما) قلت غريب و روى (٢) ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه حدثنا وكيع عن على بن مالك عن الضحاك عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال إنما النبيذ الذى إذا بلغ فسد و أما ما ازداد على طول الترك جودة فلا خير فيه (و أبو حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذى ذكرناه) و هو الغليان و الشدة و القذف بالزبد (فيما يحرم أصل شربه) أى نفس شربه كالخمر و الثلاثة المحرمة (و فيما يحرم السكر منه) و هو نبيذ التمر و الزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة يعنى كما أن الخمر و الثلاثة المحرمة لا تثبت إلا و أن تثبت على هذا الحد من الغليان و الاشتدا و القذف بالزبد لا يثبت كون السكر من هذين الشرابين حراما إلا بثبوت هذا الحد فيهما و هو الغليان و الشدة و القذف بالزبد (و أبو يوسف رحمه الله تعالى رجع إلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلم يحرم كل مسكر و رجع) أى أبو يوسف رحمه الله تعالى (عن هذا الشرط أيضا) و هو شرط أن لا يفسد بعد عشرة أيام (و قال فى المختصر) أى قال القدورىؒ فى

---

(١) مروى. ن. يروى. (٢) روى ابن أبى شيبةؒ فى الأشربة باب ما يستحب من الأشربة ص ٣٧ ج٨.

و نبيذ التمر و الزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال و إن اشتد

مختصره (و نبيذ (١) التمر و الزبيب) أى نبيذ الزبيب (إذا طبخ كل واحد منهما أدنى (٢) طبخة حلال) قيد بالطبخ لأن غير المطبوخ من الأنبذة حرام باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم إذا غلى و اشتد و قذف بالزبد و قد (٣) ورد فى حرمة المتخذ من التمر أحاديث و فى حله أحاديث فاذا حمل المحرم على النيء و المحلل على المطبوخ فقد حصل التوفيق و اندفع التعارض (و إن اشتد) كلمة إن واصلة بما قبلها أى و إن اشتد نبيذ التمر و الزبيب و غلى و قذف بالزبد

(١)نبيذ التمر. قال القهستانىؒ و التمر اسم جنس فيتناول اليابس و الرطب و البسر و يتحد حكم الكل كما فى الزاهدى و النبيذ يتخذ من التمر و الزبيب أو العسل أو البر أو غيره بأن يلقى فى الماء و يترك حتى يستخرج منه مشتق من النبذ و هو الالقاء كما أشير إليه فى الطلبة و غيره اه شامية. (٢)أدنى طبخة و هو أن يطبخ إلى أن ينضج كذا فى التبيين. (٣)و قد ورد الخ. أما أحاديث الحرمة فمنها ما رواه الجماعةؒ إلا البخارىؒ عن يزيد بن عبدالرحمن عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الخمر من هاتين الشجرتين النخلة و العنبة و منها ما رواه البخارىؒ و مسلمؒ عن ثابت عن انس بن مالك رضى الله تعالى عنه قال كنت ساقى القوم يوم حرمت الخمر فى بيت أبى طلحة رضى الله تعالى عنه و ما شرابهم إلا الفضيح البسر و التمر فاذا مناد ينادى فقال اخرج فانظر فخرجت فاذا مناد ينادى ألا إن الخمر قد حرمت قال فجرت فى سكك المدينة فقال لى أبو طلحة رضى الله تعالى عنه اخرج فأهرقها فهرقتها و منها ما رواه أبو داودؒ و الترمذىؒ و غيرهما عن الشعبى عن النعمان بن بشير رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ إن من العنب خمرا و إن من التمر خمرا و إن من العسل خمرا و إن من البر خمرا و إن من الشعير خمرا و قال الترمذىؒ هذا حديث غريب و أما أحاديث الاباحة فمنها ما رواه الجماعةؒ إلا الترمذىؒ عن عبدالله بن أبى قتادة عن أبيه رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ لا تنتبذوا الزهو و الرطب جميعا و لا تنتبذوا الزبيب و التمر جميعا وانتبذوا كل واحد منهما على حدته و منها ما رواه مسلمؒ عن يزيد بن عبدالرحمن عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن الزبيب و التمر و البسر و التمر و قال ينتبذ كل واحد منهما على حدته و منها ما رواه مسلمؒ عن أبى المتوكل الناجى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه قال نهانا رسول الله ﷺ أن نخلط بسرا بتمر و زبيبا بتمر و زبيبا ببسر و قال من شرب النبيذ منكم فليشربه زبيبا فردا أو تمرا فردا أو بسرا فردا. و فى الشامية: قال الاتقانىؒ و قد أطنب الكرخىؒ فى رواية الآثار عن الصحابة رضى الله تعالى عنهم و التابعين رحمهم الله تعالى بالأسانيد الصحاح فى تحليل النبيذ الشديد و الحاصل أن الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ و أهل بدر كعمر و على و عبدالله بن مسعود و أبى مسعود رضى الله تعالى عنهم كانوا يحلونه و كذا الشعبى و ابراهيم النخعى رحمهما الله تعالى و روى أن الامام رحمه الله تعالى قال لبعض تلامذته إن من إحدى شرائط أهل السنة و الجماعة أن لا يحرم نبيذ الجر اه و فى المعراج قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لو أعطيت الدنيا بحذافيرها لا أفتى بحرمتها لأن فيه تفسيق بعض الصحابة رضى الله تعالى عنهم و لو أعطيت الدنيا بحذافيرها ما شربته لأنه لا ضرورة فيه و هذا غاية تقواه اه.

إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكر من غير لهو و لا طرب و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و عند محمد و الشافعي رحمهما الله تعالى حرام و الكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي و نذكره إن شاء الله تعالى. قال و لا بأس بالخليطين

(إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكر) فلو شرب ما يغلب على ظنه أنه مسكر فيحرم (١) لأن السكر حرام في كل شراب (من غير لهو (٢) و لا طرب) قيد به لأن شرب نبيذ التمر و الزبيب لأجل اللهو و الطرب حرام بالاجماع (و هذا) أي قوله حلال (عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و عند محمد و الشافعي رحمهما الله تعالى حرام) أي نبيذ التمر و الزبيب حرام يعني مطلقا قليله و كثيره لكن هذا إذا اشتد و إلا فلا يحرم بالاتفاق (و الكلام فيه) أي في نبيذ التمر و الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة (كالكلام في المثلث العنبي) و هو عصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه و بقي ثلثه فهذا حلال عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و إن اشتد و حرام عند محمد و الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و نذكره إن شاء الله تعالى) أي نذكر الكلام في المثلث العنبي إن شاء الله تعالى يعني بعد المسئلتين تحت قول القدوري و عصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه الخ و الجواب ههنا كالجواب ثمة (قال) أي القدوريّ في مختصره (و لا بأس (٣) بالخليطين) أي بشرب الخليطين و الخليطان عبارة عن نقيع التمر و نقيع الزبيب يخلطان

(١) فيحرم أي القدر المسكر منه و هو الذي يعلم يقينا أو بغالب الرأي أنه يسكره كالمتخم من الطعام و هو الذي يغلب على ظنه أنه يعقبه التخمة تاترخانية فالحرام هو القدح الأخير الذي يحصل السكر بشربه كما بسطه في النهاية وغيرها و يحد إذا سكر به طائعا قال في منية المفتي شرب تسعة أقداح من نبيذ التمر فأوجر العاشر لم يحد اه شامية. (٢) من غير لهو و لا طرب. قال في المختار: الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن أو سرور اه قال في الدرر: و هذا التقييد غير مختص بهذه الأشربة بل إذا شرب الماء وغيره من المباحات بلهو و طرب على هيئة الفسقة حرم اه ط رد المحتار. (٣) لا بأس بالخليطين. قلت في هذا الباب أقوال أحدها أنه يحرم و روى ذلك عن أبي موسى الانصاري و انس و جابر و أبي سعيد رضي الله تعالى عنهم و من التابعين عطاء و طاوس رحمهما الله تعالى و به قال مالك و الشافعي و احمد و اسحاق و ابو ثور رحمهم الله تعالى و الثاني يحرم خليط كل نوعين مما ينتبذ في الانتباذ و بعد الانتباذ لا يخص شيء من شيء و هو قول بعض المالكية و الثالث مكروه تنزيهي و إنه ليس بحرام مالم يصر مسكرا و قال شيخنا زين الدينّ حكاه النوويّ عن مذهبنا و إنه قول جمهور العلماء رحمهم الله تعالى و الرابع روى عن الليث أنه قال لا بأس أن يخلط نبيذ الزبيب و نبيذ التمر ثم يشربان جميعا و إنما جاء النهي عن أن ينتبذا جميعا لأن أحدهما يشد صاحبه و الخامس أنه لا كراهة في شيء من ذلك و لا بأس به و هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى عمدة القاري.

لما روى عن ابن زياد رحمه الله تعالى أنه قال سقانى ابن عمر رضى الله تعالى عنهما شربة ما كدت اهتدى إلي أهلي فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك علي عجوة و زبيب فيطبخ بعد ذلك أدنى طبخة و يترك إلى أن يغلى و يشتد (لما روى عن ابن زياد رحمه الله تعالى أنه قال سقانى ابن عمر رضى الله تعالى عنهما شربة ما كدت اهتدى إلى أهلى فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة و زبيب) و هذا ما رواه محمد بن الحسن رحمه الله تعالى فى كتاب (١) الآثار أخبرنا أبو حنيفة سليمان الشيبانى عن ابن زياد (٢) أنه أفطر عند عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما فسقاه شرابا له فكأنه أخذه فيه فلما أصبح قال ما هذا الشراب ما كدت أهتدى إلى منزلى فقال عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما ما زدناك على عجوة و زبيب انتهى و العجوة التمر الذى يغيب فيه الضرس لجودته و روى (٣) أبو داود رحمه الله تعالى عن عبدالله بن داود عن مسعر عن موسى بن عبدالله عن امرأة من بنى أسد عن عائشة رضى الله تعالى عنها أن رسول الله ﷺ كان ينبذ له زبيب فيلقى فيه تمر أو تمر فيلقى فيه زبيب و روى (٤) أيضا عن زياد

(١) كتاب الآثار باب الأشربة و الأنبذة ص ١٩٠. قلت و روى محمد بن الحسنؒ أيضا فى هذا الباب عن أبى حنيفة عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه كان ينبذ له نبيذ الزبيب فلم يكن يستمرئه فقال للجارية اطرحى فيه تمرات اه. قال العثمانىؒ فى الاعلاء: فى هذين الأثرين حجة لأبى حنيفة رحمه الله تعالى فى إباحة الخليطين من الزبيب و التمر بعبارة النص و فى إباحة الخليطين من البسر و التمر أو الرطب و التمر أو البسر و الرطب بدلالته اه. (٢) ابن زياد. قال فى عقود الجواهر: قال الحافظؒ: ابن زياد لا اعرفه و لم أرمن سماه قلت الأشبه محمد بن زياد احد شيوخ شعبة روى عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه حديث "الرجل جبار" وذكره المنذرىؒ فى مختصر السنن و هو من أقران ابن سيرينؒ اه (قال العثمانىؒ) قلت محمد بن زياد الذى هو من شيوخ شعبة هو محمد بن زياد القرشى الجمحى مولاهم أبو الحارث و هو كما يروى عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه يروى عن عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما أيضا كما فى التهذيب فما قاله فى عقود الجواهر ليس ببعيد كذا فى الاعلاء. (٣) روى أبوداودؒ فى الأشربة باب فى الخليطين ص ١٦٥ ج ٢. (٤) روى أى أبو داودؒ فى الباب المذكور آنفا. فان قلت قال ابن حزم فى الحديث الأول لأبى داودؒ امرأة لم تسم و فى الثانى ابو بحر لا يدرى من هو عن عتاب و هو مجهول عن صفية و لا يدرى من هى قلت هذه أربعة أحاديث يشد بعضها بعضا على أن ابن عدىؒ قال أبو بحر مشهور معروف و له أحاديث غرائب عن شعبة وغيره من البصريين و هو ممن يكتب حديثه و فى كتاب الساجى قال يحيى ابن سعيد هو صدوق صاحب حديث و هو عبدالرحمن بن عثمان بن امية بن عبدالرحمن بن أبى بكرة البكراوى و ذكره ابن شاهين و ابن حبان فى كتاب الثقات و قال البخارى لم يستبن لى طرحه و قال ابو عمرو احمد بن صالح العجلى هو ثقة بصرى و فى كتاب الصريفيين ذكره ابن حبان فى كتاب الثقات و خرج حديثه فى صحيحه و كذلك الحاكم و عتاب بن عبدالعزيز روى عنه يزيد بن هارون و احمد بن سعيد الدارمى و آخرون و ذكره ابن حبان فى الثقات عمدة القارى.

و هذا من الخليطين و كان مطبوخا لأن المروى عنه حرمة نقيع الزبيب و هو النيء منه

ابن يحيى الحسانى نا أبو بحر قال نا عتاب بن عبدالعزيز الحمانى قال حدثنتى صفية بنت عطية قالت دخلت مع نسوة من عبد القيس على عائشة رضى الله تعالى عنها فسألناها عن عن التمر و الزبيب فقالت كنت آخذ قبضة من تمر و قبضة من زبيب فألقيه فى اناء فأمرسه ثم أسقيه النبى ﷺ و فى هذا كله دليل على أن شرب الخليطين لا بأس به و قال تاج الشريعةؒ و المتقشفة يقولون لا يحل شربه و إن كان حلوا لما روى أن النبى ﷺ نهى عن شراب الخليطين و عن القران بين التمرتين و عن الجمع بين النعمتين و تأويل ذلك أنه كان فى زمن الجدب و كره للأغنياء الجمع بين النعمتين و الدليل على أنه لا بأس به فى غير زمن القحط ما روى عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت كنت أنبذ لرسول الله ﷺ تمرا فلم يستمرئه فأمرنى فألقيت فيه زبيبا و ما روى من حديث ابن زيادؒ المذكور و ابن عمر رضى الله تعالى عنهما كان معروفا بالزهد و العفة بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم فلا يظن به أنه كان يسقى غيره ما لا يشربه ولا أنه كان يشرب ما كان يتناوله نص التحريم و قد ذكرنا أن ما سقاه كان مشتدا حتى أثر فيه على وجه ما كان يهتدى إلى أهله و إنما قال هذا على سبيل المبالغة فى بيان التأثير فيه لا حقيقة السكر فإن ذلك لا يحل و فى قوله ما زدناك على عجوة و زبيب دليل على أنه لا بأس بشرب القليل من المطبوخ من ماء الزبيب و التمر و إن كان مشتدا و لأنه لما جاز (١) اتخاذ الشراب من كل واحد منهما بانفراده جاز الجمع بينهما بمنزلة ماء السكر و الفانيذ انتهى كلامه (و هذا من الخليطين و كان مطبوخا) أى و هذا الذى سقاه ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ابن زياد رحمه الله تعالى كان من الخليطين و الحال أنه كان مطبوخا لا نيئا (لأن المروى عنه) أى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه (حرمة نقيع الزبيب و هو النيء منه) أى من الزبيب فلا تناقض بين قول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما و فعله قلت و هذا تأويل صاحب الهداية غير مستقيم لأن حديث عائشة رضى الله تعالى عنها الذى ذكرناه الآن صريح على أن ما كان من الخليطين كان نيئا و ما روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما من حرمة نقيع الزبيب لم يثبت و لم يذكره أهل النقل فكيف يجعل هذا دليلا على

(١) لما جاز الخ. اعترض عليه القرطبىؒ بأن هذا معارضة بالقياس ثم هو منقوض بالأختين فانه يحل نكاح كل واحد منهما و يحرم الجمع بينهما و الجواب عنه أن هذا تعيين لمحمل النهى و ليس بمعارضة له و فرق ما بين تعيين المحمل و المعارضة لأن فى المعارضة رد النص و فى تعيين المحمل تسليم له فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثا؟ و لا يرد النقض بالأختين لأن الجمع بينهما مفض إلى القطعية المحرمة فلا يباح بخلاف ما نحن فيه لأنه ليس بمفض إلى محرم فقياس أحدهما على الآخر قياس مع الفارق فافهم كذا فى الاعلاء.

و ما روى أنه عليه الصلاة و السلام نهى عن الجمع بين التمر و الزبيب و الزبيب و الرطب و الرطب و البسر محمول على حالة الشدة و كان ذلك في الابتداء.

أن المراد ما ذكر من حديث ابن زيادٍ كان مطبوخا لا نيئا (و ما روى أنه عليه الصلاة و السلام) أى أن النبى ﷺ (نهى عن الجمع بين التمر و الزبيب و الزبيب و الرطب و الرطب و البسر محمول على حالة الشدة و كان ذلك فى الإبتداء) هذا جواب عما استدل به المحرمون الجمع بين التمر و الزبيب و الرطب و البسر من نهيه ﷺ عن الجمع بين هذه الأشياء وهو ما روى (١) البخارى و مسلم و بقية الستة رحمهم الله تعالى عن عطاء بن أبى رباح عن جابر بن عبدالله رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ أنه نهى أن ينبذ التمر و الزبيب جميعا و نهى أن ينبذ الرطب و البسر جميعا و أخرج (٢) الجماعةٌ إلا الترمذىٌ عن عبدالله بن أبى قتادة عن أبيه رضى الله تعالى عنه أن نبى الله ﷺ نهى عن خليط التمر و البسر و عن خليط الزبيب و التمر و عن خليط الزهو (٣) و الرطب و قال انتبذوا كل واحد على حدة و فى لفظ فيه لمسلم أن رسول الله ﷺ لا تنتبذوا الزهو و الرطب جميعا و لا تنتبذوا الرطب و الزبيب جميعا و لكن انتبذوا كل واحد على حدته و لم يذكر البخارىٌ فيه الرطب و لا البسر و أخرج (٤) مسلمٌ عن يزيد بن عبدالرحمن عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن الزبيب و التمر و البسر و التمر و قال ينتبذ كل واحد منهما على حدته و أخرج (٥) عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال نهى النبى ﷺ أن يخلط التمر و الزبيب جميعا و أن يخلط البسر و التمر جميعا و أخرج (٦) أيضا عن نافع عن ابن عمر

(١)روى البخارىٌ فى الأشربة باب من راى أن لا يخلط البسر و التمر إذا كان مسكرا الخ ص٨٣٨ج٢ و مسلمٌ فيه باب كراهة انتباذ التمر و الزبيب مخلوطين ص١٦٣ج٢ و أبو داودٌ فيه باب فى الخليطين ص١٦٥ج٢ و الترمذىٌ فيه باب ما جآء فى خليط البسر و التمر ص١٠ج٢ و النسائىٌ فيه (باب) خليط البسر و التمر ص٣٢٣ج٢ و ابن ماجةٌ فيه باب النهى عن الخليطين ص٢٥١. (٢)أخرج الجماعةٌ الخ. قلت أخرجوه فى الأبواب المذكورة آنفا إلا النسائىٌ فانه أخرجه فى الأشربة (باب) خليط الرطب و الزبيب ص٣٢٣ج٢. (٣)الزهو (بالفتح فالسكون) الملون من البسر تسمية بالمصدر كذا فى المغرب و قال النووىٌ فى شرح مسلم: الزهو هو البسر الملون الذى بدا فيه حمرة أو صفرة و طاب و زهت النخل تزهو زهوا و أزهت تزهى و أنكر الاصمعى أزهت بالالف و أنكر غيره زهت بلا الف و اثبتهما الجمهور و رجحوا زهت بحذف الالف و قال ابن الاعرابى زهت ظهرت و أزهت احمرت أو اصفرت و الاكثرون على خلافه اه. (٤)أخرج مسلمٌ فى الباب المذكور آنفا. (٥)أخرج أى مسلمٌ فى الباب المذكور آنفا. (٦)أخرج أى مسلمٌ فى الباب المذكور آنفا.

.....

رضى الله عنهما أنه قال قد نهى أن ينبذ البسر و الرطب جميعا و التمر و الزبيب جميعا و أخرج (١) أيضا عن أبى المتوكل الناجى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه قال نهانا رسول الله ﷺ أن نخلط بسرا بتمر و زبيبا بتمر و زبيبا ببسر و قال من شرب النبيذ منكم فليشربه زبيبا فردا أو تمرا فردا أو بسرا فردا و تقرير الجواب أن النهى عن شرب الخليطين محمول على حالة الشدة أى القحط و كان ذلك أى النهى عن شرب الخليطين فى الإبتداء أى فى ابتداء الإسلام و يؤيده ما رواه (٢) محمد بن الحسنؒ فى كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم رحمه الله تعالى أنه قال لا بأس بشرب نبيذ التمر و الزبيب إذا خلطهما إنما كرها (٣) لشدة العيش فى الزمن الأول كما كره السمن و اللحم فأما إذا وسع الله سبحانه و تعالى على المسلمين فلا بأس به و أخرج (٤) ابن عدىؒ فى الكامل عن عمر بن رديح حدثنا عطاء بن أبى ميمون عن أم سليم و أبى طلحة رضى الله تعالى عنهما أنهما كانا يشربان نبيذ الزبيب و البسر يخلطانه فقيل له يا أبا طلحة إن رسول الله ﷺ نهى عن هذا قال إنما نهى عن العوز فى ذلك الزمان كما نهى عن الإقران و أعله (٥) بعمر بن

(١)أخرج أى مسلمؒ فى الباب المذكور آنفا. (٢)رواه محمد الحسنؒ فى كتاب الآثار باب الأشربة و الأنبذة ص ١٩١. (٣)إنما كرها الخ. أورد عليه ابن حجرؒ فى الفتح بأنه وقع الاذن بأن ينبذ كل واحد من الزبيب و التمر أو البسر و التمر على حدة و لم يفرق بين قليل و كثير فلو كان علة النهى الاسراف لما أطلق ذلك و لا فرق بين نصف رطل من تمر و نصف رطل من بسر إذا خلطا مثلا و بين رطل من زبيب صرف بل هو أولى لقلة الزبيب عندهم بالنسبة إلى التمر و الرطب اه و أجاب عنه العثمانىؒ فى الاعلاء فقال و ليس هذا بشىء لأن فى زمن شدة العيش كان عامة أنبذتهم من أدنى الثمار و لم يكن اختيارهم الأعلى للنبيذ محتملا إذ ذاك و إنما كان المحتمل هو خلط القليل من الأعلى بالكثير من الأدنى فنهاهم عن ذلك و لم ينههم عن انتباذ الاعلى وحده لانتهائهم فى الغالب عنه لشدة العيش و صفر اليد فلا يرد ما أورده من قلة التدبر فى حقيقة الأمر و على هذا لا يكون حمل النهى على خوف اسراع السكر أولى من حمله على الاسراف فى شدة العيش كما ادعاه و لو سلم فهو غير مضر لنا لأن النهى على هذا يكون من باب النهى عن الانتباذ فى الحنتم و الدباء و المزفت و يكون منسوخا كالنهى عن الانتباذ فى الظروف المذكورة اه. (٤)أخرج ابن عدىؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص ٣٠١ ج ٤. (٥)أعله بعمر بن رديح. قال الحافظؒ فى لسان الميزان: عمر بن رديح عن عطاء بن أبى ميمون ضعفه ابو حاتم و قال ابن معين صالح الحديث انتهى وذكره ابن حبان فى الثقات و قال روى عنه محمد بن أبى بكر المقدمى مستقيم الحديث قلت و وقع فى النسخة التى رأيناها من الثقات دريح بتقديم الدال و الصواب الأول. قال ابن أبى خيثمة حدثنا احمد بن محمد الصفار حدثنا أبو حفص عمر بن رديح و كان يوثق به. قال ابن أبى حاتم سألت أبى عنه فقال شيخ و قال ابن عدى كان بصريا و يخالفه الثقات فى بعض ما يرويه وذكره ابن شاهين فى الثقات اه.

قال و نبيذ العسل و التين و نبيذ الحنطة و الذرة و الشعير حلال و إن لم يطبخ و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى إذا كان من غير لهو و طرب لقوله عليه الصلاة و السلام الخمر من هاتين الشجرتين و أشار إلى الكرمة و النخلة خص التحريم بهما و المراد بيان الحكم

(قال) أى القدورىؒ فى مختصره (و نبيذ العسل و التين و نبيذ الحنطة و الذرة و الشعير حلال و إن لم يطبخ) كلمة إن واصلة بما قبلها أى و إن لم يطبخ نبيذ كل واحد من الأشياء المذكورة (و هذا) أى قوله حلال (عند أبى حنيفه و أبى يوسف رحمهما الله تعالى إذا كان من غير لهو و طرب) قيد بهذا القيد لأنه إذا شرب لأجل اللهو و الطرب يحرم بالاتفاق (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (الخمر من هاتين الشجرتين و أشار إلى الكرمة و النخلة) قد تقدم فى أول كتاب الأشربة أن هذا الحديث أخرجه (١) الجماعةؒ إلا البخارىؒ عن يزيد بن عبدالرحمن عن أبى هريرة رضى الله تعالى قال قال رسول الله ﷺ الخمر من هاتين الشجرتين النخلة و العنبة و فى لفظ لمسلم الكرمة و النخلة (خص التحريم بهما) أى بالكرمة و النخلة فبقى ما ورائهما على أصل الاباحة (و المراد بيان الحكم) لا بيان اللغة و فى شرح الأقطع و لأن هذه الأطعمة أقوات فلا يعتبر بما يحدث فيها من الشدة و السكر كما لا يعتبر السكر الذى يوجد فى الخبز فى بعض البلاد و السكر الذى يوجد فى اللبن و قال شيخ الاسلام خواهر زادهؒ فى شرح كتاب الأشربة الذى يتخذ من العسل و الشهد و الفرصاد و الفانيذ و السكر و الاجاص و من الحبوب كالحنطة و الشعير و الذرة فانه يحل شربه قبل أن يشتد بلا خلاف فأما إذا غلى و اشتد و قذف بالزبد و طبخ أدنى طبخة يحل عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى و قالوا لا رواية لهذا على قول محمد رحمه الله تعالى و قد اختلف المشايخ المتأخرون رحمهم الله تعالى على قوله منهم من قال يحل شربه على قوله ما دون السكر و منهم من قال لا يحل و حكى عن القاضى الامام ابى جعفرؒ أنه كان يقول وجدت رواية عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال اكره هذا إذا طبخ أدنى طبخة و أما إذا لم يطبخ و قد غلى و اشتد هل يحل شربه على قول أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى قالوا فيه روايتان فى رواية يشترط أدنى طبخة للاباحة لأن الأشربة المتخذة من هذه الأشياء بمنزلة نقيع التمر و الزبيب و الطبخ يشترط فيه للاباحة فكذا هذا و فى رواية لا يشترط لأن حال هذه الأشربة دون نقيع الزبيب و التمر لأن نقيع التمر اتخذهما هو أصل للخمر شرعا فان أصل

(١) أخرجه الجماعةؒ الخ. قد مضى تخريجه مفصلا ص ٧٦ ج ١٥.

ثم قيل يشرط الطبخ فيه لإباحته و قيل لا يشترط و هو المذكور فى الكتاب لأن قليله لا يدعو إلى كثيره كيفما كان و هل يحد فى المتخذ من الحبوب إذا سكر منه قيل لا يحد و قد ذكرنا الوجه من قبل قالوا و الأصح أنه يحد فإنه روى عن محمد رحمه الله تعالى فيمن سكر من الأشربة أنه يحد من غير تفصيل

الخمر شرعا التمر و العنب على ما قال النبى ﷺ الخمر من هاتين الشجرتين و قد شرط أدنى طبخة فى نقيع الزبيب و التمر فيجب أن لا يشترط أدنى طبخة فى هذه الأشربة ليظهر نقصان هذه الأشربة عن نقيع الزبيب و التمر هذا إذا لم يسكر من هذه الأشربة أما السكر منها فحرام بالاجماع (ثم قيل يشترط الطبخ (١) فيه) أى فى نبيذ كل واحد من الأشياء المذكورة (لاباحته) أى لأجل إباحته (و قيل لا يشترط) أى الطبخ (و هو المذكور فى الكتاب) أى فى مختصر القدورى (لأن قليله لا يدعو إلى كثيره كيفما كان) يعنى مطبوخا كان أو غير مطبوخ أما إذا طبخ أدنى طبخة فلأن المتخذ من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة يحل ما دون السكر مع أنه متخذ من أصل الخمر فهذا أولى و أما إذا لم يطبخ أدنى طبخة فكذلك الجواب لإظهار التفاوت بين المتخذ من أصل الخمر و غيره (و هل يحد فى المتخذ من الحبوب إذا سكر منه قيل لا يحد) و هو قول الفقيه أبى جعفرؒ لأنه متخذ مما ليس بأصل الخمر فكان بمنزلة البنج و لبن الرماك و السكران منهما لا يحد فكذا هذا (و قد ذكرنا الوجه من قبل) أشار به إلى قوله لأن قليله لا يدعو إلى كثيره و قيل يجوز أن يكون هذا إشارة إلى قوله بمنزلة النائم من ذهب عقله بالبنج و لبن الرماك و قيل يجوز أن يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله ﷺ الخمر من هاتين الشجرتين يعنى أن هذه الأنبذة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر (قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (و الأصح أنه يحد) و هو قول الحسن بن زياد رحمه الله تعالى (فإنه (٢) روى عن محمد رحمه الله تعالى فيمن سكر من الأشربة أنه يحد من غير تفصيل) بين شراب و شراب كذا فى مبسوط شيخ الإسلامؒ

---

(١) الطبخ يعنى أدنى طبخة. (٢) فانه روى عن محمد رحمه الله تعالى الخ. هذا لا يناسب فان الكلام على مذهب أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى و المذكور سابقا قولهما فالتفريع على قولهما و أما محمد رحمه الله تعالى فيخالفهما فى أصل المسئلة حيث لا يقول بحل المتخذ من الحبوب إذا اشتد و غلا فيجوز أن يقول بوجوب الحد إذا سكر منه و أما هما فيقولان بحل ذلك فلا يكون المروى عن محمد رحمه الله تعالى حجة فى حقهما و عن هذا ترك صاحب الكافىؒ هذا التعليل و اكتفى بما ذكره المصنفؒ بعده بقوله و هذا لأن الفساق الخ نتائج.

و هذا لأن الفساق يجتمعون عليه فى زماننا إجتماعهم على سائر الأشربة بل فوق ذلك و كذلك المتخذ من الألبان إذا اشتد فهو على هذا و قيل إن المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اعتبارا بلحمه إذ هو متولد منه قالوا و الأصح أنه يحل لأن كراهة لحمه لما فى إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه فلا يتعدى إلى لبنه. قال و عصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه و بقى ثلثه حلال و إن اشتد و هذا عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد و مالك و الشافعي رحمهم الله تعالى حرام

(و هذا) يعنى كون وجوب الحد أصح (لأن الفساق) بضم الفاء جمع فاسق (يجتمعون عليه فى زماننا إجتماعهم) بنصب العين على نزع الخافض أى كاجتماعهم (على سائر الأشربة بل فوق ذلك) أى بل يجتمعون على المتخذ من هذه الأشياء فوق اجتماعهم على غيره من الأشربة و هذا بالمشاهدة ظاهر فى كل البلاد و ذلك إما لسهولة حصوله و إما لكثرته و إما لاعتقادهم إباحته (و كذلك المتخذ من الألبان إذا اشتد فهو على هذا) أى على اختلاف الروايتين قيل يحد و قيل لا يحد يعنى إذا سكر قوله الألبان عام يتناول سائر الألبان التى تشرب (و قيل إن المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اعتبارا بلحمه) أى قياسا على لحم الرماك لأنه لا يؤكل عنده و اللبن هو اللحم أشار إليه بقوله (إذ هو متولد منه) أى لأن اللبن متولد من اللحم (قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (و الأصح أنه يحل) أى قال أن المتخذ من لبن الرماك يحل (لأن كراهة لحمه لما فى إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه فلا يتعدى إلى لبنه) أى لا يتعدى هذا التعليل إلى لبنه لأن كلا من الوجهين لا يوجد فى اللبن و فى فتاوى قاضى خان و عامة المشايخ رحمهم الله تعالى قالوا هو مكروه كراهة التحريم إلا أنه لا يحد شاربه (قال) أى القدورىؒ (و عصير العنب إذا طبخ (١) حتى ذهب ثلثاه و بقى ثلثه حلال و إن اشتد) كلمة إن واصلة بما قبلها أى و إن اشتد هذا العصير و غلى و قذف بالزبد و هذا هو المثلث العنبى الموعود بذكره (و هذا) أى كونه حلالا (عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد و مالك و الشافعى رحمهم الله تعالى حرام) و به (٢) قال احمد و أبو عبيد و أبو ثور و إسحاق و عمر ابن عبد العزيز و عطاء و مجاهد و قتادة و القاسم و طاووس و أصحاب الظواهر رحمهم الله تعالى

(١)إذا طبخ أى طبخا موصولا فلو مفصولا فان قبل تغيره بحدوث المرارة و غيرها حل و إلا حرم و هو المختار للفتوى و تمامه فى خزانة المفتين در منتقى اه شامية. (٢)و به قال احمدؒ الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص٣٢٧ ج١٠.

و هذا الخلاف فيما إذا قصد به التقوى أما إذا قصد به التلهى لا يحل بالإتفاق و عن محمد رحمه الله تعالى مثل قولهما و عنه أنه كره ذلك و عنه أنه توقف فيه لهم فى اثبات الحرمة قوله عليه الصلاة و السلام كل مسكر خمر و قوله عليه الصلاة و السلام

و فى النوازل و بقول محمد رحمه الله تعالى نأخذ (و هذا الخلاف فيما إذا قصد (١) به التقوى) أى إذا قصد بشرب المثلث التقوى فى البدن و استمراء الطعام (أما إذا قصد به التلهى لا يحل بالإتفاق) لأنه يكون للمعصية و سئل أبو حفص الكبيرؒ عنه فقال لا يحل شربه فقيل له لم خالفت أبا حنيفة و أبا يوسف رحمهما الله تعالى فقال لأنهما يحلان للاستمراء و الناس فى زماننا يشربون للفجور و التلهى فعلم أن الخلاف فيما إذا قصد التقوى و إذا قصد التلهى لا يحل بالاتفاق و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى أماليه لو أراد أن يشربه للسكر فقليله و كثيره حرام و قعوده لذلك حرام و مشيه إليه حرام (و عن محمد رحمه الله تعالى مثل قولهما) أى روى عن محمد رحمه الله تعالى مثل قول أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى و فى نوادر هشامؒ و عصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه و بقى ثلثه حلال شربه فى قول أبى حنيفة و أبى يوسف و محمد رحمهم الله تعالى كذا فى الاجناس و بهذا القول أخذ محمد رحمه الله تعالى فى الآثار و المشهور من مذهبه أنه كرهه أشار إليه بقوله (و عنه أنه (٢) كره ذلك) أى روى عن محمدؒ أنه كره المثلث العنبى (و عنه أنه توقف فيه) أى روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه توقف فى حكم المثلث العنبى و قال لا أحرمه و لا أبيحه لتعارض الآثار (لهم) أى لمحمد و مالك و الشافعى رحمهم الله تعالى (فى اثبات الحرمة قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ (كل مسكر خمر) تقدم فى أول الباب أن هذا الحديث أخرجه (٣) مسلم عن ايوب السختيانى عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ كل مسكر خمر و كل مسكر حرام (و قوله عليه الصلاة و السلام)

(١)إذا قصد الخ. و فى الشامية عن القهستانى: فان قصد به استمراء الطعام و التقوى فى الليالى على القيام أو فى الأيام على الصيام أو القتال لأعداء الاسلام أو التداوى لدفع الآلام فهو المحل للخلاف بين علماء الانام اه. (٢)و عنه أنه كره ذلك. أقول فيه ضرب اشكال و هو أنه قد مر فى أوائل كتاب الكراهة أن كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله تعالى و قوله ههنا أنه كره ذلك بعد أن صرح فيما قبل أنه حرام عند محمد و مالك و الشافعى رحمهم الله تعالى يقتضى المغايرة بين قول محمد رحمه الله تعالى بحرمة و بين قوله بكراهة فينافى ما تقرر فى أوائل الكراهية و يمكن أن يقال إن المراد بالكراهة فى قول المصنفؒ ههنا و عنه أنه كره ذلك هو الكراهة التنزيهية و هى مغايرة للحمرة على قول الكل فيندفع التنافى بين المقامين كذا فى الأفكار. (٣)أخرجه مسلمؒ فى الأشربة باب أن كل مسكر خمر و أن كل خمر حرام ص١٦٧ ج٢.

ما اسكر كثيره فقليله حرام

أي قول النبي ﷺ (ما اسكر كثيره فقليله حرام) هذا الحديث رواه ثمانية من الصحابة رضي الله رضي الله تعالى عنهم الاول عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه أخرج (١) حديثه النسائيّ و ابن ماجةّ عن عبيدالله بن عمر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال ما اسكر كثيره فقليله حرام و رواه (٢) عبدالرزاقّ في مصنفه اخبرنا عبدالله بن عمر عن عمرو به. الثاني جابر بن عبدالله رضي الله تعالى عنه أخرج (٣) حديثه أبو داودّ و الترمذيّ و ابن ماجةّ عن داود بن بكز عن محمد بن المكدر عن جابر رضي الله تعالى عنه مرفوعا نحوه سواء و قال الترمذيّ حديث حسن غريب من حديث جابر رضي الله تعالى عنه و أخرجه ابن حبانّ في صحيحه عن موسى بن عقبة عن محمد بن المنكدر به و داود بن بكر بن ابي الفرات الاشجعي قال بن معينّ ثقة و قال أبو حاتمّ لا بأس به ليس بالمتين و قد تابعه موسى بن عقبة كما اخرجه ابن حبانّ. الثالث سعد بن ابي وقاص رضي الله تعالى عنه أخرج (٤) حديثه النسائيّ عن محمد بن عبدالله بن عمار الموصلي عن الوليد بن كثير عن الضحاك بن عثمان عن بكير بن عبدالله بن الاشج عن عامر بن سعد بن ابي وقاص عن أبيه رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ نهى عن قليل ما أسكر كثيره و رواه ابن حبانّ في صحيحه و قال المنذريّ في مختصره أجود أحاديث هذا الباب حديث سعد رضي الله تعالى عنه فإنه من رواية محمد بن عبدالله الموصلي و هو أحد الثقات عن الوليد بن كثير و قد احتج بهما الشيخان رحمهما الله تعالى. الرابع علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه أخرج (٥) حديثه الدار قطنيّ في سننه عن عيسى بن عبدالله بن محمد بن عمر بن علي بن أبي طالب حدثني أبي عن أبيه عن جده عن علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ كل مسكر حرام و ما أسكر كثيره فقليله حرام و عيسى بن عبدالله عن آبائه متروك. الخامس عائشة رضي الله تعالى عنها أخرج (٦) حديثها أبو داودّ و الترمذيّ عن أبي عثمان عمرو بن سالم الانصاري عن القاسم عن محمد عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله ﷺ

(١) أخرج حديثه النسائيّ في الأشربة (باب) تحريم كل شراب اسكر كثيره ص٣٢٦ ج٢ و ابن ماجةّ فيه باب ما اسكر كثيره فقليله حرام ص٢٥١. (٢) رواه عبدالرزاقّ في الأشربة باب ما ينهى عنه من الأشربة ص٢٢١ ج٩. (٣) أخرج حديثه ابو داودّ في الأشربة باب ما جآء في السكر ص١٦٢ ج٢ و الترمذيّ فيه باب ما جآء ما اسكر كثيره فقليله حرام ص٩ ج٢ و ابن ماجةّ فيه باب ما اسكر كثيره فقليله حرام ص٢٥١. (٤) أخرج حديثه النسائيّ في الأشربة (باب) تحريم كل شراب اسكر كثيره ص٣٢٦ ج٢. (٥) أخرج حديثه الدارقطنيّ في الأشربة ص٢٥٠ ج٤. (٦) أخرج حديثها أبو داودّ في الأشربة باب ما جآء في السكر ص١٦٣ ج٢ و الترمذيّ فيه باب ما جآء ما أسكر كثيره فقليله حرام ص٩ ج٢.

و يروى عنه عليه الصلاة و السلام ما أسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام و لأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله و كثيره كالخمر

كل مسكر حرام ما أسكر الفرق منه فملأ الكف منه حرام و فى لفظ الترمذىؒ الحسوة منه حرام قال الترمذىؒ حديث حسن و رواه ابن حبانؒ فى صحيحه و أحمدؒ فى مسنده و قال المنذرىؒ فى مختصره رجاله كلهم محتج بهم فى الصحيحين إلا عمرو بن سالم الأنصارى و هو مشهور لم أجد لأحد فيه كلاما قلت قال ابن القطانؒ فى كتابه و أبو عثمان هذا لا يعرف حاله و تعقبه صاحب التنقيحؒ فقال وثقه أبو داودؒ و ذكره ابن حبانؒ فى الثقات انتهى و أخرجه الدار قطنىؒ فى سننه من طرق أخرى عديدة كلها ضعيفة. السادس عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما أخرج (١) حديثه إسحاق بن راهويهؒ فى مسنده أخبرنا أبو عامر العقدى حدثنا أبو معشر عن موسى بن عقبة عن سالم بن عبدالله ابن عمر عن أبيه رضى الله تعالى عنه مرفوعا ما أسكر كثيره فقليله حرام و رواه الطبرانىؒ فى معجمه حدثنا على بن سعيد الرازى حدثنا أبو مصعب حدثنا المغيرة بن عبدالرحمن عن موسى بن عقبة به و رواه فى الوسط من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما و من طريق بن اسحاق عن نافع به. السابع خوات بن جبير رضى الله تعالى عنه أخرج (٢) حديثه الحاكمؒ فى المستدرك فى كتاب الفضائل عن عبدالله بن إسحاق بن صالح بن خوات بن جبير حدثنى أبى عن أبيه عن جده خوات بن جبير رضى الله تعالى عنه مرفوعا نحوه سواء و سكت عنه و رواه الطبرانىؒ فى معجمه و الدارقطنىؒ فى سننه و العقيلىؒ فى ضعفائه و أعله بعبدالله بن إسحاق هذا و قال لا يتابع عليه بهذا الإسناد و الحديث معروف بغير هذا الإسناد. الثامن زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه أخرج (٣) حديثه الطبرانىؒ فى معجمه حدثنا محمد بن عبدالله بن عرس المروزى حدثنا يحيى بن سليمان المدنى حدثنا اسماعيل بن قيس عن أبيه عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه مرفوعا نحوه سواء قلت خوات بفتح الخاء المعجمة و تشديد الواو فى آخره تاء مثناة من فوق و جبير بضم الجيم و فتح الباء الموحدة و سكون الياء آخر الحروف و فى آخره راء مهملة (و يروى عنه عليه الصلاة و السلام) أى عن النبى ﷺ (ما أسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام) هذه رواية غريبة بهذه اللفظة و لكن معناها فى حديث عائشة رضى الله تعالى عنها الذى تقدم آنفا (و لأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله و كثيره كالخمر) بيانه أن ما يؤدى

(١)أخرج حديثه الخ. كذا فى نصب الراية ص٣٠٤ ج٤. (٢)أخرج الخ. كذا فى نصب الراية ص٣٠٥ ج٤.
(٣)أخرج الخ. كذا فى نصب الراية.

و لهما قوله عليه الصلاة و السلام حرمت الخمر لعينها و يروى بعينها قليلها و كثيرها و السكر من كل شراب خص السكر بالتحريم فى غير الخمر إذ العطف للمغايرة و لأن المفسد هو القدح المسكر و هو حرام عندنا

إلى الحرام يكون حراما ألا ترى أن القليل من البازق المشتد و المنصف المشتد حرام و إن كان القليل منه لا يسكر لأنه يؤدى إلى السكر فكذا هذا (و لهما) أى و لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى و فى بعض النسخ و لنا (قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ (حرمت الخمر لعينها و يروى بعينها قليلها و كثيرها و السكر من كل شراب) تقدم (١) الكلام عليه فى هذا الباب أنه روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما مرفوعا و موقوفا و الوقف أصح (خص السكر بالتحريم فى غير الخمر إذ العطف للمغايرة) تقريره أنه ﷺ أطلق الحرمة فى الخمر حيث قال حرمت الخمر لعينها فاقتضى أن يكون قليلها و كثيرها حراما بخلاف غيرها من الأشربة فإنه خص السكر بالتحريم فيها حيث قال و السكر من كل شراب بواو العطف و لا شك أن المعطوف غير المعطوف عليه فيكون ما نحن فيه من الشراب غير الخمر لا يكون حراما إلا بالسكر (و لأن المفسد) للعقل (هو القدح المسكر و هو (٢) حرام عندنا) فيما سوى الأشربة المحرمة لا ما قبله فإن قلت القدح الأخير ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدمه فينبغى أن يحرم ما تقدم أيضا قلت أجيب بأن الحكم يضاف إلى العلة معنى و حكما و فيه نظر لأن الإضافة إلى العلة إسما و معنى و حكما أولى و المجموع بهذه الصفة و الأولى أن يقال الحرام هو المسكر و إطلاقه على ما تقدم مجاز و على القدح الأخير حقيقة و هو مراد فلا يكون المجاز مرادا و قد قال تاج الشريعةؒ المسكر ما يتصل به السكر بمنزلة المتخم من الطعام و هو ما يتصل به من التخمة فإن تناول الطعام بقدر ما يغذيه و يقوى بدنه حلال و ما يتخمه و هو الأكل فوق الشبع حرام ثم المحرم منه المتخم و هو ما زاد على الشبع و إن كان هذا لا يكون متخما إلا باعتبار ما تقدمه من الأكلات و كذلك فى الشراب و قد قال (٣) أبو يوسف رحمه الله تعالى و أما مثل ذلك دم فى ثوب ما دام قليلا فلا بأس بالصلاة فيه فإذا كثرلم تحل الصلاة فيه و مثله رجل ينفق على نفسه و أهله من كسبه فلا بأس بذلك فإذا أسرف فى النفقة لم يصلح له ذلك و لا ينبغى و كذلك النبيذ لا بأس بأن يشربه على طعام و لا خير فى المسكر منه لأنه إسراف و أظهر من ذلك أن الضمان يضاف

(١) تقدم الكلام فى ص ٨٥ ج ١٥. (٢) و هو حرام عندنا فيحمل عليه إذ الحكم يضاف إلى الوصف الاخير من علة ذات أوجه فيقتصر الحرمة عليه زيلعى. (٣) قال أبو يوسفؒ الخ. كذا فى المبسوط للسرخسىؒ ص ٩ ج ٢٤.

و إنما يحرم القليل منه لأنه يدعو لرقته و لطافته إلى الكثير فأعطى حكمه و المثلث لغلظه لا يدعو و هو في نفسه غذاء فبقي على الإباحة و الحديث الأول غير ثابت على ما بيناه

إلى واضع المن الأخير في السفينة و إن لم يحصل الفرق بدون ما تقدم من الأمناء و هذا لأنه لم يوجد التلف حكما بما تقدم من الأمناء و إنما وجد ذلك بفعل فاعل مختار فأضيف الفرق لولى المن الأخير فكذا هنا أضيف السكر إلى القدح الأخير الذى يحصل به السكر حقيقة لا ما تقدم من الأقداح (و إنما يحرم القليل منه) أى من الخمر هذا جواب سؤال مقدر يمكن تقديره على هذا الوجه و هو أن يقال لما كان المفسد هو الأخير دون ما تقدم وجب أن يكون فى الخمر كذلك و يجوز أن يكون جوابا عن قولهم و لأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله و كثيره ووجه الجواب عن الأول أن القياس ذلك و لكن تركناه (لأنه يدعو لرقته و لطافته إلى الكثير) أى لأن الخمر لرقتها و لطافتها تدعو إلى الكثير (فأعطى حكمه) أى فأعطى القليل حكم الكثير و المثلث ليس كذلك لغلظه و هو معنى قوله (و المثلث لغلظه لا يدعو) أى قليله إلى كثيره (و هو) أى المثلث (فى نفسه غذاء فبقى على الإباحة) لأن الحاصل الإباحة وجه الجواب عن الثانى بطريق الفرق و هو واضح (و الحديث الأول) يعنى قوله كل مسكر خمر (غير ثابت على ما بيناه) أى فى أول الكتاب من طعن يحيى بن معين و قد تقدم (١) الكلام فيه مستوفى و المراد (٢) تشبيه المسكر بالخمر فى حق الحكم و هو الحد لأنه ﷺ بعث مبينا للأحكام لا واضعا للأسامى و المسكر و هو القدح الأخير كالخمر فى أنه يجب الحد بشربه و عن ابراهيم النخعى رحمه الله تعالى قال ما يرويه الناس عنه ﷺ كل مسكر حرام خطأ و زادوا فيه الميم و الصحيح من الرواية كل سكر حرام و كذا ما يرويه الناس عنه ﷺ ما أسكر كثيره فقليله حرام لم يثبت (٣) من النبى ﷺ لأن الخلاف في ذلك مشهور بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم و لم يحتج بهما أحد و لأن

(١) تقدم الكلام فى ص٧٨ ج١٥. (٢) و المراد الخ. كذا فى المبسوط للسرخسى ص١٦ ج٢٤. (٣) لم يثبت من النبى ﷺ. فان قلت كيف يقول ابراهيم لم يثبت من النبى ﷺ و قد رواه ابن عمر و عبدالله بن عمرو بن العاص و جابر و سعد بن أبى وقاص و على و عائشة و خوات بن جبير و زيد بن ثابت و ميمونة رضى الله تعالى عنهم مرفوعا كما ذكره الحافظ العينى و الحافظ الزيلعى فى نصب الراية و الشوكانى فى النيل. قلت ليس مراد النخعى القدح فى الرواية لأن الرواية صحيحة بل المراد أن الناس أن تأولوا على غير تأويله فجعلوا كل ما أسكر كثيره حراما قليله سواء كان خمرا أو غير خمر و إنما هو مختص بالخمر و الصحيح على العموم هو أن السكر حرام من كل شراب خمرا كان أو غير خمر و إن كان هذا قدحا فى الرواية فهو أهل لذلك لأنه من أكابر المجتهدين لا يقوله جزافا و رب حديث صحيح عند قوم ضعفه الآخرون و بالعكس فلا طعن فيه على النخعى و لا على من وافقه عليه تقليدا أو تحقيقا كأبى حنيفة رحمه الله تعالى كذا قاله العثمانى فى الاعلاء.

الأخبار لما تعارضت يتسمك بالقياس و هو شاهد لأن في قوله سبحانه و تعالى إنما الخمر و الميسر الآية بين الحكمة في تحريم الخمر و هو الصد عن ذكر الله تعالى و عن الصلاة و إيراث العداوة و البغضاء و هذه المعاني لا تحصل بشرب القليل و لو خلينا الآية على الظاهر لقلنا بأن القليل من الخمر لا يحرم أيضا لكن تركناه في قليل الخمر بالإجماع و ما عداه فبقي على ظاهر الآية لأن القليل من غير الخمر قلما يورث العداوة و البغضاء و الصد عن ذكر الله سبحانه و تعالى و عن الصلاة و قال محمد رحمه الله تعالى في كتاب (١) الآثار أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا أبوإسحاق السبيعي عن عمرو بن ميمون الأودي عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال إن للمسلمين جزورا لطعامهم و إن العتيق منها لآل عمر و إنه لا يقطع لحوم هذه الإبل في بطونها إلا النبيذ الشديد و روى (٢) الطحاويؒ في شرح الآثار بإسناده إلى عمر رضي الله تعالى عنه أنه كان في سفر فأتي بنبيذ فشرب منه فقطب ثم قال إن نبيذ الطائف له عزام فذكر شدة لا أحفظها ثم دعا بماء فصب عليه ثم شرب و روى (٣) الطحاويؒ أيضا حدثنا أبو أمية قال ثنا أبو نعيم ثنا عبد السلام عن ليث عن عبد الملك بن أخي القعقاع بن شور عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال شهدت رسول الله ﷺ أتي بشراب فأدناه إلى فيه فقطب فرده فقال رجل يا رسول الله أ حرام هو فرد الشراب ثم دعى بماء فصبه عليه ذكر مرتين أو ثلاثا ثم قال إذا اغتلمت هذه الأسقية عليكم فاكسروا متونها بالماء و أخرجه (٤) النسائيؒ أيضا عن عبدالملك بن نافع ثم قال و عبد الملك بن نافع ليس بالمشهور و لا يحتج بحديثه و المشهور عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما خلاف حكايته ثم أخرج عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما حديث تحريم المسكر من غير وجه قال و هؤلاء أهل الثبت و العدالة مشهورون بصحة النقل و عبدالملك لا يقوم مقام واحد منهم و قال البخاريؒ لا يتابع عليه و قال أبو حاتمؒ هذا حديث منكر و عبدالملك بن نافع شيخ مجهول و قال (٥) البيهقيؒ هذا حديث يعرف بعبد الملك بن نافع و هو رجل مجهول اختلفوا في إسمه و إسم أبيه فقيل هكذا و قيل عبدالملك بن القعقاع و قيل ابن أبي القعقاع و قيل مالك بن القعقاع قلت عبدالملك بن نافع هذا ما ذكره ابن حبانؒ في الثقات من التابعين و روى (٦) ابن أبي شيبةؒ في

(١)كتاب الآثار باب النبيذ الشديد ص١٩١. (٢)روى الطحاويؒ في الأشربة باب ما يحرم من النبيذ ص٣٠٠ ج٢. (٣)روى الطحاويؒ في الباب المذكور آنفا. (٤)أخرجه النسائيؒ في الأشربة ذكر الأخبار التي اعتل بها من أباح شراب المسكر ص٣٣٢ ج٢. (٥)قال البيهقيؒ في الأشربة باب ما جآء في الكسر بالماء ص٣٠٥ ج٨. (٦)روى ابن أبي شيبةؒ في الأشربة (باب) في الرخصة في النبيذ و من شربه ص١٤٢ ج٧.

.....

مصنفه حدثنا أبو الاحوص عن أبى إسحاق عن عمرو بن ميمون قال قال عمر رضى الله تعالى عنه إنا لنشرب هذا الشراب الشديد لنقطع به لحوم الإبل فى بطوننا أن تؤذينا فمن رابه من شرابه شيء فيلمزجه بالماء و قال (١) أيضا حدثنا وكيع حدثنا اسماعيل بن أبى خالد عن قيس بن أبى حازم حدثنى عتبة بن فرقد قال قدمت على عمر رضى الله تعالى فدعى بعس من نبيذ قد كاد يصير خلا فقال اشرب فأخذته فشربته فما كدت أن أسيغه ثم أخذه فشربه ثم قال يا عتبة إنا نشرب هذا النبيذ الشديد لنقطع به لحوم الإبل فى بطوننا أن تؤذينا و روى (٢) عبدالرزاقؒ فى مصنفه أخبرنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال كتب لنوح من كل شيء اثنان أو قال زوجان و فيه إن لك أن تأكله عنبا و زبيبا و تطبخه حتى يذهب ثلثاه و يبقى الثلث قال ابن سيرين فوافق ذلك كتاب عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه و روى (٣) عن معمر عن عاصم عن الشعبى قال كتب عمر رضى الله تعالى عنه عمر إلى عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه أما بعد فانها جائتنا أشربة من قبل الشام كأنها طلاء الإبل قد طبخ حتى ذهب ثلثاها الذى فيه خبث الشيطان أو قال خبيث الشيطان و ريح جنونه و بقى ثلثه فاصطبغه و مر من قبلك أن يصطبغوه و روى (٤) أيضا عن منصور عن ابراهيم عن سويد بن غفلة قال كتب عمر رضى الله تعالى إلى عماله أن يرزقوا الناس

(١)قال أى ابن أبى شيبةؒ فى الباب المذكور آنفا ص١٤٣ ج٧. (٢)روى عبدالرزاقؒ فى الأشربة باب الرجل يجعل الرب نبيذا ص٢٥٤ ج٩. (٣)روى أى عبدالرزاقؒ فى الباب المذكور آنفا ص٢٥٥ ج٩. قلت و أخرج سعيد بن منصورؒ من طريق أبى مجلز عن عامر بن عبدالله قال كتب عمر رضى الله تعالى عنه إلى عمار رضى الله تعالى عنه أما بعد فانه جاءنى غير تحمل شرابا اسود كأنه طلاء الابل فذكروا أنهم يطبخونه حتى يذهب ثلثاه الأخبثان ثلث بريحه و ثلث ببغيه فمر من قبلك أن يشربوه سنده صحيح كذا فى فتح البارى. و أخرج النسائىؒ فى الأشربة (باب) ذكر ما يجوز شربه من الطلاء و ما لا يجوز ص٣٣٤ ج٢ من طريق عبدالله بن يزيد الخطمى قال كتب إلينا عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أما بعد فاطبخوا شرابكم حتى يذهب منه نصيب الشيطان فان له اثنين و لكم واحد قال الحافظؒ فى الفتح سنده صحيح. و أخرج مالكؒ فى الموطا كتاب الأشربة باب ما جاء فى تحريم الخمر ص٦٩٥ من طريق محمود بن لبيد الانصارى أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه حين قدم الشام فشكى إليه أهل الشام وباء الأرض و ثقلها و قالوا لا يصلحنا إلا هذا الشراب فقال عمر رضى الله تعالى عنه اشربوا العسل فقالوا لا يصلحنا العسل فقال رجل من أهل الأرض هل لك أن نجعل لنا من هذه الشراب شيئا لا يسكر قال نعم فطبخوا حتى ذهب منه الثلثان و بقى الثلث فأتوا به عمر رضى الله تعالى عنه فادخل فيه عمر رضى الله تعالى عنه اصبعه ثم رفع يده فتبعها يتمطط فقال هذا الطلاء مثل طلاء الابل فأمرهم عمر رضى الله تعالى عنه أن يشربوه فقال له عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه أحللتها والله فقال عمر رضى الله تعالى عنه كلا والله اللهم إنى لا أحل لهم شيئا حرمته عليهم و لا أحرم عليهم شيئا أحللته لهم قال الحافظؒ فى الفتح سنده صحيح. (٤)روى أى عبدالرزاقؒ فى الباب المذكور آنفا و روى النسائىؒ فى الباب المذكور آنفا.

.....

الطلاء ما ذهب ثلثاه و بقى ثلثه و فى مصنف (١) ابن أبى شيبةؒ حدثنا عبدالرحيم بن سليمان عن داود بن أبى هند سألت سعيد بن المسيب عن الشراب الذى كان عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أجازه للناس قال هو الطلاء الذى قد طبخ حتى ذهب ثلثاه و بقى ثلثه حدثنا على بن مسهر عن سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن أنس رضى الله تعالى عنه أن أبا عبيدة و معاذ بن جبل و أبا طلحة رضى الله تعالى عنهم كانوا يشربون من الطلاء ما ذهب ثلثاه و بقى ثلثه حدثنا ابن فضيل عن عطاء بن السائب عن أبى عبدالرحمن قال كان على رضى الله تعالى عنه يرزقنا الطلاء فقلت له ما هيئته قال أسود يأخذه أحدنا باصبعه حدثنا وكيع عن سعد بن أوس عن أنس بن سيرين قال كان أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه سقيم البطن فأمرنى أن أطبخ له طلاء حتى ذهب ثلثاه و بقى ثلثه فكان يشرب منه الشربة على إثر الطعام حدثنا ابن نمير حدثنا اسماعيل عن مغيرة عن شريح أن خالد بن الوليد رضى الله تعالى عنه كان يشرب الطلاء بالشام فهذا كله يقتضى جواز شرب المطبوخ و قد قال صاحب الاستذكارؒ لا أعلم خلافا بين الفقهاء فى جواز شرب العصير إذا طبخ فذهب ثلثاه و بقى ثلثه فعلمنا بدلالة هذه الآثار أن المراد من الحديث الذى رووه القدر المسكر لا القليل منه توفيقا بين الآثار حتى لا يقع التضاد فيها فهذا كما رأيت أن الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ و أهل بدر كعمر و على و غيرهما رضى الله تعالى عنهم ممن ذكر فيما ذكرنا كانوا يحللون شرب النبيذ و كذا من بعدهم جماعة من التابعين الكبار كالشعبى و أمثاله و كذا ابراهيم النخعى و أمثاله و كذا علقمة و الأسود و ابن ابى ليلى و عبيد بن عبدالله بن مسعود رحمهم الله تعالى و سفيان الثورى رحمه الله تعالى مع ورعه و تقواه كان يشرب من النبيذ الصلب حتى تحمر وجنتاه و عن وكيع رحمه الله تعالى أنه كان يشرب فى ليالى رمضان تقويا على العبادة و قال فى شرح الأقطع و قد سلك بعض الجهال فى هذه المسألة طريقة قصد بها التشنيع و الفروق عند العوام لما ضاقت عليه الحجة فقال قال رسول الله ﷺ ليشربن ناس من أمتى الخمر يسمونها بغير اسمها ثم قال هذا القائل و هم أصحاب أبى حنيفة رحمهم الله تعالى وهذا كلام جاهل الأحكام والنقل والآثار

(١) مصنف ابن أبى شيبةؒ كتاب الأشربة (باب) فى الطلاء من قال إذا ذهب ثلثاه فاشربه ص ١٧٠و ١٧٦ و ١٧٢ و ١٧٥ ج٨ و روى ابن أبى شيبةؒ فى هذا الباب عن وكيع عن الأعمش عن ميمون عن ام الدرداء رضى الله تعالى عنها قالت كنت أطبخ لأبى الدرداء رضى الله تعالى عنه الطلاء ما ذهب ثلثاه و بقى ثلثه فيشربه قال العثمانىؒ فى الاعلاء بعد نقل الآثار المذكورة و هذه أسانيد حسان صحيحة و روى النسائىؒ فى الباب المذكور آنفا من طريق قيس بن أبى حازم عن أبى موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنه انه كان يشرب من الطلاء ما ذهب ثلثاه و بقى ثلثه.

ثم هو محمول على القدح الأخير إذ هو المسكر حقيقة و الذى يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة

أو متعصب قليل الورع لا يبالى بما قال ثم يقال لهذا القائل ما رميت بهذا القول أصحاب أبى حنيفة رحمهم الله تعالى و إنما رميت السلف الصالح أردت بذلك و لم يمكنك التصريح بذلك لأن أصحاب أبى حنيفة رحمهم الله تعالى لم يبدعوا فى ذلك قولا بل قالوا ما قال أئمة أصحاب رسول الله ﷺ و وجوه التابعين و زهادهم رحمهم الله تعالى و كيف يظن بأن عمر و على و بن مسعود و ابن عباس و عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنهم و علقمة و الأسود و ابراهيم رحمهم الله تعالى أنهم شربوا خمرا بغير إسمها حتى استدرك عليهم هذا القائل حقيقة الاسم و الظن بنفسه و نسى الظن بسلفه أن هذا لجرأة فى الدين وذكر الإمام الزاهد نجم الدين عمر النسفى أن إباحة نبيذ التمر و الزبيب يجب اعتقادها كيلا يؤدى إلى تفسيق الصحابة رضى الله تعالى عنهم و التابعين رحمهم الله تعالى و روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه قال من إحدى شرائط مذهب أهل السنة و الجماعة أنه لا يحرم نبيذ التمر و روى عنه أنه قال لا أحرمها ديانة و لا أشربها مروئة (ثم هو محمول على القدح الأخير إذ هو المسكر حقيقة) هذا جواب بطريق التسليم يعنى سلمنا أن هذا الحديث صحيح و لكنه محمول على القدح الأخير لأن المسكر هو القدح الأخير حقيقة و ارادة ما قبله من الأقداح مجاز و إذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار إلى المجاز و قد مضى تحقيق الكلام فيه و مما يدل على أن المراد هو القدح المسكر لا القليل ما ذكره ابن قتيبة رحمه الله تعالى فى كتابه فى الأشربة عن زيد بن على بن الحسين بن على أنه شرب هو و أصحابه نبيذا شديدا فى وليمة فقيل له يا ابن رسول الله ﷺ حدثنا بحديث سمعته من أبيك عن رسول الله ﷺ فى النبيذ قال حدثنى أبى عن جدى على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال ينزل أمتى على منازل بنى اسرائيل حذو النعل بالنعل إن الله سبحانه و تعالى ابتلى بنى اسرائيل بنهر طالوت عليه السلام أحل لهم منه الغرفة و حرم منه الشرب و إن الله سبحانه و تعالى ابتلاكم بهذا النبيذ و أحل منه القليل و حرم منه السكر و من ذلك ما ذكره فى المحيط أنه روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن النبى ﷺ قال كل مسكر حرام فقيل يا رسول الله إن هذا الشراب إذا أكثرنا منه سكرنا قال ﷺ ليس كذلك إذا شرب تسعة فلم يسكر فلا بأس به و إذا شرب العاشر فسكر فذلك حرام و لهذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لو شرب تسعة أقداح من النبيذ فلم يسكر فأوجر العاشر و سكر فلا حد عليه و لو أوجر التسعة و شرب القدح العاشر بالإختيار و سكر يحد (و الذى يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم طبخ طبخة

حكمه حكم المثلث لأن صب الماء لا يزيده إلا ضعفا بخلاف ما إذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لأن الماء يذهب أولاً للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب و لو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و في رواية عنه لا يحل مالم يذهب ثلثاه بالطبخ و هو الأصح لأن العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر

حكمه حكم المثلث) إنما لم يذكر اسم هذا النوع من الأشربة لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه أبا يوسفيا و يعقوبيا لأن أبا يوسف رحمه الله تعالى كان كثيرا ما يستمله و منهم من سماه بختجا و حميديا لأنه منسوب إلى رجل اسمه حميد بن هانئ و منهم من يقول جمهوري منسوب إلى جمهور الناس فصارت له خمسة أسامي وهل يشترط لإباحته عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى بعد ما صب الماء فيه أدنى طبخة اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه كان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضلؒ يشترط و عند البعض لا يشترط و اختار المصنفؒ الأول (لأن صب الماء لا يزيده إلا ضعفا) لأنه يرفق بالماء فتضعف قوته (بخلاف ما إذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل) حيث لا يحل (لأن الماء يذهب أولاً للطافته أو يذهب منهما) أي من الماء و العصير معا و فاعل يذهب محذوف ليس هو الماء لفساد المعنى و إنما التقدير أو يذهب شيء أو ذاهب أو نحو ذلك و فيه ضعف لا يخفى (فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) يعني إذا كان كذلك فلا يكون الذي ذهب ثلثي ماء العنب على القطع و البتات فلا يحل فان قلت إذا ذهبا معا كان ينبغي أن يحل شربه كما يحل شرب المثلث قلت نعم لأنهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا و احتمل ذهاب الماء أولاً للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا إذا ذهب الماء أولاً كان الذاهب أقل من ثلثي العصير و هو حرام عندنا و هو الباذق (و لو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى) رواها الحسنؒ عنه و قد روى عنه إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه إذا غلا و اشتد كما في نقيع الزبيب و التمر (و في رواية عنه) أي و في رواية أخرى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى رواها الحسن بن أبي مالكؒ عن أبي يوسفؒ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى (لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ و هو الأصح لأن العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر) يعني إذا طبخ ماء العنب بعد عصر العنب لا يحل مالم يذهب ثلثاه فكذا إذا طبخ العنب أولاً ثم عصر ماؤه

و لو جمع فى الطبخ بين العنب و التمر أو بين التمر و الزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لأن التمر إن كان يكتفى فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا و كذا إذا جمع بين عصير العنب و نقيع التمر لما قلنا

لا يحل بالطبخ بعد ذلك إلا إذا ذهب ثلثاه (و لو جمع فى الطبخ بين العنب و التمر أو بين التمر و الزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لأن التمر إن (١) كان يكتفى فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا) قال الاترازىؒ و لنا فى قوله أو بين التمر و الزبيب نظر لأن ماء الزبيب كماء التمر يكتفى فيهما بأدنى طبخة و قد صرح القدورىؒ بذلك قبل هذا و هو قوله و نبيذ التمر و الزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال و إن اشتد قلت (٢) إن هذا على ما رواه هشامؒ فى النوادر عن أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ و قال الفقيه أبو جعفرؒ يحتمل أن يكون فى المسألة روايتان و يحتمل أن يكون فى المسألة رواية واحدة و إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع و موضوع ما ذكر فى ظاهر الرواية إذا كان الماء الذى ألقى فيه الزبيب و التمر قليلا و يكون فى الغلظة قبل الطبخ مثل المنصف فاذا طبخ أدنى طبخة يلتحق بالمثلث و موضوع ما ذكر فى النوادر إذا كان الماء كثيرا فيكون فى اللطافة و الرقة قبل الطبخ مثل العصير فلا يلتحق بالمثلث بأدنى طبخة بل يشترط فيه ذهاب الثلثين و إن كان فى المسألة روايتان فوجه ما ذكر فى ظاهر الرواية أن النىء من ماء الزبيب دون النىء من ماء العنب لأن ماء العنب لا يخالط ماء آخر و إنما يخرج ماؤه بالاقدام و ماء الزبيب إنما يستخرج بماء آخر فيختلط به و لهذا قال عمر رضى الله تعالى عنه كل شراب استخرج ماؤه بمائه فهو حرام لا تشربوه وكل شراب استخرج ماؤه بغير مائه فهو حلال فاشربوه و لهذا لا يفسق شارب النقيع من ماء الزبيب و إذا كان دون النىء من ماء العنب لا يشترط لحله ما يشترط لحل ماء العنب من الطبخ (و كذا إذا جمع بين عصير العنب و نقيع التمر لما قلنا) أشار به إلى قوله فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه قال فى الأصل أرأيت التمر المطبوخ يمرس فيه العنب و العنب غير مطبوخ فيغليان جميعا قال أكره ذلك و أنهى عنه قال شيخ الإسلامؒ فى شرحه و ذلك لأنه اختلط الحرام بالحلال و التمييز غير ممكن فيحرم الكل و إنما قلنا ذلك لأن نبيذ التمر بعد ما طبخ

(١) إن كان الخ. كلمة إن وصلية. (٢) قلت الخ. قال قاضى زادهؒ فى الأفكار: و يحتمل أن يقع لفظ التمر فى قول المصنفؒ أو بين التمر و الزبيب بدل لفظ العنب سهوا من نفس المصنفؒ أو من الناسخ الأول إلا أنه يبقى نوع قصور فى التعليل الذى ذكره ههنا عن إفادة المدعى فى الصورة الثانية على كل حال إذ لم يتعرض بالزبيب فى التعليل قط اهـ.

و لو طبخ نقيع التمر و الزبيب أدنى طبخة ثم انقع فيه تمر أو زبيب إن كان ما أنقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به و إن كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما إذا صب فى المطبوخ قدح من النقيع و المعنى تغليب جهة الحرمة و لا حد فى شربه لأن التحريم للإحتياط و هو فى الحد فى درئه و لو طبخ الخمر أو غيره بعد الإشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لأن الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال و لا بأس بالانتباذ فى الدباء و الحنتم و المزفت و النقير

كان حلالا و إن غلا و اشتد و النيء من ماء العنب إذا غلا و اشتد و قذف بالزبد لا يحل و قد اختلط أحدهما بالآخر و تعذر تمييز الحلال من الحرام فيحرم الكل قال أ يحد من يشرب منه قال لا إلا أن يسكر منه قال شيخ الإسلامؒ و هذا إذا كان التمر المطبوخ غالبا و العنب مغلوبا به فأما إذا كان العنب غالبا على التمر فإنه يجب الحد كما لو خلط الخمر بالماء اعتبر الغالب فكذا هذا قال أرأيت الرجل يخلط الخمر بعينها مع النبيذ ثم يشرب منه جميعا و لا يسكر أ يجب الحد و الجواب فيما لو خلط بالماء إن كان الخمر غالبا وجب الحد و إن كان النبيذ غالبا لا يجب مالم يسكر (و لو طبخ نقيع التمر و الزبيب (١) أدنى طبخة ثم انقع فيه تمر أو زبيب إن كان ما أنقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به و إن كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل) لأنه فى معنى نقيع و مطبوخ (كما إذا صب فى المطبوخ قدح من النقيع) فانه لا يحل لأن القدح من النقيع أفسده كله (و المعنى تغليب جهة الحرمة) يعنى الوجه فى تحريمه تغليب جهة الحرمة على جهة الحل احتياطا (و لا حد فى شربه لأن التحريم للاحتياط و هو فى الحد فى درئه) أى رفعه لأن مبناه على الدرء و السقوط (و لو طبخ الخمر أو غيره) أى غير الخمر من الأشربة المحرمة (بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لأن الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ) لأن النار أثرها فى دفع الحرمة لا فى رفعها و لكن مع هذا لا يجب الحد فى شربه قبل السكر لأن الخمر هى النيء من ماء العنب و هذا مطبوخ لا نيء فلا يكون شاربه شارب خمر. (قال) أى القدوريؒ (و لا بأس بالانتباذ فى الدباء و الحنتم و المزفت و النقير) الدباء (٢) و

(١) الزبيب أى نقيع الزبيب. (٢) الدباء الخ. و فى تاج العروس: (الدباء بالضم) هو (القرع) قاله جماعة من اللغويين و قيل الدباء المستدير منه و قيل اليابس و قال ابن حجرؒ إنه سهو من النوويؒ و هو اليقطين و قيل ثمر اليقطين و ذكره هنا بناء على أن همزته زائدة و أن أصله دبب و هو الذى اختاره المصنفؒ و جماعة و لذلك قال فى دبى الدباء فى الباء و وهم الجوهريؒ و قال الخفاجيؒ فى شرح الشفاء أخطأ من خطأ الجوهريؒ لأن الزمخشرى ذكره فى المعتل و وجهه أن الهمزة للالحاق كما ذكروه فهى كالأصلية كما حرروه و جوز بعضهم فيه القصر و أنكره القرطبيؒ و فى التوشيح الدباء و يجوز قصره القرع و قيل خاص بالمستدير و هو (كالدبة بالفتح الواحدة) دباءة (بهاء) و =>

لقوله عليه الصلاة و السلام فى حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأوعية فاشربوا فى كل ظرف فإن الظرف لا يحل شيئا و لا يحرمه و لا تشربوا المسكر

هو القرع جمع دباءة و الحنتم (١) بفتح الحاء المهملة وسكون النون و فتح التاء المثناة من فوق و هى جرار خضر أو حمر واحدتها حنتمة و المزفت المطلى بالزفت و هو القار و النقير الخشبة المنقورة و هذا الذى ذكره القدورىؒ هو قول أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى و عن (٢) أحمد رحمه الله تعالى فى رواية أنه كره الانتباذ فيها لنهيه ﷺ و قال مالك رحمه الله تعالى أكره أن ينتبذ فى الدباء و المزفت و الحنتم و النقير (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (فى حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأوعية فاشربوا فى كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا و لا يحرمه و لا تشربوا المسكر) أراد بهذا الحديث ما رواه محمد بن الحسنؒ فى كتاب (٣) الآثار أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ أنه قال كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها و هؤلاء و لا تقولوا هجرا فقد أذن لمحمد ﷺ فى زيارة قبر أمه و عن لحوم الأضاحى أن تمسكوها فوق ثلاثة أيام فأمسكوها ما بدا لكم و تزودوا

=> القصر فى الدباء لغة حكاها القزازؒ فى الجامع و عياضؒ فى المطالع وذكرها الهرويؒ فى الدال مع الباء على أنها فى دبب فهمزته زائدة و الجوهريؒ فى المعتل على أنها منقلبة اه. (١)الحنتم الخ. و فى تاج العروس: (الحنتم الجرة الخضراء) كما فى الصحاح زاد غيره تضرب إلى الحمرة قال أبو عبيدؒ الحنتم جرار حمر كانت تحمل إلى المدينة فيها الخمر و فى النهاية الحنتم جرار مدهونة خضر كانت تحمل إلى المدينة فيها الخمر ثم اتسع فيها فقيل للخزف كله حنتم قال شيخناؒ و قولهم الجرة أو الجرار يشير إلى لفظ الحنتم قيل هو مفرد فيفسر بالجرة أو هو جمع و المفرد حنتمة فيفسر بالجرار واختلف فى نون حنتم فقيل أصلية كما هو صنيع الجوهريؒ و تبعه المصنفؒ و قيل زائدة و يدل له قول صاحب المصباحؒ الحنتم فنعل من الحتم و هو الخزف الأخضر اه ملخصا. قال النوويؒ فى شرح مسلم: و أما الحنتم فاختلف فيها فأصح الأقوال و أقواها أنها جرار خضر و هذا التفسير ثابت فى كتاب الأشربة من صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه و هو قول عبدالله بن مغفل الصحابى رضى الله تعالى عنه و به قال الاكثرون أو كثيرون من أهل اللغة و غريب الحديث و المحدثين و الفقهاء رحمهم الله تعالى و الثانى أنها الجرار كلها قاله عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما و سعيد بن جبير و أبو سلمة رحمهما الله تعالى و الثالث أنها جرار يؤتى بها من مصر مقيرات الأجواف و روى ذلك عن انس بن مالك رضى الله تعالى عنه و نحوه عن ابن ابى ليلى رحمه الله تعالى عنه و زاد أنها حمر و الرابع عن عائشة رضى الله تعالى عنها جرار حمر أعناقها فى جنوبها يجلب فيها الخمر من مصر و الخامس عن ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى أيضا أفواهها فى جنوبها يجلب فيها الخمر من الطائف و كان ناس ينتبذون فيها يضاهون به الخمر و السادس عن عطاء رحمه الله تعالى جرار كانت تعمل من طين و شعر و ادم اه. (٢)عن احمدؒ الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص ٣٤١ ج ١٠. (٣)كتاب الآثار باب الشرب فى الأوعية و الظروف و الجر وغيره ص ١٩٣.

فإنما نهيتكم ليوسع موسعكم على فقيركم و عن النبيذ فى الدباء و الحنتم و المزفت فاشربوا فى كل ظرف فإن الظرف لا يحل شيئا و لا يحرمه و لا تشربوا المسكر و فى بعض الروايات جاء النقير بعد المزفت و قوله هجرا (١) بضم الهاء و سكون الجيم و هو الافحاش فى المنطق و الخنا و أخرج (٢) الجماعةٌ إلا البخاريَّ عن بريدة قال قال رسول الله ﷺ كنت نهيتكم عن الأشربة إلا فى ظروف الأدم فاشربوا فى كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكرا و فى لفظ مسلم نهيتكم عن الظروف و إن الظروف أو ظرفا لا يحل شيئا و لا يحرمه و كل مسكر حرام و أخرج (٣) ابن حبانٌ فى صحيحه عن مسروق عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ إنى نهيتكم عن نبيذ الأوعية ألا و إن وعاء لا يحرم شيئا و كل مسكر حرام و أخرج (٤) البخاريٌ و مسلمٌ عن سفيان بن عيينة عن سليمان الأحول عن مجاهد عن أبى عياض عن عبدالله بن عمرو رضى الله تعالى عنه قال لما نهى رسول الله ﷺ عن النبيذ فى الأوعية قالوا ليس كل الناس يجد فارخص لهم فى الجر غير المزفت و فى لفظ فاذن بدل فارخص و أخرج (٥) أبو داودٌ عن شريك عن زياد بن فياض عن أبى عياض عن عبدالله بن عمرو رضى الله تعالى عنه قال ذكر النبى ﷺ الدباء و الحنتم و المزفت و النقير فقال أعرابى إنه لا ظروف لنا فقال اشربوا ما حل و فى لفظ ليحيى بن آدم عن شريك باسناده قال اجتنبوه ما أسكر و أخرج (٦) البخاريٌ من حديث جابر رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن الظروف فقالت الأنصار إنه لا بد لنا منها قال فلا إذا و أخرج (٧) البيهقيٌ من حديث يحيى بن محمد بن حبان أن واسع بن حسان حدثه أن أبا سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه جدثه أن رسول الله ﷺ قال نهيتكم عن النبيذ ألا فانتبذوا ولا أحل مسكرا

(١)هجرا الخ. كذا فى اللسان عن الكسائيٌ و الاصمعيٌ و فى تاج العروس: (الهجر بالضم القبيح من الكلام) و الفحش فى المنطق و الخنا نقله الكسائيٌ و الاصمعى (كالهجراء) ممدودا نقله الصاغانيٌ. (٢)أخرج الجماعةٌ الخ. قلت أخرجه مسلمٌ فى الأشربة باب النهى عن الانتباذ فى المزفت و الدباء الخ ص١٦٧ ج٢ و أبو داودٌ فيه باب فى الأوعية ص١٦٤ ج٢ و الترمذىٌ فيه باب ما جآء فى الرخصة أن ينتبذ فى الظروف ص٩ ج٢ و النسائيٌ فيه (باب) الاذن فى شيء منها (أى من الأوعية) ص٣٢٨و٣٢٩ ج٢ و ابن ماجةٌ فيه باب ما رخص فيه من ذلك ص٢٥٢. (٣)أخرج ابن حبانٌ الخ. كذا فى نصب الراية ص٣١٠ ج٤. (٤)أخرج البخاريٌ فى الأشربة باب ترخيص النبى ﷺ فى الأوعية و الظروف بعد النهى ص٨٣٧ ج٢ و مسلمٌ فى الباب المذكور آنفا و اللفظ له. (٥)أخرج ابو داودٌ فى الأشربة باب فى الأوعية ص١٦٥ ج٢. (٦)أخرج البخارى فى الأشربة باب ترخيص النبى ﷺ فى الأوعية و الظروف بعد النهى ص٨٣٧ ج٢ و أبو داودٌ فيه باب فى الأوعية ص١٦٤ ج٢ و الترمذىٌ فيه باب ما جآء فى الرخصة أن ينتبذ فى الظروف ص٩ ج٢ و النسائيٌ فيه (باب) الاذن فى شيء منها (أى من الأوعية) ص٣٢٩ ج٢. (٧)أخرج البيهقيٌ فى الأشربة باب الرخصة فى الأوعية بعد النهى ص٣١٠ ج٨.

و قال ذلك بعدما أخبر عن النهى عنه فكان ناسخا له و إنما ينتبذ فيه بعد تطهيره فإن كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر و إن كان جديدا

(و قال ذلك بعد ما أخبر عن النهى عنه فكان ناسخا له) أى قال النبى ﷺ انتبذوا و اشربوا فى كل ظرف بعد ما أخبر عن النهى عن الانتباذ فى الظروف المذكورة فكان أمره بذلك ناسخا لنهيه المتقدم ففيه دليل على جواز نسخ السنة بالسنة و المراد من النهى هو ما رواه (١) البخارىّ و مسلمٌ عن الأعمش عن ابراهيم التيمى عن الحارث بن سويد عن على رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ أن ينتبذ فى الدباء و المزفت و روى (٢) مسلمٌ من حديث سعيد بن جبير قال اشهد على ابن عمر و ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنهما شهدا أن رسول الله ﷺ نهى عن الدباء و الحنتم و المزفت و النقير و روى (٣) أيضا من حديث الزهرى عن انس بن مالك رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن الدباء و المزفت أن ينبذ فيه و روى (٤) أيضا من حديث الزهرى عن أبى سلمة عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ لا تنتبذوا فى الدباء و لا فى المزفت ثم يقول أبو هريرة رضى الله تعالى عنه و اجتنبوا الحناتم و روى (٥) أيضا من حديث شعبة عن عمرو بن مرة قال حدثنى زادان قال قلت لابن عمر رضى الله تعالى عنهما حدثنى بما نهى عنه النبى ﷺ من الأشربة بلغتك و فسره لى بلغتنا فان لكم لغة سوى لغتنا فقال نهى رسول الله ﷺ عن الحنتم و هى الجرة و عن الدباء و هى القرعة و عن المزفت و هو المقير و عن النقير و هى النخلة تنسح نسحا و تنقر نقرا و أمر أن ينتبذ فى الأسقية قالوا إنما نهى عن هذه الأوعية على الخصوص لأن الأنبذة تشتد فى هذه الظروف أكثر مما تشتد فى غيرها و فيه دليل واضح لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى على إباحة شرب النبيذ الشديد دون المسكر و على حرمة ما يقع به السكر فإن قلت ما كان المعنى فى النهى عن زيارة القبور قلت كانوا فى ابتداء الإسلام إذا زاروا المقابر يقربون عنها و يقولون هجرا على رسمهم فى الجاهلية و يصفون موتاهم بالبطالة و سفك الدماء و شرب الخمر فنهاهم النبى ﷺ عن زيارة القبور فطاما لهم عن الهجر فلما انتهوا عن ذلك أباح لهم زيارة القبور بعد ذلك (و إنما ينتبذ فيه) أى فى ظرف من الظروف المذكورة (بعد تطهيره) إن كان فيه خمر (فإن كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر) كما لو ينجس الظرف بالدم أو البول فإنه يطهر بالغسل ثلاثا (و إن كان جديدا) أى و إن كان الوعاء

(١)رواه البخارىّ فى الأشربة باب ترخيص النبى ﷺ فى الأوعية و الظروف بعد النهى ص٨٣٨ ج٢ و مسلمٌ فيه باب النهى عن الانتباذ فى المزفت و الدباء الخ ص١٦٥ ج٢ و اللفظ له. (٢)روى مسلمٌ فى الباب المذكور آنفا. (٣)روى أى مسلمٌ فى الباب المذكور آنفا. (٤)روى أى مسلمٌ فى الباب المذكور آنفا ص١٦٤ ج٢. (٥)أى مسلمٌ فى الباب المذكور آنفا ص١٦٦ ج٢.

لا يطهر عند محمد رحمه الله تعالى لتشرّب الخمر فيه بخلاف العتيق و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يغسل ثلاثا و يجفف فى كل مرة و هى مسألة ما لا ينعصر بالعصر و قيل عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى إذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته. قال و إذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها أو بشيء يطرح فيها و لا يكره تخليلها

جديدا (لا يطهر) أبدا (عند محمد رحمه الله تعالى لتشربّ الخمر فيه) أى فى الوعاء الجديد بخلاف العتيق) أى بخلاف الوعاء العتيق لعدم تشرب الخمر فيه (و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يغسل ثلاثا و يجفف فى كل مرة و هى مسألة ما لا ينعصر بالعصر) و الخلاف فيه مشهور فان عند محمد رحمه اللهتعالى إذا تنجس ما لا ينعصر بالعصر لا يطهر أبدا و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يطهر بالغسل ثلاثا مرات مع تجفيفه فى كل مرة و قد مر مستوفى فى كتاب (١) الطهارة و قال شيخ الإسلامؒ هذا مثل ظرف الخمر بعد ما صب منه الخمر أما إذا لم يصب منه الخمر حتى صار الخمر خلا ما حال الظرف لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا فى الاصل و قد حكى عن الحاكم أبى نصر محمد ابن مهرويهؒ أنه كان يقول ما يوازى الإناء من الخل لا شك أنه يطهر لأن ما يوازى الإناء من الخل فيه أجزاء الخل و إنه طاهر و أما أعلى الحب الذى انتقص من الخمر قبل صيرورته خلا فانه يكون نجسا لأن ما يداخل أجزاء الحب من الخمر لم يصر خلا بل يبقى فيه كذلك خمرا فيكون نجسا فيجب أن يغسل أعلاه بالخل حتى يطهر الكل لأن غسل النجاسة الحقيقية بما سوى الخمر من المائعات التى تزيل النجاسة جائز عندنا فاذا غسل أعلى الحب بالخل صار ما حل فيه من أجزاء الخمر خلا من ساعته فيطهر الحب بهذا الطريق فأما إذا لم يفعل هكذا حتى ملئ من العصير بعد ذلك فانه ينجس العصير و لا يحل شربه لأنه عصير خالطه خمر إلا أن يصير خلا كذا قاله خواهر زادهؒ (و قيل عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى إذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته) أشار بهذا القول إلى أنه إذا لم يجفف فى كل مرة من الغسل و لكن ملأ ماء مرة بعد أخرى إلى آخر ما ذكره فانه يطهر و لا يحتاج إلى التجفيف فى كل مرة من الغسل. (قال) أى القدورىؒ فى مختصره (و إذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها أو بشيء يطرح فيها و لا يكره تخليلها) أى تخليل الخمر أراد أن التخليل يجوز مطلقا سواء صارت خلا بنفسها أو بعلاج كإلقاء الملح أو بغير الملح كالنقل (٢) من الظل إلى الشمس أو بالعكس أو بايقاد النار

---

(١) كتاب الطهارة ص ٦٣٠ ج ١. (٢) كالنقل من الظل الخ. و الصحيح أنه لو وقع الشمس عليها بلا نقل كرفع =>

و قال الشافعي رحمه الله تعالى يكره التخليل و لا يحل الخل الحاصل به إن كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا و إن كان بغير إلقاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له أن في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول و الأمر بالاجتناب ينافيه و لنا قوله عليه الصلاة و السلام نعم الإدام الخل

بالقرب منه و لا يكره هذا الخل عندنا (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يكره التخليل و لا يحل الخل الحاصل به إن كان التخليل بالقاء شيء فيه) كالملح و غيره (قولا واحدا) و به (١) قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (و إن كان بغير إلقاء شيء فيه) يعني و إن كان التخليل بالنقل من الظل إلى الشمس أو بالعكس أو بايقاد النار بالقرب منها (فله) أي فللشافعي رحمه الله تعالى (في الخل الحاصل به) أي بغير إلقاء شيء فيه (قولان) في قول يحل كقولنا و في قول لا يحل و به قال (٢) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى أما إذا صار خلا بطول المدة بدون علاج يحل بلا خلاف لهم (له) أي للشافعي رحمه الله تعالى (أن في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول و الأمر بالاجتناب ينافيه) بيانه أن الله سبحانه و تعالى أمر بالاجتناب عن الخمر بقوله سبحانه و تعالى فاجتنبوه و الأمر للوجوب و في التخليل اقتراب منه و بينهما منافاة فلا يجوز (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (نعم الإدام الخل) وجه (٣) الاستدلال بهذا الحديث أنه عام يتناول جميع ما يطلق عليه اسم الخل لأنه لم يفصل بين خل و خل و هذا الحديث رواه الجماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم الاول جابر رضي الله تعالى عنه أخرج (٤) حديثه الجماعة إلا البخاري فمسلم

=> سقف لا يحل نقلها و لو خلط الخل بالخمر و صار حامضا يحل و إن غلب الخمر و إذا دخل فيه بعض الحموضة لا يصير خلا عنده حتى يذهب تمام المرارة و عندهما يصير خلا كما في المضمرات و لو وقعت في العصير فارة فأخرجت قبل التفسخ و ترك حتى صار خمرا ثم تخللت أو خللها يحل و به أفتى بعضهم كما في السراجية و لو وقعت قطرة خمر في جرة ماء ثم صب في حب خل لم يفسد و عليه الفتوى و تمامه في القهستاني كذا في الشامية. (١) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٣٤٣ ج١٠. (٢) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى كذا في المغني ص٣٤٣ ج١٠. (٣) وجه الاستدلال الخ. قال العثماني في الاعلاء: و هذا الاستدلال فاسد لأن الخل النجس أو المتخذ من شيء نجس كنبيذ التمر النجس يطلق عليه اسم الخل فينبغي أن يتناوله الحديث مع أنه ليس كذلك فكيف يتناول خل الخمر و الحق أن المراد من الخل هو الخل المعروف المعهود المأكول لا كل خل كيف ما كان و من أيّ شيء كان فلا يتم الاستدلال به والله اعلم قال العبد الضعيف حاصل استدلال الأصحاب أن الخل كان يصنع من الخمر أيضا في زمن النبي ﷺ فلو كان حراما لم يطلق قوله "نعم الادام الخل" بل قيده مما عدا خل الخمر و حيث أطلقه دل على حل الخل كله اه. (٤) أخرج حديثه الجماعة الخ. قلت أخرجه مسلم في الأشربة باب فضيلة الخل و التأدم به ص١٨٢ ج٢ و أبو داود في الأطعمة باب في الخل =>

.....

و النسائيؒ عن طلحة بن نافع عن جابر رضى الله تعالى عنه و الباقونؒ عن محارب بن دثار عنه قال قال رسول الله ﷺ نعم الإدام الخل. الثانى عائشة رضى الله تعالى عنها أخرج (١) حديثها الترمذىؒ عن سليمان بن بلال عن هشام بن عمروة عن أبيه عن عائشة رضى الله تعالى عنها أن رسول الله ﷺ قال نعم الإدام الخل قال حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه لا يعرف من حديث هشام بن عروة إلا من حديث سليمان بن بلال. الثالث أم هانئ رضى الله تعالى عنها أخرج (٢) حديثها الحاكمؒ فى المستدرك فى الفضائل عن عطاء عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن أم هانئ بنت أبى طالب رضى الله تعالى عنها قالت قال لى رسول الله ﷺ هل عندك طعام آكله و كان جائعا فقلت إن عندى لكسرة يابسة و أنا أستحيى أن أقربها إليك فقال هلميها فكسرتها و نثرت عليها الملح فقال هل من إدام فقلت يا رسول الله ما عندى إلا شيء من خل فقال هلميه فلما جئته به صبه على طعامه فأكل منه ثم حمدالله ثم قال نعم الإدام الخل يا أم هانئ لا يفقر بيت فيه خل. الرابع أيمن رضى الله تعالى عنه أخرج (٣) حديثه البيهقىؒ فى شعب الإيمان عن عبدالواحد ابن أيمن عن أبيه رضى الله تعالى عنه قال نزل بجابر رضى الله تعالى عنه ضيوف فجاءهم بخبز و خل فقال كلوا فإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول نعم الإدام الخل هلاك بالقوم أن يحتقروا ما قدم إليهم و هلاك بالرجل أن يحتقر ما فى بيته يقدمه لأصحابه. الخامس أم سلمة رضى الله تعالى عنها أخرج (٤) حديثها الدار قطنىؒ فى سننه عن فرج بن فضالة عن يحيى بن سعيد عن عمرة عن أم سلمة رضى الله تعالى عنها قالت كانت لنا شاة فماتت فقال النبى ﷺ ما فعلت شاتكم قلنا ماتت قال أفلا انتفعتم باهابها قلنا إنها ميتة قال يحل دباغها كما يحل خل الخمر و قال الدارقطنىؒ تفرد به فرج بن فضالة عن يحيى و هو (٥) ضعيف يروى عن يحيى بن سعيد أحاديث عدة لا يتابع عليها و لنا حديث آخر و هو خير خلكم خل خمركم قال (٦) البيهقىؒ فى المعرفة رواه المغيرة بن زياد

=> ص١٧٩ ج٢ و الترمذى فيه باب ما جآء فى الخل ص٦ ج٢ و النسائىؒ فى الكبرى فيه (باب) الأطباق ص١٤٨ ج٤ و ابن ماجةؒ فيه باب الايتدام بالخل ص٢٤٦. (١)أخرج حديثها الترمذىؒ فى الأطعمة باب ما جآء فى الخل ص٦ ج٢. (٢)أخرج حديثها الخ. كذا فى نصب الراية ص٣١٠ ج٤. (٣)أخرج الخ. كذا فى نصب الراية ص٣١١ ج٤. (٤)أخرج حديثها الدار قطنىؒ فى الأشربة ص٢٦٦ ج٤. (٥)و هو ضعيف. قلت هو مختلف فيه وثقة ابن معينؒ فى رواية فقال لا بأس به و فى رواية صالح و قال أبو حاتمؒ صدوق يكتب حديثه و لا يحتج به كما فى التهذيب (ص٢٦١ ج٨) و له شاهد حسن من حديث جابر رضى الله تعالى عنه مرفوعا خير خلكم خل خمركم و هو مؤيد بالقياس الصحيح فان الخمر ليس بأخبث من الميتة و قد أباح الشرع إصلاحها فكذا إصلاح الخمر بالتخليل كذا فى الاعلاء. (٦)قال البيهقىؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص٣١١ ج٤.

و لأن بالتخليل يزول الوصف المفسد و تثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء و كسر الشهوة و التغذى به و الإصلاح مباح و كذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه و بالدباغ و الإقتراب لإعدام الفساد

عن أبى الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ أنه قال خير خلكم خل خمركم تفرد به المغيرة بن زياد و ليس (١) بالقوى (و لأن بالتخليل يزول الوصف المفسد) و هو الخمرية لأن التخليل إصلاح لجوهر فاسد فيجوز لأن الخمر جوهر فاسد فإصلاحه بإزالة صفة الخمرية عنه و التخليل إزالة لتلك الصفة فيكون إصلاحا (و تثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء و كسر الشهوة و التغذى به) ذكر فى ثبوت صفة الصلاح ثلاثة أشياء الأول تسكين الصفراء لأن الجوهر البارد فيه أكثر من الجوهر الحار لأنه مركب من جوهرين مختلفين أعنى من جوهر حار و جوهر بارد و كلاهما لطيف و لهذا فيه تجفيف بليغ حتى أنه من التجفيف فى الدرجة الثالثة عند منتهاها إذا كان خلا ثقفا الثانى فيه كسر الشهوة لما قلنا إن فيه تجفيفا بليغا ذكر أصحاب الطبائع أنه يفيق الشهوة الثالث فيه التغذى لأنه صالح للمعدة و الجوع يصلح من هيجان الحرارة فى المعدة و هو أسرع إلى إطفاء الحرارة و حدته قالوا إنه يضعف البصر (و الإصلاح مباح) أى إصلاح المفسد مباح كالدباغ و هذا بالإجماع (و كذا الصالح للمصالح) و كذا مباح الصالح للمصالح و هو جمع مصلحة و المصالح هى الأشياء المذكورة و نحوها (اعتبارا بالمتخلل بنفسه) أى قياسا على المتخلل بنفسه فانه يباح بالإجماع لأجل المصالح المذكورة و غيرها و كذا الذى تخلل بالعلاج و نحوه (و بالدباغ) أى و اعتبارا بالدباغ أيضا فان عين الجلد نجس و لهذا لا يجوز بيعه كالثوب النجس و الدبغ إصلاح له من حيث أنه يعصمه من النتن و الفساد و قد جاز الدباغ فيجوز التخليل قياسا عليه (و الإقتراب لإعدام الفساد) هذا جواب عن قول الشافعى رحمه الله تعالى

---

(١)ليس بالقوى. قلت قال البخارىّ قال وكيعٌ كان المغيرة بن زيادٌ ثقة و عن يحيى بن معينٌ ليس به بأس و روى الدورىّ و ابن أبى خيثمةٌ عنه ثقة ليس به بأس و قال العجلىّ و ابن عمارٌ و يعقوبٌ ثقة و قال أبو حاتمٌ هو صالح صدوق ليس بذلك القوى يحول اسمه من كتاب الضغفاء و قال أبو داودٌ صالح و قال النسائىّ ليس به بأس و قال ابن عدىّ عامة ما يرويه مستقيم إلا أنه يقع فى حديثه كما يقع فى حديث من ليس به بأس و هو لا بأس به و قال المزىّ لا نعلم أحدا قال إنه متروك و لعله اشتبه على الحاكمٌ بأصرم بن حوشب فانه يكنى أبا هشام أيضا و هو من المتروكين و قال صالح بن احمدٌ عن أبيه ثقة اه ملخصا من التهذيب (ص ٢٦٠ ج٦) و بالجملة فهو من رجال الأربعة مختلف فيه حسن الحديث و هذا الحديث أصرح دليل على حل خل الخمر كما لا يخفى كذا فى الاعلاء.

فأشبه الإراقة و التخليل أولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به

إن في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول و وجهه لا نسلم أنه على جهةالتمول بل المنظور إليه إعدام الفساد (فأشبه الإراقة) فان فيها اقترابا أيضا (و التخليل أولى) أى من الإراقة مع وجود الاقتراب في كل منهما (لما فيه) أى في التخليل (من إحراز مال يصير حلالا في الثاني) أى في الزمن الثاني (فيختاره من ابتلي به) أى فيختاره التخليل على الإراقة من ابتلي بالخمر كما إذا ورث خمرا مثلا فان قلت الخمر نجس العين فيحرم التصرف فيها قياسا على الميتة و البول و الدم قلت ليس كذلك فذاتها ذات العصير و هو طاهر قبل التخمر و النجاسة باعتبار الشدة و ما هي بعينها بل وصفها و هو يقبل الزوال كالصبا في الصبي و لهذا لو تخللت بنفسها تحل فإن قلت ما تقول فيما رواه (١) مسلمٌ عن أنس رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ سئل عن الخمر تتخذ خلا فقال لا و روى (٢) أبو داودٌ عن أنس رضي الله تعالى عنه أن أبا طلحة رضي الله تعالى عنه سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمرا قال أهرقها قال أفلا أجعلها خلا قال لا و روى المزنيّ أيضا في كتاب العلل أن أبا طلحة رضي الله تعالى عنه كان في حجره يتامى فاشترى لهم خمرا فنزل تحريم الخمر فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك و قال أفنخللها قال لا و لكن أهرقها قال المزنيّ فلو كان التخليل جائزا لما أمره النبي ﷺ بالإراقة لأن فيها تضييع مال اليتيم بل كان يأمره بالتخليل خصوصا كان الخمر ليتامى قالوا و لأن الصحابة أراقوها حين نزلت آية التحريم كما ورد في الصحيح فلو جاز التخليل لنبه ﷺ كما نبه أهل الشاة الميتة على دباغها قلت أما الجواب عن الحديث الأول أن المعنى لا تستعملوها استعمال الخل بأن تؤدم و توضع على المائدة كما يوضع الخل و هو نظير ما روى عنه ﷺ أنه نهى عن تحليل الحرام و تحريم الحلال و أن يتخذ الدواب كراسي فان المراد به الاستعمال و لما نزل قوله سبحانه و تعالى﴿اتخذوا (٣) أحبارهم و رهبانهم أربابا من دون الله﴾ قال عدى بن حاتم رضي الله تعالى عنه ما عبدناهم قط فقال ﷺ أ ليس كانوا يأمرون و ينهون و تطيعونهم قال نعم فقال هو ذاك فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال و أما عن الثاني فقد أجاب (٤) الطحاويّ بأنه محمول على التغليظ و التشديد لأنه كان في ابتداء الإسلام كما ورد ذلك في سؤر الكلب بدليل أنه ورد في بعض طرقه الأمر بكسر الدنان و تقطيع الزقاق

(١)رواه مسلمٌ في الأشربة باب تحريم تخليل الخمر ص١٦٣ ج٢. (٢)روى أبو داودٌ في الأشربة باب ما جآء في الخمر تخلل ص١٦١ ج٢. (٣)اتخذوا الآية. التوبة: ٣١. (٤)فقد أجاب الطحاويّ الخ. كذا في نصب الراية ص٣١١ ج٤.

و إذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الإناء فأما أعلاه و هو الذى نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا و قيل لا يطهر لأنه خمر يابس إلا إذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر

رواه الطبرانىؒ فى معجمه حدثنا معاذ بن المثنى حدثنا مسدد حدثنا معتمر حدثنا ليث عن يحيى ابن عباد عن أنس رضى الله تعالى عنه عن أبى طلحة رضى الله تعالى عنه قال قلت يا رسول الله إنى اشتريت خمرا لأيتام فى حجرى فقال أهرق الخمر و اكسر الدنان و رواه (١) الدار قطنىؒ أيضا و روى أحمدؒ فى مسنده حدثنا الحكم بن نافع حدثنا أبو بكر بن أبى مريم عن ضمرة بن حبيب عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبى ﷺ شق زقاق الخمر بيده فى أسواق المدينة و هذا صريح فى تغليظ الأمر لأن فيه إتلاف مال الغير و قد كان يمكن الإراقة بدون كسر الدنان و شق الزقاق و تطهيرها و لكن قصد بإتلافها التشديد ليكون أبلغ فى الردع و قد ورد عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه أحرق بيت خمار كما رواه ابن سعدؒ فى الطبقات أخبرنا يزيد بن هارون أخبرنا ابن أبى ذئب عن سعد بن ابراهيم عن عبدالرحمن بن عوف عن أبيه أن عمر رضى الله تعالى عنه حرق بيت رويشد الثقفى و كان حانوتا لشراب قال فقد رأيته يلتهب نارا و قد ورد فى حديث عن جابر رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ عوض الأيتام عن خمرهم مالا كما رواه أبو يعلى الموصلىؒ فى مسنده حدثنا جعفر بن حميد الكوفى حدثنا يعقوب الغمى عن عيسى بن جارية عن جارية فذكره و فيه قال إذا أتانا مال البحرين فأتنا نعوض أيتامك مالهم و قد تقدم بتمامه فى أحاديث تحريم الخمر (و إذا صار الخمر خلا يطهر ما يواريها من الإناء) يجوز فيما يواريها بالراء المهملة من المواراة و هى الستر و يجوز بالزاء المعجمة من الموازاة و هى المساواة أى يطهر ما يستر الخمر من الاناء أو ما يساويها من الإناء يعنى قدر ارتفاعها فى الإناء (فأما أعلاه) أى أعلى الإناء (و هو الذى نقص منه الخمر) مثلا إذا كانت الخمر فى نصف الإناء لا يكون المشغول منه بالخمر إلا النصف التحتانى فإذا صارت خلا يطهر النصف التحتانى لصيرورة الخمر خلا و أما النصف الفوقانى هل بالخل يطهر (قيل يطهر تبعا) و به (٢) أخذ الهندوانى و أبو عبيد و الصدر الشهيد رحمهم الله تعالى (و قيل لا يطهر لأنه خمر يابس) فيكون نجسا (إلا إذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر) يعنى يدار فيه الخل حتى يصيب جميع الظرف فاذا فعل ذلك فقد طهر و إن لم يشرب فيه الخمر كذا فى الذخيرة و قد مر الكلام فيه عن قريب

(١)رواه الدار قطنىؒ فى الأشربة باب اتخاذ الخل من الخمر ص٢٦٦ ج٤. (٢)و به أخذ الخ. و عليه الفتوى خانية.

و كذا إذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر فى الحال على ما قالوا. قال و يكره شرب دردى الخمر و الامتشاط به لأن فيه أجزاء الخمر و الانتفاع بالمحرم حرام و لهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا أو دبرة دابة و لا أن يسقى ذميا و لا أن يسقى صبيا للتداوى و الوبال على من سقاه و كذا لا يسقيها الدواب و قيل لا تحمل الخمر إليها أما إذا قيدت إلى الخمر فلا بأس به كما فى الكلب و الميتة و لو ألقى الدردى فى الخل لا بأس به

(و كذا إذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر فى الحال على ما قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى لأن آثار الخمر التى فيه تستحيل خلا فى ساعته فيطهر. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و يكره (١) شرب دردى الخمر) و هو ما يرسب فى أسفله و كذا دردى الزبيب و نحوه (و الامتشاط به) أى بدردى الخمر إنما خص الامتشاط لأن له تأثيرا فى تحسين الشعر و قد صح عن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها كانت تنهى النساء عن ذلك أشد النهى (لأن فيه) أى فى الدردى (أجزاء الخمر و الانتفاع بالمحرم حرام و لهذا لا يجوز أن يداوى به) أى بالخمر (جرحا) لحديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه إن الله لم يجعل شفائكم فيما حرم عليكم (أو دبرة دابة) أى أو يداوى دبرة دابة و الدبرة بفتحتين جرح الدابة أو عرقها من دبر البعير يدبر دبرا من باب علم يعلم و الدبر بفتح الدال و كسر الباء هو الحيوان الذى فيه دبرة بفتحتين (و لا أن يسقى ذميا) أى و لا يجوز أن يسقى الخمر ذميا لأن فيه اقترابا من الخمر و هو مأمور بالاجتناب عنه و إعانة على المعصية و هى منهى عنها (و لا أن يسقى صبيا للتداوى) أى و لا يحوز أن يسقى الخمر صبيا لأجل التداوى لما ذكرنا من حديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه (والوبال) أى الإثم و الخطيئة (على من سقاه) لأن الصبى غير مخاطب و الاثم يبنى على الخطاب (و كذا لا يسقيها الدواب) لأنه نوع انتفاع بالخمر و الاقتراب منها و هو حرام (و قيل لا تحمل الخمر إليها) أى إلى الدواب (أما إذا قيدت) أى الدواب (إلى الخمر فلا بأس به) لعدم المعنى الذى ذكرناه (كما فى الكلب و الميتة) أى لا تحمل الميتة إلى الكلب و لو قيد الكلب إليها لا بأس به و كذا الفأرة لا تحمل إلى الهرة و لكن الهرة تحمل إلى الفأرة كيلا يصير حاملا للنجاسة بلا ضرورة و فى الذخيرة و يكره أن يبل الطين بالخمر (و لو ألقى الدردى فى الخل لا بأس به

(١) و يكره الخ. عبر فى النقاية كالزاهدى بقوله و حرم قال القهستانىّ و إنما آثر الحرمة على الكراهة الواقعة فى عبارة كثير من المتون لأنه أراد التنبيه على المراد الدال عليه كلام الهداية كذا فى الشامية.

لأنه يصير خلا لكن يباح حمل الخل إليه لا عكسه لما قلنا. قال و لا يحد شاربه أى شارب الدردى إن لم يسكر و قال الشافعى رحمه الله تعالى يحد لأنه شرب جزء من الخمر و لنا أن قليله لا يدعو إلى كثيره لما فى الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من الأشربة و لا حد فيها إلا بالسكر و لأن الغالب عليه الثفل فصار كما إذا غلب عليه الماء بالإمتزاج و يكره الاحتقان بالخمر و إقطارها فى الإحليل لأنه انتفاع بالمحرم و لا يجب الحد لعدم الشرب و هو السبب و لو جعل الخمر فى مرقة لا تؤكل لتنجسها بها و لا حد مالم يسكر منه لأنه أصابه الطبخ و يكره أكل خبز عجن عجينه

لأنه يصير خلا لكن يباح حمل الخل إليه) أى إلى الدردى (لا عكسه) و هو حمل الدردى إلى الخل (لما قلنا) أشار به إلى التعليل المستفاد من قوله كما فى الكلب و الميتة. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و لا يحد شاربه أى شارب الدردى إن لم يسكر و قال الشافعى رحمه الله تعالى يحد) و به قال مالك و أحمد و أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى (لأنه شرب جزء من الخمر) لأن الدردى لا يخلو من أجزاء الخمر و فى الخمر يجب الحد فى القليل و الكثير (و لنا أن قليله لا يدعو إلى كثيره لما فى الطباع من النبوة عنه) أى من النفرة عن الدردى لأن الطباع لا تميل إلى شرب الدردى بل من يعتاد شرب الخمر يعاف الدردى (فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من الأشربة و لا حد فيها) أى فى الأشربة غير الخمر (إلا بالسكر لأن الغالب عليه الثفل فصار كما إذا غلب عليه الماء بالامتزاج) حيث لا يحد إذا كان الماء هو الغالب كما ذكرناه (و يكره الاحتقان بالخمر و إقطارها فى الإحليل) و هو ثقب الذكر (لأنه انتفاع بالمحرم و لا يجب الحد) و فى بعض النسخ و لا يحد (لعدم الشرب و هو السبب) أى الشرب هو السبب فى وجوب الحد و لم يوجد و به قال الشافعى و مالك رحمهما الله تعالى و عن أحمد رحمه الله تعالى يجب الحد بالإحتقان لأنه أدخله إلى جوفه قال ابن قدامةؒ و الأصح أنه لا يجب لعدم الشرب (و لو جعل الخمر فى مرقة لا تؤكل لتنجسها بها) أى لتنجس المرقة بالخمر (و لا حد مالم يسكر منه لأنه أصابه الطبخ) لأنه مطبوخ و الخمر هو النيء من ماء العنب و عند أحمد رحمه الله تعالى يحد لأن عين الخمر موجود فيها و لو لم يطبخ يعتبر الغالب و المغلوب كما لو مزج الخمر بالماء و قال شيخ الإسلامؒ فى شرحه و هذه المسألة تدل على أن الخمر إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه أنه لا يجب الحد بشربه مالم يسكر لأنه بعد الطبخ لم يبق خمرا (و يكره أكل خبز عجن عجينه

بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه.

فصل فى طبخ العصير

الأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار و قذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن و يعتبر ذهاب ثلثى ما بقى ليحل الثلث الباقى بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقى حتى يذهب ستة دوارق و يبقى الثلث فيحل لأن الذى يذهب زبدا هو العصير أو ما يمازجه و ايّامّا كان

بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه) أى فى العجين و أما اللحم إذا طبخ بالخمر فعند محمد رحمه الله تعالى لا يحل أكله أبدا و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يغلى بالماء الطاهر ثلاث مرات و يبرد فى كل مرة.

(فصل فى طبخ العصير)

أى هذا فصل فى بيان أحكام طبخ العصير و كيفيته و لما ذكر فيما مضى أن العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير إلى أن يذهب ثلثاه و ما فى هذا الفصل ليس بمذكور فى الجامع الصغير و لا فى مختصر القدورى و إنما هو مذكور فى المباسيط ذكره تفريعا على ما ذكر قبل هذا (الأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار و قذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن) يعنى ما ذهب من القدر من غاية الغليان و قذفه بالزبد لا يعتبر (و يعتبر ذهاب ثلثى ما بقى ليحل الثلث الباقى) لأن نصيب الشيطان فى الثلثين فما لم يذهب الثلثان لا يحل (بيانه) أى بيان ما ذكر (عشرة دوارق) و هو جمع دورق بفتح الدال المهملة وسكون الواو و فتح الراء و فى آخره قاف و هو مكيال للشراب أعجمى معرب قيل يسعه عشرة أمناء و قال تاج الشريعةّ يسعه أربعة أمناء (من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقى) و هو تسعة دوارق (حتى يذهب ستة دوارق و يبقى الثلث) و هو ثلاثة دوارق (فيحل لأن الذى يذهب زبدا) أى حال كونه زبدا (هو العصير) يعنى من نفس العصير (أو ما يمازجه) أى أو الذى ذهب زبدا هو ما يمازج العصير من الثفل و التراب و الدردى (و أيّامّا (١) كان)

(١) و أيّامّا كان الخ. أقول فيه شيء و هو أن جعل العصير تسعة دوارق على تقدير أن يكون الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر إذ لا يكون حينئذ فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق و بين الباقى منها فى كونهما عصيرا فاذا جاز اعتبار بعض منها و هو الذاهب زبدا فى حكم العدم بلا أمر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضا فى حكم العدم عند ذهابه بالطبخ و الأظهر فى تعليل هذا الأصل أن يقال لأن الذى يذهب زبدا جعل كأن لم يكن لأن الزبد ليس بعصير فصار كما لو صب فيه دورق من ماء و لو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا نتائج الأفكار.

جعل كأن العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة و أصل آخر أن العصير إذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه إن كان الماء أسرع ذهابا لرقته و لطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لأن الذاهب الأول هو الماء و الثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير و إن كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاها و يبقى ثلثها فيحل لأنه ذهب الثلثان ماء و عصيرا و الثلث الباقي ماء و عصير فصار كما إذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة

أيّ النوعين كان (جعل كأن العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة) أي فيكون ثلث التسعة ثلاثة دوارق فيكون الذاهب ستة و الباقي ثلاثة فيحل (و أصل آخر أن العصير إذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه إن كان الماء أسرع ذهابا لرقته و لطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لأن الذاهب الأول هو الماء و الثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير) بيان ذلك ما قاله شيخ الإسلام خواهر زادهؒ في شرحه و هو أن يجعل كل عشرة من الماء و العصير على ثلاثة أسهم لأنك تحتاج إلى أن تجعل عشرة دوارق عصير على ثلاثة لحاجتك إلى الثلث و الثلثين فيكون الماء ستة و العصير ثلاثة و الكل تسعة أسهم فاذا ذهب الماء أولاً ذهب يجعل كأن لم يكن لأنه ما بقي العصير لا غير و هو ثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة و مرة اثنان فذهب ثمانية و بقي واحد و هو تسع الكل (و إن كانا يذهبان معا) أي و إن كان الماء و العصير يذهبان معا (تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاها و يبقى ثلثها فيحل) قال شيخ الإسلامؒ كأن محمدا رحمه الله تعالى علم أن العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء و طبخ يذهب الماء أولاً و منه ما إذا صب فيه الماء يذهبان معا ففصل الجواب فيه تفصيلا (لأنه ذهب الثلثان ماء و عصيرا) أي حال كون الثلثين ماء و عصيرا و هذا مثل قولك جاء القوم ركبانا و مشاة يعني حال كونهم بعضهم راكبين و بعضهم ماشين (و الثلث الباقي ماء و عصير) و قد ذهب الحرام من العصير و هو الثلثان و بيانه فيما قال شيخ الإسلامؒ و هو أن يطبخ حتى يذهب ثلثاه و هو عشرون و يبقى ثلثه و هو عشرة لأنه متى بقي عشرة كان يليه ماء و يليه عصير إذا كانا يذهبان معا فيكون ثلث العصير ثلاثة و قد كان العصير عشرة و قد رد العصير إلى الثلث فيحل (فصار كما إذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه) يعني صار حكم هذا كحكم ماء لو صب في العصير بعد ما صار مثلثا بحيث يحل فكذا هذا (بيانه) أي بيان ما ذكر (عشرة

دوارق من عصير و عشرون دورقا من ماء ففي الوجه الأول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لأنه ثلث العصير و في الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا و الغلى بدفعة أو دفعات سواء إذا حصل قبل أن يصير محرّما و لو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لأنه أثر النار و أصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب

دوارق من عصير و عشرون دورقا من ماء ففي الوجه الأول) أي فيما إذا ذهب الماء أولاً (يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لأنه ثلث العصير) أي لأن تسع الجملة ثلث العصير و هي ثلاثة و ذلك بعد ذهاب الدورق بالزبد و الثلاثة ثلث العصير لأن العصير عشرة و لكن ذهب منها الدورق بالزبد فبقي تسعة ثلثها ثلاثة (و في الوجه الثاني) أي فيما إذا كان الماء و العصير يذهبان معا (حتى يذهب ثلثا الجملة) أي يطبخ حتى يذهب ثلثا الجملة و هو عشرون و بقي ثلثها و هو عشر لأنه يذهب بالغليان ثلثا العصير و ثلثا الماء و الباقي ثلث العصير و ثلث الماء (لما قلنا) أشار به إلى قوله لأن الباقي ثلث الماء و ثلث العصير (و الغلى بدفعة و دفعات سواء إذا حصل) أي الغلى (قبل أن يصير محرّما) أي قبل أن يصير العصير محرّما قال في الأصل إذا طبخ الرجل عصيرا حتى يذهب ثلثه و يبقى ثلثاه ثم ترك حتى يبرد ثم أعاد عليه الطبخ حتى يذهب نصف ما بقي فإن كان أعاد عليه قبل أن يغلى و يتغير عن حال العصير فلا بأس به لأن الطبخ وجد في حالة الحلاوة و إن كان تغير عن حالة العصير و غلى فلا خير فيه لأن الطبخ وجد بعد ثبوت الحرمة (و لو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لأنه أثر النار) صورته إذا طبخ العصير حتى ذهب ثلاثة أخماسه مثلا و بقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين و بقي الثلث حل لأن ما ذهب بعد قطع النار ذهب بحرارة النار فصار كما إذا شمس العصير و ذهب ثلثاه بحرارة الشمس فيصير مثلثا لأن المقصود ذهاب الثلثين و صار كما لو صار مثلثا و النار تحته بخلاف ما لو برد مشتدا محرما ثم طبخ حتى ذهب ثلثاه حيث لا يحل كذا في الذخيرة و المبسوط (و أصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان) ذكر أولاً الأصل الذي فيه أن ما ذهب بالزبد لا يعتبر ثم ثانيا الأصل الذي فيما إذا صب فيه الماء بالوجهين المذكورين ثم ثالثا يذكر معرفة قدر طبخ البقية بعد إراقة البعض فقال (فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب) أي المسكوب (ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب

ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهرق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله و هو ثلاثة و ثلث و تضربه فيما بقي بعد المنصب و هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء و ذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان و تسعان فعرفت أن الحلال ما بقي منه رطلان و تسعان و على هذا تخرج المسائل

ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهرق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله و هو ثلاثة و ثلث) لأن كل العصير عشرة و ثلثها ثلاثة و ثلث (و تضربه فيما بقي بعد المنصب و هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء و ذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان و تسعان) و هذا لأن الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي و كان الباقي إن لم ينصب منه شيء تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك في معنى رطل و تسع رطل لأن الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي أتساعا فإذا انصب منه ثلاثة أرطال فهذا في المعنى ثلاثة أرطال و ثلاثة أتساع رطل فيكن الباقي منه ستة أرطال و ستة أتساع رطل فيطبخه حتى يذهب الثلثان و يبقى منه الثلث و هو رطلان و تسعا رطل و هو معنى قوله (فعرفت أن الحلال ما بقي منه رطلان و تسعان) بضم التاء أي تسعا رطل كما ذكرنا (و على هذا تخرج المسائل) أي و على ما ذكر تخرج مسائل كثيرة منها إذا كان الذاهب بالغليان رطلين و بقي ثمانية أرطال ثم أهريق منه رطلان ثم يطبخ حتى يزول الثلثان ينبغي أن يطبخ حتى تزول ثلاثة أرطال و نصف رطل لكن تأخذ ثلث الجميع و ذلك ثلاثة و ثلث فتضربه في الباقي بعد الغليان و الإراقة و هو ستة فيصير عشرون ثم يقسم العشرون على الباقي بعد الغليان قبل الإراقة و ذلك ثمانية يخرج رطلان و نصف رطل و هذا المقدار هو الذي يجب أن ينتهي الطبخ إليه بعد الغليان و الإراقة و هو الثلث و منها إذا كان الذاهب بالغليان خمسة أرطال و بقي خمسة ثم جاء رجل و أخذ منه رطلا و بقي أربعة لم تطبخ حتى يذهب الثلثان و يبقى الثلث ينبغي أن يطبخه حتى يبقى رطلان و ثلثا رطل لأنك تضرب ثلثا الجملة و هي ثلاثة و ثلث في الباقي بعد الإراقة و هي أربعة فيكون ثلاثة عشر و ثلثا لأن الثلاثة في الأربعة اثنا عشر و ثلث في الأربعة سهم و ثلث سهم فيقسم ثلاثة عشر و ثلث على الباقي بعد الغليان قبل الإراقة و ذلك خمسة يخرج من القسمة رطلان و ثلاثة أخماس رطل و ثلث خمس رطل و قال إن العشرة إذا قسمت على الخمسة يخرج سهمان و الثلاثة إذا قسمت على الخمسة يخرج ثلاثة أخماس و الثلث إذا قسم على

و لها طريق آخر و فيما اكتفينا به كفاية (١) و هداية إلى تخريج غيرها من المسائل و الله أعلم بالصواب.

كتاب الصيد

الخمسة يخرج ثلث خمس رطل لأنك تضرب الصحيح و هى الخمسة فى مخرج الكسر و هى ثلاثة تصير خمسة عشر ثم يقسم عليه الكسر و هو الثلث يخرج ثلث الخمس ثم ثلاثة أخماس الشيء و ثلث خمسه مساو مع ثلث الشيء ألا ترى أن عشرة من خمسة عشر ثلثاه وهى ثلاثة أخماسه و ثلث خمسه لأن ثلاثة أخماسه تسعة و ثلث خمسه واحد (و لها طريق آخر) أى للمسألة المذكورة طريق آخر فى استخراجها قيل هو أن يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لأنه إنما يطبخ ليذهب الحرام و يبقى الحلال فثلثا عشرة أرطال حرام و هو ستة أرطال و ثلثا رطل و ثلثه حلال و هو ثلاثة أرطال و ثلث رطل و الذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام و الباقى تسعة أرطال و الحلال منها ثلاثة أرطال و ثلث رطل و الحرام خمسة أرطال و ثلثا رطل فإذا أهريق ثلثه فهو من الحلال و الحرام جميعا لأنه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال أو بالحرام و كان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه و هو رطل و تسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان و تسعا رطل و لو رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعا لاحتياجك إلى حساب له ثلث و لثلثه ثلث و هو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهما و قد أريق ثلثه و هو عشرة فيبقى عشرون و هو رطلان و تسعا رطل و هذا معنى قول الشيخ و لها طريق آخر (و فيما اكتفينا به كفاية) للذكى الفطن (و هداية) أى طريق موصل (إلى تخريج غيرها) أى غير المسائل التى ذكرناها (من المسائل) لمن يهتدى بذلك و يحفظه و هو ما ذكرنا من الأصول و اعلم أن القدر الذى يطبخ فيها العصير ينبغى أن يكون قدرا قاعدتها مسطحة غير مقعرة و جدارها المحيط مستديرا فى ارتفاعه على الاستقامة و ارتفاعه مقسوم بثلاثة أقسام متساوية فتملأ و يطبخ إلى أن يذهب ثلثاه و يرجع الباقى فى المقدار إلى العلامة السفلى على قدر الثلث كذا قال بعد الحساب فى كتابه (و الله سبحانه و تعالى بالصواب).

(كتاب الصيد)

أى هذا كتاب فى بيان أحكام الصيد وجه المناسبة بين الكتابين هو اشتمالهما على نوع من السرور و النشاط إلا أن الأول أقوى لأنه باطنى فلذلك قدمه و قيل (٢) لأن كل واحد منهما قد

(١) كفاية و هداية. قلت فيه ايهام لطيف لكتابيه المسمى أحدهما بكفاية المنتهى و الآخر بالهداية كذا فى الأفكار.

(٢) قيل لأن الخ. و فى السعدية: و لأن الصيد من الأطعمة و مناسبتها للأشربة غير خفية و كل منهما فيه حلال و حرام اه ملخصا.

الصيد الاصطياد و يطلق على ما يصاد و الفعل مباح لغير المحرم فى غير الحرم

يصير من أسباب (١) التلهى إلا أن التلهى بالأشربة حرام و بالصيد مكروه فقدم الحرام لقوته على المكروه و محاسن الصيد محاسن المكاسب و سببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة إليه و قد يكون اظهار الجلادة و قد يكون الفرح و التنزه (الصيد الاصطياد) أراد أن الصيد (٢) فى اللغة مصدر بمعنى الاصطياد و قد سمى المصيد صيدا تسمية بالمصدر و يقال صاد يصيد صيدا فهو صائد و ذاك مصيد و أصله مصيود كما أن مبيعا أصله مبيوع فاعل بالنقل و القلب و الصيد اسم لحيوان ممتنع متوحش لا يؤخذ إلا بالحيلة قال الشاعر:

و إذا ركبت فصيدى الأبطال

أطلق اسم الصيد على البطل و هو الشجاع و إن كان آدميا لكونه ممتنعا لا يمكن أخذه إلا بالحيلة (و يطلق) أى لفظ الصيد الذى هو مصدر (على ما يصاد) من الحيوان مجازا إطلاقا لاسم المصدر على المفعول (و الفعل مباح) أراد بالفعل الاصطياد و هو مباح (لغير المحرم فى غير الحرم) المحرم محرم عليه الصيد بالآية و كذلك صيد الحرم حرام بالنص و هو قوله ﷺ لا ينفر (٣) صيدها فإذا كان تنفيره حراما فصيده بالطريق الأولى لأن فيه تفويت الأمن

(١)من أسباب التلهى. قلت و قد روى أبو داودؒ فى الصيد باب فى اتباع الصيد ص٣٩ ج٢ و الترمذىؒ فى أواخر الفتن ص٥٠ ج٢ عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبى ﷺ قال من سكن البادية جفا و من اتبع الصيد غفل و من أتى أبواب السلطان افتتن و قال الترمذىؒ هذا حديث حسن غريب. (٢)الصيد الخ. قال فى المغرب: الصيد مصدر صاده إذا أخذه فهو صائد و ذاك مصيد و يسمى المصيد صيدا فيجمع صيودا و هو كل ممتنع متوحش طبعا لا يمكن أخذه إلا بحيلة اه ملخصا. قال ابن عابدينؒ فى الشامية: فخرج بالممتنع مثل الدجاج و البط إذ المراد منه أن يكون له قوائم أو جناحان يملك عليها و يقدر على الفرار من جهتهما و بالمتوحش مثل الحمام إذ معناه أن لا يألف الناس ليلا و نهارا و بطبعا ما يتوحش من الأهليات فانها لا تحل بالاصطياد و تحل بذكاة الضرورة و دخل به متوحش يألف كالظبى لا يمكن أخذه إلا بحيلة و تمامه فى القهستانى أى فالظبى و إن كان مما يألف بعد الأخذ إلا أنه صيد قبله يحل بالاصطياد و دخل فيه ما لا يؤكل اه. (٣)لا ينفر صيدها. قلت روى البخارىؒ فى الجنائز باب الاذخر و الحشيش فى القبر ص١٨٠ ج١ عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبى ﷺ قال حرم الله مكة فلم تحل لأحد قبلى و لا تحل لأحد بعدى أحلت لى ساعة من نهار لا يختلى خلاها و لا يعضد شجرها و لا ينفر صيدها و لا تلتقط لقطتها إلا لمعرف فقال العباس رضى الله تعالى عنه إلا الاذخر لصاغتنا و قبورنا فقال إلا الاذخر و رواه فى المناسك باب لا ينفر صيد الحرم ص٢٤٧ ج١ و فى البيوع باب ما قيل فى الصواغ ص٢٨٠ ج١ و فى اللقطة باب كيف تعرف لقطة أهل مكة ص٣٢٨ ج١ و فى آخر الجهاد باب اثم الغادر للبر و الفاجر ص٤٥٢ ج١ و فى المغازى قبيل باب قول الله تعالى و يوم حنين إذ اعجبتكم كثرتكم الآية ص٦١٧ ج٢ و مسلمؒ فى الحج باب تحريم مكة و تحريم صيدها الخ ص٤٣٧ ج١.

لقوله تعالى و إذا حللتم فاصطادوا و قوله عزوجل و حرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما و لقوله عليه الصلاة و السلام لعدى بن حاتم الطائى رضى الله تعالى عنه إذا أرسلت كلبك المعلم و ذكرت اسم الله عليه فكل و إن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسكه على نفسه و إن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك و لم تسم على كلب غيرك و على إباحته انعقد الإجماع و لأنه نوع اكتساب و انتفاع بما هو مخلوق لذلك و فيه استبقاء المكلف و تمكنه

المستحق (لقوله تعالى و إذا (١) حللتم فاصطادوا) هذا دليل لمشروعية الصيد و يفهم منه أيضا عدم مشروعيته لغيرّ الحلال و هو المحرم و الأمر ههنا للاباحة (و قوله تعالى و حرم (٢) عليكم صيد البر ما دمتم حرما) مد التحريم إلى غاية فاقتضى الإباحة فيما وراء تلك الغاية (و لقوله عليه السلام) أى لقول النبى ﷺ (لعدى بن حاتم الطائى رضى الله تعالى عنه إذا أرسلت كلبك المعلم و ذكرت اسم الله عليه فكل و إن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسكه على نفسه فإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك و لم تسم على كلب غيرك) هذا الحديث أخرجه (٣) الأئمة الستةّ عن عدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه قال قلت يا رسول الله إنى أرسل كلبى و أسمى فقال النبى ﷺ إذا أرسلت كلبك و سميت فأخذ فقتل فأكل فلا تأكل فانما أمسك على نفسه قلت إنى أرسل كلبى أجد معه كلبا آخر لا أدرى أيهما أخذه فقال لا تأكل فانما سميت على كلبك و لم تسم على غيره (و على إباحته) أى إباحة الصيد (انعقد الإجماع) أى إجماع الأمة و هو من أقوى الحجج لقوله ﷺ (٤) إن امتى لا تجتمع على ضلالة (و لأنه) أى الصيد (نوع اكتساب و انتفاع بما هو مخلوق لذلك) أى لأجل الانتفاع لأن ما سوى الآدمى خلق لمصالح الآدمى (و فيه) أى فى الانتفاع بالشىء المخلوق للانتفاع (استبقاء المكلف و تمكنه

---

(١)و إذا حللتم الآية. المآئدة:٢. (٢)و حرم الآية. المآئدة:٩٦. (٣)أخرجه الأئمة الستةّ الخ. قلت أخرجه البخارىّ فى الذبائح و الصيد باب إذا وجد مع الصيد كلبا آخر ص٨٢٤ ج٢ و فى الوضوء باب إذا شرب الكلب فى الاناء ص٢٩ ج١ و فى البيوع باب تفسير المشبهات ص٢٧٦ ج١ و مسلمّ فى الصيد باب الصيد بالكلاب المعلمة و الرمى ص١٤٥ ج٢ و أبو داودّ فيه باب فى الصيد ص٣٧ ج٢ و الترمذىّ فيه باب فى من يرمى الصيد فيجده ميتا فى الماء ص١٧٨ ج١ و النسائىّ فيه (باب) إذا وجد مع كلبه كلبا غيره ص١٩٢ ج٢ و ابن ماجةّ فيه باب صيد الكلب ص٢٣٨. (٤)لقوله ﷺ الخ. قلت روى ابن ماجةّ فى الفتن باب السواد الاعظم ص٢٩١ عن انس بن مالك رضى الله تعالى عنه يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول إن امتى لا تجتمع على ضلالة فاذا رأيتم اختلافا فعليكم بالسواد الاعظم.

من إقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الإحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح و الثانى فى الاصطياد بالرمى.

فصل فى الجوارح

قال يجوز الاصطياد بالكلب المعلم و الفهد و البازى و سائر الجوارح المعلمة و فى الجامع الصغير و كل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطيور فلا بأس بصيده

من إقامة التكاليف) لأنه لو لم ينتفع بما فيه نفعه يهلك و لا يتمكن من إقامة التكاليف (فكان مباحا) أى إذا كان الأمر كذلك كان الاصطياد مباحا (بمنزلة الاحتطاب) و الاحتشاش فى كونه مباحا فان قلت كان ينبغى أن يكون واجبا لما فيه من التمكن من إقامة التكاليف قلت هو غير متعين لإقامتها فكان مباحا و لهذا قالوا يباح إذا كان مقصوده إقامة التكاليف و إن كان مقصوده التلهى يكره (ثم جملة ما يحويه الكتاب) أى ما يجمعه كتاب الصيد (فصلان أحدهما فى الصيد بالجوارح) و هو جمع جارحة و أراد بها ههنا الجوارح من الحيوان كالكلب و الفهد و البازى و الصقر و نحوها (و الثانى) أى الفصل الثانى (فى الاصطياد بالرمى) بالسهام و المعراض و نحوهما من الآلة التى تجرح نحو السيف و الرمح.

(فصل فى الجوارح)

أى هذا فصل فى بيان الجوارح و قدم فصلها على فصل الرمى لأن آلة الصيد هنا حيوان و فى الرمى جماد و للحيوان فضل على الجماد مع أن الحيوان ههنا متصف بالعلم فكان افضل من الرمى الذى لا صلاحية له فى العلم. (قال) أى القدورىؒ فى مختصره (يجوز الاصطياد بالكلب المعلم و الفهد و البازى (١) و سائر الجوارح المعلمة) أراد بسائر الجوارح المعلمة من الحيوان الذى له ناب نحو النمر و الثعلب و الضبع على ما يجيء و من الحيوان الذى له مخلب كالصقر و العقاب و الباشق و نحوها (و فى الجامع الصغير و كل شيء علمته من ذى ناب من السباع و ذى مخلب من الطيور فلا بأس بصيده) و إنما أورد رواية الجامع الصغير لأن رواية القدورى تدل على الاثبات لا غير و رواية الجامع تدل على الاثبات و النفى جميعا و أراد بذى ناب الذى يصيد بنابه و بذى مخلب الذى يصيد بمخلبه لا ما له ناب و مخلب فإن قلت لم ذكر كلمة لا بأس مع ثبوت

(١)البازى. و فى الصحاح: الباز لغة فى البازى الذى يصيد و الجمع أبواز و بيزان و جمع البازى بزاة اه فالأول أجوف و الثانى ناقص فظهر منه لحن قول بعض الفقهاء البازى بتشيد الياء و تخفيفها كذا فى غرر الأفكار أى حيث جوزوا فيه التشديد مع أنه لم يسمع شامية.

و لا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته و الأصل فيه قوله تعالى و ما علمتم من الجوارح مكلبين و الجوارح الكواسب في تأويل و المكلبين المسلطين

الاباحة بالكتاب قلت لأن قوله سبحانه و تعالى و ما (١) علمتم من الجوارح قدخص منه البعض كالخنزير و الذئب و نحو ذلك و النص إذا خص منه البعض يكون الباقى منه دون خبر الواحد فيكون ظنيا و عند البعض لا يبقى حجة فتتمكن فيه الشبهة فلهذا قال لا بأس (و لا خير) أى لا يجوز (فيما سوى ذلك) أى فيما سوى المعلم من ذى ناب و المعلم من ذى مخلب يعنى إذا أخذ كلب غير معلم صيدا فلا خير فيه و كذا البازى و غيره و قيل أراد ما لا ناب له و لا مخلب لأنه لا يجرح و إنما يقتل صدما و خنقا و الله سبحانه و تعالى شرط الجرح (إلا أن تدرك ذكاته) أى ذبحه فحينئذ يكون مضافا إلى ذبحه (و الأصل فيه) أى فى اشتراط كون الجارح من ذوات الناب و المخلب التى يصيد بها (قوله سبحانه و تعالى) لا إله إلا هو (و ما علمتم من الجوارح مكلبين) كلمة ما بمعنى الذى و هو عطف على الطيبات أى أحل لكم الطيبات و صيد ما علمتم فحذف المضاف و أقيم المضاف إليه مقامه و يجوز أن يكون ما شرطية و جزاءها فكلوا (و الجوارح الكواسب) من سباع البهائم و الطير كالكلب و الفهد و النمر و العقاب و الصقر و البازى و الشاهين سميت بذلك لأنها كواسب بنفسها يقال جرح و اجرح إذا كسب و منه قوله سبحانه و تعالى و يعلم (٢) ما جرحتم بالنهار أى كسبتم فى الأيام وقال سبحانه و تعالى أم (٣) حسب الذين اجترحوا السيئات أى اكتسبوها (فى تأويل) قيد به لأنها فى تأويل آخر هى التى تجرح من الجراحة (و المكلبين المسلطين) أى المسلطين الجوارح على الصيد و فى الكشاف (٤) المكلب مؤدب الجوارح و مضريها بالصيد لصاحبها و رائضها لذلك بما علم من الحيل و طرق التأديب و التثقيف و اشتقاقه من الكلب لأن التأديب أكثر ما يكون فى الكلاب فاشتق من لفظه لكثرته من جنسه أو لأن السبع يسمى كلبا و منه قوله ﷺ اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فأكله الأسد أو من الكلب الذى هو بمعنى الضراوة يقال هو كلب بكذا إذا كان ضاريا به فان قلت مكلبين منصوب بماذا قلت على الحال من علمتم فان قلت ما فائدة هذه الحال و قد استغنى عنها بعلمتم قلت فائدتها أن يكون من يعلم الجوارح نحريرا فى علمه مدربا فيه موصوفا بالتكليب و تعلمونهن حال ثانية أو استئناف و فيه فائدة جليلة و هى أن على كل آخذ علما لا يأخذه إلا من أقتل أهله علما و أنحرهم دراية و أغوصهم على لطائفه و حقائقه و إن احتاج إلى أن يضرب إليه أكباد الابل فكم من آخذ عن غيره متقن قد ضيع أيامه و عض

(١)و ما علمتم الآية. المآئدة: ٤. (٢)و يعلم الآية. الانعام: ٦٠. (٣)أم حسب الآية. الجاثية: ٢١. (٤)و فى الكشاف للزمخشرى تحت قوله تعالى و ما علمتم من الجوارح مكلبين الآية.

فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى رضى الله تعالى عنه و اسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه استثنى من ذلك الأسد و الدب لأنهما لا يعملان لغيرهما الأسد لعلو همته و الدب لخساسته و ألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته

عند لقاء النحارير أنامله و قوله تعالى مما علمكم الله أى من علم التكليب لأنه إلهام من الله تعالى و مكتسب بالعقل أو مما عرفكم أن تعلموه من اتباع الصيد بارسال صاحبه و انزجاره بزجره و انصرافه بدعائه و إمساك الصيد عليه و أن لا يأكل منه (فيتناول الكل بعمومه) أى إذا كان المعنى ما ذكرنا يتناول قوله سبحانه و تعالى و ما علمتم من الجوارح مكلبين كل ذى ناب جارح و كل ذى مخلب جارح بعموم اللفظ و فيه إشارة إلى نفى ما ذهب إليه ابن عمر رضى الله تعالى عنهما و مجاهد رحمه الله تعالى أنه لا يجوز الاصطياد إلا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين (دل عليه) أى على العموم (ما روينا من حديث عدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه) فانه قال فيه إذا أرسلت كلبك (و اسم (١) الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد) ألا ترى أن النبى ﷺ قال فى عتبة بن ابى لهب اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فسلط الله عليه الاسد فقتله و معنى هذا الاسم حقيقة موجود فى الكل فكان عاما بطريق الحقيقة (و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه استثنى من ذلك الاسد (٢) و الدب لأنهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته و الدب لخساسته) هذا يتعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه و فى الإيضاح و لا يجوز الاصطياد بالاسد و الدب و الخنزير و إن كان عموم الآية يتناولها لأن التعلم منها لا يتصور و إنما يستدل على التعليم بترك الأكل و من عادة الاسد و الدب أن يمسكا صيدهما فلا يأكلانه فى الحال حتى لو تصور التعلم منهما جاز و أما الخنزير فانه نجس العين و كان الانتفاع به محرما وعن (٣) أحمد و الحسن البصرى و النخعى و قتادة و إسحاق و أصحاب الظاهر رحمهم الله تعالى لا يؤكل ما صيد بالكلب الاسود إذا كان بهيما و البهيم الذى لا يخالط لونه لون سواه لأنه ﷺ قال هو شيطان و أمر بقتله و ما وجب قتله حرام اقتناؤه و تعليمه فلم يبح صيده كغير المعلم و لنا عموم الآية و الخبر و القياس على غيره من الكلاب (و ألحق بهما) أى بالاسد و الدب (بعضهم الحدأة لخساسته) و الحدأة بكسر الحاء و فتح الدال

(١)اسم الكلب الخ. و فى القاموس: الكلب كل سبع عقور و غلب على هذا النابح و الاسد اه ملخصا. (٢)الاسد و الدب كذا فى الكافى وذكر فى النهاية الذئب بدل الدب و كذا فى المحيط زيلعى وذكر فى الاختيار الثلاثة شامى. (٣)عن احمدؒ الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص١٢ ج١١ أقول و بقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى قال مالك و الشافعى رحمهما الله تعالى كما فى المغنى.

و الخنزير مستثنى لأنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لأن ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم و الحديث به و بالإرسال و لأنه إنما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله و يمسكه عليه. قال و تعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات و تعليم البازى أن يرجع و يجيب إذا دعوته و هو مأثور عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما

و الهمزة و جمعها حدأ على وزن فعل بكسر الفاء و فتح العين (و الخنزير مستثنى) أى من عموم الآية (لأنه نجس العين فلا يجوز الإنتفاع به) لقوله سبحانه و تعالى فانه رجس و الرجس النجس و الإنتفاع بالنجس حرام (ثم لا بد من التعليم لأن ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم) و هو قوله سبحانه و تعالى و ما علمتم من الجوارح (و الحديث) بالجر عطف على قوله النص أى و ما ذكرنا من الحديث و هو حديث عدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه ينطق (به) أى باشتراط التعليم (و بالارسال) أى و ينطق الحديث باشتراط الارسال أيضا لأن النبى ﷺ قال لعدى رضى الله تعالى عنه إذا أرسلت كلبك المعلم فذكر الإرسال و التعليم جميعا (و لأنه) أى و لأن الحيوان (إنما يصير آلة بالتعليم) أى آلة الاصطياد بتعليمه إياه (ليكون عاملا له) أى للصائد بما يريد من الصيد (فيترسل بارساله) بالنصب عطفا على ليكون (و يمسكه عليه) أى و يمسك الصيد على صاحبه لا لنفسه. (قال) أى القدورىؒ (و تعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث (١) مرات و تعليم البازى أن يرجع و يجيب إذا دعوته و هو مأثور) أى هذا القول منقول (عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما) و هو ما رواه محمدؒ فى كتاب (٢) الآثار و قال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال ما امسك عليك كلبك إن كان عالما فكل فان أكل فلا تأكل منه فانما أمسك على نفسه و أما الصقر و البازى فكل و إن أكل فان تعليمه إذا دعوته أن يجيئك و لا يستطيع ضربه حتى يدع الأكل قال محمد رحمه الله تعالى و به نأخذ و هو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى انتهى و فى صحيح (٣) البخارىؒ و قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما إن أكل الكلب فقد أفسده إنما امسك علىٰ نفسه و الله تعالى يقول تعلمونهن مما علمكم الله فيضرب و يعلم حتى يترك الأكل و روى (٤) ابن جرير الطبرىؒ فى تفسيره فى سورة المائدة

(١) ثلاث مرات أى متواليات و نقل ط عن الحموى أنه لا بد من ترك الأكل مع الجوع لا الشبع فتأمل و عم أكله من الجلد و العظم و الجناح و الظفر و غيرها كما فى قاضيخان و غيره قهستانى شامى. (٢) كتاب الآثار فى الحظر و الاباحة باب صيد الكلب ص١٩٨. (٣) صحيح البخارىؒ كتاب الذبائح و الصيد باب إذا أكل الكلب ص٨٢٤ ج٢. (٤) روى ابن جريرؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص٣١٤ ج٤.

و لأن بدن البازى لا يحتمل الضرب و بدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه و لأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة و البازى متوحش متنفر فكانت الإجابة آية تعليمه أما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه و هو الأكل و الاستلاب ثم شرط ترك الأكل ثلاثا و هذا عندهما

حدثنا أبو كريب حدثنا أسباط بن محمد حدثنا أبو اسحاق الشيبانى عن حماد عن ابراهيم عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال فى الطير إذا أرسلته فقتل فكل فان الكلب إذا ضربته لم يعد و إن تعلم الطير أن يرجع إلى صاحبه و ليس يضرب فاذا أكل من الصيد و نتف الريش فكل (و لأن بدن البازى لا يحتمل الضرب و بدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه) أى يترك الأكل و تعذر ترك الأكل فى البازى لأنه لا يحتمل الضرب حتى يترك فأقيم مقامه ما يدل عليه و هو الإجابة عند الدعى (و لأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة و البازى متوحش متنفر فكانت الاجابة) عند الدعوة (آية تعليمه أما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه و هو الأكل و الاستلاب) لأن حقيقة التعليم و الجهل فى الحيوان أمر مستبطن فأقيم تبدل العادة المألوفة مقام العلم و الجرى على العادة الأصلية مقام الجهل و ذلك فى الكلب بترك الأكل و الامساك على صاحبه لا بالألف و الاجابة لصاحبه داعيا و مرسلا لأن الكلب فى الأصل ألوف بحيث إذا دعى أجاب و البازى متنفر بطبعه فالاجابة علامة علمه لأنه خلاف طبعه و قيل و فيه نظر لأن هذا الفرق لا يتأتى فى الفهد و النمر فانه متوحش كالبازى ثم الحكم فيه و فى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول أجيب بأنه غير وارد لأنه إنما ذكره فرقا بين الكلب و البازى لا غير و ذلك صحيح و إذا أريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول ثم (١) ترك الأكل ليس بشرط فى الطير عند العامة و به قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و نص الشافعى رحمه الله تعالى أنه يشترط كالكلب فى تحريم ما أكل منه من صيده لأن مجالدا روى عن الشعبى عن عدى رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال فان أكل الكلب و البازى فلا تأكل و لنا إجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم على ما ذكرنا و قال أحمد رحمه الله تعالى روايات مجالد غير صحيحة (ثم شرط ترك الأكل ثلاثا) أى ثم شرط (٢) القدورىؒ ترك أكل الكلب ثلاث مرات (و هذا) أى هذا الشرط (عندهما) أى عند

---

(١)ثم ترك الأكل الخ. نحوه فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص ١١ ج ١١. (٢)شرط القدورىؒ الخ. و فى الشامية: و مشى فى الكنز و النقاية و الاصطلاح و مختصر القدورى على اعتبار التقدير بالثلاث و ظاهر الملتقى ترجيح عدمه.

و هو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأن فيما دونه مزيد الإحتمال فلعله ترك مرة أو مرتين شبعا فإذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة له و هذا لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار و إبلاء الأعذار كما فى مدة الخيار و فى بعض قصص الأخيار و لأن الكثير هو الذى يقع أمارة على العلم دون القليل و الجمع هو الكثير و أدناه الثلاث فقدر بها و عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى على ما ذكر فى الأصل لا يثبت التعليم مالم يغلب على ظن الصائد أنه معلم و لا يقدر بالثلاث لأن المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا و سماعا

أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و هو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى) أى قولهما رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى (لأن فيما دونه) أى فيما دون ثلاث مرات (مزيد الاحتمال) أى زيادة الاحتمال و بين ذلك بقوله (فلعله تركه مرة أو مرتين شبعا) أى فلعل الكلب ترك الأكل مرة أو مرتين لأجل الشبع فلا يدل على تركه علما (فاذا تركه ثلاثا) أى فاذا ترك الكلب الأكل ثلاث مرات (دل على أنه) أى ترك الأكل (صار عادة له) أى للكلب (و هذا) يعنى دلالة الثلاث على كونه عادة له (لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار) أى الامتحان (و إبلاء الأعذار كما فى مدة الخيار) لأنها ثلاثة أيام (و فى بعض قصص الأخيار) أراد به موسى و الخضر عليهما الصلاة و السلام حيث قال موسى عليه السلام للخضر عليه السلام فى المرة الثالثة إن (١) سألتك عن شيء بعدها فلا تصاحبنى و أمثال ذلك كثيرة قال سبحانه و تعالى تمتعوا (٢) فى داركم ثلاثة أيام و قال سبحانه و تعالى فى قصة زكريا عليه السلام ألا تكلم (٣) الناس ثلاثة أيام و روى (٤) أبو داودؒ باسناده إلى النبى ﷺ قال إذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع و روى القدورىؒ فى شرحه عن عمر رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ أنه قال من اتجر فى شيء ثلاث مرات فلم يربح فليشغل إلى غيره و تقدير مدة المسافر و إمهال المرتد و مدة أقل الحيض و نحو ذلك (و لأن الكثير هو الذى يقع أمارة) أى علامة (على التعليم) و فى بعض النسخ على العلم (دون القليل) أى لا يقع القليل علامة على ذلك (و الجمع هو الكثير و أدناه الثلاث) يعنى أدنى الجمع هو الثلاث لأن ما فوقه من أفراد الجمع ليس بعضه أولى من بعض (فقدر بها) أى بالثلاث لأنه متيقن (و عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى على ما ذكر فى الأصل) أى المبسوط (لا يثبت التعليم مالم يغلب على ظن الصائد أنه معلم و لا يقدر بالثلاث لأن المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا و سماعا) أى بل تعرف من حيث النص

(١) إن سألتك الآية. الكهف: ٧٦. (٢) تمتعوا الآية. هود: ٦٥. (٣) ألا تكلم الآية. ال عمران: ٤١. (٤) روى أبو داودؒ فى الأدب باب كم مرة يسلم الرجل فى الاستيذان ص ٣٥٧ ج ٢.

و لا سمع فيفوض إلى رأى المبتلى به كما هو أصله فى جنسها و على الرواية الأولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا و عندهما لا يحل لأنه إنما يصير معلما بعد تمام الثلاث و قيل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل و صار كالتصرف المباشر فى سكوت المولى و له أنه آية تعليمه عنده

من الشارع و من حيث السماع منه (و لا سماع) أى و لا سماع موجود ههنا و فى بعض النسخ و لا سمع (فيفوض إلى رأى المبتلى به) أى إذا كان ذلك فيفوض أمر التعليم إلى رأى الصياد لأنه هوالذى ابتلى به (كما هو أصله فى جنسها) أى كما هو أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى جنس المقادير نحو حبس الغريم وحد التقادم و تقدير ما غلب فى نزح ماء البئر المعينة و لم يقدر (١) أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى عدد المرات لأن التقدير بالتوقيف و لا توقيف فى هذا بل قدروه بما يصير به معلما فى العرف و به قال أحمد رحمه الله تعالى إلا أنه قال أقل ذلك ثلاث و قال بعض أصحاب أحمد رحمهم الله تعالى لا يشترط التكرار فى المعلم لأنه تعلم صنعة فلا يعتبر فيه التكرار كسائر الصنائع و لنا أن ترك الأكل ثلاث مرات دليل علمه و حكى عن مالك و ربيعة رحمهما الله تعالى أنه لا يعتبر ترك الأكل (و على الرواية الأولى) و هى التى قدرت بالثلاث و هى رواية القدورى (عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (يحل ما اصطاده ثالثا) يعنى إذا أخذ صيدا فلم يأكل ثم أخذ ثانيا فلم يأكل ثم أخذ ثالثا فلم يأكل يحل أكل الثالث عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (و عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يحل (٢)) أى أكل الثالث و يحل أكل ما بعده و قال فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يأكل أول ما يصيد و لا الثانى ثم يحل الثالث و ما بعده و هو رواية محمد بن شجاعٍ عن الحسنؒ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى (لأنه إنما يصير معلما بعد تمام الثلاث) أى لأن الكلب إنما يصير معلما بعد تمام ثلاث مرات عن ترك الأكل (و قيل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل) لأنه إنما حكم بتعليمه عند ترك الأكل من الثلاث و ما صاده قبل الثلاث ليس بصيد كلب معلم (و صار كالتصرف المباشر فى سكوت المولى) يعنى إذا رأى المولى العبد يتصرف فسكت يكون إذنا له فيما بعد و التصرف الذى يباشره غير صحيح بالاتفاق (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أنه آية تعليمه عنده) أى أن ترك الأكل علامة تعليمه عند الثالث لأنه إنما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين إمساكه الثالث على

---

(١) و لم يقدر أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص٦ ج١١. (٢) لا يحل. و فى الشامية: و عندهما فى حل الثالث روايتان قال فى الخلاصة و البزازية و الأصح الحل اه.

فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لأن الإذن إعلام لا يتحقق دون علم العبد و ذلك بعد المباشرة. قال و إذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه و ذكر اسم الله تعالى عند إرساله فأخذ الصيد و جرحه فمات حل أكله لما روينا من حديث عدى رضى الله تعالى عنه و لأن الكلب أو البازى آلة و الذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالإستعمال و ذلك فيهما بالإرسال

صاحبه فاذا حكمنا بأنه أمسكه على صاحبه و قد أخذه بعد إرسال صاحبه فيحل (فكان هذا صيد جارحة معلمة) فيحل أكله (بخلاف تلك المسألة) أراد بها مسألة ما إذا رأى المولى العبد يتصرف فسكت (لأن الإذن إعلام) بفك الحجر (و لا يتحقق دون علم العبد و ذلك بعد المباشرة) أى علم العبد لا يكون إلا بعد المباشرة و ما باشره قبل العلم يكون تصرف محجور فلا (١) ينفذ. (قال) أى القدورىؒ فى مختصره (و إذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه و ذكر اسم الله سبحانه و تعالى عند إرساله فأخذ الصيد و جرحه فمات حل أكله لما روينا من حديث عدى رضى الله تعالى عنه) حيث قال فيه إذا أرسلت كلبك المعلم و ذكرت اسم الله عليه فكل وقد ذكر شرط الإرسال و التسمية جميعا (و لأن الكلب أو البازى آلة و الذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالاستعمال) أى باستعمالها للذبح و لهذا قالوا لو انقلب الصيد أو الشاة على سكين و أصاب مذبحها لا يحل لأن الاستعمال لم يوجد (و ذلك فيهما بالإرسال) أى الاستعمال يكون فى الكلب و البازى بارسالهما فلا بد من الإرسال و به (٢) قالت الثلاثة و اكثر اهل العلم رحمهم الله تعالى و عن عطاء و الاوزاعى رحمهما الله تعالى يؤكل إذا أخرجه للصيد لأن الإخراج له كالإرسال و قال اسحاق رحمه الله تعالى إذا سمى عند انفلاته أبيح صيده و لو استرسل بنفسه فسمى صاحبه و زجره فزاد فى عدوه أبيح صيده و به قال احمد رحمه الله تعالى و قال (٣) الشافعي رحمه الله تعالى في أقوى الوجهين لا يباح و عن

---

(١)فلا ينفذ. (تنبيه) لم يذكر البازى بكم إجابة يصير معلما فينبغى أن يكون على الاختلاف الذى ذكر فى الكلب و لو قيل يصير معلما باجابة واحدة كان له وجه لأن الخوف ينفره بخلاف الكلب زيلعى قلت و فى التاترخانية و الذخيرة وغيرهما إذا فر البازى من صاحبه فدعاه فلم يجبه حتى حكم بكونه جاهلا إذا أجاب صاحبه ثلاث مرات بعد ذلك على الولاء يحكم بتعلمه عندهما و قال قبله عن المحيط و أما البازى و ما بمعناه فترك الأكل فى حقه ليس علامة تعلمه بل أن يجيب صاحبه إذا دعاه حتى إذا أكل من الصيد يؤكل صيده قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى هذا إذا أجاب عند الدعوة لألفه به من غير أن يطمع فى اللحم أما إذا كان لا يجيب إلا لطعم فى اللحم لا يكون معلما اهـ و مثله فى الظهيرية كذا فى الشامية. (٢)و به قالت الثلاثةؒ الخ. كذا فى المغنى ص٥ ج١١. (٣)قال الشافعى رحمه الله تعالى الخ. كذا فى شرح الوجيز ص٢٦ ج١٢.

فنزل منزلة الرمي و إمرار السكين فلا بد من التسمية عنده و لو تركه ناسيا حل أيضا على ما بيناه و حرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح و لا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الإضطرارى و هو الجرح في أيّ موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة إليه بالإستعمال

مالك رحمه الله تعالى كالمذهبين قلت زجره اثر في عدوه فصار كأنه أرسله و كذا لو أرسله ثم سمى و زجره فزاد في عدوه يباح صيده و به قال احمد رحمه الله تعالى (فنزل منزلة الرمي و إمرار السكين) أى نزل ترك الإرسال منزلة رمى الطير بالسهم و إمرار السكين على حلق الشاة فكذلك يشترط التسمية عند الإرسال و هو معنى قوله (فلا بد من التسمية عنده) أى عند الإرسال (و لو تركه ناسيا حل ايضا) أى و لو ترك ذكر التسمية حال كونه ناسيا حل كما في وجود التسمية (على ما بيناه) أى على ما بينا أن ترك التسمية ناسيا لا يضر (و حرمة متروك التسمية عامدا) بنصب حرمة عطفا على الضمير المنصوب في بيناه أى و على ما بينا حرمة متروك التسمية حال كونه عامدا (في الذبائح) يرجع إلى الاثنين (و لا بد من الجرح) أى جرح الكلب أو البازى الصيد (في ظاهر الرواية) أشار به إلى رواية الزيادات حيث اشترط الجرح فانه قال لو قتل الكلب أو البازى الصيد من غير جرح لا يحل و أشار في الأصل إلى أنه يحل بدون الجرح كما روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و هو قول عن الشافعي رحمه الله تعالى و في قول آخر لا يحل كما في ظاهر الرواية و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و في الذخيرة الفتوى (١) على ظاهر الرواية قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى قال الشافعي رحمه الله تعالى في القديم يؤكل و إن قتل صيدا بلا جرح و الجرح ليس بشرط للاباحة و قد روى الحسن بن زياد رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى في رواية الأصول مثل قول الشافعي رحمه الله تعالى في القديم (لتحقق الذكاة الاضطرارى و هو الجرح في أيّ موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة إليه بالاستعمال) تقريره أن الذكاة لا بد منه إما حقيقة أو حكما و ههنا يتعذر الذكاة الحقيقية فتقوم مكانها الذكاة الاضطرارية فالذكاة الاضطرارية هي أن يوجد الجرح في أيّ موضع كان من

(١) الفتوى على ظاهر الرواية. أقول و هو ظاهر إطلاق ما في المتون فما في القهستانى عن النظم من أن البازى و الصقر لو قتلاه خنقا حل بالاتفاق مشكل و ما في الخانية من قوله و البازى إذا قتل الصيد حل و إن لم يجرح اه قال بعضهم هو على خلاف ظاهر الرواية كذا في الشامية.

و فى ظاهر قوله تعالى و ما علمتم من الجوارح ما يشير إلى اشتراط الجرح إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة فى تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه و مخلبه و لا تنافى و فيه أخذ باليقين

بدن الصيد بانتساب ما وجد من الآلة و هو الجرح إلى الصائد باستعماله إياه يعنى يكون الاستعمال مضافا إلى الصائد باعتبار الإرسال و صار الإرسال كالذكاة فلهذا اشترط التسمية و أهلية المرسل عند ذلك فلا بد من الجرح ليكون ذكاة (و فى ظاهر قوله سبحانه و تعالى و ما علمتم من الجوارح ما يشير إلى اشتراط الجرح) قوله ما يشير مبتدأ مؤخر و قوله و فى ظاهر الخ خبر مقدم (إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة فى تأويل) يعنى قوله تعالى من الجوارح مشتق من الجرح الذى بمعنى الجراحة لا بمعنى الجرح الذى بمعنى الكسب على أحد التأويلين و قد ذكر أحدهما و هو الجرح بمعنى الكسب فيما مضى و الآخر هذا (فيحمل على الجارح الكاسب) أى إذا كان كذلك فيحمل الجارح الذى دل عليه قوله سبحانه و تعالى من الجوارح على الجارح من الجرح بمعنى الجراحة و الكاسب (بنابه و مخلبه) يتعلق باللفظين أعنى الجارح و الكاسب أى الجارح بنابه فى السباع و مخلبه فى الطيور و الكاسب ايضا بنابه و مخلبه (و لا تنافى) أى و لا منافاة بين الجرح و الكسب فيحمل عليهما يعنى (١) يجمع فى معنى الآية بين التأويلين لعدم التنافى بينهما و ذلك لأن النص إذا ورد فيه اختلاف المعانى فان كان بينهما تناف يحمل على أحدهما بدليل يوجب الترجيح و إن لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذا بالمتيقن و هو معنى قوله (و فيه أخذ باليقين) أى فى الجمع بين المعنيين غير المتنافيين أخذ باليقين كما فى قوله سبحانه و تعالى و لا يحل (٢) لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن قيل أريد به الحبل و قيل الحيض و الصحيح أنهما مرادان لأنه لا تنافى ههنا و فيه (٣) نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركا بين الكسب و الجرح الذى تحصل به الجراحة أو يكون حقيقة فى أحدهما مجازا فى الآخر و المشترك لا عموم له و الجمع بين الحقيقة و المجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله سبحانه و تعالى ما خلق الله فى أرحامهن فإنه لفظ

(١) يعنى يجمع الخ. كذا فى العناية و فى الأفكار: و كان حق التفسير أن يقال يعنى يجمع فى الاعتبار و العمل بين التاويلين اه. (٢) و لا يحل الآية. البقرة: ٢٢٨. (٣) و فيه نظر الخ. كذا فى العناية قال قاضى زادهؒ فى الأفكار: يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنفؒ من قوله يحمل على الجارح الكاسب بنابه و مخلبه أنه يجمع فى الاعتبار و العمل بين كلا محتملى النص المذكور من التاويلين لعدم التنافى بينهما و فيه أخذ بالمتيقن إذ يوجد فى المجموع كل واحد منهما فاىّ منهما يراد فى النظم الشريف كان ماخوذا فى الاعتبار و العمل و ليس مراده أن كلا التاويلين يرادان معا بلفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك فى الاثبات أو الجمع بين الحقيقة و المجاز اه.

و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يشترط رجوعا إلى التأويل الأول و جوابه ما قلنا. قال فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل و إن أكل منه البازى أكل و الفرق ما بيناه فى دلالة التعليم و هو مؤيد بما رويناه من حديث عدى رضى الله تعالى عنه و هو حجة على مالك رحمه الله تعالى و على الشافعى رحمه الله تعالى فى قوله القديم فى إباحة ما أكل الكلب منه و لو أنه صاد صيودا و لم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد

عام يتناول الجميع بالتواطؤ و قال الكاكىؒ لا يلزم ذلك بل الجوارح أخص من الكواسب فليتأمل ذلك (و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يشترط) أى الجرح (رجوعا إلى التأويل الأول) و هو أن المراد من الجوارح الكواسب فيحل صيده بأىّ وجه كان لعموم النص (و جوابه ما قلنا) أى جواب قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ما قلناه أشار به إلى قوله فيحمل على الجارح الكاسب إلى آخره. (قال) أى القدورىؒ فى مختصره (فان أكل منه) أى من الصيد (الكلب أو الفهد لم يؤكل) أى الصيد (و إن أكل منه البازى أكل) أى الصيد (و الفرق) بين المسألتين (ما بيناه فى دلالة التعليم) يعنى أن التعليم شرط فيما يصاد به من الجوارح و هو فى الكلب بترك الأكل و فى البازى بالإجابة و قد مر بيانه مستوفى (و هو (١)) أى الفرق (مؤيد بما روينا من حديث عدى رضى الله تعالى عنه) لأنه ﷺ قال فيه و إن أكل منه فلا تأكل (و هو) أى حديث عدى رضى الله تعالى عنه (حجة على مالك رحمه الله تعالى و على الشافعى رحمه الله تعالى فى قوله القديم فى إباحة ما أكل الكلب منه) و هو قول ربيعة رحمه الله تعالى ايضا واحتجوا بحديث أبى ثعلبة الخشى رضى الله تعالى عنه قال قال النبى ﷺ فى صيد الكلب إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله تعالى فكل و إن أكل منه رواه (٢) أبو داود رحمه الله تعالى قلنا حديث عدى رضى الله تعالى عنه أولى بالتقديم لأنه متفق عليه و لأنه (٣) متضمن للزيادة و هو ذكر الحكم معللا (و لو أنه صاد صيودا و لم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) ذكرها تفريعا على مسألة القدورى و هى من مسائل

(١) و هو أى الفرق الخ. قلت الضمير راجع إلى مضمون قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يوكل و لا شك أنه مؤيد بحديث عدى رضى الله تعالى عنه فانه ﷺ قال فيه "و إن أكل منه فلا تأكل" كما قد مر و كان الأولى على المصنفؒ أن يذكر هذا الكلام عقيب قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل لكن الأمر هين بعد وضوح المقصود و لا يمكن إرجاع الضمير إلى الفرق فانه لا يستفاد من حديث عدى رضى الله تعالى عنه أصلا كما لا يخفى لكنوية. (٢) رواه أبو داودؒ فى الصيد باب فى الصيد ص٣٨ ج٢. (٣) و لأنه الخ. أقول و لأن حديث عدى رضى الله تعالى عنه محرم و حديث أبى ثعلبة رضى الله تعالى عنه مبيح و المحرم راجح على المبيح.

لأنه علامة الجهل و لا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء و أما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية و ما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق و ما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لأن الحرفة قد تنسى و لأن فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لأن المقصود قد حصل بالأول بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا

الأصل أي و لو أن الكلب صاد صيودا و لم يأكل منها شيئا ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد الذي أكل منه الكلب (لأنه علامة الجهل) أي لأن أكل الكلب من الصيد علامة جهله و صيد الكلب الجاهل لا يؤكل (و لا ما يصيده بعده) أي و لا يؤكل ايضا ما يصيده هذا الكلب من صيد بعد ذلك (حتى يصير معلما على اختلاف الروايات) فعنده بالاجتهاد و عندهما يترك الأكل ثلاثا (كما بيناها في الابتداء) أراد به ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ (و أما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها) أي من الصيود (لا تظهر الحرمة فيه لإنعدام المحلية) لأن الحكم بالحرمة لا يتصور إلا في محل قائم و قد فات المحل بالأكل (و ما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد) يعني لم يأخذه الصياد (تثبت الحرمة فيه بالإتفاق و ما هو محرز في بيته يحرم عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (خلافا لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هما) أي أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لأن الحرفة قد تنسى) كما في بني آدم فلم يجز تحريم ما تقدم بالشك (و لأن فيما أحرزه) الصائد (قد امضي الحكم) و هو الحل (فيه) أي في الصيد المحرز (بالاجتهاد) لأن علم الكلب يثبت بالاجتهاد (فلا ينقض باجتهاد مثله) كالقاضي إذا قضى في حادثة بالاجتهاد ثم حدث له اجتهاد آخر في المستقبل فإنه يعمل في المستقبل بالحادث و لا ينقض الماضي (لأن المقصود قد حصل بالأول) أي بالاجتهاد الأول (بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الإحراز) تقريره أن الإباحة غير محكوم بها بعد من كل وجه لأنا إنما نحكم بها إذا خرج الصيد من الصيدية من كل وجه و شيء من معناها باق فيه و هو أنه في المفازة بعد (فحرمناه احتياطا) أي إذا كان كذلك فحرمناه بطريق الاحتياط فإن قلت الصيد اسم

و له أنه آية جهله من الابتداء لأن الحرفة لا ينسى أصلها فإذا أكل تبين أنه كان تركه الأكل للشبع لا للعلم و تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأنه بالأكل

للمتوحش المتنفر و لم يبق من هذا المعنى شيء قلت بقي ما يلازمه و هو عدم الإحراز على أنا نقول التنفر و التوحش ليس بلازم للصيد فإن البيض صيد باعتبار مآله مع انعدام هذا المعنى فيه فلأن يكون هذا صيدا باعتبار ما كان بالطريق الأولى (و له) أى لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أنه آية جهله) أى أن أكل الكلب من الصيد علامة جهله (من الابتداء) أشار بهذا إلى أنه يحكم بجهله عنده مستندا و عندهما مقتصرا و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأن الحرفة لا ينسى أصلها) هذا جواب عن نكتة يحتجان بها و هى أن الأكل فى الحال لا يدل على كونه جاهلا فى الماضى لجواز أنه كان عالما إلا أنه جهل و الحرفة قد تنسى فأجاب بأنه لو كان عالما لما جهل إذ أصل الحرفة لا ينسى و إنما تنسى دقائقها بالترك كالخياطة و نحوها فى الآدمى و به يتبين أن تركه الأكل كان للشبع لا للعلم و هو معنى قوله (فإذا أكل تبين أنه كان تركه الأكل للشبع لا للعلم) أى لأجل الشبع لا لكونه عالما و من (١) أصحابنا من حمل هذا الخلاف على أن الأكل كان مقارنا لزمان التعليم لأنه إذا كان كذلك دل على فقد التعليم لأن المدة القصيرة لا يتحقق فيها النسيان و إنما ترك الأكل فيما تقدم للشبع و أما إذا طالت المدة فيجوز أن يكون أكل للنسيان فلا يستدل بذلك على فقد التعليم فى الأصل و قال القدورى فى مختصره و ظاهر الرواية يقتضى أنه لا يؤكل بكل حال و ذلك لأن الاصطياد ليس بعلم مكتسب و إنما هو من الضرورات و مثل ذلك لا ينسى و إنما يضعف بالترك كالخياطة و الرمى فإذا أكل الكلب علم أنه لم يكن معلما فى الأصل (و تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود) هذا جواب عما قالا و لأن فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالإجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله و تحقيقه أن حكم الاباحة فى المحرز إنما يثبت عند الأكل لأنها مبنية على كون الكلب معلما و ذلك ثابت بالاجتهاد على ما قالا فكان وهما و احتمالا و الموهوم يعتبر عند الضرورة و ذلك عند الأكل فلم تكن الاباحة ثابتة قبله فلو اعتبر هذا الاجتهاد لا يؤدى إلى نقض حكم أمضى بالاجتهاد و باجتهاد مثله بل يؤدى إلى المنع فصار كظهور اجتهاد آخر للقاضى قبل القضاء (لأنه بالأكل) أى

(١) و من أصحابنا الخ. و فى التبيين: قال بعض المشايخ إنما تحرم تلك الصيود عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان العهد قريبا أما إذا تطاول العهد بأن أتى عليه شهر أو اكثر و صاحبه قد قدد تلك الصيود لا تحرم تلك الصيود فى قولهم جميعا لأن فى المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يعلم أنه لم يكن معلما فى الماضى من الزمان و فى المدة القصيرة لا يتحقق النسيان فيظهر أنه لم يكن معلما حين اصطياد تلك الصيود فتحرم تلك الصيود و قال شمس الأئمة السرخسى الصحيح أن الخلاف فى الفصلين يعنى طالت المدة أو قصرت.

فصار كتبدل اجتهاد القاضى قبل القضاء و لو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لأنه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد و لو شرب الكلب من دم الصيد و لم يأكل منه أكل لأنه ممسك للصيد عليه و هذا من غاية علمه حيث شرب مالا يصلح لصاحبه و أمسك عليه ما يصلح له و لو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة و ألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي لأنه لم يبق صيدا

لأن المقصود إنما يحصل بالأكل و لم يوجد (فصار كتبدل اجتهاد القاضى قبل القضاء) أى قبل الحكم بالاجتهاد الاول و ما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى أقرب إلى الاحتياط و عليه مبنى الحل و الحرمة و لم يذكر ما إذا باع شيئا من صيوده المقدرة و الحكم فيه كالذى فيه الخلاف إذا تصادق البائع و المشترى على جهالة الكلب (و لو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده) ذكرها تفريعا و هى من مسائل الأصل ثم معنى المسألة أنه رجع إلى صاحبه فأرسله ثم صاد لا يؤكل صيده أما ما صاده قبل الرجوع إلى صاحبه فلا شك أنه لا يؤكل لعدم الارسال و قال تاج الشريعةؒ دعاه فلم يجبه فمكث حينا أى زمانا و سميت الغيبة فيه فرارا و قال الحاكم الشهيدؒ فى الكافى و إذا أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه و قتله قال لا بأس بأكله و قال فى شرح الكافى لأن هذا من غاية علمه أن ينهز الفرصة حتى يمكنه الاصطياد فصار فلا يعد ذلك فاصلا أى قاطعا للارسال فصل الولوالجىؒ فى فتاواه فى الجواب فقال و إن مكث طويلا للاستراحة حتما انقطع فور الارسال لا يؤكل و إن مكث قليلا مثل ساعة للكمين يؤكل لأن بهذا القدر ينقطع فور الارسال (لأنه ترك ما صار به عالما) و هو إجابته إلى صاحبه (فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد) يحكم بجهله (و لو شرب الكلب من دم الصيد و لم يأكل منه) أى من الصيد (أكل (١)) أى ذلك الصيد (لأنه) أى الكلب (ممسك للصيد عليه) أى على صاحبه و فيه خلاف لبعض الناس كذا قال الاترازىؒ قلت قال (٢) الشعبى و الثورى رحمهما الله تعالى إنه يكره أكله لأنه فى معنى الأكل منه (و هذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه و أمسك عليه ما يصلح له) فلا يجوز أن يجعل هذا علامة جهله (و لو أخذ الصيد من المعلم) أى و لو أخذ صاحب الكلب الصيد من الكلب المعلم (ثم قطع منه قطعة و ألقاها إليه فأكلها) أى فأكل الكلب تلك القطعة (يؤكل ما بقي لأنه لم يبق صيدا) أى لأن القطعة على تاويل

(١)أكل. أقول و به قال عطاء و الشافعى و احمد و اسحاق و أبو ثور رحمهم الله تعالى كما فى المغنى لابن قدامةؒ ص٩ ج١١ . (٢)قال الشعبىؒ الخ. كذا فى المغنى.

فصار كما إذا ألقى إليه طعاما غيره و كذا إذا وثب الكلب فأخذه منه و أكل منه لأنه ما أكل من الصيد و الشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاته بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية و لو نهس الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله و لم يأكل منه لم يؤكل لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد و لو ألقى ما نهسه و اتبع الصيد فقتله و لم يأكل منه و أخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فإذا أكل ما بان منه و هو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الأول لأنه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه

المقطوع لم يبق صيدا (فصار كما ألقى إليه طعاما غيره) أى غير الصيد أى أكل من غير الصيد (و كذا) أى يؤكل (إذا وثب الكلب فأخذه منه) أى فأخذ الصيد من يد صاحبه (و أكل منه) أى من الصيد (لأنه ما أكل من الصيد) لأن الصيد اسم لمتوحش غير محرز و قد زال التوحش بالقتل و زال عدم احرازه بالإحراز فالتحق بسائر الأطعمة و تناوله من سائر الأطعمة لا يدل على جهله فههنا كذلك (و الشرط ترك الأكل من الصيد) و قد وجد (فصار كما إذا افترس شاته) أى فصار حكم هذا كما إذا افترس الكلب شاة صاحبه حيث لا يحكم بجهله فكذا هذا (بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية) لأنه لما أكل قبل الإحراز صار كأنه أكل حالة الاصطياد فلا يؤكل (و لو نهس (١) الصيد) أى عضه بأن قبض على لحمه و مده بالفم و هو بالسين المهملة و أما نهشته الحية فبالشين المعجمة (فقطع منه بضعة) أى قطعة و هى بفتح الباء الموحدة (فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله و لم يأكل منه لم يؤكل لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد) لأنه لما نهش منه قطعة و أكلها علم أنه غير معلم و ترك الأكل مما بقى لشبعه (و لو ألقى ما نهسه و اتبع الصيد فقتله و لم يأكل منه و أخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد) لأن هذا من غاية علمه حيث لم يأكل وقت العمل لصاحبه و قد أكل بعد الفراغ منه (لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة) و هى بعد إحراز صاحبه و أخذه (لم يضره فإذا أكل ما بان منه و هو لا يحل لصاحبه) أى فإذا أكل ما فصل من الصيد و الحال أنه لا يحل لصاحبه لأن ما أبين من الحى فهو ميت (أولى) بأن لا يضره (بخلاف الوجه الأول) و هو ما إذا أكل البضعة حين قطعها (لأنه أكل في حالة الإصطياد فكان) أى الكلب (جاهلا ممسكا لنفسه) و صيد الجاهل لا يؤكل

(١) نهس الصيد الخ. كذا في المغرب.

و لأن نهس البضعة قد يكون ليأكلها و قد يكون حيلة فى الإصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول و بعده على الوجه الثانى فلا يدل على جهله. قال و إن أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه و إن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل و كذا البازى و السهم لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل إذ المقصود هو الإباحة و لم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل و هذا إذا تمكن من ذبحه أما إذا وقع فى يده و لم يتمكن من ذبحه و فيه من الحياة فوق ما يكون فى المذبوح لم يؤكل فى ظاهر الرواية و عن أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى

(و لأن نهس البضعة قد يكون ليأكلها) هذا إشارة إلى فرق آخر بين المسألتين أى يجوز أن يكون نهسه البضعة لأجل الأكل (و قد يكون حيلة فى الاصطياد ليضعف) أى الصيد عن الهرب و النجاة (بقطع القطعة منه) أى من الصيد (فيدركه) عطف على قوله ليضعف أى فيدرك الصيد بسبب الاثخان (فالأكل قبل الأخذ) أى قبل أخذ المالك الصيد (يدل على الوجه الأول) و هو أنه نهس الصيد و قطع بضعة منه ليأكلها فدل على جهل الكلب (و بعده على الوجه الثانى) أى الأكل بعد أخذ المالك الصيد يدل على الوجه الثانى و هو أنه نهس الصيد و قطع بضعة منه حيلة فى الاصطياد ليضعف الصيد فكان ذلك من غاية حذاقته (فلا يدل على جهله) فيؤكل. (قال) أى القدورىؒ (و إن أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه و إن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل) أى لو أدرك مرسل الكلب الصيد حال كونه حيا وجب عليه ذبحه لقدرته على الذكاة الاختيارية حتى لو لم يذبح و مات الصيد لم يحل (و كذا البازى و السهم) أى و كذا الحكم فى التفصيل لو أدرك مرسل البازى الصيد حيا فذبحه حل و إن لم يذبح حتى مات لا يحل و كذا لو رماه بسهم فأدركه حيا (لأنه قدر على الأصل) و هو الذكاة الاختيارية (قبل حصول المقصود بالبدل) و هو الذكاة الاضطرارية (إذ المقصود هو الإباحة) أى إباحة الأكل (و لم تثبت قبل موته) أى موت الصيد (فبطل حكم البدل) كالمتيمم إذا رأى الماء قبل الشروع فى الصلاة (و هذا) أى هذا الذى قلنا من عدم الأكل (إذا تمكن من ذبحه) و لم يذبحه (أما إذا وقع) أى الصيد (فى يده) أى يد المرسل (و لم يتمكن من ذبحه) أى و الحال أن المرسل لم يقدر على ذبح الصيد بأن لم يتمكن من آلة الذبح (و فيه) أى و الحال أن فى الصيد (من الحياة فوق ما يكون فى المذبوح) أى فى الحيوان المذبوح (لم يؤكل) أى الصيد (فى ظاهر الرواية و عن أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى) فى

أنه يحل و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى لأنه لم يقدر على الأصل فصار كما إذا رأى الماء و لم يقدر على الاستعمال و وجه الظاهر أنه قدر اعتبارا لأنه ثبت يده على المذبح و هو قائم مقام التمكن من الذبح إذ لا يمكن إعتباره لأنه لا بد له من مدة و الناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة و الهداية في أمر الذبح فأدير الحكم على ما ذكرناه بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لأنه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع في الماء و هو بهذه الحالة لم يحرم كما إذا وقع و هو ميت و الميت ليس بمذبح و فصل بعضهم فيه تفصيلا و هو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل

غير رواية الأصول (أنه يحل و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى) و قول (١) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى أيضا (لأنه لم يقدر على الأصل) و هو الذكاة الاختيارية (فصار كما إذا رأى الماء و لم يقدر على الاستعمال) أي صار هذا نظير المتيمم إذا رأى الماء و لم يقدر على استعماله لحيال سبع و نحوه فإنه لا يبطل تيممه لأنه لم يقدر على الأصل (و وجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (أنه قدر اعتبارا) يعني أنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل من حيث الاعتبار و الحكم و إن لم يقدر من حيث الحقيقة (لأنه ثبت يده على المذبح) يعني وقع الصيد في يده حيا فثبت يده على محل للذبح (و هو) أي ثبوت يده على المذبح (قائم مقام التمكن من الذبح إذ لا يمكن اعتباره) أي لا يمكن اعتبار التمكن من الذبح (لأنه لا بد له من مدة) أي لأن الذابح لا بد له من تقدير مدة يتمكن فيها (و الناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة و الهداية في أمر الذبح) فمنهم من يتمكن في ساعة لطيفة و منهم من لا يتمكن إلا بأكثر من ساعة و ما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه (فأدير الحكم على ما ذكرناه) يعني من ثبوت اليد على المذبح كما أقيم السفر مقام المشقة فدار الحكم وجدت المشقة أو لا (بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح) فانه يحل و إن لم يذك حتى مات (لأنه ميت حكما) فلم يبق محلا للذبح (ألا ترى أنه لو وقع) أي الصيد (في الماء و هو بهذه الحالة) يعني و الحال أن في الصيد حياة مثل ما بقي في المذبوح (لم يحرم كما إذا وقع و هو ميت) أي و الحال أنه ميت حقيقة (و الميت ليس بمذبح) أي ليس بمحل للذبح فلا يحرم (و فصل بعضهم) أي بعض المشايخ (فيه) أي في الحكم المذكور (تفصيلا و هو أنه إذا لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل

(١) قول مالك و احمد رحمهما الله تعالى كما في المغني لابن قدامة ص١٣ ج١١.

و إن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا لشافعي رحمه الله تعالى لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار و هذا إذا كان يتوهم بقاؤه أما إذا شق بطنه و أخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت و قيل هذا قولهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يوكل ايضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحل إلا بذكاة الاختيار ردا إلى المتردية على ما نذكره إن شاء الله تعالى هذا الذي ذكرناه إذا ترك التذكية فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

و إن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى) و به قال أحمد في رواية و الحسن بن زياد و محمد بن مقاتل رحمهم الله تعالى فإن عندهم يؤكل استحسانا و به (١) أخذ قاضي خان رحمه الله تعالى (لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار) هذا وجه القياس ووجه الإستحسان الذي ذهب إليه هؤلاء المذكورون أنه لم يقدر على الأصل و هو ذكاة الاختيار لضيق الوقت و ما جاء منه بتفريط و هو اختيار ابن شجاع رحمه الله تعالى أيضا فان قيل وضع المسألة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح أجيب بأن المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد في حكم الميت و الزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فيه فكان عدم التمكن متصورا (و هذا) أي ما ذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما (إذا كان يتوهم بقاؤه أما إذا شق بطنه) أي أما إذا شق الكلب المعلم بطن الصيد (و أخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل) لأنه لا يتوهم بقاؤه بعد ذلك (لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر) ذلك (كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت) فانها لا تحرم فكذا هذا (و قيل) قائله ابو بكر الرازيّ (هذا قولهما) أي الحل قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يؤكل أيضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحل إلا بذكاة الاختيار ردا إلى المتردية) أي اعتبارا بالمتردية و انتصابه على أنه مصدر لفعل محذوف أي يرده ردا أو يكون على الحال على تأويل رادا إلى المتردية أي معتبرا بها فافهم (على ما نذكره إن شاء الله تعالى هذا الذي ذكرناه) أي هذا الذي ذكرناه أنه لا يؤكل عنده إذا شق بطنه و أخرج ما فيه (إذا ترك التذكية فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) هذا

---

(١) و به أخذ قاضيخانّ في فتاوه و في التاترخانية: و به أخذ الصدر الشهيدّ و في الغياثية و هو المختار و في الينابيع روى عن أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى أنه يؤكل استحسانا و قيل بأن هذا أصح اه شامية.

و كذا المتردية و النطيحة و الموقوذة والذى بقر الذئب بطنه و فيه حياة خفية أو بينة و عليه الفتوى لقوله تعالى إلا ماذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لأنه لم يكن موته بالذبح و قال محمد رحمه الله تعالى إن كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل و إلا فلا لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه

ليس لبيان الخلاف بل هذا لبيان الاجماع لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع و إن لم تكن فيه حياة مستقرة فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ذكاته الذبح و قد وجد و عندهما حل بلا ذبح (و كذا المتردية) و هى التى تردت من جبل أو سقطت فى بئر فماتت (و النطيحة) و هى التى نطحتها أخرى فماتت بالنطح (و الموقوذة) و هى التى ضربت بعصى أو حجر حتى ماتت و هو بالذال المعجمة (والذى بقر الذئب) أى شق الذئب (بطنه و فيه حياة خفية) و هو القدر الذى يعلم به أنه حى (أو بينة) أى أو حياة بينة أى ظاهرة و هو القدر الذى فوق الخفية يعنى لو ذبح المتردية و النطيحة و الموقوذة والذى شق الذئب بطنه و الحال أن فى كل واحد منها حياة خفية أو بينة يؤكل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما إن كانت خفية لا يؤكل و إن كانت بينة يؤكل و تفسير البينة عند أبى يوسف رحمه الله تعالى أن يكون بحال يعيش مثله و عند محمد رحمه الله تعالى أن يكون الحياة فيه فوق ما فى المذكى (و عليه الفتوى) أى على حل الأكل إذا ذكى الصيد و فيه حياة فى جميع الأحوال و هو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى (لقوله سبحانه و تعالى إلا ما ذكيتم استثناه مطلقا) أى استثنى الله تعالى ما ذكيتم عن المحرمات مطلقا (من غير فصل) بين أن يكون للمذبوح حياة خفية أو بينة (و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لأنه لم يكن موته بالذبح و قال محمد رحمه الله تعالى إن كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل و إلا فلا لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه) أشار به إلى قوله لأنه ميت حكما و قيل أراد به قوله لأن ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر و فى الذخيرة الكلام فى مثله على أربعة مواضع أحدها الشاة و غيرها إذا مرض و بقى فيهامن الحياة ما بقى فى المذبوح و الثانى إذا قطع الذئب بطن الشاة و بقى فيها من الحياة ما يبقى فى المذبوح و أخذه المالك و الثالث الكلب المعلم و البازى المعلم إذا أخذ المالك صيده و بقى فيه من الحياة بقدر حياة المذبوح و الرابع الصيد بعد رميه و إصابة السهم و بقى فيه من الحياة بقدر حياة المذبوح و رماه آخر فقتله ففى الأول و الثانى عندهما لا يفيد الذكاة

و لو أدركه و لم يأخذه فإن كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل لأنه صار في حكم المقدور عليه و إن كان لا يمكنه ذبحه أكل لأن اليد لم تثبت به و التمكن من الذبح لم يوجد و إن أدركه فذكاه حل له لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع و إن لم تكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ذكاته الذبح على ما ذكرناه و قد وجد و عندهما لا يحتاج إلى الذبح و إذا أرسل كلبه المعلم على صيد و أخذ غيره حل

حتى لو ذكاها لا تحل و اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال الاسبيجابيؒ يفيد حتى إذا ذكاها تحل و به كان يفتي شمس الأئمة السرخسيؒ و الصدر الشهيدؒ و قال شيخ الإسلامؒ لا يفيد حتى لو ذبحها لا تحل على قوله فالحاصل أن للحياة عبرة عنده و إن قلت و عندهما لا يعتبر القليل و قدر القليل بما بقي في المذبوح و اتفق أبو يوسف رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى في أكثر منه و محمد رحمه الله تعالى فرق بين القليل و الكثير بيوم و في الثالث و الرابع إذا بقي من الحياة بقدر حياة المذبوح لا يفيد الذكاة بالإجماع حتى لو لم يذكه يحل و به قالت الثلاثة و أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى (و لو أدركه) أي و لو أدرك الصائد الصيد (و لم يأخذه) فمات (فإن كان في وقت) أي فإن وجد في وقت وكان هنا تامة فلا تحتاج إلى خبر (لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل لأنه صار في حكم المقدور عليه) و المقدور عليه إذا لم يذبح لا يؤكل فكذا هذا (و إن كان لا يمكنه ذبحه أكل لأن اليد لم تثبت به و التمكن من الذبح لم يوجد) و هذا بلا خلاف بين العلماء رحمهم الله تعالى (و إن أدركه فذكاه حل له لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع و إن لم تكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ذكاته الذبح على ما ذكرناه) أشار به إلى قوله لأنه وقع في يده حيا فلا يحل إلا بذكاة الإختيار ردا إلى المتردية (و قد وجد) أي الذبح فحل (و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى(لا يحتاج إلى الذبح) يعني حل بدونه على مامر (و إذا أرسل كلبه) وفي بعض النسخ كلبه المعلم (على صيد) أي صيد معين (و أخذ غيره) أي أخذ الكلب المعلم غير صيد معين (حل) أي الصيد يعني ما دام في وجه إرساله ذكره في المبسوط و في المحيط أرسل إلى الصيد فأخذ واحدا أو عددا من الصيود و أخذ واحدا بعد واحد في ذلك الفور فكله حلال و لو قتل صيدا فجثم عليه طويلا ثم مر به صيد آخر فأخذه و قتله لم يحل الصيد الثاني و كذا لو عدل عن ذلك الصيد يمنة و يسرة و تشاغل في غير طلبه ثم اتبع صيدا و أخذه لم يؤكل

و قال مالك رحمه الله تعالى لا يحل لأنه أخذه بغير إرسال إذ الإرسال مختص بالمشار إليه و لنا أنه شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد إذ لا يقدر على الوفاء به إذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره و لو أرسله على صيد كثير و سمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه إلا إذا زجره صاحبه فانزجر ثم أخذ حل و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في أظهر الوجهين و أحمد رحمه الله تعالى في قول و قال في قول إن كان عدوله لصيد حل و إن كان لغير صيد لم يحل لخروجه عن كونه معلما و قال الماورديّ و عندي أن يقال إن خرج عادلا عن جهة ارساله إلى غيره لم يؤكل صيده و إن خرج في جهة ارساله خلف صيد فعدل إلى غيره فأخذ صيدا حل و في وجيز الشافعية و لو قصد سربا من الظباء فأصاب واحد حل و لو قصد واحدا منه فأصاب آخر فوجهان (و قال مالك رحمه الله تعالى لا يحل لأنه أخذ بغير إرسال إذ الإرسال مختص بالمشار إليه) يعني بالذي وقعت عليه الإشارة و قال ابن أبي ليلىٰ التعيين ليس بشرط لكن إذا عين اعتبر تعيينه حتى إذا ترك ذلك و أخذ غيره لا يحل (و لنا أنه) أي التعيين (شرط غير مفيد لأن (١) مقصوده) أي مقصود الصائد (حصول الصيد إذ لا يقدر على الوفاء به) أي لا يقدر الكلب على الوفاء بأخذ المعين (إذ لا يمكنه تعليمه) أي تعليم الكلب (على وجه يأخذ ما عينه) من الصيود (فسقط اعتباره) أي اعتبار التعيين كما قلنا في البازي أنه سقط اعتبار ترك الأكل لاستحالة تعليمه (و لو أرسله) أي الكلب المعلم (على صيد كثير و سمى مرة واحدة حالة الإرسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة) هذه من مسائل الأصل ذكرها تفريعا و التي قبلها أيضا (لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه) أي في أوائل كتاب الذبائح حيث قال و في (٢) الصيد

(١) لأن مقصوده الخ. لايقال جاز أن يكون مقصوده المعين لأنا نقول لو كان مقصوده المعين كان باعتبار أنه صيد لا باعتبار أنه هو كفاية. (٢) و في الصيد الخ. و في العمدة: قال ابن بطالٌ اختلف العلماء في التسمية على الصيد و الذبيحة فروى عن محمد بن سيرينٌ و نافعٌ مولى عبدالله رضى الله تعالى عنه و الشعبيٌ أنها فريضة فمن تركها عامدا أو ساهيا لم يؤكل ما ذبحه و هو قول أبي ثورٌ و الظاهرية وذهب مالك و الثوري و أبو حنيفة و أصحابهم رحمهم الله تعالى إلى أنه إن تركها عامدا لم يؤكل و إن تركها ساهيا أكل و قال ابن المنذرٌ و هو قول ابن عباس و أبي هريرة رضى الله تعالى عنهما و ابن المسيب و الحسن بن صالح و طاوس و عطاء و الحسن بن أبي الحسن النخعي و عبدالرحمن بن أبي ليلى و جعفر بن محمد و الحكم و ربيعة و احمد و اسحاق رحمهم الله تعالى و رواه في المصنف عن الزهري و قتادة رحمهما الله تعالى و في المغني و عن احمدٌ رواية و هو المذهب أنها شرط إن تركها عمدا أو سهوا فهي ميتة و في رواية إن تركها على إرسال السهم ناسيا أكل و إن تركها على الكلب أو الفهد لم يؤكل و قال الشافعيٌ يؤكل الصيد و الذبيحة في الوجهين جميعا تعمد ذلك أو نسيه روى ذلك عن أبي هريرة و ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و عطاءٌ اه.

و لهذا تشترط التسمية عنده و الفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لأن الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى و ذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة و من أرسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الإرسال و كذا الكلب إذا اعتاد عادته

تشترط عند الإرسال و الرمي (و لهذا تشترط التسمية عنده) أى عند الإرسال (و الفعل واحد) أراد بالفعل الإرسال (فتكفيه تسمية واحدة) لاتحاد الفعل (بخلاف ذبح الشاتين) أى على التعاقب (بتسمية واحدة) حيث لا تحل الشاة الثانية إلا بتسمية أخرى (لأن الثانية) أى الشاة الثانية (تصير مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى) للثانية (حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى و ذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة) لأنه حصل ذبحهما بفعل واحد و كان بمنزلة ما لو رمى سهما إلى صيد و أصاب صيدين يحلان لأن ذبحهما حصل بفعل واحد عليه التسمية فكذا هذا (و من أرسل فهدا فكمن) هذه أيضا من مسائل الأصل قوله كمن أى استتر واستخفى و منه كمين الجيش (حتى يستمكن) أى يطلب المكنة و فى بعض النسخ يتمكن (ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الإرسال و كذا الكلب إذا اعتاد عادته) أى و كذا حكم الكلب إذا اعتاد عادة الفهد قال الكرخيؒ فى مختصره و كذا الكلب إذا أرسله الرجل فصنع كما يصنع الفهد فلا بأس بأكل ما صاد و ذلك لأن المكث ساعة منه حيلة للاصطياد لا للاستراحة فيعد ذلك من غاية حذاقة الحيوان فلا يكون قاطعا للارسال بل يكون من أسباب الإصطياد كالوثوب و العدو قال السرخسيؒ ناقلا عن شيخه شمس الأئمة الحلوانيؒ أنه قال للفهد خصال ينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه منها أنه يكمن للصيد حتى يستمكن منه و هكذا ينبغى للعاقل أن لا يجاهر بالخلاف مع عدوه و لكن يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير اتعاب نفسه و منها أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه و هو يقول هو المحتاج إلىّ فلا أذل له فلهذا ينبغى للعاقل أن يفعله لا يذل نفسه فيما يعمل لغيره و منها أنه لا يتعلم بالضرب و لكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك و هكذا ينبغى للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل السعيد من وعظ بغيره و منها أنه لا يتناول الخبيث و إنما يطلب من صاحبه اللحم الطيب و هكذا ينبغى للعاقل أن لا يتناول إلا الطيب و منها أنه يثب ثلاثا أو خمسا فإن تمكن من الصيد

و لو أخذ الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله و قد أرسله صاحبه أكلا جميعا لأن الإرسال قائم لم ينقطع و هو بمنزلة ما لو رمى سهما إلى صيد فأصابه و أصاب آخر و لو قتل الأول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثانى لانقطاع الإرسال بمكثه إذ لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ و إنما كان استراحة بخلاف ما تقدم و لو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه و قتله فانه يؤكل و هذا إذا لم يمكث زمانا طويلا للإستراحة و إنما مكث ساعة للكمين لما بيناه فى الكلب و لو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله و لا يدرى أرسله إنسان أم لا لا يؤكل لوقوع الشك فى الإرسال و لا تثبت الإباحة بدونه.

أخذه و إلا تركه و هو يقول لا أقتل نفسى فيما أعمله لغيرى و هكذا ينبغى لكل عاقل كذا فى المبسوط (١) (و لو أخذ الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر) أى صيدا آخر (فقتله و قد أرسله صاحبه) أى و الحال أن صاحب الكلب قد أرسل كلبه إلى صيدين جميعا (أكلا جميعا) أى أكل الصيدان جميعا هذه أيضا من مسائل الأصل (لأن الارسال) أى إرسال الكلب (قائم لم ينقطع و هو بمنزلة ما لو رمى سهما إلى صيد فاصابه) أى أصاب السهم صيدا (و أصاب آخر) أى و أصاب السهم صيدا آخر حيث يحلان جميعا (و لو قتل الأول) أى لو قتل الكلب المعلم الصيد الأول (فجثم عليه) أى فبرك الكلب على الصيد (طويلا من النهار ثم مر به) أى بالكلب (صيد آخر فقتله لا يؤكل الثانى) أى الصيد الثانى (لانقطاع الإرسال بمكثه إذ لم يكن ذلك) أى جثومه عليه (حيلة منه للأخذ) أى لأخذ الثانى (و إنما كان) أى جثومه عليه (استراحة بخلاف ما تقدم) و هو ما إذا مكث للكمون لأن المكث حينئذ حيلة للأخذ لا استراحة فيكون هذا المكث منه و الذهاب سواء (و لو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع) أى الباز (على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه و قتله فإنه يؤكل) أى الصيد يؤكل هذه أيضا من مسائل الأصل (و هذا) أى حل أكل الصيد إنما يكون (إذا لم يمكث زمانا طويلا للإستراحة و إنما مكث ساعة للكمين) حق اللفظ أن يقال للكمون و لكن ذكر الكمين و أراد به الكمون (٢) و هو التوارى و الاخفاء كما ذكرنا (لما بيناه فى الكلب) أشار به إلى قوله لأن الارسال قائم لم ينقطع (و لو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله و لا يدرى أرسله إنسان أم لا لا يوكل) أى الصيد (لوقوع الشك فى الإرسال و لا تثبت الإباحة بدونه) أى بدون الارسال هذه

---

(١) المبسوط للسرخسى ص ٢٤٢ ج ١١. (٢) الكمون الخ. و فى المغرب: كمن (من باب نصر و سمع) كمونا (بالضم) توارى و استخفى و منه الكمين من حيل الحرب و هو أن يستخفوا فى مَكْمَنٍ لا يفطن لهم و أما تكمن فى معنى كمن فغير مسموع إلا فى السير.

قال و إن خنقه الكلب و لم يجرحه لم يؤكل لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه و هذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه إذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لأنه جراحة باطنة فهى كالجراحة الظاهرة وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض سببا لإنهار الدم و لا يحصل ذلك بالكسر فأشبه التخنيق. قال و إن شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر إسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل

أيضا من مسائل الأصل و لا نعلم فيه خلافا و البازى (١) بتخفيف الياء و جمعه بزاة و الباز لغة فيه و جمعه أبواز و بيزان. (قال) أى القدورىؒ فى مختصره (و إن خنقه الكلب) أى و إن خنق الكلب الصيد (و لم يجرحه لم يؤكل) أى الصيد و فى بعض النسخ لا يؤكل (لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه) ظاهر الرواية هو رواية الزيادات و فى رواية الأصل يؤكل و قال القدورىؒ فى شرح مختصر الكرخىؒ و أما إذا خنق الصيد فمات و المشهور عنهم أنه لا يؤكل و روى الحسنؒ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يؤكل و قوله على ما ذكرناه إشارة إلى قوله و لا بد من الجرح فى ظاهر الرواية (و هذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر) أى ظاهر الرواية يدلك على أن الكلب لو كسر عضوا من الصيد فمات لا يحل قال القدورىؒ فى شرحه أما إذا لم يجرحه و لم يخنقه لكنه كسر عضوا منه فمات فإن أبا الحسن الكرخىؒ ذكر أنه لم يجد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى شيئا مصرحا و قد حكى محمد رحمه الله تعالى المسألة فى الزيادات و أجاب فيها جوابا مطلقا مطلقا أنه إذا لم يجرح لا يؤكل و هذا يقتضى أنه لا يحل بالكسر (و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه إذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لأنه) أى الكسر (جراحة باطنة فهى كالجراحة الظاهرة) قال الكرخىؒ فى مختصره و ذكر أبو يوسف رحمه الله تعالى فى أثره حكاية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فقال و إن قتله من غير أن يجرحه بناب و لا مخلب فانه لا يؤكل و كذلك لو صدمه فقتله و لم يكسر و لم يجرح فان جرح بناب أو مخلب أو كسر عضوا فقتله فلا بأس بأكله قال القدورىؒ فى شرحه و ظاهر هذا الكلام يقتضى أن الجرح كالكسر و وجهه على ما ذكره المصنفؒ (وجه الأول) و هو أنه لا يحل بالكسر (أن المعتبر جرح ينتهض سببا) أى يقوم سببا (لانهار الدم) الإنهار بكسر الهمزة الإسالة من أنهرت الدم إذا أسلته (و لا يحصل ذلك بالكسر) أى لا يحصل إنهارم الدم بكسر العضو (فأشبه التخنيق) أى أشبه الكسر التخنيق (قال) أى القدورىؒ فى مختصره (و إن شاركه) أى الكلب المعلم (كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل) أى الصيد و قوله يريد به عمدا من كلام المصنفؒ أى يريد القدورىؒ بعدم

(١) البازى الخ. كذا فى الصحاح للجوهرى مادة بوز.

لما روينا في حديث عدى رضى الله تعالى عنه و لأنه اجتمع المبيح و المحرم فيغلب جهة الحرمة نصا أو احتياطا و لو رده عليه الكلب الثانى و لم يجرحه معه و مات بجرح الأول يكره أكله لوجود المشاركة في الأخذ و فقدها في الجرح

ذكر اسم الله تعالى عليه عدم ذكره عمدا و قيد به لأنه لو تركه ناسيا يؤكل (لما روينا فى حديث عدى رضى الله تعالى عنه) فى أول الباب حيث قال فيه و إن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل (و لأنه اجتمع المبيح و المحرم فيغلب جهة الحرمة نصا) أى من جهة النص قال الشراح أراد به قوله ﷺ ما اجتمع الحلال و الحرام إلا و قد غلب الحرام الحلال قلت هذا موقوف على ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أخرجه (١) عبدالرزاقؒ فى مصنفه فى الطلاق حدثنا سفيان الثورى عن جابر عن الشعبى قال قال عبدالله رضى الله تعالى عنه ما اجتمع حلال و حرام إلا غلب الحرام على الحلال قال سفيان و ذلك فى الرجل يفجر بامرأة و عنده ابنتها أو أمها فاذا كان ذلك فارقها و قال البيهقىؒ فى سننه رواه جابر الجعفى عن الشعبى عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه و جابر ضعيف و الشعبى عن ابن مسعود رضى الله تعالى منقطع (أو احتياطا) أى من جهة الإحتياط لأنه لما دار بين كونه حراما و حلالا فالإحتياط فى تركه لئلا يستعمل الحرام من وجه و الاحتياط افتعال من الحوط وهو الحفظ ومنه الحائط لأنه يمنع الغير من الدخول فيه (و لو رده عليه الكلب الثانى و لم يجرحه معه و مات بجرح الأول يكره أكله) هذه من مسائل الأصل ذكرها تفريعا أى ولو رد الكلب الثانى الصيد على الكلب الأول و الحال أن الكلب الثانى لم يجرح الصيد مع الكلب الأول و مات الصيد بجرح الكلب الأول يكره أكل الصيد (لوجود المشاركة فى الأخذ و فقدها) أى فقد المشاركة (فى الجرح) لأن المعلم تفرد بالجرح فتثبت الكراهة لا غير ثم قيل كراهة تنزيه و قيل كراهة تحريم و هو اختيار السرخسىؒ و الحلوانىؒ و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى يحل لانفراد الكلب المعلم بجرحه و لو (٢) صاد مسلم بكلب المجوسى يحل عند أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى و عن أحمدؒ فى رواية لا يباح و كرهه جابر رضى الله تعالى عنه و الحسن و النخعى و الثورى و مجاهد رحمهم الله تعالى لقوله سبحانه و تعالى و ما علمتم من الجوارح و هذا لم يعلمه قلنا يحل كما لو صاد مسلم بقوس المجوسى أو سهمه أو ذبح بشفرته و ههنا ثلاثة فصول أحدها ما اشترك فيه الكلبان فى الأخذ و الجرح و فيه الحرمة و الثانى ما اشتركا فيه فى الأخذ دون الجرح و فيه الكراهة و الثالث مالم يشتركا في شيء لكن الثاني حمل على

(١) أخرجه عبدالرزاقؒ فى الطلاق باب الرجل يزنى بأم امرأته و ابنتها و أختها ص ١٩٩ ج ٧. (٢) و لو صاد الخ. نحوه فى المغنى لابن قدامةؒ ص ١٦ ج ١١.

و هذا بخلاف ما إذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة و تتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة و لو لم يرده الكلب الثاني على الأول لكنه اشتد على الأول حتى اشتد على الصيد فأخذه و قتله لا بأس بأكله لأن فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع بخلاف ما إذا كان رده عليه لأنه لم يصر تبعا فيضاف إليهما. قال و إذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده و المراد بالزجر الإغراء بالصياح عليه و بالانزجار إظهار زيادة

الأول حتى اشتد على الصيد و فيه الاباحة على ما يجيء (و هذا بخلاف ما إذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة) هذا أيضا من مسائل الأصل أي هذا الحكم المذكور بخلاف ما إذا رد المجوى الصيد على الكلب المعلم و الباقي واضح (و تتحقق) أي المشاركة (بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة) أراد بالكلبين الكلب المعلم و الكلب الجاهل أو كلب المسلم و كلب المجوسي (و لو لم يرده الكلب الثاني على الأول) أي و لو لم يرد الكلب الثاني الصيد على الكلب الأول و هو الكلب المعلم (لكنه اشتد على الأول) أي لكن الكلب الثاني و هو كلب المجوسي أو الكلب الجاهل عدا على الكلب الأول و في ديوان الأدب اشتد عليه أي عدا (حتى اشتد على الصيد) أي حتى اشتد الكلب الأول على الصيد (فأخذه و قتله لا بأس بأكله لأن فعل الثاني) أي فعل الكلب الثاني (أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا) أي حيث ازداد الكلب المرسل باشتداد الكلب الثاني طلبا للصيد (فكان) أي فعل الثاني (تبعا لفعله) أي لفعل الكلب المرسل (لأنه بناء عليه) أي لأن فعل الثاني مبني على فعل الأول أي مؤكد له (فلا يضاف الأخذ إلى التبع) أي أخذ الصيد إلى التبع و هو فعل الثاني (بخلاف ما إذا كان رده عليه) أي بخلاف ما إذا كان الكلب الثاني رد الصيد على الكلب الاول حيث يكره كما مر (لأنه لم يصر تبعا) لأنه غير مؤكد للأول (فيضاف إليهما) أي فيضاف القتل إلى الكلبين. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا أرسل المسلم كلبه فزجره (١) مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده) يقال زجر الكلب فانزجر أي هيّجه فهاج (و المراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه و بالانزجار إظهار زيادة

(١) فزجره مجوسي الخ. قال القهستاني و هذا إذا زجره المجوسي في ذهابه فلو وقف ثم زجره لم يؤكل كما في الذخيرة شامية.

الطلب و وجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما فى نسخ الآى و الزجر دون الارسال لكونه بناء عليه. قال و لو أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر بزجره يؤكل لأن الزجر دون الارسال و لهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل و كل من لا تجوز ذكاته كالمرتد و المحرم و تارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسى و إن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله لأن الزجر مثل الانفلات لأنه إن كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستويا

الطلب) أى طلب الكلب للصيد هذا تفسير لأصل الفعل و مطاوعه و لا شك أن الانزجار مطاوع للزجر كالانكسار للكسر (و وجهه) أى وجه جواب المسألة المذكورة و هو كونه لا بأس به (أن الفعل يرفع بما هو فوقه) أى بالاقوى كنسخ المحكم المفسر (أو مثله) أى أو بالمساوى كنسخ المفسر المفسر (كما فى نسخ الآى) أى آى القرآن و هى جمع آية فان النسخ فيه إما بالأقوى أو بالمساوى كما عرف فى أصول الفقه (و الزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه) أن لكون الزجر مبنيا على الإرسال فكانت العبرة لارسال المسلم دون صياح المجوسى لبنائه عليه و نوقض بالمحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء و أجيب بأن الجزاء فى المحرم بدلالة النص فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه و هو الدلالة فوجب بالزجر بالطريق الأولى. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و لو أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل لأن الزجر دون الإرسال و لهذا) أى و لأن الزجر دون الإرسال (لم تثبت به) أى بالزجر (شبهة الحرمة) يعنى فى الصورة الأولى مع أن الحرمة أسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل دائما (فأولى أن لا يثبت به الحل) أى بزجر المسلم حل الصيد (و كل من لا تجوز ذكاته كالمرتد (١) و المحرم و تارك التسمية عامدا فى هذا) أى فى هذا الحكم (بمنزلة المجوسى) فى الفصول كلها (و إن لم يرسله أحد) أى و إن لم يرسل الكلب أحد (فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) و القياس أن لا يحل قال خواهر زادهٌ و بالقياس أخذ مالك رحمه الله تعالى فى رواية (لأن الزجر (٢) مثل الإنفلات) الإنفلات خروج الشىء فلتة أى بغتة و المراد هنا خروج الكلب من يد صاحبه بغتة (لأنه إن كان دونه) أى لأن الزجر إن كان دون الإنفلات (من حيث أنه بناء عليه) أى من حيث أن الزجر بناء على الإنفلات (فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف) أى الزجر فوق الإنفلات من حيث أن الزجر فعل المكلف بخلاف الإنفلات (فاستويا) أى فاستوى الزجر و الإنفلات

(١) كالمرتد و لو غلاما مراهقا عندهما خلافا لمحمد رحمه الله تعالى بناء على صحة ردته عندهما بدائع. (٢) لأن الزجر مثل الانفلات يعنى فى القوة و الضعف كفاية.

فصلح ناسخا و لو أرسل المسلم كلبه على صيد و سمى فأدركه فضربه و وقذه ثم ضربه فقتله أكل و كذا إذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا و لو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما و قتله الآخر أكل لما بينا (١) و الملك للأول لأن الأول أخرجه عن حد الصيدية

(فصلح ناسخا) أى فصلح الزجر ناسخا للانفلات لأن الزجر متأخر و أحد المستويين و النسخ يثبت بما يساويه كما فى نسخ الآى و بقولنا (٢) قال احمد رحمه الله تعالى و مالك رحمه الله تعالى فى رواية و قال (٣) الشافعى رحمه الله تعالى إن وقف بعد زجره ثم أغراه فاشتد و أخذ الصيد حل و إن لم يقف لكن زاد فى عدوه بزجره لم يحل و به قال مالك رحمه الله تعالى فى رواية فإن قلت لم لا يجعل المحرم غالبا على المبيح قلت هذا إذا لم يعلم تأخر المبيح أما إذا علم أن المبيح متأخر يجعل ناسخا للأول لا محالة و ههنا الزجر متأخر فجعل ناسخا (و لو أرسل المسلم كلبه على صيد و سمى فأدركه فضربه و وقذه) أى أثخنه و أضعفه و وهنه بجراحة و منه الموقوذة (ثم ضربه فقتله أكل و كذا إذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم لأنه ليس فى وسعه تعليمه على وجه يمتنع عن الجرح بعد الجرح (فجعل عفوا) أى فجعل الجرح بعد الجرح عفوا و قوله لأن الامتناع جواب شبهة ترد على المسألتين و هى أن الضربة الثانية التى قتل الكلب بها الصيد إنما حصلت بعد الاثخان الذى أخرجه من الصيدية فينبغى أن لا يحل فأجاب عنه بقوله لأن الامتناع الخ (و لو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما و قتله الآخر أكل لما بينا) أشار به إلى قوله لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا (و الملك للأول) يعنى أن الصيد مملوك لصاحب الكلب الأول (لأن الأول أخرجه) أى لأن الكلب الأول أخرج الصيد بجراحته (عن حد الصيدية) يعنى عن حيز الامتناع ثم بعد ذلك لا يزيل جراحة الكلب الثانى ملك الصيد من

(١)لما بينا. ن. لما قلنا. (٢)و بقولنا قال احمدؒ كذا فى المغنى لابن قدامةؒ ص٦ ج١١. (٣)قال الشافعىؒ الخ. و فى شرح الوجيز (ص٢٦ ج١٢): و لو أن صاحب الكلب زجره لما استرسل فانزجر و وقف ثم أغراه فاسترسل و قتل الصيد حل بلا خلاف و إن لم ينزجر و مضى على وجهه لم يحل الصيد سواء زاد عدوه و حدته أو لم يزد و لو لم يزجره بل أغراه فان لم يزد عدوه و حدته لم يؤثر اغراؤه و حرم الصيد و إن زاد عدوه فوجهان أحدهما يحل الصيد و به قال أبو حنيفة و احمد رحمهما الله تعالى و أقواهما المنع و عن مالك رحمه الله تعالى روايتان كالوجهين و لو كان الاغراء و زيادة العدو بعد ما زجره فلم ينزجر ففيه الوجهان بالترتيب اه ملخصا.

إلا أن الارسال من الثانى حصل على الصيد و المعتبر فى الاباحة و الحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما إذا كان الارسال من الثانى بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول.

فصل فى الرمى

و من سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا

صاحب الكلب الأول (إلا أن الارسال من الثانى) أى من الرجل الثانى (حصل على الصيد و المعتبر فى الاباحة و الحرمة حالة الارسال) أى إرسال الكلب هذا جواب إشكال و هو أن الكلب الثانى إنما قتله بعد الخروج عن الصيدية ينبغى أن يحرم فأجاب بأنه صيد بدلالة الارسال (فلم يحرم) أى الصيد (بخلاف ما إذا كان الارسال من الثانى) أى إرسال الكلب من الرجل الثانى (بعد الخروج) أى خروج الصيد (عن الصيدية بجرح الكلب الأول) حيث (١) يحرم و هذا الذى ذكره بخلاف ما إذا رمى صيدا بسهم فأثخنه بحيث أخرجه عن حيز الامتناع ثم رماه ثانيا فقتله لا يؤكل لأنه لما أثخنه فصار ذكاته ذكاة الأهلى و يمكنه الاحتراز عن الرمية الثانية فلا يكون عفوا و فى الكلب ليس كذلك لأنه لا يمكن تعليمه على وجه لا يجرح ثانيا بعد أن جرح مرة و ما تعذر رفعه تقرر عفوه و الله سبحانه و تعالى أعلم.

(فصل فى الرمى)

أى هذا فصل فى بيان أحكام الرمى قد مر أنه ذكر أن هذا الكتاب مشتمل على فصلين الأول فى الجوارح و قد بينه و هذا هو الثانى فى الرمى و لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع فى بيان حكم الآلة الجمادية و لمزيد الحيوان على الجماد قدم ذاك على هذا و الآلة ما يستعان به على تحصيل أمر (و من سمع حسا) قد وقع فى بعض النسخ ههنا لفظة قال و ليس ينبغى ذكرها لأن هذه المسائل من أول الفصل إلى قوله و إذا سمى الرجل عند الرمى أكل ليست بمذكورة فى البداية لأنها لم تذكر فى الجامع الصغير و مختصر القدورىؒ و إنما ذكرها القدورىؒ فى شرحه لمختصر الشيخ أبى الحسن الكرخىؒ وذكرها المصنفؒ تكثيرا للفائدة فعرفت أن لفظة قال ليس له محل لأنه لا يذكره إلا إذا كان عن القدورى أو الجامع الصغير أو كان كناية عن نفسه و الحس الصوت الخفى و كذلك الحسيس (ظنه) أى ظن ذلك الحس (حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا) أى غير الذى سمع صوته لأن النكرة إذا أعيدت نكرة كان الثانى غير

(١) حيث يحرم لأن الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد ذلك بالذبح فى المذبح فجرح الكلب فى مثله موجب للحرمة فلما اجتمع فيه الموجب للحرمة و الموجب للحل يغلب الموجب للحرمة كفاية و عناية.

ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب أىّ صيد كان لأنه قصد الاصطياد و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ (١) التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة فى شىء منه بخلاف السباع لأنه يؤثر فى جلدها و زفر رحمه الله تعالى خص منها ما لا يؤكل لحمه لأن الارسال فيه ليس للاباحة و وجه الظاهر أن إسم الاصطياد لا يختص بالمأكول

الأول (ثم تبين أنه حس صيد) أى ثم ظهر أن الحس الذى سمعه حس صيد (حل المصاب) أى الصيد المصاب بالرمى أو بالكلب أو بالبازى (أىّ صيد كان) يعنى سواء كان مأكول اللحم أو غيره كذا فى مبسوط شيخ الاسلامؒ و المحيط و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و كلمة أىّ منصوب على أنه خبر كان مقدم و قال السغناقىؒ لا بد ههنا من قيد و إلا يلزم على إطلاقه ما لو كان المسموع حس سمكة فظنه طير الماء أو حس جراد فظنه صيدا ثم أصاب الرمى الصيد لم يحل المصاب ذكره فى المغنى و ذلك القيد هو أن يقال تبين أنه حس صيد يحتاج فى حل أكله إلى الذبح أو الجرح ثم قال و المصنفؒ ترك ذلك القيد لتسارع أفهام الناس فى الاصطياد إلى ما يشترط ذبحه أو جرحه من الصيود (لأنه قصد الإصطياد) أى لأن الرامى أو المرسل قصد برميه أو إرساله الإصطياد (و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه خص من ذلك الخنزير) يعنى لو كان الحس حس خنزير لا يحل المصاب بخلاف سائر السباع و قال تاج الشريعةؒ يعنى ظن أن المسموع حس الخنزير فرمى فإذا هو ظبى فرمى لا يحل الصيد المصاب لأنه بناء عليه (لتغليظ التحريم) يعنى حرمة الخنزير مغلظة لا يجوز الإنتفاع به بوجه (ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة فى شئ منه) أى من الخنزير هذا توضيح لتغليظ التحريم (بخلاف السباع) يعنى بخلاف ما لو كان من السباع حيث يؤكل الصيد (لأنه يؤثر فى جلدها) أى لأن الاصطياد يؤثر فى طهارة جلد السباع فإذا أثر الاصطياد فى طهارة جلدها جاز أن يؤثر فى إباحة لحم ما أصابه كذا فى الذخيرة و المحيط (و زفر رحمه الله تعالى خص منها) أى من جملة المسموع حسه (ما لا يؤكل لحمه) يعنى إذا كان الحس حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع و ما أشبهها لا يؤكل المصاب (لأن الإرسال فيه) أى فيما لا يؤكل لحمه (ليس للاباحة) أى إباحة الأكل فكان هو و الآدمى سواء (و وجه الظاهر) أى ظاهر الرواية (أن إسم الاصطياد لا يختص بالمأكول) قال الشاعر:

صيد الملوك أرانب و ثعالب و إذا ركبت فصيدى الأبطال

(١)لتغليظ. ن. لتغلظ.

فوقع الفعل اصطيادا و هو فعل مباح فى نفسه و إباحة التناول ترجع إلى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما و جلدا و قد لا تثبت إذا لم يقبله و إذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره و إن تبين أنه حس آدمى أو حيوان أهلى لا يحل المصاب لأن الفعل ليس باصطياد و الطير الداجن الذى يأوى البيوت أهلى و الظبى الموثق بمنزلته لما بينا و لو رمى إلى طائر فأصاب صيدا و مر الطائر و لا يدرى وحشى هو أو غير

(فوقع الفعل إصطيادا) أى وقع فعل الرامى أو المرسل اصطيادا (و هو) أى الاصطياد (فعل مباح فى نفسه) لقوله سبحانه و تعالى و إذا حللتم فاصطادوا و الاصطياد أخذ الصيد و الصيد اسم لممتنع متوحش فى الأصل فكانت الآية دليلا بعمومها على إباحة عموم الاصطياد إلا أن الاصطياد إذا كان فيما حل أكله كان الغرض منه الأكل و إن كان فيما لا يحل أكله كان الغرض منه الانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو دفع أذيته و هذا معنى قوله (و إباحة التناول ترجع إلى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما و جلدا) أى تثبت إباحة التناول بقدر ما يقبل المحل التناول من حيث اللحم و من حيث الجلد يعنى إذا كان يقبل المحل تناول اللحم يثبت تناول اللحم و إذا كان يقبل تناول الجلد لا اللحم يثبت ذلك فينتفع بجلده و إن لم يقبل تناولهما جميعا كما فى الخنزير فحينئذ يكون الاصطياد لدفع أذيته فإذا كان الاصطياد مباحا حل المصاب إذا كان مأكول اللحم و إن كان المسموع حسه لا يحل أكله (و قد لا تثبت) أى إباحة التناول (إذا لم يقبله) أى لم يقبل المحل التناول و قد بيناه (و إذا وقع اصطيادا) أى إذا وقع فعله اصطيادا (صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره) أى غير الصيد الذمى رمى إليه (و إن تبين أنه حس آدمى) أى و إن ظهر أن الحس المسموع حس آدمى (أو حيوان أهلى) كالشاة و البقر (لا يحل المصاب) أى الصيد المصاب (لأن الفعل ليس باصطياد) لأنه رمى أو أرسل إلى غير صيد فلم يتعلق به حكم الإباحة فصار كأنه رمى إلى آدمى عالما به فأصاب صيدا لا يؤكل (و الطير الداجن الذى يأوى البيوت) أى يسكنها و ينزل فيها (أهلى) أى حكمه حكم حيوان أهلى فى أنه لا يحل المصاب لأن مأواه البيوت و قد ثبت اليد عليه (و الظبى الموثق) أى المشدود بالوثاق يقال وثقه أى شده بالوثاق (بمنزلته) أى بمنزلة الآدمى و قيل (١) بمنزلة الطير الداجن (لما بينا) أشار به إلى قوله لأن الفعل ليس باصطياد و حل الصيد لوجود فعل الاصطياد (و لو رمى إلى طائر فأصاب صيدا و مر الطائر و لا يدرى وحشى هو أو غير

(١) قيل الخ. لعل هذا القول هو الأولى لما دل عليه ظاهر تركيب كلام المصنف.

وحشي حل الصيد لأن الظاهر فيه التوحش و لو رمى إلى بعير فأصاب صيدا و لا يدرى نادّ هو أم لا لا يحل الصيد لأن الأصل فيه الاستيناس و لو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لأنه صيد و في أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيهما و لو أصاب (١) المسموع حسه و قد ظنه آدميا فإذا هو صيد يحل

وحشي حل الصيد لأن الظاهر فيه التوحش) أي لأن الظاهر في الطائر التوحش حتى يعلم الإستيناس فيتعلق برميه الاباحة (و لو رمى إلى بعير فأصاب صيدا و لا يدرى نادّ هو أم لا) أي البعير نادّ أم لا من ند البعير ندا و ندودا إذا ذهب على وجهه شاردا كذا في الجمهرة (لا يحل الصيد لأن الأصل فيه الاستيناس) أي لأن الأصل في البعير الاستيناس و هو لا يحل في الصحراء بالعقر إلا إذا علم أنه نادّ فحينئذ يحل المصاب لأنه حينئذ يحل بالعقر (و لو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لأنه صيد) أي لأن كل واحد من السمك و الجراد صيد و إن كان لا ذكاة لهما و هذه رواية ابن أبي مالكٍ و هي الصحيحة نص عليها قاضي خانٍ (و في أخرى عنه) أي و في رواية أخرى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى رواها عنه ابن رستمٍ أنه (لا يحل) أي أكله (لأنه لا ذكاة فيهما) أي في السمكة و الجرادة فالرمي و عدمه سواء و لو رمى إلى بعير أو بقر أو معز أهلي أو آدمي فأصاب صيدا مأكولا لا رواية لهذا في الأصل و لأبي يوسف رحمه الله تعالى فيه قولان في قول يحل و في قول لا يحل و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى لعدم قصده إلى الرمي إلى الصيد (ولو أصاب المسموع حسه و قد ظنه آدميا فإذا هو صيد يحل (٢)) أي و لو أصاب السهم المسموع حسه و الحال أنه قد كان ظنه آدميا فإذا ظهر صيدا يحل و قال (٣) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و محمد رحمه الله تعالى في رواية لا يحل و قال الشافعي رحمه الله تعالى في الرمي يحل و في الكلب وجهان و كذا لو ظنه خنزيرا أو كلبا لا يحل

(١) لو أصاب. ن. لو رمى فأصاب. (٢) يحل الخ. وذكر في المنتقى بالنون أنه لا يحل لأنه رماه و هو لا يريد الصيد ثم قال و لا يحل الصيد إلا بوجهين أن يرميه و هو يريد الصيد و أن يكون الذى أراده و سمع حسه و رمى إليه صيدا سواء كان مما يؤكل أو لا قال الزيلعيّ و هذا يناقض ما في الهداية و هذا أوجه ثم ذكر أن لأبي يوسف رحمه الله تعالى فيه قولين في قول يحل و في قول لا يحل و قال فيحمل ما في الهداية على رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى اه (قال ابن عابدينٌ) أقول ما في الهداية أقره شراحها و مشى عليه في الملتقى و كذا في البدائع و قال نظيره ما إذا قال لامرأته و أشار إليها هذه الكلبة طالق أنها تطلق و يبطل الاسم اه و في التاترخانية وغيرها و إن أرسل إلى ما يظن أنه شجرة أو انسان فاذا هو صيد يؤكل هو المختار اه فالمختار ما في الهداية شامية. (٣) قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى الخ. نحوه في المغني لابن قدامةٌ ص ١٩ ج ١١.

لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه فإذا (١) سمى الرجل عند الرمى أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات لأنه ذابح بالرمى لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده و جميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة و لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه. قال و إذا (٢) أدركه حيا ذكاه و قد بيناها (٣) بوجوهها و اختلاف فيها في الفصل الأول

المصاب عندهم (لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه) أى تعين كونه صيدا فإن قلت ما الفرق بين هذه المسألة و بين التى تقدمت و هى أن من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس آدمى أو حيوان أهلى لا يحل المصاب مع أنه لم يقصد رمى الآدمى و فى هذه المسألة قصد رمى الآدمى و رمى الآدمى ليس باصطياد و قد حل المصاب و القياس إما شمول الحل أو شمول عدمه أو انعكاس الجواب فى المسألتين و ذلك لأنه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بأنه آدمى ففيما إذا اقترن ظنه بأنه صيد أولى أو لأنه لم يقع فعله اصطيادا نظرا إلى قصده فلا يحل المصاب ههنا و حل هناك لذلك قلت أشار المصنفؒ إلى الفرق بقوله لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه أى تعين كونه صيدا و بيانه أن فى المسألة الأولى أصاب السهم غير المسموع حسه و كان قصده إلى المسموع حسه و المسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها إلى غير الصيد نظرا إلى فعله الذى توجه إلى المسموع حسه و هو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا و حل الصيد إنما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد و أما ههنا فسهمه أصاب عين المسموع حسه و عينه صيدا فكان الفعل واقعا على الصيد و هو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بعد ذلك ظنه المخالف لفعله الذى هو اصطياد بحقيقته و الظن إذا وقع مخالفا لحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل أكل المصاب لوجود فعل الاصطياد (و إذا سمى الرجل عند الرمى أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات) هذا لفظ القدورىؒ فى مختصره (لأنه ذابح بالرمى لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده) أى عند الرمى (و جميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة و لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه) أى فى فصل الجوارح عند قوله و لا بد من الجرح فى ظاهر الرواية و هو قول أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى. (قال) أى القدورىؒ (فإن أدركه حيا) أى فان أدرك الرامى الصيد و هو بالحياة (ذكاه) أى ذبح الرامى الصيد لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل فبطل حكم البدل (و قد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها فى الفصل الأول) و هو فصل الجوارح قوله و الاختلاف بالنصب عطفا على الضمير المنصوب في بيناه قاله الأترازىؒ ثم قال و هو السماع قلت الأولى أن يكون نصبا

(١)فاذا. ن. و إذا. (٢)و إذا. ن. فان. (٣)بيناها. ن. بيناه.

فلا نعيده. قال و إذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه و لم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل

على أنه مفعول معه أى و قد بينا الحكم بوجوه المسألة مع الاختلاف فيها أى مع بيان الاختلاف فيها و يجوز الجر عطفا على قوله بوجوهها (فلا نعيده) أى الاختلاف خوفا من التكرار. (قال) أى القدورىؒ (و إذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه) قوله فتحامل أى تكلف الطيران من الحمل يعنى حمل الصيد نفسه على تكلف المشى و الطيران و أصل التحامل فى المشى أن يكلفه على مشقة و إعياء و فائدة ذكره أنه لو غاب و توارى بدونه فوجده ميتا لا يحل مالم يعلم جرحه يقينا (و لم يزل (١) فى طلبه حتى أصابه ميتا أكل) استحسانا و القياس أن لا يحل و هو قول الشافعى و أحمد فى رواية و عطاء و الثورى رحمهم الله تعالى و من أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى من قال فيه قولان فى قول يؤكل و فى قول لا يؤكل (٢) و لم يعتبر الطلب فى القولين جميعا كذا ذكره فى مختصر الأسرار و قال ابن الجلاب المالكىؒ فى كتاب التفريع و لا بأس بأكل الصيد و إن غاب عن الصائد مصرعه مالم يبت عنه فان بات عنه لم يجز أكله و قال الخرقىؒ من اصحاب أحمد رحمهم الله تعالى إذا رماه فغاب عن عينه فوجده ميتا و سهمه فيه و لا أثر به غيره حل أكله و هو المشهور (٣) عن احمد رحمه الله تعالى و دليله ما رواه (٤) الترمذىؒ والنسائىؒ عن أبى بشر عن سعيد بن جبير عن عدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه قال قلت يا رسول الله إنا أهل الصيد و إن أحدنا يرمى الصيد فيغيب عنه الليلة و الليلتين فيبتغى الأثر فيجده ميتا و سهمه فيه قال إذا وجدت السهم فيه و لم تجد فيه أثر سبع و علمت أن سهمك قتله فكل قال الترمذىؒ حديث حسن صحيح و أخرجه (٥) الدار قطنىؒ فى سننه عن عاصم الأحول عن الشعبى عن عدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه

(١)لم يزل فى طلبه الخ. لم يقدر مدة الطلب و قد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إنها مقدرة بنصف يوم أو ليلة فان طلبه أكثر منه لم يأكل و فى الزيادات إن طلبه أقل من يوم أكل كما فى المضمرات قهستانى شامى. (٢)لا يؤكل قال الرافعىؒ و هو ظاهر نص الشافعى رحمه الله تعالى فى المختصر و قال النووىؒ الحل أصح فتح البارى. (٣)و هو المشهور عن احمد رحمه الله تعالى كذا فى المغنى لابن قدامةؒ ص١٩ ج١١و فيه أيضا و هذا قول الحسن و قتادة رحمهما الله تعالى و عن احمد رحمه الله تعالى إن غاب نهارا فلا بأس به و إن غاب ليلا لم يأكله و عن مالك رحمه الله تعالى كالروايتين و عن احمد رحمه الله تعالى ما يدل على أنه إن غاب مدة طويلة لم يبح و إن كانت يسيرة أبيح لأنه قيل له إن غاب يوما قال يوم كثير و كره عطاء و الثورى رحمهما الله تعالى أكل ما غاب و عن احمد رحمه الله تعالى مثل ذلك اه ملخصا. (٤)رواه الترمذىؒ فى الصيد باب فى الرجل يرمى الصيد فيغيب عنه ص١٧٧ ج١ و النسائىؒ فيه (باب) فى الذى يرمى الصيد فيغيب عنه ص١٩٦ ج٢ و اللفظ له. (٥)أخرجه الدار قطنىؒ فى الصيد و الذبائح ص٢٩٤ ج٤.

.....

أنه سأل النبي ﷺ قال أرمي بسهمي فأصيب فلا أقدر عليه إلا بعد يوم أو يومين فقال إذا قدرت عليه و ليس فيه أثر و لا خدش إلا رميتك فكل و إن وجدت فيه أثر غير رميتك فلا تأكل فانك لا تدرى أنت قتلته أو غيرك قال في التنقيح و اسناده صحيح و به قال أحمد رحمه الله تعالى يباح أكله إذا غاب مطلقا و أخرج (١) البخاريّ و مسلمٌ عن عدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه مرفوعا و فيه و إن رميت سهمك فاذكر اسم الله فان غاب عنك يوما فلم تجد فيه إلا أثر سهمك فكل إن شئت و في رواية البخاريّ و إن رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين و عند (٢) البخاريّ عن عدى رضى الله تعالى عنه أيضا أنه قال للنبي ﷺ يرمي الصيد فيقتفي (٣) اثره اليومين و الثلاثة ثم يجده ميتا و فيه سهمه قال يأكل إن شاء و لم يصل سنده بهذا و أخرج (٤) مسلمٌ عن عبدالرحمن ابن جبير عن أبيه عن أبي ثعلبة الخشني رضى الله تعالى عن النبي ﷺ في الذى يدرك صيده بعد ثلاث فكله مالم ينتن و زاد في لفظ آخر و قال في الكلب كله بعد ثلاث إلا أن ينتن فدعه و احتج مالك رحمه الله تعالى بأنه سمع أهل العلم قالوا كذلك و الشافعي رحمه الله تعالى احتج بقول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما كل (٥) ما أصميت و دع ما أنميت قال (٦) في الفائق الإصماء أن تقتله مكانه و معناه سرعة إزهاق الروح و الإنماء أن تصيبه إصابة غير مقعصة و لأنه يحتمل إذا توارى أن يموت بعارض آخر كالتردى و قال الأترازيّ و لنا ما روى أصحابنا في كتبهم كالقدوريّ رحمه الله تعالى و غيره أن النبي ﷺ مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه ﷺ إليه

(١) أخرج البخاريّ في الذبائح و الصيد باب الصيد إذا غاب عنه يومين أو ثلاثة ص ٨٢٤ ج ٢ و مسلمٌ في الصيد و الذبائح باب الصيد بالكلاب المعلمة و الرمى ص ١٤٦ ج ٢ و اللفظ له. (٢) عند البخاريّ يعنى في الباب المذكور آنفا. (٣) فيقتضى الخ. قال العثمانيّ في الاعلاء (ص ٥٨ ج ١٨): قلت احاديث غيبة الصيد محمولة على ما إذا لم يترك الطلب كما يدل عليه قول عدى رضى الله تعالى عنه "فيقتفي اثره اليومين و الثلاثة" أما إذا ترك الطلب ثم وجده ميتا فلا يحل لأن الذكاة الاضطرارية إنما تقوم مقام الذكاة الاختيارية عند العجز عنها و لا يعلم العجز عنها مع ترك الطلب فلا بد منه للحل كذا في المدونة عن ابن القاسمٌ و احتج بعض أصحابنا لاشتراط بما رواه ابن أبي شيبةٌ عن أبي رزين رضى الله تعالى و عبدالرزاقٌ عن عائشة رضى الله تعالى عنها كلاهما عن النبي ﷺ في الصيد يتوارى عن صاحبه "لعل هوام الأرض قتلته" فلا حجة فيه لأن هذا إذا رأى فيه أثر سبع أو غيره أما إذا لم يرفيه أثر شيء فلا كما يدل عليه الروايات عن عدى رضى الله تعالى عنه فلا دليل فيه على اشتراط الطلب فالمعول عليه في هذا الباب هو ما قلنا اه. (٤) أخرج مسلمٌ في الصيد و الذبائح باب الصيد بالكلاب المعلمة و الرمى ص ١٤٧ ج ٢. (٥) كل ما أصميت الخ. رواه البيهقيّ في الصيد و الذبائح باب الارسال على الصيد يتوارى عنك ثم تجده مقتولا ص ٢٤١ ج ٩. (٦) قال أى الزمخشري في الفائق مادة صمأ ص ٢٦٢ ج ٢.

و إن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل لما روى عن النبى ﷺ أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي و قال لعل هوام الأرض قتلته

فقال ﷺ دعوه فسيأتى صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتى يا رسول الله و أنا فى طلبها و قد جعلتها لك فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر رضى الله تعالى عنه فقسمها بين الرفاق قلت هذا الحديث أخرجه (١) البيهقىؒ فى سننه من حديث حماد بن زيد حدثنا يحيى بن سعيد عن محمد بن ابراهيم عن عيسى بن طلحة عن عمير بن سلمة الضمرى رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ خرج حتى أتى الروحاء رأى حمارا عقيرا فقيل يا رسول الله هذا حمار عقير قال رسول الله ﷺ دعوه فان الذى أصابه سيجىء فجاء رجل من بهز قال يا رسول الله إنى أصبت هذا فشأنكم به فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر رضى الله تعالى عنه فقسمه بين الرفاق ثم سار حتى إذا كان بالأثاية بين العرج و الرويثة إذا ظبى واقف فى ظل فيه سهم فأمر رسول الله ﷺ رجلا أن يقيم عنده حتى يجىء آخر الناس لا يعرض له و قال الذهبىؒ فى مختصره خرجه النسائىؒ من حديث بكر هو ابن مضر عن ابن الهاد عن محمد به و أخرج (٢) البيهقىؒ من حديث عبد الوهاب الثقفى قال سمعت يحيى بن سعيد يقول أخبرنى محمد بن ابراهيم عن عيسى بن طلحة أن عمير بن سلمة أخبره عن البهزى رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ خرج و هو محرم حتى إذا كان ببعض أفناء الروحاء إذا حمار وحش عقير فذكره القوم لرسول الله ﷺ قال و ذكر الحديث قوله الاثاية بضم الهمزة بعدها ثاء مثلثة مخففة و بعد الألف ياء آخر الحروف و قال البكرى هى محددة فى رسم الرويثة و الرويثة بضم الراء و فتح الواو و سكون الياء آخر الحروف و فتح الثاء المثلثة قال البكرى هى قرية جامعة من كورة العقيق بينها و بين المدينة سبعة عشر فرسخا و بينها و بين العرج ثلاثة أميال و العرج بالعين المهملة و سكون الراء و هى قرية جامعة بينها و بين الرويثة أربعة عشر ميلا (و إن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل) و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية يؤكل إذا غاب نهارا و عن مالك رحمه الله تعالى إن وجده فى يومه يحل و بعده لا و عن أحمد رحمه الله تعالى فى رواية أنه يحل بعده أيضا و به قال بعض أصحاب الظاهرؒ (لما روى عن النبى ﷺ أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي و قال لعل هوام الأرض قتلته) هذا الحديث روى مرسلا و مسندا فالمسند رواه (٣) ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه حدثنا ابن أبى نمير و يحيى بن آدم عن سفيان عن موسى بن أبى عائشة عن عبد الله بن أبى رزين عن أبيه عن النبى ﷺ فى الصيد يتوارى

(١)أخرجه البيهقىؒ فى الباب المذكور آنفا. (٢)أخرج البيهقىؒ فى الباب المذكور آنفا. (٣)رواه ابن أبى شيبةؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص ٣١٤ ج ٤.

و لأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا إلا أنا أسقطنا اعتباره

عن صاحبه قال لعل هوام الأرض قتلته و كذلك رواه الطبرانيؒ في معجمه و رواه ابن أبي شيبةؒ أيضا حدثنا جرير بن عبد الحميد عن موسى بن أبي عائشة عن أبي رزين فذكره و رواه كذلك أبو داودؒ في مراسيله و من جهة أبي داودؒ ذكره عبدالحقؒ في أحكامه و أعله بالإرسال و أقره ابن القطانؒ عليه و روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها أيضا مسندا أخرجه (١) عبدالرزاقؒ في مصنفه حدثنا سفيان بن عيينة عن عبدالكريم بن أبي المخارق عن قيس بن اسلم عن الحسن ابن محمد بن علي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن رجلا أتى النبي ﷺ بظبي قد أصابه بالأمس و هو ميت فقال يا رسول الله عرفت فيه سهمي و قد رميته بالأمس فقال لو أعلم أن سهمك قتله أكلته و لكن لا أدري هوام الليل كثيرة و ابن أبي المخارق واه و أما المرسل فرواه (٢) أبو داودؒ في مراسيله عن عطاء بن السائب عن الشعبي أن أعرابيا أهدى إلى النبي ﷺ ظبيا فقال من أين أصبت هذا قال رميته فطلبته فأعجزني حت أدركني المساء فرجعت فلما أصبحت اتبعت أثره فوجدته في غار و هذا مشقصي فيه أعرفه قال بات عنك ليلة فلا آمن أن تكون هامة أعانتك عليه لا حاجة لي فيه و روى (٣) عبدالرزاقؒ في مصنفه أخبرنا عبد الكريم الجزري عن زياد بن أبي مريم قال أتى رجل إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ﷺ رميت صيدا فتغيب عني ليلة فقال النبي ﷺ إن هوام الليل كثيرة (و لأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكل لأن الموهوم في هذا) أي في باب الصيد (كالمتحقق) في حق الحل و الحرمة (لما روينا) أشار به إلى قوله ﷺ لعل هوام الأرض قتلته و قال الكاكيؒ في قوله لأن الموهوم في هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى إن الموهوم لا يعارض المتحقق قلت لم يذكر المصنفؒ خلاف الشافعي رحمه الله تعالى في الكتاب و إنما ذكره الشراح فكيف يكون هذا جوابا عن قول من لم يذكره فان قيل هذا الاحتمال باق إذا كان في طلبه أيضا أجاب عنه بقوله (إلا أنا (٤) أسقطنا اعتباره) أي اعتبار

(١) أخرجه عبدالرزاقؒ في المناسك باب الصيد يغيب مقتله ص ٤٦١ ج ٤. (٢) فرواه أبو داودؒ الخ. كذا في نصب الراية ص ٣١٥ ج ٤. (٣) روى عبدالرزاقؒ في المناسك باب الصيد يغيب مقتله ص ٤٦٠ ج ٤. (٤) إلا أنا أسقطنا الخ. فان قيل يكون في إسقاط إعتباره تخصيص العلة إذ العلة منصوصة و هو قوله عليه الصلاة و السلام لعل هوام الأرض قتلته و تخصيص العلة لا يجوز قلنا هذا ليس بتخصيص العلة بل هذا تخصيص النص و إنه جائز و لأنا نقول العلة إنما تكون علة عند تعريته عن الحرج العظيم و في اعتباره حرج عظيم فلا تكون العلة متحققة فلا يكون تخصيص العلة كفاية.

ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه و لا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله و الذى رويناه حجة على مالك رحمه الله تعالى في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لم يحل (١) و لو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام و الجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه. قال و إذا رمى صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه

الموهوم (ما دام في طلبه) أى ما دام الصياد في طلب الصيد (ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه) أى لأجل ضرورة أن الاصطياد لا يخلو عن التغيب عن بصره خصوصا في المشاجر و البرارى و الطير بعد ما أصابه السهم يتحامل و يطير حتى يغيب عن بصره فيسقط اعتباره ضرورة إذا كان في طلبه لأن الطالب كالواجد و لو اعتبرنا هذا لزم افساد هذا الباب (و لا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار) أى تغيب و اختفاء (يكون بسبب عمله) أى بسبب عمل الصياد و إمكان التحرز هو أن يتبع أثره و لا يشتغل بعمل آخر (و الذى رويناه) و هو أنه عليه الصلاة و السلام كره أكل الصيد إذا غاب (حجة على مالك رحمه الله تعالى في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لا يحل) و وجه كون ما رويناه حجة عليه أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي فإن قلت إن كان هذا حجة عليه فقوله عليه الصلاة و السلام لعل هوام الأرض قتلته حجة له لأنه ﷺ قاله لمن حال بينه و بين الصيد ظلمة الليل قلت الأصل أن خصوص السبب غير معتبر و احتمال قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما (و لو وجد به) أى بالصيد (جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه) إذ يتصور خلو الاصطياد عنه فاجتمع فيه وجود موجب الحل و موجب الحرمة فيغلب المحرم احتياطا مع أن الموهوم كالمتحقق في هذا الباب (فاعتبر محرما) أى فاعتبر الموهوم محرما للصيد كالمتحقق كما ذكرنا (بخلاف وهم الهوام) لأن الاحتراز عنه غير ممكن لأن الصيد لا بد أن يقع على الأرض و الأرض لا تخلو عن الهوام فسقط اعتبار هذا الوهم فلا يجعل محرما إذا لم يقعد عن الطلب (و الجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه) يعنى إذا أرسل الكلب المعلم أو البازى المعلم على الصيد فجرحه فغاب ثم وجده ميتا فإن كان لم يقعد عن طلبه حل إذا لم يكن به جراحة أخرى فان قعد عن طلبه أو كان به جراحة أخرى لا يحل. (قال) أى القدورىؒ في مختصره (و إذا رمى صيدا فوقع) أى الصيد (في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه) أى تدحرج من

(١) لم يحل. ن. لا يحل.

إلى الأرض لم يؤكل لأنه المتردية و هى (١) حرام بالنص و لأنه احتمل الموت بغير الرمى إذ الماء مهلك و كذا السقوط من عل يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة السلام لعدى رضى الله تعالى عنه و إن وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل فإنك لا تدرى أن الماء قتله أو سهمك و إن وقع على الأرض ابتداء أكل

السطح أو الجبل (إلى الأرض لم يؤكل) أى هذا الصيد قيد بقوله ثم تردى منه إلى الارض لأنه لو وقع على الجبل أو السطح ابتداء و استقر عليه و لم يتزد يحل بلا خلاف و هذا أيضا إذا تردى و لم يقع الجرح مهلكا فى الحال أما لو وقع الجرح مهلكا و بقى فيه من الحياة قدر ما فى المذبوح فوقع فى الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض يحل أيضا كما يجىء (لأنه المتردية و هو حرام بالنص) و هو قوله سبحانه و تعالى حرمت (٢) عليكم الميتة و الدم و لحم الخنزير و ما أهل لغير الله به و المنخنقة و الموقوذة و المتردية و النطيحة الآية (و لأنه احتمل الموت بغير الرمى إذ الماء مهلك) لأنه اجتمع فيه سبب الحرمة و الإباحة فيغلب جانب الحرمة احتياطا (و كذا السقوط من عل) أى و كذا سقوط الصيد من مكان عال مهلك فلما اجتمع فيه سبب الحرمة و الاباحة يغلب جانب الحرمة احتياطا فلا يوكل هذا الصيد و قوله عل فيه ثمان لغات ذكرها (٣) الجوهرىؒ و غيره يقال أتيته من عل بكسر اللام الدار و من علا و من عل بضم اللام و من عال و من معال بضم الميم و من علو بضم الواو و فتحها و كسرها (يؤيد ذلك) أى قولنا لم يؤكل يعنى يريد به الحرمة (قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ (لعدى رضى الله تعالى عنه و إن وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل فانك لا تدرى أن الماء قتله أو سهمك) هذا الحديث أخرجه (٤) البخارىؒ و مسلمؒ عن عدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه قال سألت رسول الله ﷺ عن الصيد قال إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله فان وجدته قد قتل فكل إلا أن تجده قد وقع فى الماء فانك لا تدرى الماء قتلته أو سهمك انتهى و الرمية (٥) بفتح الراء و كسر الميم و تشديد الياء آخر الحروف ما يرمى من الحيوان ذكرا كان أو أنثى (و إن وقع على الأرض ابتداء أكل) هذا لفظ القدورىؒ يعنى رمى صيدا على رأس الجبل أو على شجر أو فى الهواء فوقع على

(١)هى. ن. هو. (٢)حرمت الآية. المائدة: ٤. (٣)ذكرها الجوهرىؒ فى الصحاح و مثله فى لسان العرب و فيه لغتان أخريان أحدهما علو بضم اللام و سكون الواو و الثانى على بياء ساكنة فهذه عشر لغات. (٤)أخرجه البخارىؒ فى الذبائح و الصيد باب الصيد إذا غاب عنه يومين أو ثلاثة ص ٨٢٤ ج ٢ و مسلمؒ فى الصيد و الذبائح باب الصيد بالكلاب المعلمة و الرمى ص ١٤٦ ج ٢ و اللفظ له. (٥)الرمية الخ. كذا فى المغرب مادة رمى.

لأنه لا يمكن الاحتراز عنه و في اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لأنه يمكن التحرز عنه فصار الأصل أن سبب الحرمة و الحل إذا اجتمعا و أمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا و إن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه و هو على جبل فتردى من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوبٍ أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الأشياء قتله و مما لا يمكن الإحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه

الأرض و مات حل و به قال (١) الشافعي و أحمد و أبو ثور رحمهم الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى لا يحل إلا أن تكون الجراحة مهلكة أو يموت قبل سقوطه لقوله سبحانه و تعالى و المتردية و لأنه اجتمع المحرم و المبيح فيغلب المحرم كما في غرقه في الماء قلت إنه صيد مات بالإصابة (لأنه لا يمكن الاحتراز عنه) أي عن سقوطه و وقوعه على الأرض (و في اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم) و هو ما إذا وقع على جبل و نحوه ثم تردى إلى الأرض (لأنه يمكن التحرز عنه) أي عن وقوعه على سطح أو جبل أو نحوهما (فصار الأصل) في هذا الباب (أن سبب الحرمة و الحل إذا اجتمعا و أمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا و إن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده) أي وجود سبب الحرمة (مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الوسع) و الطاقة و تكليف ما لا يسعه لا يحسن من حكيم (فمما يمكن التحرز عنه) هذا فرع على الأصل المذكور فلذلك ذكر بالفاء أي فمن القبيل الذي يجتمع فيه سبب الحرمة و الحل و يمكن التحرز عن سبب الحرمة (إذا وقع) أي الصيد (على شجر أو حائط أو آجرة) منصوبة على الأرض و هي الطين المحروق بالنار (ثم وقع على الأرض) أي ثم وقع الصيد من الأشياء المذكورة على الأرض (أو رماه و هو على جبل) أي رمى الصيد و الحال أنه على جبل (فتردى من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة) ففي هذه الأشياء كلها لا يؤكل (لاحتمال أن حد هذه الأشياء قتله) فهذا سبب الحرمة و رميه سبب الإباحة فاجتمع السببان و التحرز ممكن فيغلب سبب الحرمة على سبب الإباحة فحرم (و مما لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه) أشار

---

(١) و به قال الشافعيّ الخ. كذا في المغني لابن قدامةّ ص ٢٢ ج ١١.

أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها لأن وقوعه عليه و على الأرض سواء و ذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر و صححه الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى و حمل مطلق المروى في الأصل على غير حالة الإنشقاق و حمله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك و حمل المروى في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليها و ذلك عفو و هذا أصح

به إلى قوله و إن وقع على الأرض ابتداء أكل لأنه لا يمكن الاحتراز عنه (أو على ما هو في معناه) أي وقع على ما هو في معنى الأرض (كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها لأن وقوعه عليه و على الأرض سواء) أي وقوع الصيد على أحد الأشياء المذكورة و وقوعه على الأرض سواء إذا استقر و قيد به لأنه إذا لم يستقر بل وقع من الجبل على الأرض و نحو ذلك فإنه لا يحل كما مر (و ذكر في المنتقى) أراد بذلك الإشارة إلى وقوع الاختلاف بين رواية الأصل و هي قوله أي صخرة فاستقر عليها و بين رواية المنتقى (لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر) و هذا يخالف ما في الأصل لأنه في الأصل لم يفصل بين انشق بطنه أو لم ينشق (و صححه الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى) أي صحح الحاكم الشهيدؒ ما ذكره في المنتقى (و حمل مطلق المروى في الأصل) أي المبسوط من قوله فاستقر عليها (على غير حالة الانشقاق و حمله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى) أي حمل شمس الأئمة السرخسيؒ ما روى في المنتقى (على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك و حمل المروى في الأصل) أي المبسوط (على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليها) أي على الأرض (و ذلك عفو) كما إذا وقع على الأرض و انشق بطنه و في الجملة فليس في المسألة روايتان (و هذا أصح) أي ما فعله شمس الأئمة رحمه الله تعالى أصح لأن المذكور في الأصل مطلق فيجرى على إطلاقه و حمله على غير حالة الإنشقاق يحوج إلى الفرق بين الجبل و الأرض في الانشقاق فإنه لو انشق بوقوعه على الأرض أكل و قد ذكر أنه في معناه و قال الكرخيؒ في مختصره لو وقع على حرف آجرة في الأرض أو حرف حجر ثم وقع على الأرض لم يؤكل لأنه قد شرك السقوط غيره و لو كانت الآجرة مبطوحة على الأرض فوقع عليها ثم مات أكل و ذلك لأن الآجرة المبطوحة كالأرض المرفوعة فوقوعه عليها كوقوعه على الأرض و لو وقع على جبل فاستقر عليه أكل و

و إن كان الطير مائيا فإن كانت الجراحة لا تنغمس (١) فى الماء أكل و إن انغمست لا يؤكل كما إذا وقع في الماء. قال و ما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل و إن جرحه يؤكل

ذلك لأن استقراره على الجبل كاستقراره على الأرض و لو سقط من الرمية فى ماء فمات لا يؤكل و لا أعلم فى هذا خلافا لأنه قد يجوز أن يكون خنق بالماء و قال بشرؒ و على بن الجعدؒ عن أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا رمى رجل صيدا و هو فى السماء بنشابه و سمى فأصابه فوقع على الأرض فمات أكل و ليس هذا بمتردى و كذلك لو كان على جدار أو حائط أو رأس جبل فوقع منها علىٰ الأرض و لكن المتردى الذى لا يؤكل أن يقع فوق شيء من السماء أو من موضع فوقه ثم وقع من ذلك الموضع إلى موضع آخر فهذا لا يؤكل و هو المتردد إلى هنا لفظ الكرخىؒ و قال القدورىؒ و هذا صحيح لأن المتردى هو المتردد و لكن لما اجتمع الحرفان قلبوا أحدهما ياء كما فى قولهم تقضى البازى و إنما هو تقضض و المتردد هو أن يقع على شيء ثم منه على شيء قال القدورىؒ ذكر فى المنتقى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى قال و لو رمى صيدا على قلة جبل و أثخنه حتى لا يتحرك و لم يستطع أن يأخذه فرماه فقتله و وقع لم يأكله و ذلك لأنه خرج من حيز الامتناع بالرمى الأول فصار الرمى الثانى إلى غير ممتنع فلا يؤكل (و إن كان الطير مائيا) يعنى إذا رمى طيرا الذى يعيش فى الماء فوقع فى الماء و هو مجروح و مات (فان كانت الجراحة لم تنغمس فى الماء أكل (٢)) أى الصيد (و إن انغمست) أى الجراحة فى الماء (لا يؤكل) أى الصيد لاحتمال الموت بالماء و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و إن كانت الجراحة غير مهلكة يحل عند الشافعى و مالك رحمهما الله تعالى (كما إذا وقع فى الماء) أى كما إذا وقع غير المائى فى الماء و مات لا يحل لاحتمال الموت بسبب الماء. (قال) أى القدورىؒ (و ما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل و إن جرحه يؤكل) المعراض بالكسر (٣) سهم يرمى به بلا ريش و لا نصل يمضى عرضا فيصيب بعرض العود لا بحده و فى مجمل اللغة المعراض سهم طويل له أربع

(١)لا تنغمس. ن. لم تنغمس. (٢)أكل الخ. و فى الخانية إن وقع أى الصيد فى ماء فمات لا يؤكل لعل أن وقوعه فى الماء قتله و يستوى فى ذلك طير الماء لأن طير الماء إنما يعيش فى الماء غير مجروح اه و نقله فى الذخيرة عن السرخسىؒ ثم قال فليتأمل عند الفتوى و تمامه فى الشرنبلالية شامى يمكن حمل ما فى الخانية على ما إذا انغمس جرحه رافعى. (٣) المعراض الخ. كذا فى لسان العرب و فى تاج العروس: المعراض (كمحراب سهم) يرمى به (بلا ريش) و لا نصل قاله الاصمعى و قال غيره هو من عيدان (دقيق الطرفين غليظ الوسط) كهيئة العود الذى يحلج به القطن فاذا رمى به الرامى ذهب مستويا و (يصيب بعرضه دون حده) و ربما كانت أصابته بوسطه الغليظ فكسر ما أصابه و هشمه فكان كالموقوذة و إن قرب الصيد منه أصابه بموضع النصل منه فجرحه اه.

لقوله عليه الصلاة و السلام فيه ما أصاب بحده فكل و ما أصاب بعرضه فلا تأكل و لأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه. قال و لا يؤكل ما أصابته (١) البندقة فمات بها لأنها تدق و تكسر و لا تجرح فصار كالمعراض إذا لم يخزق

قذذ إذا رمى يصيب بعرضه (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (فيه) أى فى باب المعراض (ما أصاب بحده فكل و ما أصاب بعرضه فلا تأكل) هذا الحديث رواه (٢) الجماعة رحمهم الله تعالى فى كتبهم عن عدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه قال سألت رسول الله ﷺ عن المعراض فقال إذا أصبت بحده فكل و إذا أصاب بعرضه فقتل فانه وقيذ فلا تأكل (و لأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه) أشار به إلى ما ذكره فى الفصل الأول و لا بد من الجرح فى ظاهر الرواية لأنه إذا لم يجرح يتمزق بإصابة عرض المعراض و يكون ذلك الرمى دقا و كسرا لا جرحا و بضعا و ذكاة الاضطرار هى الجرح أو البضع. (قال) أى القدورىؒ (و لا يؤكل (٣) ما أصابه البندقة فمات بها) أى بالبندقة و البندقة (٤) بضم الباء الموحدة و سكون النون طينة مدورة يرمى بها و يقال لها الجلاهق (لأنها تدق و تكسر و لا تجرح فصار كالمعراض إذا لم يخزق) بالخاء و الزاى المعجمتين يقال خزق (٥) المعراض إذا نفذ و بالراء المهملة تصحيف و فى المبسوط بالزاى يستعمل فى الحيوان و بالراء المهملة فى الثوب و الأصل فيه ما روى عن عدى رضى الله تعالى عنه قال قلت إنا نرمى بالمعراض قال أى رسول الله ﷺ كل ما خزق بالزاى و ما أصاب بعرضه

(١)أصابته. ن. أصابه. (٢)رواه الجماعةؒ الخ. قلت رواه البخارىؒ فى الذبائح و الصيد باب صيد المعراض ص٨٤٣ ج٢ و باب إذا وجد مع الصيد كلبا آخر ص٨٢٤ ج٢ و مسلمؒ فى الصيد باب الصيد بالكلاب المعلمة و الرمى ص١٤٥ ج٢ و أبو داودؒ فى الصيد باب فى الصيد ص٣٨ ج٢ و الترمذىؒ فى الصيد باب ما جآء فى صيد المعراض ص١٧٨ ج١ و النسائىؒ فى الصيد (باب) ما أصاب بعرض المعراض و (باب) ما أصاب بحد من صيد المعراض ص١٩٦ ج٢ و ابن ماجةؒ فى الصيد باب صيد المعراض ص٢٣٩. (٣)لا يؤكل الخ. و فى الصحيح للبخارىؒ فى كتاب الذبائح و الصيد باب صيد المعراض (ص٨٢٣ ج٢): قال ابن عمر رضى الله تعالى عنهما فى المقتولة بالبندقة تلك الموقوذة و كرهه (أى أكل مقتولة البندقة) سالم و القاسم و مجاهد و ابراهيم و عطاء و الحسن رحمهم الله تعالى اه. و فى العمدة: قال ابن المنذرؒ و ممن روينا عنه أنه كره صيد البندقة ابن عمر رضى الله تعالى عنهما و النخعى و مالك و الثورى و الشافعى و احمد و اسحاق و أبو ثور رحمهم الله تعالى اه. (٤)البندقة الخ. كذا فى المغرب و فى العمدة: البندقة بضم الباء الموحدة و سكون النون طينة مدورة مجففة يرمى بها عن الجلاهق و هو بضم الجيم و تخفيف اللام و كسر الهاء و بالقاف اسم لقوس البندقة اه. و فى الصحاح للجوهرىؒ: الجلاهق البندق و منه قوس الجلاهق و أصله بالفارسية جله (بضم الجيم و فتح اللام و سكون الهاء) و هى كبة غزل و الكثير (أى جمعه بالفارسية) جلها (بضم الجيم و سكون اللام) و بها سمى الحائك اه. و فى تاج العروس: قال الليثؒ جلاهق دخيل و قال النضرؒ الجلاهق الطين المدملق المدور و جلاهقة واحدة و جلاهقتان و يقال جهلقت جلاهق قدم الهاء و أخر اللام اه. (٥)خزق الخ. كذا فى المغرب.

و كذلك إن رماه بحجر و كذلك إن جرحه قالوا تأويله إذا كان ثقيلا و به حدة لاحتمال أنه قتله بثقله و إن كان الحجر خفيفا و به حدة يحل لتعين الموت بالجرح و لو كان الحجر خفيفا و جعله طويلا كالسهم و به حدة فإنه يحل لأنه يقتله بجرحه

فلا تأكل متفق (١) عليه و هو قول أكثر أهل (٢) العلم و قال (٣) الأوزاعيؒ و أهل الشام يباح ما قتله بحده و عرضه و قال ابن عمر رضى الله تعالى عنهما كلاهما موقوذة و به قال الحسنؒ و لا خلاف فى سائر آلات الجراحة أنها إن قتلته بعرضها و لم تجرح لا تحل و إن جرحت تحل و لأنها إذا لم تجرح فإنها تقتل بثقلها فأشبهت ما أصاب بعرض المعراض و قال الحاكم الشهيدؒ فى مختصر الكافى و لا يحل صيد البندقة و الحجر و المعراض والعصى و ما أشبه ذلك و إن جرح لأنه لا يخزق إلا أن يكون شيء من ذلك قد حدده و طوله كالسهم انتهى و ذكر فخر الإسلامؒ فى شرح الزيادات فى باب الصيد و يحل أكله إذا رمى فأصاب غيره لأن الحجر و البندقة إذا جرح حل و كذا المعراض (و كذلك) أى لا يوكل (إن رماه بحجر و كذلك) أى لا يوكل (إن جرحه) يعنى إذا رماه بحجر فجرحه و هذا من مسائل الأصل ذكره تفريعا لأن الحجر يمزق و لا يقطع إذا لم يكن له حد فيكون كالمعراض إذا أصاب بعرضه (قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (تأويله) أى تأويل ما ذكره محمد رحمه الله تعالى فى الأصل (إذا كان ثقيلا) أى إذا كان الحجر ثقيلا (و به حدة) أى و بالحجر حدة لا يحل الصيد (لاحتمال أنه قتله بثقله) أى أن الحجر قتل الصيد بثقله (و إن كان الحجر خفيفا و به حدة يحل) أى الصيد (لتعين الموت بالجرح و لو كان الحجر خفيفا و جعله طويلا كالسهم و به حدة فانه يحل لأنه يقتله بجرحه) قال الاتقانىؒ و إن مات بالجرح فان كان الجرح مدميا فانه يحل بلا خلاف و إن جرح و لم يدم اختلف المشايخؒ فيه قال بعضهم لا يحل لقوله ﷺ ما أنهر الدم و أفرى الأوداج فكل شرط الإنهار و هذا ضعيف عندى لأنه كما شرط الإنهار شرط فرى الأوداج أيضا و فى ذكارة الإضطرار لم يشترط فرى الأوداج فكذلك لا يشترط الإنهار و قال بعضهم يحل صغيرة كانت الجراحة أو كبيرة و هو الأصح عندى لأن

(١)متفق عليه. قلت أخرج البخارىؒ فى الذبائح و الصيد باب ما أصاب المعراض بعرضه ص٨٢٣ج٢ و مسلمؒ فى الصيد باب الصيد بالكلاب المعلمة و الرمى ص١٤٥ ج٢. (٢)أكثر أهل العلم منهم على و عثمان و عمار و ابن عباس رضى الله تعالى عنهم و النخعى و الحكم و مالك و الثورى و الشافعى و أبو حنيفة و اسحاق و أبو ثور رحمهم الله تعالى كما فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص٢٦ ج١١. (٣)قال الأوزاعىؒ الخ. كذا فى المغنى و فى العمدة: قال الشعبى و ابن جبير رحمهما الله تعالى يؤكل إذا خزق و بلغ المقاتل و قال ابن بطالؒ و ذهب الاوزاعى و مكحول و فقهاء الشام رحمهم الله تعالى إلى جواز أكل ما قتل بالمعراض خزقه أو لم يخزق و كان أبو الدرداء و فضالة بن عبيد رضى الله تعالى عنهما لا يريان به بأسا اه.

و لو رماه بمروة حديدة و لم تبضع بضعا لا يحل لأنه قتله دقا و كذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أو لعله مات قبل قطع الأوداج و لو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لأنه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم إلا إذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لأنه بمنزلة السيف و الرمح و الأصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافا إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالا و إذا كان مضافا إلى الثقل بيقين كان حراما و إن وقع الشك و لا يدرى مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا

أصل الجرح كاف في ذكاة الاضطرار و قال بعضهم يحل إذا كانت الجراحة صغيرة يشترط الإدماء و إن كانت كبيرة تحل بلا إدماء لأنها إذا كانت صغيرة فعدم خروج الدم يدل على ضيق المنفذ لا على عدم الدم في الحيوان و خروج الدم عند وجود الدم شرط للاباحة و إن كانت كبيرة لا يكون عدم الخروج لضيق المنفذ بل لعدم الدم فيه أصلا كما إذا علفه ورق العناب فاحتبس دمه و خروج الدم حال عدمه فيما ليس بشرط للاباحة (و لو رماه بمروة حديدة) أي و لو رمى الصيد بمروة حادة و المروة حجر رقيق أبيض كالسكين يذبح به (و لم تبضع بضعا) أي و لم تقطع قطعا من البضع و هو القطع (لا يحل لأنه قتله دقا) فصار كالوقيذ (و كذا إذا رماه بها) أي و كذا لا يحل إذا رمى الصيد بمروة (فأبان رأسه أو قطع أوداجه لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أو لعله مات قبل قطع الأوداج) و قد مر أن جانب الحرمة يغلب على جانب الإباحة عند الشك احتياطيا (و لو رماه بعصا) أي و لو رمى صيدا بعصا (أو بعود) و هو غصن شجرة (حتى قتله لا يحل لأنه يقتله ثقلا لا جرحا) و الجرح شرط (اللهم) أصله يا الله فلما حذف حرف النداء عوض عنه الميم و لهذا لا يقال يا اللهم حتى لا يجتمع العوض و المعوض عنه و استعماله في الكلام على ثلاثة أنحاء الأول النداء المحض نحو اللهم أثبنا و الثاني أن يذكرها المجيب تمكينا للجواب في نفس السامع كأن يقول لك القائل أ زيد قائم فتقول له اللهم نعم أو اللهم لا و الثالث أنه يؤتى به قبل الاستثناء إذا كان المستثنى عزيزا نادرا إستظهارا بمشيئة الله سبحانه و تعالى (إلا إذا كان له) أي للعصا أو العود (حدة يبضع بضعا) أي يقطع قطعا (فحينئذ لا بأس به لأنه بمنزلة السيف و الرمح و الأصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافا إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالا و إذا كان مضافا إلى الثقل بيقين كان حراما و إن وقع الشك و لا يدرى مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا) أي لأجل الاحتياط و هذا كله واضح

و إن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل و إن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لأنه قتله دقا و الحديد و غيره فيه سواء و لو رماه فجرحه و مات بالجرح إن كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق و إن لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لأن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم و عند بعضهم يشترط الإدماء لقوله عليه الصلاة و السلام ما أنهر الدم و أفرى الأوداج فكل شرط الإنهار و عند بعضهم إن كانت كبيرة حل بدون الإدماء و إن كانت صغيرة لا بد من الادماء و لو ذبح شاة و لم يسل منه الدم قيل لا تحل و قيل تحل و وجه القولين دخل فيما ذكرناه

(و إن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل) لوجود القتل بحدة الآلة و وجود الجرح (و إن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف) بفتح الميم و سكون القاف و كسر الباء الموحدة حيث يقبض عليه بمجمع الكف (لا يحل لأنه قتله دقا) لا جرحا (و الحديد وغيره فيه) أى فى القتل بالثقل (سواء) حتى لو ضربه بقطعة حديد فقطعه بثقلها لا يحل و فى الشامل أخذ عودا و حدده إن أصاب بحده يحل و إلا فلا فعلم أن العبرة للحد (و لو رماه فجرحه و مات بالجرح) أى و لو رمى الصيد بقفا السكين أو بمقبض السيف أو بالحديد و نحو ذلك فجرحه و مات بسبب الجرح (إن كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق و إن لم يكن مدميا فكذلك) أى يحل (عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لأن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم و عند بعضهم يشترط الإدماء لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (ما أنهر الدم و أفرى الأوداج فكل) قد مر الكلام فى هذا الحديث مستوفى فى الذبائح قوله أنهر من الإنهار و هو الإسالة و أفرى بالفاء أى قطع و الأوداج جمع ودج و المراد به الودجين و المروى بطريق التغليب (شرط الإنهار) أى شرط النبى ﷺ إنهار الدم و هو إسالته فما لم يسل لم يحل (و عند بعضهم إن كانت) أى الجراحة (كبيرة حل بدون الإدماء و إن كانت) أى الجراحة (صغيرة لا بد من الإدماء) لأنها إن كانت صغيرة فعدم الجرح لضيق المنفذ لا لعدم الدم بخلاف ما إذا كانت كبيرة و هذا ظاهر (و لو ذبح شاة و لم يسل منه الدم قيل لا تحل) و هو قول أبى القاسم الصفارؒ (و قيل تحل) و هو قول أبى بكر الإسكافؒ (و وجه القولين) أراد بالقولين قول أبى القاسم الصفارؒ و قول أبى بكر الإسكافؒ (دخل فيما ذكرناه) و هو قوله و إن لم يكن مدميا الخ فإن الصفارؒ يشترط الإنهار لأن الذكاة لا تحل بدون نزول الدم النجس و أبو بكر الاسكافؒ لا يشترطه لوجود فعل

و إذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فإن أدماه حل و إلا فلا و هذا يؤيد بعض ما ذكرناه. قال و إذا رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد لما بيناه و لا يؤكل العضو و قال الشافعي رحمه الله تعالى أكلا إن مات الصيد منه لأنه مبان بذكاة الإضطرار فيحل المبان و المبان منه كما إذا أبين الرأس بذكاة الإختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما أبين بالذكاة و لنا قوله عليه الصلاة و السلام ما أبين من الحي فهو ميت

الذكاة و هو قطع الأوداج و قد يمتنع خروج الدم بحابس يحبسه كما إذا أكلت الشاة ورق العناب و في الذخيرة ذبح شاة فتحركت و خرج منها دم مسفوح حلت لوجود علامة الحياة فيها فإن خرج دم مسفوح و لم تتحرك أو تحركت و لم يخرج منها دم فكذلك لأن علامة الحياة أحد الأمرين و هذا إذا لم يعلم حياتها وقت الذبح أما إذا علم حلت و إن لم تتحرك و لم يخرج منها الدم أصلا (و إذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فإن أدماه حل و إلا فلا) يعني و إن لم يدمه لم تحل (و هذا يؤيد بعض ما ذكرناه) أي هذا الذي ذكرناه يؤيد قول أبي القاسم الصفارؒ فإنه يشترط سيلان الدم للحل. (قال) أي القدوريؒ (و إذا رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد) لوجود الجرح و هو المبيح في ذكاة الاضطرار (لما بيناه) أي لما بينا أن الرمي مع الجرح مبيح و قد وجد (و لا يؤكل العضو) أي العضو المبان عندنا إذا كان الصيد يمكنه أن يعيش بعد الإبانة و إن كان لا يعيش يؤكل المبان و المبان منه و به قال مالك رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى في رواية (و قال الشافعي رحمه الله تعالى أكلا) أي أكل المبان و المبان منه (إن مات الصيد منه) أي من هذا القطع و به قال أحمد في رواية و ابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى (لأنه). أي العضو (مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان و المبان منه كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت) يعني من القطع (لأنه) أي العضو (ما أبين بالذكاة) و ما أبين من الحي لا بسبب الذكاة فهو حرام (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (ما أبين من الحي فهو ميت) هذا الحديث أخرجه (١) جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم منهم أبو واقد الليثي رضي الله تعالى عنه أخرج (٢) حديثه أبو داودؒ و الترمذيؒ عن عبدالرحمن بن عبدالله بن دينار عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي واقد الليثي رضي الله تعالى عنه قال قال النبي ﷺ

---

(١) أخرجه جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم الخ. كذا في نصب الراية ص٣١٧ ج٤. (٢) أخرج حديثه أبو داودؒ في الصيد باب إذا قطع من الصيد قطعة ص٣٨ ج٢ و الترمذيؒ فيه باب ما جآء ما قطع من الحي فهو ميت ص١٧٩ ج١ و الدار قطنيؒ فيه ص٢٩٢ ج٤.

.....

ما قطع من البهيمة و هى حية فهى ميتة و لفظ الترمذىؒ أتم قال قدم النبى ﷺ المدينة و هم يجبون أسنمة الإبل و يقطعون أليات الغنم فقال ﷺ ما يقطع من البهيمة و هى حية فهو ميتة و قال حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث زيد بن أسلم و رواه أحمد و ابن أبى شيبة و إسحاق بن راهويه و الدارمى و أبو يعلى الموصلى رحمهم الله تعالى فى مسانيدهم و الطبرانىؒ فى معجمه و الدار قطنىؒ فى سننه فى آخر الضحايا و الحاكمؒ فى المستدرك فى الذبائح و قال حديث حسن صحيح على شرط البخارىؒ و مسلمؒ و لم يخرجاه و عبد الرحمن بن عبدالله بن دينار قال ابن معينؒ ضعيف و قال أبو حاتمؒ لا يحتج به و منهم عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما أخرج (١) حديثه ابن ماجةؒ فى سننه حدثنا يعقوب بن حميد بن كاسب ثنا معن بن عيسى عن هشام بن سعد عن زيد بن اسلم عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبى ﷺ قال ما قطع من البهيمة و هى حية فما قطع منها فهو ميتة و رواه البزارؒ فى مسنده حدثنا حميد بن الربيع ثنا معن بن عيسى به و كذلك رواه الدارقطنىؒ فى سننه و الحاكمؒ فى مستدركه وسكت عنه قال البزارؒ لا نعلمه يروى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما إلا من هذا الوجه قلت رواه الطبرانىؒ فى معجمه الوسط حدثنا محمود بن على المروزى حدثنا يحيى بن المغيرة حدثنا ابن نافع عن عاصم بن عمر عن عبدالله ابن دينار عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما مرفوعا نحوه و منهم أبو سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه الحاكمؒ فى المستدرك عن سليمان بن بلال عن زيد بن أسلم عن عطاء ابن يسار عن أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ سئل عن قطع أليات الغنم و جب أسنمة الإبل فقال ما قطع من حى فهو ميت و قال حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه و أخرجه أيضا عن المسور بن الصلت عن زيد بن أسلم به و سكت عنه و بهذا الاسناد رواه البزارؒ فى مسنده و قال هكذا رواه المسور بن الصلت مسندا و خالفه سليمان بن بلال فأرسله عن عطاء بن يسار عن النبى ﷺ لم يذكر أبا سعيد رضى الله تعالى عنه و لا نعلم أحدا قال فيه عن أبى سعيد رضى الله تعالى عنه إلا المسور بن الصلت و ليس بالحافظ انتهى و فيه نظر من وجهين أحدهما أن سليمان ابن بلال أسنده عن أبى سعيد رضى الله تعالى عنه كما تقدم عند الحاكم و لم أجده مرسلا إلا فى مصنف عبدالرزاقؒ أخرجه فى كتاب الحج حدثنا معمر عن زيد ابن أسلم قال كان أهل الجاهلية يقطعون أليات الغنم و أسنمة الابل فذكره الثانى قوله لا نعلم

(١) أخرج حديثه ابن ماجةؒ فى الصيد باب ما قطع من البهيمة و هى حية ص ٢٣٩ و الدار قطنىؒ فيه ص ٢٩٢ ج ٤.

ذكر الحى مطلقا فينصرف إلى الحى حقيقة و حكما و العضو المبان بهذه الصفة لأن المبان منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه و كذا حكما لأنه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة و لهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع فى الماء و فيه حياة بهذه الصفة يحرم و قوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم تقع (١) ذكاة لبقاء الروح فى الباقى و عند زواله لا تظهر فى المبان لعدم الحياة فيه

أحدا قال فيه عن أبى سعيد رضى الله تعالى عنه إلا المسور فقد تابع المسور عليه سليمان بن بلال كما تقدم و تابعه أيضا خارجة بن مصعب كما أخرجه الحافظ أبو نعيمؒ فى الحلية فى ترجمة يوسف بن أسباط عن خارجة بن مصعب عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال كل شىء قطع من الحى فهو ميت و قال تفرد به خارجة فيما أعلم و رواه كذلك ابن عدىؒ فى الكامل و ضعف خارجة عن البخارى و النسائى و أحمد و ابن معين و مشاه فقال يكتب فإنه يغلط و لا يتعمد و منهم تميم الدارى رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه الطبرانىؒ فى معجمه عن سفيان عن أبى بكر الهذلى عن شهر بن حوشب عن تميم الدارى رضى الله تعالى عنه قيل يا رسول الله إن أناسا يجبون أليات الغنم و هى أحياء قال ما أخذ من البهيمة و هى حية فهو ميتة و رواه ابن عدىؒ فى الكامل و ابن الهذلى اسمه سلمى بن عبدالله و لم يضعفه عن أحمد (ذكر الحى مطلقا فينصرف إلى الحى حقيقة و حكما) هذا بيان وجه الاستدلال و هو أنه ذكر الحى مطلقا و المطلق ينصرف إلى الكامل و الكامل هو الحى حقيقة و هو أن تكون الحياة فيه قائمة و حكما و هو أن يتوهم سلامته إذا أصابته آفة (و العضو المبان بهذه الصفة) يعنى أبين من الحى حقيقة و حكما (لأن المبانَ منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه و كذا حكما لأنه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة و لهذا) أى و لكونه حيا حكما (اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع فى الماء و فيه حياة بهذه الصفة يحرم) لجواز أن يكون موته بسبب وقوعه فى الماء (و قوله أبين بالذكاة) أى قول الشافعى رحمه الله تعالى فى تعليله أبين بالذكاة حيث قال لأنه مبان بذكاة الاضطرار ذكر هذا ليجيب عنه بقوله (قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة) تقريره سلمنا أن ما أبين بالذكاة يؤكل و لكن لا ذكاة ههنا لأن هذا الفعل و هو إبانة العضو حال وقوعه لم يقع ذكاة (لبقاء الروح فى الباقى) على وجه يمكن الحياة بعده إذ الفرض ذلك و الجرح يعتبر ذكاة إذا مات منه أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده و لهذا لو وجده و فيه من الحياة فوق ما فى المذبوح لا بد من ذبحه (و عند زواله) أى زوال الروح (لا تظهر فى المبان لعدم الحياة فيه) أى فى المبان

(١)لم تقع. ن. لم يقع.

و لا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الأصل أن المبان من الحى حقيقة و حكما لا يحل و المبان من الحى صورة لا حكما يحل و ذلك بأن يبقى فى المبان منه حياة بقدر ما يكون فى المذبوج فانه حياة صورة لا حكما و لهذا لو وقع فى الماء و به هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول إذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه مما يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان و يحل المبان منه لأنه يتوهم بقاء الحياة فى الباقى و لو قده بنصفين أو قطعه أثلاثا و الأكثر مما يلى العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان و المبان منه لأن

(و لا تبعية لزوالها بالانفصال) هذا جواب عما يقال فليكن ذكاة للمبان بتبعية الأكثر إذا مات من ذلك القطع تقريره أن يقال و لا تبعية يعنى الأقل يتبع الاكثر إذا لم ينفصل عنه و ههنا قد انفصل فزالت التبعية و قال الكاكىّ هذا جواب عن قول الشافعى رحمه الله تعالى و ما ذكره أوجه (فصار هذا (١) الحرف) أى النكتة (هو الأصل) أى الأمر الكلى (أن المبان من الحى حقيقة و حكما لا يحل و المبان من الحى صورة لا حكما يحل) ثم أشار إلى بيان ذلك بقوله (و ذلك بأن يبقى فى المبان منه حياة بقدر ما يكون فى المذبوح فانه حياة صورة لا حكما) أما صورة فلقيام الحياة فيه و أما أنه لا حكما فلأنه لم يتوهم سلامته بعد هذا القطع فحينئذ يحل المبان و المبان منه جميعا (و لهذا) أى و لأجل الحياة فيه صورة لا حكما (لو وقع فى الماء و به هذا القدر من الحياة) أى و الحال أن به حياة قدر ما يكون فى المذبوح (أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم) لأن الشرط فى الحرمة وجود الحياة حقيقة أو حكما و لم يوجد ههنا إلا حقيقة فقط (فتخرج عليه المسائل) أى فتخرج على الأصل المذكور المسائل الفقهية (فنقول إذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا) أى إذا قطع الرامى يد الصيد أو رجله أو فخذه (أو ثلثه) أى ثلث الصيد مما يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان و يحل المبان منه لأنه يتوهم بقاء الحياة فى الباقى) بعد هذا القطع و لا سيما فى قطع اليد أو الرجل فإنه ربما لا يموت و يصح منه (و لو قده (١) بنصفين) أى و لو شق الصيد نصفين (أو قطعه أثلاثا و الأكثر مما يلى العجز) أى و الحال أن أكثر الصيد مما يلى المؤخر (أو قطع (٢) نصف رأسه أو أكثر منه) أى من الرأس (يحل المبان و المبان منه لأن

(١)قده الخ. و فى القاموس: القد القطع المستأصل أو المستطيل أو الشق طويلا اه. و فى الشامية: وذكر فى الشرنبلالية أنه لم يبين كيفية القد فى كثير من الكتب ثم نقل عن الخانية و المبسوط إن قطعه نصفين طولا أكل أقول الظاهر أن الطول غير قيد هنا يدل عليه تعليل البدائع بقوله يؤكل لأنه وجد قطع الأوداج لكونها متصلة من القلب بالدماغ فأشبه الذبح و كذا لو قطع أقل من النصف مما يلى الرأس اه تأمل. (٢)أو قطع نصف رأسه أى طولا أو عرضا بدائع.

المبان منه حي صورة لا حكما إذ لا يتوم بقاء الحياة بعد هذا الجرح و الحديث و إن تناول السمك و ما أبين منه فهو ميت إلا أن ميتته حلال بالحديث الذى رويناه و لو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الأوداج و يكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع و إن ضربه من قبل القفا إن مات قبل قطع الأوداج لا يحل و إن لم يمت حتى قطع الأوداج حل و لو ضرب صيدا فقطع يدا أو رجلا و لم يبنه إن كان يتوهم الالتئام و الاندمال فإذا مات حل أكله لأنه

المبان منه حي صورة لا حكما إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح) لأن من المحال أن يعيش بعد شقه قطعتين أو قطعه أثلاثا و الأكثر مما يلى المؤخر و قيد به لأنه إذا قطعه أثلاثا و الأكثر مما يلى الرأس يتوهم فيه الحياة (و الحديث) و هو قوله ﷺ ما أبين من الحى فهو ميت (و إن تناول) كلمة إن واصلة بما قبلها أى و إن تناول بعمومه (السمك و ما أبين منه) أى من السمك (فهو ميت إلا أن ميتته) أى ميتة السمك (حلال بالحديث الذى رويناه) أراد بهذا الحديث الذى ذكره فى كتاب الذبائح و هو قوله ﷺ أحلت لنا ميتتان و دمان أما الميتتان فالسمك و الجراد و أما الدمان فالكبد و الطحال (و لو ضرب عنق شاة) بسيف و نحوه و سمى (فأبان رأسها) أى فصلها من جسدها (يحل لقطع الأوداج و يكره هذا الصنيع لإبلاغه النخاع (١)) و قد نهى النبى ﷺ أن ينخع الشاة إذا ذبحت و قد مر الكلام فيه مستوفى فى كتاب الذبائح (و إن ضربه من قبل القفا إن مات قبل قطع الأوداج لا يحل) لأن الذكاة إنما تحصل إذا قطع الأوداج و هى حية و ههنا قطع الأوداج قد حصل و هى ميتة (و إن لم يمت حتى قطع الأوداج حل) لوجود الذكاة الشرعية (و لو ضرب صيدا فقطع يدا أو رجلا و لم يبنه) من الابانة أى لم يفصل يد الصيد أو رجله منه (إن كان يتوهم الالتئام) أى الانضمام (و الاندمال) يقال اندملت (٢) القرحة إذا برأت و صلحت (فإذا مات) أى الصيد (حل أكله) أى أكل اليد المقطوع أو الرجل المقطوع (لأنه) أى اليد المقطوع أو

---

(١)النخاع. و فى تاج العروس: (النخاع مثلثة) نقله الجوهرى و الصاغانى عن الكسائى و نص الجوهرى قال الكسائى من العرب من يقول قطعت نخاعه و نخاعه و ناس من أهل الحجاز يقولون هو مقطوع النخاع بالضم فظاهر هذا المساواة و نقل شيخنا عن بعض أن الكسر فيه أفصح و أشهر قال الجوهرى و هو (الخيط الأبيض) الذى (فى جوف الفقار) زاد غيره (ينحدر من الدماغ و تتشعب منه شعب فى الجسم) و يقال هو عرق أبيض فى داخل العنق ينقاد فى فقار الصلب حتى يبلغ عجب الذنب و هو يسقى العظام و قال ابن الاعرابى النخاع خيط أبيض يكون داخل عظم الرقبة و يكون ممتدا إلى الصلب و يقال له خيط الرقبة و يقال النخاع خيط الفقار المتصل بالدماغ اه ملخصا. (٢)اندملت الخ. كذا فى المغرب.

بمنزلة سائر أجزائه و إن كان لا يتوهم بأن بقى متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى و العبرة للمعانى. قال و لا يؤكل صيد المجوسى و المرتد و الوثنى لأنهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه فى الذبائح و لا بد منها فى إباحة الصيد بخلاف النصرانى و اليهودى لأنهما من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا. قال و من رمى صيدا فأصابه و لم يثخنه و لم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثانى و يؤكل لأنه هو الآخذ و قد قال عليه الصلاة و السلام الصيد لمن أخذ

الرجل المقطوع (بمنزلة سائر أجزائه) أى أجزاء الصيد لأنه لم يوجد الابانة لا حقيقة و لا اعتبارا فيحل كما يحل سائر الأجزاء (و إن كان لا يتوهم) أى الالتئام و الاندمال (بأن بقى متعلقا بجلده حل ما سواه) أى ما سوى المبان (لوجود الابانة معنى) حيث لا يمكن الانضمام و الاندمال و إن لم يوجد من حيث الصورة (و العبرة للمعانى) لا للصور. (قال) أى القدورىؒ و لم يقع لفظة قال فى بعض النسخ (و لا يؤكل صيد المجوسى و المرتد (١) و الوثنى) و فى بعض النسخ و المحرم (لأنهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه فى الذبائح و لا بد منها) أى من أهلية الذكاة (فى إباحة الصيد) لأن الجرح فى الصيد بمنزلة الذكاة (بخلاف النصرانى و اليهودى لأنهما من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا) أى لأن النصرانى و اليهودى من أهل الذكاة فى حالة الاختيار حتى يجوز أكل ذبيحته فكذا فى حالة الضطرار. (قال) أى القدورىؒ (و من رمى صيدا فأصابه و لم يثخنه) يقال أثخن (٢) الصيد إذا أضعفه و أخرجه عن حيز الامتناع (و لم يخرجه عن حيز الامتناع) هذا تفسير لقوله و لم يثخنه (فرماه آخر فقتله فهو للثانى) أى الصيد للرامى الثانى لأنه صاده (و يؤكل لأنه هو الآخذ) أى لأن الثانى هو الآخذ لأنه قتله قبل أن يخرج الصيد عن حيز الامتناع باصابة الأول (وقد قال عليه الصلاة و السلام) أى قال النبى ﷺ (الصيد لمن أخذ) هذا (٣) غريب لم أجده فى كتب الحديث و إنما ذكر أبو عبدالله محمد بن حمدون فى كتاب التذكرة فقال قال اسحاق الموصلى كنت يوما عند الرشيد أغنيه و هو يشرب فدخل الفضل بن الربيع فقال له ما ورائك قال إلىّ ثلاث جوار إحداهن مكية و الأخرى مدنية و الثالثة عراقية فقبضت المدنية

(١)المرتد و لو غلاما مراهقا عندهما خلافا لمحمد رحمه الله تعالى بناء على صحة ردته عندهما بدائع. (٢)أثخن الخ. و فى المغرب: أثخنته الجراحات أوهنته و ضعفته و فى التنزيل حتى يثخن فى الأرض أى يكثر القتل فيها اه ملخصا. (٣)هذا غريب الخ. كذا فى نصب الراية ص٣١٨ج٤ و قال الحافظؒ فى الدراية: فالحديث الأول أى حدثنا سفيان عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه اه لا أصل له بهذا الاسناد و لا بغيره و أما الثانى أى مالك عن الزهرى عن عبدالله بن ظالم عن سعيد بن زيد رضى الله تعالى عنه اه فقد تقدم عن سعيد بن زيد رضى الله تعالى عنه و غيره و الحكاية مصنوعة اه.

و إن كان الأول أثخنه فرماه الثانى فقتله فهو للأول و لم يؤكل لاحتمال الموت بالثانى و هو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الأول و هذا إذا كان الرمى الأول بحال ينجو منه الصيد لأنه حينئذ يكون الموت مضافا إلى الرمى الثانى أما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى فى المذبوح كما إذا أبان رأسه يحل لأن الموت لا يضاف إلى الرمى الثانى لأن وجوده و عدمه بمنزلة و إن كان الرمى الأول بحال لا يعيش منه الصيد إلا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بأن كان يعيش يوما أو دونه فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يحرم بالرمى الثانى لأن هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده

على آلتى فلما أنعظ قبضت المكية عليه فقالت المدنية ما هذا التعدى أ لم تعلمى أن مالكا حدثنا عن الزهرى عن عبدالله بن ظالم عن سعيد بن زيد رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ من أحيى أرضا ميتة فهى له فقالت المكية أ لم تعلمى أنت أن سفيان حدثنا عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ أنه قال الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره فدفعتهما الثالثة عنه ثم أخذته و قالت هذا لى وفى يدى حتى تصطلحا (و إن كان الأول قد أثخنه) أى أضعفه و أخرجه عن حيز الامتناع (فرماه الثانى فقتله فهو للأول و لم يؤكل لاحتمال الموت بالثانى) لأن الأول لما أثخنه قد صار أهليا فذكاته بالذبح لا بالرمى بل الرمى فى مثله يوجب الحرمة أشار إلى هذا بقوله (و هو ليس بذكاة) أى قتل الثانى ليس بذكاة (للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول) حيث كان قتل الثانى فيه ذكاة لأن رمى الأول لم يخرج الصيد عن حكم الصيدية (و هذا) أى هذا الذى ذكرنا من أنه لا يؤكل (إذا كان الرمى الأول بحال ينجو منه الصيد لأنه حينئذ يكون الموت مضافا إلى الرمى الثانى أما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى فى المذبوح كما إذا أبان رأسه يحل لأن الموت لا يضاف إلى الرمى الثانى لأن وجوده و عدمه بمنزلة) أراد أن وجود الرمى الثانى و عدمه سواء (و إن كان الرمى الأول بحال لا يعيش منه الصيد إلا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بأن كان يعيش يوما أو دونه فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يحرم بالرمى الثانى لأن هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده) أى عند أبى يوسف رحمه الله تعالى و فى بعض النسخ لا معتبر بها كما لا عبرة فيما إذا كان فيه من الحياة بقدر ما بقى فى المذبوح بعد الذبح

و عند محمد رحمه الله تعالى يحرم لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه و الجواب فيما إذا كان الأول بحال يسلم منه الصيد سواء فلا يحل. قال و الثانى ضامن لقيمته للأول غير ما نقصته جراحته لأنه بالرمى أتلف صيدا مملوكا له لأنه ملكه بالرمى المثخن و هو منقوص بجراحته و قيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف قال تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثانى بأن كان الأول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه و الثانى بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا إلى الثانى و قد قتل حيوانا مملوكا للأول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما إذا قتل عبدا مريضا و إن علم أن الموت حصل من الجراحتين

(و عند محمد رحمه الله تعالى يحرم لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه) فإذا كان معتبرا على مذهبه (فصار الجواب فيه) أى فى الفصل الثانى (و الجواب فيما إذا كان الأول بحال يسلم منه الصيد) أى فيما إذا كان الرمى الأول أثخنه و كان بحال يتوهم أن يسلم الصيد منه (سواء) فمتى رماه الثانى لا يحل فكذا هذا و هو معنى قوله (و لا يحل) أى أكل الصيد المذكور. (قال) أى القدورىؒ (و الثانى ضامن لقيمته للأول غير ما نقصته جراحته) أى جراحة الأول (لأنه) أى لأن الثانى (بالرمى أتلف صيدا مملوكا له) أى للأول (لأنه) أى لأن الأول (ملكه بالرمى المثخن) الذى أخرجه عن حيز الامتناع (و هو) أى الصيد (منقوص بجراحته) أى بجراحة الأول فلم ينزل الثانى فى نقصانها (و قيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف) لأن ضمان الإتلاف يعتبر فيه القيمة يوم الاتلاف و كان الصيد فى ذلك الوقت منقوصا بجراحة الأول فيلزم الثانى قيمته غير ما جرحته الرمية الأولى توضيح ذلك أن الرامى الأول إذا رمى صيدا يساوى عشرة دراهم مثلا فنقصه درهمين ثم رماه الثانى فمات الصيد برميه يضمن الرامى الثانى ثمانية دراهم و يسقط عنه من قيمة الصيد درهمان لأن ذلك تلف بالجرح الأول (قال) أى المصنف رحمه الله تعالى (تأويله) أى تأويل قول القدورىؒ (إذا علم أن القتل حصل بالثانى بأن كان الأول) أى الرمى الأول (بحال يجوز أن يسلم الصيد منه و الثانى) أى الرمى الثانى (بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا إلى الثانى) أى إلى الرامى الثانى (و قد قتل) أى و الحال أن الثانى قد قتل (حيوانا مملوكا للأول) أى للرامى الأول (منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا) أى فلا يضمن الرامى الثانى الصيد كملا (كما إذا قتل عبدا مريضا) فإنه لا يضمن قيمته صحيحا (و إن علم (١) أن الموت حصل من الجراحتين) أى

(١)و إن علم الخ. هذا يوهم أن بين المسئلتين فرقا أعنى بين ما إذا حصل القتل بالثانى وحده أو بهما و ليس كذلك بل لا فرق بينهما لأنه فى الموضعين يضمن الثانى جميع قيمته غير ما نقضته جراحة الأول فى المسئلة =>

أو لا يدرى قال فى الزيادات يضمن الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه أما الأول فلأنه جرح حيوانا مملوكا للغير و قد نقصه فيضمن ما نقصه أولاً و أما الثانى فلأن الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه و هو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لأن الأولى ما كانت بصنعه و الثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا و أما الثالث فلأن بالرمى الأول صار بحال يحل بذكاة الإختيار لولا رمى الثانى

جراحة الأول و جراحة الثانى (أو لا يدرى قال فى الزيادات يضمن الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه) أى لحم الصيد توضيح ذلك أن الرامى الأول إذا رمى صيدا يساوى عشرة دراهم مثلا فنقصه درهمين ثم رماه الثانى فنقصه درهمين يضمن الثانى للأول ما نقصته جراحته و هو درهمان و بقى من قيمته ستة دراهم فيضمن الثانى أيضا نصفها و هو ثلاثة دراهم و هى نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم إذا مات يضمن النصف الآخر و هو ثلاثة أيضا لأنه فوت عليه اللحم و لا يضمن النصف الآخر من اللحم بعد الموت و إن كان تفويت اللحم فيه موجودا بقتله لأنه ضمن ذلك النصف حيا فلو ضمنه بعد الموت تكرر الضمان بأن يضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمة لحمه بعد الموت و هذا لا يجوز فافهم و لم أر أحدا من الشراح أوضح ذلك فذكرته زيادة للفائدة و الإيضاح (أما الأول) و هو ضمان نقصان الجراحة (فلأنه) أى الثانى (جرح حيوانا مملوكا للغير و قد نقصه فيضمن ما نقصه أولا و أما الثانى) و هو ضمان نصف القيمة مجروحا بجراحتين (فلأن الموت حصل بالجراحتين فيكون هو) أى الثانى (متلفا نصفه) أى نصف الصيد (و هو مملوك لغيره) أى و الحال أن الصيد مملوك لغيره و الغير هو الأول (فيضمن نصف قيمته مجروحا) أى فيضمن الثانى نصف قيمة الصيد حال كونه مجروحا (بالجراحتين لأن الأولى) أى الجراحة الأولى (ما كانت بصنعه) أى بصنع الثانى و إنما كانت بصنع الأول (والثانية ضمنها مرة) أى و الجراحة الثانية ضمنها الثانى مرة (فلا يضمنها ثانيا) أى بأىّ مرة لئلا يتكرر الضمان و قد ذكرناه آنفا (و أما الثالث) و هو ضمان نصف قيمة اللحم (فلأن بالرمى الأول صار) أى الصيد (بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى) لأن الأول قد كان أخرجه

=> الأولى جميع الحاصل و فى الثانية بيّن طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيخانْ أى عدم الفرق بين المسئلتين زيلعى.

فهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه و لا يضمن النصف الآخر لأنه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه و إن كان رماه الأول ثانيا فالجواب فى حكم الاباحة كالجواب فيما إذا كان الرامى غيره و يصير كما إذا رمى صيدا على قلة جبل فأثخنه ثم رماه ثانيا فأنزله لا يحل لأن الثانى محرم كذا هذا.

حيز الإمتناع فصار كالأهلى (فهذا) أى الثانى (بالرمى الثانى أفسد عليه) أى على الأول (نصف اللحم فيضمنه و لا يضمن النصف الآخر لأنه ضمنه مرة) حيث ضمنه حيا (فدخل ضمان اللحم فيه) أى فى الضمان الأول لا يقال لا ينبغى أن يضمن نصف اللحم و نصف الصيد مجروحا بجراحة واحدة و يدخل ضمان الجراحة فى ضمان الصيد كما إذا قتل صيدا مجروحا لغيره لأنا نقول إنه ضمن الجراحة الثانية و لو حصل كما قلت يضمن نصفها لأنه يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحة واحدة فدخل ضمان الجراحة الثانية فى ضمان الصيد فإن قلت ينبغى أن يدخل قيمة نصف اللحم فى نصف قيمة الصيد قلت لما ضمن نصف قيمة الصيد ملك نصف الذى ضمنه و مع ذلك أفسد جميع اللحم حتى حرم جميعه و النصف مملوك للأول فيضمن نصف اللحم الذى لصاحبه و لا يضمن ما هو مملوك بالضمان (و إن كان رماه الأول ثانيا) يعنى أن ما تقدم كان فيما إذا كان الرامى الثانى غير الرامى الأول و هذا فيما إذا رماه الأول ثانيا (فالجواب فى حكم الإباحة) يعنى لا فى حكم الضمان لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه (كالجواب فيما إذا كان الرامى غيره و يصير كما إذا رمى صيدا على قلة جبل فأثخنه ثم رماه ثانيا فأنزله لا يحل لأن الثانى محرم كذا هذا) أى يكون الرمى الثانى فيه محرما ثم اعلم أن الرجلين إذا رميا صيدا فذاك ينقسم إلى قسمين إما أن يرمياه معا أو متعاقبا و الأول على أوجه فإنه إذا رمياه معا فاما أن يصيباه معا أو يصيب أحدهما أولاً فان أصابه أن يثخنه قبل إصابة الثانى أو لا و الثانى كذلك فانه إما أن رماه الثانى قبل إصابة السهم الأول أو بعدها فان كان الثانى فاما أن يثخنه الأول أو لم يثخنه الأول و الأول بوجوهه و الوجه الأول من الثانى غير مذكور فى الكتاب فنذكرها تكملة للافادة فان رميا معا و أصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا و يؤكل لأن كل واحد منهما رمى صيدا مباحا فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمى فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة و أصابت الرميتان معا فاستويا فى السببية و ذلك يوجب المساواة فى الملك و إن رمياه معا فأصابه سهم أحدهما أولاً فأثخنه ثم أصابه سهم الآخر فقتله فهو للأول و حل أكله عندنا خلافا

قال و يجوز اصطيادا ما يؤكل لحمه من الحيوان و ما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا

لزفر رحمه الله تعالى هو يعتبر حالة الاتصال بالمحل و السهم الثانى أصابه و هو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة و نحن نعتبر للحل حالة الإرسال لأن الإصابة بالمحل تبيحه و لهذا تعين التسمية حالة الإرسال و الارسال قد حصل منهما و المحل صيد فلم يتعلق بالثانى حظر للملك حالة الاتصال لأن الملك يتصل بالمحل و سهم الأول أخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل أن يتصل به الثانى و إن لم يثخنه فهو للثانى و إن رماه الثانى بعد ما رماه الاول قبل أن يصيب سهمه و هو الأول من القسم الثانى فحكمه حكم ما لو رمياه معا هو لهما و حل أكله و قال الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى إن تمكن من ذبحه بعد الجرح و لم يذبحه حتى مات لم يحل و إن لم يتمكن من ذبحه و جرحه الثانى فأماته ضمن قيمته مجروحا و اختلف أصحابه فيما يجب من ضمانه قال الاصطخرىؒ يجب على الثانى كمال قيمته للأول بعد جراحته و فى الحلية و المذهب أنه يجب عليه ما يخص جنايته من قيمته و تقسط القيمة على الجنايتين و فرض أصحابنا المسألة فى الجملتين المتصورتين لتعرف ما يجب على كل واحد منهما و يسقط من الأول فقال صيد مملوك يساوى عشرة جرحه رجل فنقص درهم ثم جرحه آخر فنقص درهم و مات الصيد من الجنايتين فاختلف أصحابنا على ستة طرائق أصحها أن أرش جناية كل واحد يدخل فى جنايته فيضمن قيمة الصيد عن الجناية الأولى إلى قيمته عند الجناية الثانية فيكون تسعة ثم يقسم قيمة الصيد و هو عشرة على تسعة عشر فما يقابل عشرة يجب على الأول و ما يقابل تسعة على الثانى هذا طريق ابن خيرانؒ الثانى و هو قول المزنىؒ أنه يثبت على كل واحد منهما أرش جراحته ثم يجب عليهما قيمته بعد الجنايتين فيجب على الأول خمسة و على الثانى خمسة و الثالث على كل واحد نصف أرش و نصف قيمته يوم جنى عليه فيجب على الأول خمسة و نصف و على الثانى خمسة ثم يرجع الأول على الثانى بنصف درهم و الرابع أنه يجب على كل واحد منهما نصف قيمته حال جنايته و نصف أرش جنايته و لا يثبت الرجوع للأول على الثانى و الخامس أنه يجب على الأول أرش جنايته ثم يجب بعد ذلك قيمته بينهما نصفين و لا يجب على الثانى أرش جنايته و السادس و هو قول ابن أبى هريرةؒ أن الأرش يدخل فى قيمة الصيد فيجب على الأول نصف قيمته حال جنايته و على الثانى نصف قيمته حال حياته فيذهب نصف درهم من قيمة الصيد. (قال) أى القدورىؒ (و يجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان و ما لا يؤكل) و علل المصنفؒ بقوله (لإطلاق ما تلونا)

و الصيد لا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم:

صيد الملوك أرانب و ثعالب و إذا ركبت فصيدى الأبطال

و لأن صيده سبب للإنتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره و كل ذلك مشروع و الله اعلم بالصواب.

و هو قوله سبحانه و تعالى و إذا حللتم فاصطادوا (و الصيد لا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم) أى قائل (١) العرب:

صيد الملوك أرانب و ثعالب و إذا ركبت فصيدى الأبطال

و لأن صيده) أى اصطياد ما لا يؤكل لحمه (سبب للانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه) فى الطيور التى لا تؤكل (أو لاستدفاع شره و كل ذلك مشروع) أى كل ما ذكره من هذه الأنواع مشروع أى ثابت شرعا (و الله سبحانه و تعالى اعلم بالصواب) فروع: نصب (٢) أحبولة فوقع فيها صيد و مات إن مات بالشبكة و الحبل لا يحل باتفاق أكثر أهل العلم إلا عند الحسن البصرى رحمه الله تعالى فانه قال لو سمى على الحبل و دخل فيه و جرحه يحل و هذا قول شاذ مخالف لعامة أهل العلم أما لو كان فيها آلة جارحة مثل المنجل و سمى عليها و جرحه يحل و هذا عندنا و عند أحمد رحمه الله تعالى و به قال الحسن و قتادة رحمهما الله تعالى و قال الشافعى رحمه الله تعالى لا يحل و لو تعلق صيد بشرك انسان أو بشبكته ملكه لثبوت يده على الصيد و كل من أخذه بعده رده و لو كان يمشى بالشبكة أو طاف معها على وجه لا يقدر على الامتناع فهو لصاحبها و لو قدر على الامتناع لا يملكه صاحب الشبكة و كذا لو رمى صيدا فأثخنه فدخل فى دار إنسان فأخذه صاحب الدار لم يملكه لأن الرامى ملكه بالإثخان و لو أرسل صيده لم يزل عنه ملكه و به قال الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى كما لو أرسل بعيره أو فرسه و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى وجه يزول ملكه و به قال أحمد رحمه الله تعالى فى رواية و لو اصطاد طيورا و جعلها فى برج و طار منه إلى برج غيره لم يزل ملكه عنه و قال مالك رحمه الله تعالى إن لم يكن أنس ببرجه بطول مكثه صار ملكا لمن انتقل إلى برجه و إن عاد إلى برج الأول عاد إلى ملكه.

---

(١)قائل العرب و هو عنترة العبسى و هو جاهلى و هم كانوا يأكلون الثعالب و ما هو شر منها فان كان استدلال المصنفؒ بها ففى تحريم أكل الثعلب خلاف بين علماء المسلمين فقد ذهب الشافعىؒ وغيره إلى القول بحله و إن كان استدلاله بصيد الأبطال فقتل الأبطال لا يسمى صيدا إلا بقرينة فهو مجاز و ذلك بمنزلة تسمية الشجاع اسدا و لا يصح الاستدلال به على أن الصيد لا يختص بمأكول اللحم سعدية. (٢)نصب احبولة الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص ٢٥ ج ١١.

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء بأيّ سبب كان و في الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون

(كتاب الرهن)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الرهن وجه المناسبة بين كتاب الرهن و كتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال و له معنى لغة و شرعا و سبب و ركن و حكم و حكمة فأما معناه لغة فما ذكره المصنفؒ بقوله (الرهن (١) لغة) أي من حيث اللغة (حبس الشيء بأيّ سبب كان) من الأسباب كما في قوله تعالى كل (٢) نفس بما كسبت رهينة أي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي و يقال فلان رهن بكذا أو رهين و رهينة أي مأخوذ به و الرهن يجيء بمعنى المرهون تسمية للمفعول بالمصدر و الجمع رهون و رهان و رهن و قرئ بهما في الآية و التركيب يدل على الثبات و الدوام يقال ماء راهن أي راكد و نعمة راهنة أي ثابتة دائمة و أما معناه شرعا فما ذكره بقوله (و في الشريعة جعل (٣) الشيء) أي الرهن جعل الشيء (محبوسا بحق (٤)) إنما قيده بقوله بحق لأن الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب أيضا و الحق يشملها (يمكن (٥) استيفاؤه) أي استيفاء الحق (من الرهن) أي من المرهون (كالديون) احترز به عن ارتهان الخمر و

(١) الرهن الخ. و في العمدة: تقول رهنت الشيء عند فلان و رهنته الشيء و أرهنته الشيء بمعنى قال ثعلب يجوز رهنته و أرهنته و قال الاصمعي لا يقال أرهنت الشيء و إنما يقال رهنته و يجمع الرهن على رهان و رهن بضمتين و قال الاخفش رهن بضمتين قبيحة لأنه لا يجمع فعل على فعل إلا قليلا شاذا نحو سقف و سقف قال و قد يكون رهن جمعا للرهان كأنه يجمع رهن على رهان ثم يجمع رهان على رهن (بضمتين) مثل فراش و فرش و الراهن الذي يرهن و المرتهن الذي يأخذ الرهن و الشيء مرهون و رهين و الأنثى رهينة اه. (٢) كل نفس الآية. المدثر: ٣٨. (٣) جعل الشيء الخ. قال في ايضاح الاصلاح هو جعل الشيء محبوسا بحق لم يقل حبس الشيء بحق لأن الحابس هو المرتهن لا الراهن بخلاف الجاعل إياه محبوسا اه و هذا تعريف للرهن التام أو اللازم و إلا ففي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض اه سعدى قال القهستانيؒ و المتبادر أن يكون الحبس على وجه التبرع فلو أكره المالك بالدفع إليه لم يكن رهنا كما في الكبرى فلا عليه ذكر الاذن كما ظن اه و سيأتي آخر الباب الآتي أنه لو أخذ عمامة المديون تكون رهنا إن رضي بتركها اه شامي. (٤) بحق أي بسبب حق مالي و لو مجهولا و احترز به عن نحو القصاص و الحد و اليمين قهستاني و دخل فيه بدل الكتابة فان الرهن به جائز و إن لم تجز به الكفالة كما في المعراج عن الخانية شامية. (٥) يمكن استيفاؤه الخ. احترز به عما يفسد كالثلج و عن نحو الأمانة و المدبر و أم الولد و المكاتب قال في الشرنبلالية و أما الخمر فهو مال أيضا و يمكن الاستيفاء منه بتوكيل ذمي يبيعه أو بنفسه إن كان المرتهن و الراهن من أهل الذمة اه لكنه ليس بمال متقوم في حق المسلم فلا يجوز له رهنه و لا إرتهانه من مسلم أو ذمي و إن ضمنه للذمي شامية.

و هو مشروع بقوله (١) تعالى فرهان مقبوضة و بما (٢) روى أنه عليه الصلاة و السلام اشترى من يهودى طعاما و رهنه به درعه

عن الرهن عن الحدود و القصاص و قال القدورىؒ في شرحه الرهن فى الشرع عبارة عن عقد وثيقة بمال و بذلك ينفصل من الكفالة و الحوالة لأنهما عقد وثيقة بذمة و ينفصل من المبيع فى يد البائع لأنه وثيقة و ليس بعقد على وثيقة و أما (٣) سببه فهو مطالبة رب الدين الرهن و أما ركنه الإيجاب فقط عندنا و عند البعض الإيجاب و القبول كما يجيء إن شاء الله تعالى و أما (٤) حكمه فهو ملك حبس المرهون و حق المطالبة بالبيع و أما (٥) حكمته فحصول النظر للجانبين (و هو) أى الرهن (مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة) و أوله و إن (٦) كنتم على سفر و لم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة و هو جمع رهن كعباد جمع عبد و قد أخذ (٧) مجاهدؒ و داود الظاهرىؒ بظاهر الآية على أن الرهن لا يجوز إلا فى السفر لأن التعلق بالشرط ينفى الوجود عند عدمه قلنا ليس المراد به الشرط حقيقة بل ذكر ما يعتاده الناس فى معاملاتهم فانهم فى الغالب يميلون إلى الرهن عند تعذر إمكان التوثق بالكتاب و الشهود و الغالب أن ذلك يكون فى السفر و توارث من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا جوازه فى الحضر و السفر فعلم أن ذلك على سبيل العادة (و بما روى) أى و مشروع أيضا بما روى (أنه عليه الصلاة و السلام) أى أن النبى ﷺ (اشترى من يهودى طعاما و رهنه به درعه) قوله رهنه به أى بالطعام قال الكاكىؒ و فى بعض النسخ رهنه بها أى بالقيمة و قال تاج الشريعةؒ أى بالدرهم أو الدنانير التى هى ثمن الطعام و الحديث المذكور أخرجه (٨) البخارىؒ و مسلمؒ عن الأسود عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبى ﷺ

(١)بقوله. ن. لقوله. (٢)بما. ن. لما. (٣)و أما سببه الخ. و فى الشامية: و سببه تعلق البقاء المقدر اه. (٤)و أما حكمه الخ. و في الهندية عن محيط السرخسىؒ: و أما حكمه فملك العين المرهونة فى حق الحبس حتى يكون أحق بامساكه إلى وقت إيفاء الدين فاذا مات الراهن فهو أحق به من سائر الغرماء فيستوفى منه دينه فما فضل يكون لسائر الغرماء و الورثة و لو مات و أفلس و عليه ديون يكون المرتهن أخص به من سائر الغرماء اه. (٥)و أما حكمته الخ. و فى الشامية: و من محاسنه النظر لجانب الدائن بأمن حقه عن التوى و لجانب المديون بتقليل خصام الدائن له و بقدرته على الوفاء منه إذا عجز اه. (٦)و إن كنتم الآية. البقرة: ٢٨٣. (٧)قد أخذ مجاهدؒ الخ. و فى العمدة: قال ابن بطالؒ جميع الفقهاء يجوزون الرهن فى الحضر و السفر و منعه مجاهدؒ و داودؒ فى الحضر و نقل الطبرىؒ عن مجاهدؒ و الضحاكؒ أنهما قالا لا يشرع الرهن إلا فى السفر حيث لا يوجد الكاتب و به قال داودؒ اه. (٨)أخرجه البخارىؒ فى البيوع باب شرى النبى ﷺ بالنسيئة ص٢٧٧ ج١ و فيه باب شرى الطعام إلى أجل ص٢٩٣ ج١ و فى الرهن باب من رهن درعه ص٣٤١ ج١ و مسلم فى المساقاة و المزارعة باب الرهن و جوازه فى الحضر كالسفر ص٣١ ج٢.

و قد انعقد على ذلك الاجماع و لأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب و هي الكفالة. قال الرهن ينعقد بالايجاب و القبول

اشترى طعاما من رجل يهودى إلى أجل و رهنه درعا من حديد و فى رواية (١) للبخارىؒ ثلاثين صاعا من شعير و فيه فوائد أحدها: أنه لا بأس (٢) بالبيع و الشراء نسيئة و لا كراهة فيه و إن كان يمكن الشراء بالنقد خلافا لما يقوله المتعسفة فانهم قالوا يكره عند القدرة على الشراء بالنقد قلنا إنه عليه الصلاة و السلام كان قادرا على أن يشترى بالنقد بأن يبيع درعه ثم يشترى طعاما مع أنه رهن درعه. الثانية: جواز الاستدانة فان الشراء نسيئة استدانة. الثالثة: جواز المعاملة مع أهل الذمة. الرابعة: جواز رهن السلاح منهم هذا إذ لم يكن لهم قوة أما إذا كان لهم قوة يكره ذلك كما يكره البيع منهم كذا ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابىؒ فى شرح الكافى (و قد انعقد على ذلك الإجماع) يعنى الأمة اجتمعت على جواز الرهن من غير نكير إلى يومنا هذا (و لأنه) أشار به إلى جوازه بالدليل العقلى أى و لأن الرهن (عقد وثيقة) و الوثيقة ما يوثق به الشيء و يؤكد به (لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب) الذى يختص بالذمم و تقريره أن للدين طرفين طرف الوجوب و طرف الإستيفاء لأنه يجب أولاً فى الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذى يختص بالذمة (و هى الكفالة) جائزة فكذا الوثيقة التى تختص بالمال بل بطريق الأولى لأن الاستيفاء هو المقصود و الوجوب وسيلة إليه. (قال) أى القدورىؒ (الرهن ينعقد بالايجاب و القبول) و به قال مالك رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى القبول قال بعضهم إنه شرط و ظاهر ما ذكر فى المحيط يشير إلى أنه ركن (٣) فانه قال فى الأيمان الاجارة بدون القبول ليست بإجارة و كذا الرهن حتى لا يحنث من حلف لا يؤاجر أو لا يرهن بدون القبول و قال (٤) بعضهم الايجاب ركن و القبول شرط أما القبض فشرط اللزوم و قال محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب لا يجوز الرهن إلا مقبوضا فقد أشار إلى أن القبض شرط الجواز و قال شيخ الاسلامؒ شرط اللزوم

(١) و فى رواية للبخارىؒ كتاب الجهاد باب ما قيل فى درع النبى ﷺ ص٤٠٩ ج١. (٢) لا بأس بالبيع الخ. ثم هل هو رخصة أو عزيمة قال ابن العربىؒ جعلوا الشراء إلى أجل رخصة و هو فى الظاهر عزيمة لأن الله تعالى يقول فى محكم كتابه يا أيها الذين امنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه فانزله أصلا فى الدين و رتب عليه كثيرا من الأحكام كذا فى العمدة. (٣) ركن و إليه مال اكثر المشايخ رحمهم الله تعالى شامى عن قهستانى. (٤) قال بعضهم الخ. و فى الشامية: و ذهب بعضهم إلى أنه شرط صيرورة الايجاب علة لأنه عقد تبرع و لذا لا يلزم إلا بالتسليم قهستانى اه و فيها أيضا و نقل القهستانىؒ عن الكرمانىؒ أنه أى الرهن يجوز بالتعاطى اه.

و يتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة و الصدقة و القبض شرط اللزوم على ما نبينه إن شاء الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى يلزم بنفس العقد لأنه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع و لأنه عقد وثيقة فأشبه الكفالة و لنا ما تلوناه و المصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به

كما في الهبة و به قال أكثر العلماء رحمهم الله تعالى (و يتم بالقبض) أى يتم عقد الرهن بقبض المرهون و قال مالك رحمه الله تعالى يصح بالايجاب و القبول بدون القبض و نحن نقول قال الله تعالى فرهان مقبوضة وصف الرهن بكونها مقبوضة و النكرة إذا وصفت عمت (قالوا) أى قال المشايخ يعنى بعض المشايخ و أشار به إلى ما قال شيخ الاسلام خواهر زادهؒ لأنه قال إن الرهن قبل القبض جائز إلا أنه غير لازم و إنما يصير لازما في حق الراهن بالقبض فكان القبض شرط اللزوم لا شرط الجواز كما في الهبة (الركن الايجاب بمجرده) يعنى ركن الرهن مجرد الايجاب بدون القبول و الايجاب هو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك على و ما أشبهه (١) و القبول هو قول المرتهن قبلت (٢) و علل المصنفؒ لقول خواهر زادهؒ بقوله (لأنه) أى لأن الرهن (عقد تبرع) لأن الراهن لم يستوجب بمقابلة ما أثبت للمرتهن من اليد على الرهن شيئا فكان تبرعا (فيتم بالمتبرع) أى فيتم الرهن بالمتبرع فإذا كان كذلك يكون (كالهبة و الصدقة) لأنهما عقدا تبرع فالقبض فيهما شرط اللزوم لا شرط الجواز (و القبض شرط اللزوم) كأنه تفسير لقول القدوريؒ و يتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا و لا يلزم إلا بالقبض و هذا الذى ذكره المصنفؒ مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز الرهن إلا مقبوضا و قال الحاكم الشهيدؒ في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض و قال الطحاويؒ في مختصره و لا يجوز الرهن إلا مقبوضا مفرغا محوزا (على ما نبينه إن شاء الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى يلزم) أى الرهن (بنفس العقد) يعنى بدون شرط القبض (لأنه) أى لأن الرهن (يختص بالمال من الجانبين) أى من جانب الراهن و المرتهن (فصار كالبيع) بأنه يلزم بنفس العقد (و لأنه عقد وثيقة فأشبه الكفالة) في عدم اشتراط القبض (و لنا ما تلوناه) أراد به قوله تعالى فرهان مقبوضة (و المصدر المقرون بحرف الفاء) أراد به لفظ رهان فانه جعله مصدرا (في محل الجزاء يراد به

(١) ما أشبه كقول الراهن خذ هذا الشيء رهنا به قهستاني و لفظ الرهن غير شرط شامي. (٢) قبلت سواء صدر من مسلم أو كافر أو عبد أو صبي أو أصيل أو وكيل شامي عن قهستاني.

الأمر و لأنه عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا و لهذا لا يجبر عليه فلا بد من إمضائه كما في الوصية و ذلك بالقبض ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية

الأمر) كما (١) في قوله تعالى و من (٢) قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤنة أى فليحرر فيكون تقديره و الله أعلم و إن كنتم على سفر و لم تجدوا كاتبا فارهنوا و ارتهنوا لكن ترك كونه معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون و لا قبوله على الدائن بالاجماع فوجب أن يعمل في شرطه و هو القبض كما في قوله عليه الصلاة و السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب أى بيعوا فلم يعمل الأمر في نفس البيع لأن البيع مباح فصرف إلى شرطه و هو المماثلة في أموال الربا فكذا هذا و فيه نظر من وجوه الأول في تسمية الرهان مصدرا لأن في كتب اللغة الرهان جمع زهن كالنعل و النعال و يدل على ذلك قوله تعالى مقبوضة بالتأنيث و الثاني أنه يجوز أن يكون الأمر للإباحة بقرينة الاجماع فينصرف إلى الرهن لا إلى القبض و الثالث أن الآية متروكة الظاهر لأن ظاهرها يدل على أن الرهن إنما يكون في السفر كما قال به مجاهد و الضحاك و داود رحمهم الله تعالى و قد ترك ذلك و متروك الظاهر لا يصلح حجة فأجاب عن الأول في الفوائد الشاهية بأن الرهان يجوز أن يكون مصدرا من باب المفاعلة كالضراب و القتال و تأنيث المقبوضة بتأويله السلعة أو العين كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة و أجيب عن الثاني بأن الأمر في الوجوب حقيقة و الاجماع لا يصلح قرينة للمجاز لأن المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة و الاجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ و عن الثالث بأنا لا نسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس بحجة لأن النصوص المأولة متروكة الظاهر و هي عامة الدلائل (و لأنه) هذا دليل معقول على اشتراط القبض أى و لأن الرهن (عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا) أى ولأجل كون الرهن عقد تبرع (لا يجبر عليه) أى لا يجبر الراهن على الرهن (فلا بد من امضائه) أى انفاذ الرهن يعني لا بد لثبوت الاستحقاق من الامضاء (كما في الوصية) لأنها عقد تبرع لا يستحق إلا بالامضاء و لكن امضاؤها بأن لا يرجع عنها صريحا أو دلالة (و ذلك بالقبض) أى الامضاء في الرهن بالقبض (ثم يكتفي فيه) أى في القبض (بالتخلية) و هي عبارة عن رفع الموانع من القبض يعني أن الراهن إذا خلى بين المرتهن و المرهون يعتبر قابضا كما إذا فعل البائع مثل ذلك بالمبيع و المشترى و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى (في ظاهر الرواية) قيد به لأنه روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى اشتراط شئ

(١) كما في قوله تعالى الخ. و كما في قوله تعالى فضرب الرقاب أى فاضربوها و كما في قوله تعالى فعدة من أيام أخر بتقدير فصوم عدة من أيام أخر أى فليصم عدة من أيام أخر نتائج الأفكار. (٢) و من قتل الآية. النساء: ٩٢.

لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشترى و ليس بموجب ابتداء و الأول أصح. قال فإذا قبضه المرتهن محوزا

آخر على ما يجيء الآن (لأنه) أى لأن قبض الرهن (قبض بحكم عقد مشروع) قال تاج الشريعةّ قوله مشروع احتراز عن المقبوض في البيع الفاسد فانه لا يكتفى فيه بالتخلية لأن الفاسد واجب الإعدام فيكون السعي في نقضه هو اللائق (فأشبه قبض المبيع) حيث يكتفى فيه بالتخلية (و عن أبي يوسفَ رحمه الله تعالى أنه) أى القبض (لا يثبت في المنقول إلا بالنقل) إلى داره و به قال (١) أحمد رحمه الله تعالى (لأنه) أى لأن قبض الرهن (قبض موجب للضمان ابتداء) أراد بابتداء الضمان أن لا يكون مضمونا قبل العقد فكان قبض الرهن (بمنزلة (٢) الغصب) و في الغصب يشترط النقل للضمان و لا يثبت بالتخلية فكذا هذا (بخلاف الشراء) جواب عن قياس وجه الظاهر بأن القبض في الشراء ناقل للضمان و هو معنى قوله (لأنه) أى لأن القبض في الشراء (ناقل للضمان من البائع إلى المشترى) لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم إلى المشترى مضمونا على البائع بالثمن و بالتسليم إليه ينتقل الضمان منه إليه (و ليس بموجب ابتداء) أى و ليس العقد بموجب للضمان في ابتداء الأمر و قال تاج الشريعةّ قوله ليس بموجب ابتداء يعنى لا يقوم التمكن من القبض مقامه فان التمكن من القبض لم يعهد سببا للضمان ابتداء فلا يجعل المرهون مضمونا عليه مالم يوجد القبض حقيقة (و الأول أصح) أى ظاهر الرواية و هو ثبوت القبض بمجرد التخلية بدون اشتراط النقل أصح لأن حقيقة الإستيفاء تثبت بالتخلية و القبض الموجب لهذا الإستيفاء أيضا يثبت بالتخلية. (قال) أى القدوريّ (فاذا قبضه (٣) المرتهن محوزا (٤))

(١)و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ. كذا في المغنى ص٣٧١ج٤. (٢)بمنزلة الغصب. قال الزيلعيّ في التبيين: القياس على الغصب باطل لأن قبض الرهن مشروع فأشبه البيع و الغصب ليس بمشروع فلا حاجة لثبوته بدون قبض حقيقة و هو النقل اه. (٣)قبضه المرتهن أى باذن الراهن صريحا أو ما جرى مجراه في المجلس و بعده بنفسه أو بنائبه كأب و وصى و عدل هندية ملخصا و لو قبضه المرتهن و الراهن ساكت ينبغى أن يصير رهنا فتنبه شامية. (٤)محوزا. و في القاموس: الحوز (بالفتح فالسكون) الجمع و ضم الشيء كالحيازة (بالكسر) و الاحتياز اه. (٤)محوزا أى حال كونه محوزا و قوله مفرغا أى حال كونه مفرغا قوله متميزا أى حال كونه متميزا و هذه الأحوال مترادفة أو متداخلة عيني و أفاد بها أن الرهن بهذه الصفات ليس بلازم عند العقد بل عند القبض فلو اتصل أو اشتغل بغيره كان فاسدا لا باطلا و كذا لو كان شائعا و عند بعضهم يكون باطلا و هو اختيار الكرخيّ فلو ارتفع الفساد عند القبض صار صحيحا لازما كما في الكرماني قهستاني شامي.

مفرغا متميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد و ما لم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء سلمه و إن شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا أن اللزوم بالقبض إذ المقصود لا يحصل قبله. قال و إذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه و قال الشافعي رحمه الله تعالى هو أمانة في يده و لا يسقط شيء من الدين بهلاكه

احترز به عن رهن الثمر على رؤوس النخل بدونها و عن رهن الزرع في الأرض بدونها لأن المرتهن لم يحزهما (مفرغا (١)) احترز به عن رهن الشجر بدون الثمر و رهن الأرض بدون الزرع لأن المرهون لم ينزع عما لم يقع عليه عقد الرهن بل هو مشغول بغيره (متميزا) احترز به عن رهن المشاع كرهن (٢) نصف الدار أو العبد أو الثوب (تم العقد فيه) أي عقد الرهن في المرهون (لوجود القبض بكماله فلزم العقد و ما لم يقبضه) أي ما لم يقبض المرتهن المرهون (فالراهن بالخيار إن شاء سلمه) أي الرهن إلى المرتهن (و إن شاء رجع عن الرهن) لأن الرهن لا يلزم قبل القبض (لما ذكرنا أن اللزوم) أي لزوم الرهن (بالقبض إذ المقصود) و هو الاستيفاء (لا يحصل قبله) أي قبل (٣) القبض. (قال) أي القدوري (و إذا سلمه إليه) أي و إذا سلم الراهن الرهن إلى المرتهن (فقبضه) أي المرتهن (دخل في ضمانه) أي دخل المرهون في ضمان المرتهن و كيفية الضمان تأتي (و قال الشافعي رحمه الله تعالى هو أمانة في يده) أي المرهون أمانة في يد المرتهن (و لا يسقط شيء من الدين بهلاكه) أي بهلاك المرهون و به قال احمد و أصحاب الظاهر رحمهم الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى إن كان تلفه بأمر ظاهر كالموت و الحريق فضمانه

(١) مفرغا لا مشغولا بحق الراهن در مختار أما الشاغل فرهنه جائز كما في كثير من الكتب و قيد بقوله بحق الراهن احترازا عما لو كان مشغولا بملك غيره فلا يمنع كما في العمادية حموي أقول و ينبغي تقييد الشاغل الذي يجوز رهنه بغير المتصل لما علمته من عدم جواز رهن الثمر أو الزرع و كذا البناء وحده فافهم رد المحتار.

(٢) كرهن نصف الدار الخ و لو من الشريك و أنه يستثنى منه ما ثبت الشيوع فيه ضرورة شامي. (تنبيه) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: فقبض محوزا أي مقسوما غير شائع مفرغا أي غير مشغول بحق الراهن حتى لا يجوز رهن الأرض بدون النخل و الشجر بدون الثمر و دار فيها متاع الراهن بدون المتاع متميزا أي إن كان متصلا بحق الراهن خلقة كالثمر على الشجر يجب أن يميز و يفصل عنه فالمفرغ يتعلق بالمحل فيجب فراغه عما حل فيه كالثمر و هو ليس بمرهون سواء كان اتصاله به خلقة أو مجاورة و المتميز يتعلق بالحال في المحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون إذا كان اتصاله به خلقة حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضره كرهن المتاع الذي في بيت الراهن اه فتأمل التغاير بين التفسيرين. (٣) قبل القبض لأن الرهن استيفاء الدين حكما و الاستيفاء حقيقة لا يكون بدون القبض فكذا الاستيفاء حكما و لأن المقصود إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين و إنما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه و ذلك إنما يكون بالقبض كفاية.

لقوله عليه الصلاة و السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه و عليه غرمه

على الراهن حتى يرجع المرتهن بحقه و إن ادعى تلفه بأمر خفي لم يقبل قوله و ضمن (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه و عليه غرمه) هذا (١) الحديث أخرجه ابن حبانّ في صحيحه و الحاكمّ في مستدركه عن سفيان بن عيينة عن زياد

(١)هذا الحديث الخ. كذا فى نصب الراية ص٣١٩ ج٤ و قال العلام العثمانىّ فى الاعلاء: قلت هذا الحديث اختلف فى سنده و متنه و تصحيحه و تأويله أما السند فقد رواه زياد بن سعد و سليمان بن أبى داود و محمد بن الوليد الزبيدى و إسحاق بن راشد و مالك فى رواية الحاكم و معمر فى رواية الحاكم و الدار قطنى و ابن أبى ذئب فى روايتهما عن الزهرى عن سعيد عن أبى هريرة و رواه الأوزاعى و يونس و مالك فى رواية الطحاوى و معمر فى رواية عبدالرزاق و ابن أبى ذئب فى رواية الشافعى و ابن أبى شيبة و عبد الرزاق و الطحاوى عن الزهرى عن سعيد عن النبى ﷺ مرسلا هذا هو الاختلاف فى السند و أما المتن فقال الطحاوى حدثنا يونس قال أخبرنا ابن وهب أنه سمع مالكا و يونس و ابن أبى ذئب يحدثون عن ابن شهاب عن ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال لا يغلق الرهن قال يونس بن يزيد قال ابن شهاب كان ابن المسيب يقول الرهن لصاحبه غنمه و عليه غرمه و هو يدل على أن قوله له غنمه و عليه غرمه من قول ابن المسيب لا من قول رسول الله ﷺ و روى غير ابن وهب عن مالك و ابن أبى ذئب و معمر وغيرهم أنه قال رسول الله ﷺ لا يغلق الرهن من صاحبه له غنمه و عليه غرمه و هذا يدل على أن هذا كله من قول رسول الله ﷺ هذا هو الاختلاف فى المتن و أما الاختلاف فى التصحيح فى جهة السند فصحح عبدالحق و ابن عبدالبر وصله و أبو داود و البزار و الدار قطنى و ابن القطان إرساله كما فى التلخيص و أما الاختلاف فى التصحيح من جهة المتن فصرح ابن وهب فى رواية عن يونس أن قوله له غنمه و عليه غرمه من كلام سعيد بن المسيب و صححه أبو داود فى المراسيل حيث قال قوله له غنمه و عليه غرمه من كلام سعيد نقله عنه الزهرى و قال هذا هوالصحيح (زيلعى) و يؤيده أنه أخرج الطحاوى من طريق ابن جريج عن عطاء و سليمان بن موسى أنهما قالا قال رسول الله ﷺ لا يغلق الرهن و ليس فيه قوله له غنمه و عليه غرمه و أخرج أيضا من طريق سفيان أو شعيب على اختلاف النسخ عن الزهرى عن سعيد عن النبى ﷺ قوله لا يغلق الرهن بدون قوله له غنمه و عليه غرمه فالظاهر أن هذا القول مدرج فى الحديث من ابن المسيب أدرجه على وجه التفسير لقوله لا يغلق الرهن من صاحبه و قال الشافعى هو من كلام النبى ﷺ بناء على ما رواه ابن أبى فديك عن ابن ذئب عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن النبى ﷺ قال لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه و عليه غرمه من غير تفصيل ذكره يونس فى روايته عن ابن شهاب هذا هو الاختلاف فى التصحيح و أما الاختلاف فى التأويل فقال الشافعى معناه لا يحبس الرهن من صاحبه أن ينتفع به لأن له غنمه و منافعه و عليه غرمه و هلاكه فلو هلك فى يد الراهن أو المرتهن لا يسقط حق المرتهن و نحن نقول معناه لا يحبس الرهن من صاحبه بعد انقضاء الأجل المعين لأداء الدين بدعوى التملك بل يباع فى الدين و لصاحبه غنمه و فضله إن بيع بأكثر من الدين و عليه غرمه و نقصه إن بيع بأقل من الدين كذا فى معانى الآثار و تأويلنا أوجه من تأويل الشافعى لأن حق القبض ثابت للمرتهن إلى أداء الدين و النهى غلق الرهن بما فسره ينافى ذلك الحق فيفسر بما لا ينافيه و هو ما قلنا ثم التفسير الذى فسرنا به غلق الرهن منقول عن إبراهيم و طاوس و مالك بن أنس و سفيان الثورى و الزهرى كما نقله الطحاوى عنهم بأسانيده و تفسير الشافعى لم ينقل عن أحد و إنما هو اجتهاد منه فما فسرنا به أولى و تفسيره لقوله له غنمه و عليه غرمه بما فسره =>

قال و معناه لا يصير مضمونا بالدين و لأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين

ابن سعد عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ لا يغلق الرهن ممن رهنه له غنمه و عليه غرمه و قوله فى الكتاب قالها ثلاثا لم أجده فى شيء من طرق الحديث و قوله له غنمه و عليه غرمه قال أبو داودؒ هذا من كلام سعيدؒ نقله عنه الزهرىؒ و قال هذا هو الصحيح (قال) أى الشافعى رحمه الله تعالى (و معناه) أى معنى قوله عليه الصلاة و السلام لا يغلق الرهن (لا يصير) أى المرهون (مضمونا بالدين) أى بسبب الدين بدليل قوله لصاحبه غنمه و عليه غرمه و قال ثبت بذلك أن الرهن لا يضيع بالدين و أن لصاحبه غنمه و هو سلامته و عليه غرمه و هو غرم الدين بعد ضياع الرهن و قال (١) الطحاوى رحمه الله تعالى و هذا تأويل قد أنكره أهل العلم جميعا باللغة و زعموا أن لا وجه له عندهم و قال الطحاوى رحمه الله تعالى ذهبوا يعنى أبو حنيفة و أبو يوسف و محمد رحمهم الله تعالى فى تفسير قول سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى له غنمه و عليه غرمه إلى أن ذلك فى البيع يريدون إذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم للمرتهن ذلك النقص و هو غرمه المذكور فى الحديث و إذا بيع بفضل عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل و هو غنمه المذكور فى الحديث و قال بعض اصحابنا فى طريقة الخلاف له تأويلان أحدهما أن له زوائده من الصوف و اللبن و عليه نقصه و الثانى أن له زيادة ثمنه و عليه نقصانه عند البيع و هذا إذا أريد بالصاحب الراهن فإن أريد المرتهن فغنمه له يعنى أن زوائده تكون رهنا عنده و غرمه عليه يعنى إذا هلك الرهن سقط دينه (و لأن الرهن وثيقة بالدين) أى و لأن الرهن شرع وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة (فبهلاكه) أى فبهلاك الرهن (لا يسقط الدين) لأنه يضاد الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض على ما يجيء

=> مناف لما روى عن النبى ﷺ و عمر رضى الله تعالى عنه و غيرهما أن الرهن بما فيه فتفسيرنا أولى من تفسيره هذا إذا صح أنه قول رسول الله ﷺ و إن كان من قول سعيد فلا حجة له فيه و يقال من جهة النظر إن المرتهن له حقا على الراهن و هو أداء الدين و للراهن فى مقابلته حقا على المرتهن و هو أداء الرهن إلى الراهن عند اقتضاء الدين منه فلما عجز من أداء حق الراهن إلى الراهن لهلاك الرهن لا يمكن له مطالبة حقه منه لأن أحد الحقين كان عوضا عن الآخر فلما سقط أحد العوضين سقط الآخر كسقوط الثمن من المشترى عند هلاك المبيع عند البائع و بهذا ثبت الفرق بين الرهن و الأمانات لأن الأمانة لا تكون عوضا عن شيء و الرهن عوض عن الدين فلا يكون أمانة هذا توضيح ما قاله الطحاوى فى معانى الآثار و الحاصل أن ما ذهب إليه أبو حنيفة هو أرجح مما ذهب إليه الشافعى من جهة الرواية و الدراية و الله أعلم. (١)قال الطحاوىؒ فى شرح المعانى الآثار باب الرهن يهلك فى يد المرتهن كيف حكمه ص ٢٣٢ ج ٢.

اعتبارا بهلاك الصك و هذا لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة و السقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد إذ الحق به يصير بعرض الهلاك و هو ضد الصيانة و لنا قوله عليه الصلاة و السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك

(اعتبارا بهلاك الصك) يعنى إذا هلك الصك و هو كتاب الإقرار بالمال و غيره لا يسقط الدين فكذا إذا هلك الرهن قياسا عليه (و هذا) إيضاح لما قبله (لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة) أى صيانة الدين (و السقوط بالهلاك) أى سقوط الدين بهلاك الرهن (يضاد ما اقتضاه العقد) أى عقد الرهن (إذ الحق به) أى لأن الحق أى الدين بسبب الرهن (يصير بعرض الهلاك و هو) أى كونه بعرض الهلاك (ضد الصيانة) ألا ترى أن ما زاد على قدر الدين أمانة فى يد المرتهن و القبض فى الكل واحد فلا يجوز أن يثبت حكم الضمان بهذا القبض فى البعض دون البعض (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ (للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك) هذا الحديث أخرجه (١) أبو داودؒ فى مراسيله عن ابن المبارك عن مصعب بن ثابت قال سمعت عطاء يحدث أن رجلا رهن رجلا فرسا فنفق فى يده فقال رسول الله ﷺ للمرتهن ذهب (٢) حقك و قال عبدالحقؒ فى أحكامه هو مرسل ضعيف و قال ابن القطانؒ فى كتابه و مصعب بن ثابت بن عبدالله بن الزبير ضعيف كثير الغلط و إن كان صدوقا و رواه (٣) الطحاويؒ أيضا بهذا الإسناد و لفظه أن رجلا ارتهن فرسا فمات الفرس فى يد المرتهن فقال رسول الله ﷺ ذهب حقك ثم قال الطحاويؒ فدل هذا من قول رسول الله ﷺ على بطلان الدين بضياع الرهن و قال فإن قال هذا منقطع قيل له و الذى تأولته أيضا منقطع و الخطاب للشافعى رحمه الله تعالى فإن كان المنقطع حجة لك علينا فالمنقطع أيضا حجة لنا عليك و قال الطحاويؒ أيضا فإن قال إنما قبلته و إن كان منقطعا لأنه عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى و منقطع سعيد رحمه الله تعالى يقوم مقام المتصل قيل له و من جعل لك أن تخص سعيدا رحمه الله تعالى بهذا و تمنع منه مثله من أهل المدينة مثل أبى سلمة و القاسم و سالم و عروة و سليمان بن يسار و أمثالهم من أهل المدينة و الشعبى و ابراهيم النخعى و أمثالهما من أهل الكوفة و الحسن و ابن سيرين و أمثالهما من أهل

(١)أخرجه أبو داودؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص ٣٢١ ج ٤ و أخرجه ابن أبى شيبةؒ فى البيوع (باب) فى الرجل يرهن الرجل فيهلك ص ١٨٣ ج ٧ و البيهقىؒ فى الرهن باب من قال الرهن مضمون ص ٤١ ج ٦. (٢)ذهب حقك. قال القدورىؒ فى شرحه و لا يجوز أن يقال المراد ذهب حقك من الامساك لأن ذلك يعلم مشاهدة و لا من المطالبة برهن آخر لأن ذلك لم يكن حقا له فلم يبق إلا أن يكون المراد ذهب حقك من الدين ١ ه شلبى. (٣)رواه الطحاويؒ فى الرهن باب الرهن يهلك فى يد المرتهن كيف حكمه ص ٢٣٢ ج ٢.

و قوله عليه الصلاة و السلام إذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك

البصرة و كذلك من كان في عصر من ذكرنا من سائر فقهاء الأمصار و من كان فوقهم من الطبقة الأولى من التابعين مثل علقمة و الأسود و عمرو بن شرحبيل و عبيدة و شريح رحمهم الله تعالى لئن كان هذا لك مطلقا في سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى فانه مطلق لغيرك فيمن ذكرنا و إن كان غيرك ممنوعا من ذلك فانك ممنوع من مثله لأن هذا تحكم و ليس لأحد أن يحكم في دين الله بالتحكم (و قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (إذا عمى الرهن فهو بما فيه) هذا رواه (١) الطحاويؒ و لكن لفظه ليس كذلك فانه قال عن سعيد بن المسيب و عروة بن الزبير و القاسم بن محمد و أبي بكر بن عبدالرحمن و خارجة بن زيد و عبيدالله بن عبدالله رحمهم الله تعالى موقوفا و مرفوعا قالوا الرهن بما فيه إذا هلك و عميت قيمته و قال (٢) مخرج الأحاديثؒ هذا روى مسندا و مرسلا أما مسندا فقد رواه (٣) الدارقطنيؒ في سننه حدثنا محمد بن مخلد حدثنا احمد بن محمد بن غالب حدثنا عبدالكريم بن روح عن هشام بن زياد عن حميد عن أنس رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال الرهن بما فيه و أما مرسلا فرواه أبو داودؒ في مراسيله حدثنا علي بن سهل الرملي حدثنا الوليد حدثنا الأوزاعي عن عطاء عن النبي ﷺ قال الرهن بما فيه ثم قال المخرجؒ قال الدار قطنيؒ حديث حميد عن أنس رضي الله تعالى عنه لا يثبت و كل من بينه و بين شيخنا ضعفاء و قال ابن الجوزيؒ أحمد بن محمد بن غالب غلام خليل كان كذابا يضع الحديث و عبدالكريم بن روح ضعفه الدار قطنيؒ و قال أبو حاتم الرازيؒ مجهول و قال يحيى ابن معينؒ هشام بن زياد ليس بشيء و قال النسائيؒ متروك الحديث قلت مرسل أبي داودؒ صحيح كذا قال ابن القطانؒ (معناه) أي معنى قوله فهو بما فيه (على ما قالوا) أي على ما قال العلماء بشرح الأحاديث (إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك) يعني إذا قال الراهن لا أدري كم كانت قيمة الرهن و قال المرتهن كذلك يكون الرهن بما فيه من الدين حكى هذا التأويل عن أبي جعفر رحمه الله تعالى و قال تاج الشريعةؒ قوله إذا عمى الرهن من عمى عليه الخبر أي خفي مجاز عن عمى البصر فكأنه أريد به الهلاك لأن اشتباه القيمة يكون فيه و قوله فهو بما فيه أي هلاك مضمون بما فيه و هو الدين أو القيمة بالنقل من أئمة الفقه و الحديث و الباء للمقابلة و المعاوضة

(١)رواه الطحاويؒ في الباب المذكور آنفا. (٢)قال مخرج الأحاديث أي الحافظ الزيلعيؒ في نصب الراية ص ٣٢١ ج ٤. (٣)رواه الدار قطنيؒ في البيوع ص ٣٢ ج ٣.

و إجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم و التابعين رحمهم الله تعالى على أن الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفيته فالقول بالأمانة خرق له و المراد بقوله عليه الصلاة و السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلى بأن يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخى رحمه الله تعالى عن السلف رحمهم الله تعالى

(و إجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم و التابعين رحمهم الله تعالى على أن الرهن مضمون) لأنه لم يرد عن أحد منهم أن الرهن فى مقدار الدين غير مضمون بل هم اتفقوا على أنه مضمون فى مقدار الدين (مع اختلافهم فى كيفيته) أى فى كيفية الضمان يعنى ليس اختلافهم إلا فى كيفية الضمان فقال أبو بكر و على رضى الله تعالى عنهما مضمون بالقيمة و قال عمر و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهما هو مضمون بالأقل من قيمته و من الدين و قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما هو مضمون بالدين قلت قيمته أو كثرت و هو قول شريح رحمه الله تعالى و هكذا اختلف التابعون رحمهم الله تعالى و اختلافهم على ذلك إجماع منهم على أنه ليس قول رابع إلى أن أحدث الشافعى رحمه الله تعالى قولا رابعا أنه أمانة فيكون خرقا للإجماع كذا فى المبسوط (١) و أشار إليه المصنفؒ بقوله (فالقول بالامانة خرق له) أى فقول الشافعى رحمه الله تعالى بأن الرهن أمانة خرق للاجماع (و المراد بقوله عليه الصلاة و السلام) هذا جواب عن الحديث الذى احتج به الشافعى رحمه الله تعالى أى المراد بقول النبى ﷺ (لا يغلق الرهن على ما قالوا) أى على ما قال شراح الأحاديث و الآثار (الاحتباس الكلى بأن يصير مملوكا له) أى للمرتهن و الاحتباس الكلى أن لا يمكن فكاكه بعد صيرورته ملكا له (كذا ذكر الكرخى رحمه الله تعالى) يعنى معنى الحديث المذكور (عن السلف رحمهم الله تعالى) مثل طاووس و ابراهيم و غيرهما رحمهم الله تعالى أنهم قالوا إن المراد به لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباسا لا يمكن فكاكه بأن يصير ملكا للمرتهن فيكون ذلك نفيا لما فى الجاهلية و قال أبو عبيد القاسم بن سلام الهروىؒ قوله لا يغلق الرهن قد جاء تفسيره عن غير واحد من الفقهاء قال حدثنا جرير عن مغيرة عن ابراهيم رحمه الله تعالى فى رجل دفع إلى رجل رهنا و أخذ منه دراهم فقال إن جئتك بحقك إلى كذا و كذا و إلا فالرهن لك بحقك فقال ابراهيم رحمه الله تعالى لا يغلق الرهن فقال أبو عبيدؒ فجعله جوابا للمسألة و قد روى عن طاووس رحمه الله تعالى نحو هذا المعنى و ذلك عن ابن عيينة عن عمرو عن طاووس رحمه الله تعالى و فى الفائق (٢) يقال غلق الرهن غلوقا إذا بقى فى يد المرتهن لا يقدر على تخليصه و كان من أفاعيل الجاهلية أن الراهن إذا لم يؤد ما عليه فى الوقت المؤقت ملك المرتهن الرهن

(١) المبسوط للسرخسىؒ ص ٦٤ ج ٢١. (٢) الفائق للزمخشرى مادة غلق ص ٤٤١ ج ٢.

و لأن الثابت للمرتهن يد الإستيفاء و هو ملك اليد و الحبس لأن الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة و قال قائلهم:

و فارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

و الأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الانباء و لأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء و هو أن تكون موصلة إليه و ذلك ثابت بملك اليد و الحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن و ليكون عاجزا عن الإنتفاع به فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره و إذا كان كذلك

(و لأن الثابت للمرتهن) دليل عقلي على المطلوب و تقريره أن الثابت للمرتهن (يد الاستيفاء) أي استيفاء حقه من الرهن (و هو) أي يد الإستيفاء (ملك اليد و الحبس لأن الرهن ينبئ) لغة (عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل (١) نفس بما كسبت رهينة) أي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي (و قال قائلهم) القائل هو زهير يذكر امرأة.

و فارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

أي ارتهنت المحبوسة قلبه يوم الوداع و احتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه و ليس فيه ضمان و لا هلاك و هو كما ترى يدل على الحابس الدائم فإن قيل الدوام إنما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن و أجيب بأنه لما دام و تأبد بنفي الفكاك دل على أنه ينبئ عن الدوام إذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجبه فثبت أن اللغة تدل على إنباء الرهن عن الحبس الدائم (و الأحكام الشرعية تنعطف) أي تميل (على الألفاظ) اللغوية (على وفق الانباء) عن المعاني اللغوية يعني الأصل ورود الشرع على مطابقة الحقيقة اللغوية و هي تدل على أن الرهن يوجب الحبس بالدين دائما و ذا إنما يكون بملك اليد و الحبس وذا لا يكون إلا بالضمان (و لأن الرهن وثيقة لجانب الإستيفاء) أي استيفاء الدين (و هو) أي كون الرهن وثيقة لجانب الإستيفاء (أن تكون) أي الوثيقة (موصلة إليه) أي إلى الإستيفاء (و ذلك) أي كونه موصلة إليه (ثابت بملك اليد و الحبس ليقع الأمن من الجحود) أي جحود الراهن الدين (مخافة جحود المرتهن الرهن) معناه أن الحبس يفضي إلى أداء الحق لأن الراهن يخشى إن جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن لأن قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين فيحتاج إلى إيفاء الأقل لتخليص الأكثر (و ليكون) أي الراهن (عاجزا عن الانتفاع به) أي بالمرهون باعتبار الحبس الدائم (فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته) إلى العين (أو لضجره) عن المطالبة (و إذا كان كذلك) أي إذا

(١) كل نفس الآية. المدثر: ٣٨.

يثبت الإستيفاء من وجه و قد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدى إلى الربا بخلاف حالة القيام لأنه ينقض هذا الإستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر و لا وجه إلى استيفاء الباقى بدونه لأنه لا يتصور و الإستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حياته و كفنه بعد مماته

ثبت أن الرهن يدل على اليد و الحبس (يثبت الإستيفاء من وجه) لأن الإستيفاء إنما يكون باليد و الرقبة و قد حصل بعضه (و قد تقرر بالهلاك) أى و قد تقرر الإستيفاء بهلاك الرهن (فلو (١) استوفاه ثانيا) أى فلو استوفى المرتهن دينه ثانيا (يؤدى (٢) إلى الربا) فلا يجوز لأنه يكون آخذا حقه مرتين (بخلاف حالة القيام) أى قيام الرهن حيث لا يؤدى إلى التكرار المؤدى إلى الربا (لأنه ينقض هذا الإستيفاء بالرد) أى برد العين (على الراهن فلا يتكرر) أى الإستيفاء (و لا وجه إلى استيفاء الباقى) هذا جواب إشكال تقديرى و هو أن يقال يستوفى المرتهن الدين على وجه لا يؤدى إلى الربا و هو أن يستوفى رقبة لا يدا فأجاب بقوله و لا وجه إلى استيفاء الباقى و هو ملك الرقبة (بدونه) أى بدون ملك اليد (لأنه لا يتصور) أى لأن استيفاء المرتهن دينه من الرهن بدون ملك اليد لا يتصور (٣) لأنه محال فإذا لم يمكن الإستيفاء و طولب الراهن بأداء الدين لا يلزم الربا لأنه لم يتكرر الإستيفاء (و الإستيفاء يقع بالمالية) هذا جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء بالدين لكان بعين الدين أو البدل لا وجه للأول لأن الرهن ليس من جنس الدين و استيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه و لا وجه للثانى أيضا لأن الرهن ببدل الصرف و المسلم فيه جائز و الاستبدال بهما غير جائز و تقرير الجواب أنا نختار الأول و قوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة أو المالية و الأول مسلم و ليس الإستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة و هو معنى قوله (أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حياته و كفنه بعد مماته) إيضاح هذا أن المجانسة ثابتة باعتبار صفة المالية فكانت العين

(١)فلو استوفاه الخ. أى لو لم يسقط الدين و استوفاه ثانيا أدى إلى تكرار الاداء بالنسبة إلى اليد و هو ربوا عناية.

(٢) يؤدى إلى الربا. أقول لقائل أن يقول نعم لو استوفاه ثانيا أدى إلى الربا و لكن إذا لم يستوفه ثانيا أصلا يؤدى إلى ضياع بعض حقه و هو استيفاء الرقبة و التأدى إلى ضياع حق المسلم محذور شرعى أيضا فما الوجه فى ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الربا فتأمل فى الدفع نتائج الأفكار. (٣)لا يتصور فلو استوفاه يتكرر الاستيفاء فى حق اليد و ذلك ربا فثبت العجز عن الاستيفاء و هذا كما قال أبو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى فى رجل له على آخر ألف جياد فقضاه ألفا زيوفا فأنفقه رب الدين ثم علم أنها زيوف سقط اعتبار جودته لأنها لا يمكن أخذها منفردة و لا وجه إلى أخذها تبعا لأنه يصير ربا فكذا ههنا كفاية.

و كذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا ينوب عن قبض ضمان و موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء و هذا يحقق الصيانة و إن كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه و عنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج (١) على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا و بينه عددناها في كفاية المنتهي جملة

كالكيس فلو كان أوفى حقه من الدراهم في الكيس يكون ما في الكيس مضمونا دون الكيس فكذا هنا ما في العين من صفة المالية مضمون دون العين فإنها أمانة لأنها ملك الراهن حتى نفقتها عليه (و كذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه) أي الرهن (المرتهن لأن العين أمانة فلا ينوب) أي قبض الامانة (عن قبض ضمان) بخلاف العكس و الثاني ممنوع فانه من جنس الدين مالية و الإستيفاء يقع بها (و موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء) هذا جواب عما قال الشافعي رحمه الله تعالى الرهن وثيقة بالدين شرع صيانة للدين و السقوط يضاد بالهلاك الصيانة و تقرير الجواب أن موجب العقد أي عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما مر (و هذا) أي ثبوت يد الاستيفاء (يحقق الصيانة) لأنه ليس فيه إتواء (و إن كان فراغ الذمة من ضروراته) هذا واصل بما قبله أي و إن كان فراغ ذمة الراهن عند هلاك الرهن من ضرورات الاستيفاء لأنه إذا حصل الاستيفاء حصل الفراغ ضرورة و إلا لم يكن الاستيفاء استيفاء (كما في الحوالة) فانها شرعت وثيقة لصيانة حق الطالب ثم بالحوالة يفرغ ذمة المحيل عن الدين و لايضاد فراغها يعني الوثيقة و الصيانة فكذا هنا و به فارق هلاك الشهود و الصك لأن سقوط الدين عندنا باعتبار ثبوت يد الاستيفاء عند الهلاك وذا لا يوجد في الصك و الشهود (فالحاصل أن حكم الرهن عندنا) أي حاصل الخلاف الذي بيننا و بين الشافعي رحمه الله تعالى أن حكم عقد الرهن عند أصحابنا (صيرورة الرهن محتبسا بدينه) أي بدين المرتهن (باثبات يد الاستيفاء عليه) أي على الرهن (و عنده) أي و عند الشافعي رحمه الله تعالى (تعلق الدين بالعين) أراد بالدين المال الذي أخذه الراهن و بالعين عين الرهن (استيفاء) نصب على التعليل (منه) أي من الرهن (عينا) أي حال كونه متعينا (بالبيع) يتعلق بالإستيفاء حاصل المعنى أن تعلق الدين بالعين لأجل استيفاء حقه من عين الرهن بواسطة البيع (و يخرج على هذين الأصلين) أي أصلنا و أصل الشافعي رحمه الله تعالى (عدة من المسائل المختلف فيها بيننا و بينه) أي بين الشافعي رحمه الله تعالى (عددناها في كفاية المنتهى جملة) كفاية المنتهى لم يقع في هذه

(١) فيخرج. ن. و يخرج.

منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لأنه يفوت موجبه و هو الاحتباس على الدوام و عنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجبه و هو تعينه للبيع و سيأتيك البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى. قال و لا يصح الرهن إلا بدين مضمون لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء و الاستيفاء يتلو الوجوب قال و يدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها

الديار (منها) أى من المسائل المتفرعة على الأصلين المذكورين (أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع) أى عن استرداد المرهون من المرتهن لأجل الإنتفاع (لأنه) أى لأن الاسترداد (يفوت موجبه) أى موجب عقد الرهن (و هو الإحتباس على الدوام) أى موجب عقد الرهن هو احتباس المرهون عند المرتهن على الدوام إلى أن يوفى الراهن دينه (و عنده) أى و عند الشافعي رحمه الله تعالى (لا يمنع منه) أى لا يمنع الراهن من استرداد رهنه لأجل الانتفاع (لأنه) أى لأن الإسترداد (لا ينافي موجبه) أى موجب عقد الرهن (و هو تعينه للبيع) أى موجب عقد الرهن هو تعين المرهون للبيع لقضاء الدين من ثمنه (و يسأتيك البواقي) أى المسائل البقية المتفرعة على الأصلين المذكورين (في أثناء المسائل إن شاء الله عز و جل) يعنى فى هذا الباب و منها أن الرهن أمانة عنده فإذا هلك لا يسقط الدين كما مر و منها أن حكم الرهن لا يسرى إلى الولد عنده و عندنا يسرى و منها أن للراهن أن يشرب لبن المرهونة عنده لأنه باق على ملكه و عندنا لا يملك و منها أن الراهن إذا أعتق عبده المرهون يبطل اعتاقه عنده و عندنا ينفذ و يضمن قيمته إن كان موسرا و يكون رهنا مكانه و إن كان معسرا سعى العبد فى قيمته. (قال) أى القدورىؒ (و لا يصح الرهن إلا بدين مضمون) و فى شرح الأقطع قوله مضمون للتأكيد و إلا فجميع الديون مضمونة و قيل أريد بالدين المضمون ما كان واجبا للحال أى لا يصح إلا بدين واجب للحال لا بدين سيجب و احترز به عن الرهن بالدرك فإنه لا يصح و هو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع و قيل احتراز عن بدل الكتابة فإن الرهن به لا يصح و فى الفتاوى يجوز الرهن ببدل الكتابة و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى لا يجوز أخذ الرهن ببدل الكتابة بعد لزومه و قال الكاكىؒ و ما نقل احتراز عن بدل الكتابة غير صحيح لأنه ذكر فى فتاوى قاضى خان و غيره أن المولى لو أخذ رهنا ببدل الكتابة جاز و لا يجوز أخذ الكفيل ببدل الكتابة (لأن حكمه) أى حكم الرهن (ثبوت يد الإستيفاء و الإستيفاء يتلو الوجوب) أى يتبع الضمان فلا بد من وجوب سابق على الاستيفاء ليكون الإستيفاء مبنيا عليه (قال) أى المصنف رحمه الله تعالى (و يدخل على هذا اللفظ) أى يرد على لفظ القدورىؒ و هو قوله إلا بدين مضمون (الرهن بالأعيان (١) المضمونة بأنفسها) أى بالمثل أو بالقيمة كالمغصوب

(١) الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها أى بمثلها أو بقيمتها فهى مضمونة بأنفسها باعتبار أن المثل أو القيمة =>

فإنه يصح الرهن بها و لا دين و يمكن أن يقال إن الموجب الأصلي فيها هو القيمة و رد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى و هو دين و لهذا تصح الكفالة بها و لئن كان لا تجب إلا بعد الهلاك و لكنه تجب عند الهلاك بالقبض السابق و لهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة

قال تاج الشريعة المضمون بنفسه ما يجب المثل عند إهلاكه إن كان له مثل أو القيمة إن لم يكن مثليا و هو كالمغصوب فإن الغاصب إذا رهن به يصح مع أنه ليس بدين و المقبوض على سوم الشراء و المقبوض بحكم البيع الفاسد و المهر و بدل الخلع و الصلح عن دم العمد و المضمون بغيره كالمبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن لا بالقيمة و المستأجر و مال المضاربة و الشركة (فانه) أي فان الشأن (يصح الرهن بها) أي بالأعيان المضمونة بأنفسها (و لا دين) أي و الحال أن لا دين فيها و صحة الرهن بها عندنا خلافا للشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و عن مالك رحمه الله تعالى أن الرهن بالأعيان المضمونة يجوز و هو وجه لأصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى (و يمكن أن يقال) جواب عما يقال إن قوله و لا يصح الرهن إلا بدين مضمون يشكل عليه الأعيان المضمونة بأنفسها فان الرهن بها صحيح و لا دين و تقرير الجواب أنه يمكن أن يقال فيه (إن الموجب الأصلي فيها) أي في الأعيان المضمونة بأنفسها (هو القيمة و رد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى و هو دين) أي و الحال أن القيمة دين ذكر الضمير بتأويل الموجب الأصلي (و لهذا) أي و لكون الموجب الأصلي هو القيمة (تصح الكفالة بها) أي بالأعيان المضمونة بنفسها (و لئن كان لا تجب) أي القيمة (إلا بعد الهلاك) أي بعد هلاك العين (و لكنه تجب عند الهلاك بالقبض السابق و لهذا (١)) أي و لكون وجوب القيمة بالقبض السابق (تعتبر قيمته يوم القبض) أي يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك (فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه) أي وجوب الدين و هذا جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ رحمهم الله تعالى و تقريره أن سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود (فيصح) أي الرهن (كما في الكفالة) أي كما صح في الكفالة و اعترض بأن صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن فانها صحيحة بدين سيجب كما

=> قائمة مقامها كفاية. (١)و لهذا الخ. أقول هذا التنوير لا يتم إلا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فان المعتبر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى قيمته يوم الخصومة و عند محمد رحمه الله تعالى قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيله في صدر كتاب الغصب مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها على قول أئمتنا جميعا رحمهم الله تعالى فلا يتم التقريب إلا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى نتائج الأفكار.

و لهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة. قال و هو مضمون بالأقل من قيمته و من الدين فإذا هلك في يد المرتهن و قيمته و الدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما

لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن و أجيب بأن قوله ما ذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة و يصح أن يقال قولك دون الرهن يريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه أو دينا انعقد ذلك فان كان الأول فليس كلامنا فيه و إن كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه (و لهذا) يجوز أن يكون توضيحا على كل من التخريجين أما على الأول فتقريره و لكون الموجب الأصلي فيها القيمة (لا تبطل الحوالة المقيدة به) أي بالعين المضمون بنفسه (بهلاكه) فلو أحال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لأن الموجب الأصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة في ذمته و رد العين كان مخلصا و لم يحصل و أما على الثاني فتقريره و لكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فبهلاك العين لا تبطل الحوالة (بخلاف الوديعة) فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لأنه لا وجوب هناك للقيمة و لا سبب للوجوب. (قال) أي القدوريّ (و هو (١) مضمون بالأقل من قيمته) أي بما هو الأقل من قيمة الرهن يوم القبض (و من الدين) و وقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته و من الدين و ليس بصحيح لأن (٢) معنى المعرف واحد منهما و معنى المنكر ثالث و اعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد و عمرو يكون الأعلم غيرهما و لو قال مررت بالأعلم من زيد و عمرو يكون الأعلم واحدا منهما فافهم و هذا الذي ذكره القدوريّ في كيفية الضمان أشار إليه بقوله (فاذا (٣) هلك) أي الرهن (في يد المرتهن و قيمته) أي والحال أن قيمة الرهن (و الدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما) أي من حيث الحكم

(١)و هو مضمون الخ. يعني أن ماليته مضمونة و أما عينه فأمانة و أطلقه فشمل ما إذا شرط عدم الضمان لو ضاع فالرهن جائز و الشرط باطل و يهلك بالدين كما في الخلاصة و غيرها و شمل ما لو نقص بعيب ففي جامع الفصولين لو رهنا قنا فابق سقط الرهن فلو وجده عاد رهنا و يسقط من الدين بحسابه لو كان أول إباقة و إلا فلا يسقط شيء اه و شمل الرهن الفاسد أيضا فانه يعامل معاملة الصحيح (تنبيه) ذكر في العمادية لو رهن عبدين بألف و هلك أحدهما و قيمة الهالك اكثر من الدين لا يسقط كل الدين بهلاكه بل يقسم الدين على قيمة الحي و قيمة الهالك فما أصاب الهالك يسقط و ما أصاب الباقي يبقى و كذا إذا رهن دارا بألف و خربت يقسم الدين على قيمة البناء و قيمة العرصة يوم القبض فما أصاب البناء يسقط و ما أصاب العرصة يبقى كذا في المبسوط اه و بيانه ما في التاترخانية رهن فروا قيمته أربعون درهما بعشرة دراهم فأكله السوس فصار قيمته عشرة فانه يفتكه بدرهمين و نصف اه أي لأن الهالك ثلاثة أرباع الرهن فيسقط من الدين بقدره كما في البزازية فليحفظ ذلك فانه يخفى على كثير ١ه شامية ملخصا. (٢)لأن معنى الخ. أقول إذ تكون من في المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الأفعل بأحد الاشياء الثلاثة و تكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من و حرف التعريف و موضعه كتب النحو سعدية. (٣)فاذا هلك الخ. احترز به عما إذا استهلكه فانه يضمن جميعه شامية.

و إن كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة في يده لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء و ذاك بقدر الدين فإن كانت أقل سقط من الدين بقدره و رجع المرتهن بالفضل لأن الإستيفاء بقدر المالية و قال زفر رحمه الله تعالى الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن و قيمته يوم الرهن ألف و خمسمائة و الدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رضي الله تعالى عنه قال يترادان الفضل في الرهن و لأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين و مذهبنا مروى عن عمر و عبدالله ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما

(و إن كانت قيمة الرهن أكثر) من الدين (فالفضل) من الرهن (أمانة في يده) أي في يد المرتهن (لأن المضمون بقدر ما يقع به الإستيفاء و ذاك) أي الاستيفاء (بقدر الدين فان كانت أقل) أي فان كانت قيمة الرهن أقل من الدين (سقط من الدين بقدره و رجع المرتهن بالفضل) من الدين على الراهن (لأن الإستيفاء بقدر المالية و قال زفر رحمه الله تعالى الرهن مضمون بالقيمة) أي بجميع القيمة (حتى لو هلك الرهن و قيمته يوم الرهن ألف و خمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له) أي لزفر رحمه الله تعالى (حديث علي رضي الله تعالى عنه قال يترادان الفضل في الرهن) رواه (١) عبد الرزاقؒ و ابن أبي شيبةؒ في مصنفيهما أخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن الحكم عن علي رضي الله تعالى عنه قال يترادان الفضل في الرهن انتهى و التراد ما يكون بين اثنين فلا جرم يرد المرتهن فضل الرهن كما يرد الراهن فضل الدين (و لأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها) أي لكون الزيادة (محبوسة به) أي بالدين (فتكون) أي الزيادة (مضمونة اعتبارا بقدر الدين و مذهبنا مروى عن عمر و عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنهما) روى (٢) البيهقيؒ في سننه باسناده إلى عبيد بن عمير أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال في الرجل يرتهن الرهن فيضيع قال إن كان أقل ما فيه يرد عليه تمام حقه و إن كان اكثر فهو أمين يعني في الفضل فان قلت قال البيهقيؒ بعد أن أخرجه هذا ليس بمشهور عن عمر رضي الله تعالى عنه و قال ابن حزمؒ لم يصح هذا من عمر رضي الله تعالى عنه لأنه من رواية عبيد بن عمير و عبيد لم يولد إلا بعد موت عمر رضي الله تعالى عنه أو أدركه صغيرا و لم يسمع منه قلت قول البيهقيؒ هذا ليس بمشهور

(١) رواه عبدالرزاقؒ في البيوع باب الرهن يهلك ص٢٣٩ ج٨ و ابن أبي شيبةؒ في البيوع (باب) في الرجل يرهن الرجل فيهلك ص١٨٥ ج٧ و البيهقيؒ في الرهن باب من قال الرهن مضمون ص٤٣ ج٦. (٢) روى البيهقيؒ في الرهن باب من قال الرهن مضمون ص٤٣ ج٦ و ابن أبي شيبةؒ في البيوع (باب) في الرجل يرهن الرجل فيهلك ص١٨٨ ج٧ و الطحاويؒ في الرهن باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه ص٢٣٣ ج٢.

و لأن يد المرتهن يد الاستيفاء فلا توجب (١) الضمان إلا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء و الزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها و لا ضرورة في حق الضمان و المراد بالتراد فيما يروى (٢) حالة البيع فإنه روى عنه أنه قال المرتهن أمين في الفضل.

لو سلم لم يكن جرحا و قول ابن حزمؒ يرده قول مسلمؒ ولد عبيد بن عمير رضى الله تعالى عنه في زمن النبي ﷺ وذكر البخاريؒ أنه رأى النبي ﷺ و الرواية عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه غريب (و لأن يد المرتهن يد الإستيفاء فلا يوجب) أى المرتهن (الضمان إلا بالقدر المستوفى) و لما كان الضمان بالقدر المستوفى تقرر أن الرهن مضمون بالأقل من قيمة العين و من الدين لأنه بهذا القدر يستوفى (كما في حقيقة الإستيفاء) مثل ما إذا أعطاه ألفي درهم في كيس و قال استوف حقك في هذا و حقه ألف فإنه يصير ضامنا قدر الدين و الزيادة على قدر الدين أمانة فكذا هذا (و الزيادة مرهونة) هذا جواب عن قول زفر رحمه الله تعالى يعنى لو لم نجعلها مرهونة يؤدى إلى الشيوع أو لأنه لا يمكنه حبس قدر الدين إلا بحبس الباقي و هو معنى قوله (ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها) أى بدون الزيادة لأن رهن المشاع لا يجوز و الزيادة إذا لم تتميز لا يمكن حبس قدر الدين إلا بحبس الباقى كما إذا رهن عبدا قيمته أزيد من الدين حيث لا يتميز الزيادة من الأصل فيثبت له حبس الكل حتى لو تميزت الزيادة من قدر الدين لا يثبت له حبس الزيادة بأن رهن عبدا قيمته ألفا درهم يوم الرهن بألف ثم قتل خطأ و قيمته يوم القتل ألفا درهم فأخذ المرتهن ألفين من القاتل و أراد حبس الكل ليس له ذلك لأنه أمكن حبس قدر الدين بدون الزيادة بخلاف ما نحن فيه (و لا ضرورة في حق الضمان) لصحة الرهن بدون الضمان كما إذا استعار الراهن الرهن من المرتهن فالرهن باق و الضمان من المرتهن منتف على ما يجيء إن شاء الله تعالى (و المراد بالتراد فيما روى حالة البيع) يعنى إذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد المرتهن ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن و لو كان الدين زائدا على الثمن يرد الراهن زيادة الدين و حملناه على البيع (فانه روى عنه) أى عن على رضى الله تعالى عنه (أنه قال المرتهن أمين في الفضل) رواه محمد (٣) ابن الحنفية عن علي رضي الله تعالى عنه فيجب حمل الأول على حالة البيع توفيقا بينهما.

(١)فلا توجب. فلا يجب. (٢) يروى. ن. روى. (٣) رواه محمد الخ. قلت رواه ابن أبي شيبةؒ في البيوع (باب) في الرجل يرهن الرجل فيهلك ص١٨٥ ج٧ قال حدثنا وكيع عن على بن صالح عن عبدالأعلى بن عامر عن محمد بن الحنفية عن على رضى الله تعالى عنه قال إذا كان الرهن اكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه لأنه أمين في الفضل و إذا كان أقل مما رهن به فهلك رد الراهن الفضل و رواه الطحاويؒ باسناده في الرهن باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه ص٢٣٣ ج٢.

قال و للمرتهن أن يطالب الراهن بدنيه و يحبسه به لأن حقه باق بعد الرهن و الرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة و الحبس جزاء الظلم فإذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم و إذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لأنه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن و هو محتمل و إذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين أولاً ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و للمرتهن أن يطالب الراهن بدينه و يحبسه به) أي بسبب دينه و قال الكرخيؒ في مختصره و للمرتهن مطالبة الراهن بدينه إذا كان حالا و لا يمنعه الإرتهان به من ذلك و كذلك إذا كان آجلا و حل فان خاصمه إلى الحاكم أوجب عليه دفع الدين فان امتنع حبس به (لأن حقه) أي حق المرتهن (باق بعد الرهن و الرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة) أي فلا تمتنع المطالبة بالرهن (و الحبس) يعني عند الإمتناع (جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم) أي في فصل الحبس من كتاب أدب القاضي و تفصيله إذا ثبت الحق عند القاضي و طلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه و أمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها و هذا أي ترك القاضي عجلته بحبس الغريم إذا ثبت الحق باقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره و على قول الخصافؒ في البينة أيضا لا يحبسه في أول الوهلة فان امتنع أي الغريم حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر و الكفالة و لا يحبسه فيما سوى ذلك كضمان التلف و الغصب و أرش الجناية و نفقة الزوجات إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً يحبسه (و إذا طلب المرتهن دينه يؤمر) أي المرتهن (باحضار الرهن) هذه المسألة و ما بعدها من مسائل الزيادات إلى قوله قال و إن كان الرهن في يده ذكرها تفريعا على مسألة مختصر القدوريؒ (لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الإستيفاء لأنه يتكرر الإستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن و هو محتمل) أي الهلاك محتمل (و إذا أحضره) أي و إذا احضر المرتهن الرهن (أمر الراهن بتسليم الدين أولاً ليتعين حقه) أي حق المرتهن (كما تعين حق الراهن تحقيقا (١)

(١) تحقيقا للتسوية أي في تعيين حق كل قال في الذخيرة لأن المرتهن عين حق الراهن فيجب على الراهن تعيين حق المرتهن إلا أن تعيين الدراهم و الدنانير لا يقع إلا بالتسليم ليحصل التعيين اه شامية.

للتسوية كما في تسليم المبيع و الثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولاً و إن طالبه بالدين في غير البلد الذى وقع العقد فيه إن كان الرهن مما لا حمل له و لا مؤنة فكذلك الجواب لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل و مؤنة و لهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه في باب السلم بالاجماع و إن كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه و لا يكلف إحضار الرهن لأن هذا نقل و الواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر و لم يلتزمه و لو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز لإطلاق الأمر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن لأنه لا قدرة له على الإحضار و كذا إذا أمر المرتهن ببيعه

للتسوية) بين الراهن و المرتهن و الرهن و الدين (كما في تسليم المبيع و الثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولاً و إن طالبه بالدين) أى و إن طالب المرتهن الراهن بالدين (في غير البلد الذى وقع العقد فيه إن كان الرهن مما لا حمل له و لا مؤنة فكذلك الجواب) أى يؤمر المرتهن باحضار الرهن أولاً (لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل و مؤنة و لهذا) أى و لأجل كون الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد (لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه) أى فيما لا حمل له و لا مؤنة (في باب السلم بالإجماع و إن كان له حمل و مؤنة يستوفي دينه و لا يكلف إحضار الرهن لأن هذا نقل و الواجب عليه) أى على المرتهن (التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان لأنه) أى لأن (١) المرتهن (يتضرر به) أى بالنقل (زيادة الضرر و لم يلتزمه) أى و الحال أن المرتهن لم يلتزم الضرر يعنى في العقد لأن الرهن أمانة في يده لكن للراهن أن يحلفه (٢) بالله ما هلك (و لو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز لإطلاق الأمر) أى أمر الراهن و يشير به إلى أنه لو قيده (٣) بالنقد لا يصح بيعه نسيئة (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن لأنه لا قدرة له على الإحضار) لأن الرهن بيع بأمر الراهن فلم يبق له قدرة على إحضاره (و كذا إذا أمر المرتهن ببيعه) أى و كذا لا يكلف المرتهن احضار

---

(١)لأن المرتهن الخ. و لم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لأنه موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن و هو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الأول عناية. (٢)أن يحلفه أى على البتات لأنه تحليف على الهلاك في يده شامية عن ذخيرة. (٣)لو قيده بالنقد الخ. قال القاضى الامام ابو على النسفيؒ إذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد بأن قال إن المرتهن يطالبني بدينه و يؤذيني فبعه حتى أنجو منه فباعه بالنسيئة لا يجوز بمنزلة ما لو قال لغيره بع عبدى فانى أحتاج إلى النفقة كفاية.

فباعه و لم يقبض الثمن لأنه صار دينا بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه و هو دين و لو قبضه يكلف إحضاره لقيام البدل مقام المبدل إلا أن الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن لأنه هو العاقد فترجع الحقوق إليه و كما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم إذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين و هذا

الرهن إذا أمر الراهن المرتهن ببيع الرهن (فباعه و لم يقبض الثمن لأنه) أى لأن الرهن (صار دينا بالبيع بأمر الراهن فصار (١) كأن الراهن رهنه و هو دين) أى و الحال أن الرهن دين لأنه لما باعه باذنه صار كأنهما تفاسخا الرهن و صار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار كأنه رهنه و لم يسلمه إليه بل وضعه على يد عدل (و لو قبضه) أى و لو قبض المرتهن الثمن (يكلف إحضاره) أى يكلف المرتهن إحضار الثمن (لقيام البدل) الذى هو الثمن (مقام المبدل) الذى هو الرهن (إلا أن الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن) استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه و هو دين جواب عما يقال لو كان الأمر كذلك لما كان للمرتهن أن يقبض الثمن من المشترى كما لو كان الرهن فى يد عدل لكن له ذلك و تقرير الجواب ما ذكره بقوله (لأنه هو العاقد) أى لأن المرتهن هو العاقد (فترجع الحقوق إليه) أى إلى المرتهن (و كما يكلف) أى المرتهن (إحضار الرهن لإستيفاء كل الدين يكلف) أى المرتهن (لاستيفاء نجم) أى قسط من الدين (قد حل) بأن كان الدين مقسطا فادعى قسطا واحدا يكلف إحضار الرهن (لاحتمال الهلاك) أى هلاك الرهن فيؤمر بإحضاره لأن فيه فراغ قلب الراهن عن توهم الهلاك لكن لا يسلم إلى أن يقبض جميع الدين باجماع العلماء و فى الزيادات و المحيط لا يجبر باحضاره لعدم فائدة الإحضار فى القياس و فى الإستحسان يجبر بإحضاره إذا كان فى المصر الذى رهنه لفراغ قلب الراهن عن توهم الهلاك و هذا إذا ادعى الراهن هلاك الرهن أما إذا لم يدع فلا فائدة فى الإحضار (ثم إذا قبض الثمن) أى إذا قبض المرتهن الثمن (يؤمر باحضاره) أى باحضار الثمن (لاستيفاء (٢) الدين لقيامة مقام العين) أى لقيام الثمن مقام الرهن (و هذا) إشارة إلى قوله يكلف لإستيفاء نجم قد حل بخلاف مسألة القتل كذا قاله

---

(١)فصار الخ. فان قيل لو رهن الدين ابتداء لا يصح قلنا نعم و لكن يبقى حكم الرهن فى ثمن المرهون لكونه بدلا عن المقبوض و هو قد كان صالحا لذلك ثم يثبت هذا الحكم فى خلفه تبعا لا مقصودا كفاية. (٢)لاستيفاء الدين يعنى المنجم لئلا يلزم التكرار سعدية.

بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لأن القيمة خلف عن الرهن فلا بد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن و ما صارت قيمة بفعله و فيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا و لو وضع الرهن على يد العدل و أمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يمكن تسليمه في قدرته و لو وضعه العدل في يد من في عياله و غاب و طلب المرتهن دينه و الذي في يده يقول أودعني فلان و لا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئا و كذلك إذا غاب العدل بالرهن و لا يدري أين هو لما

الكاكيّ ناقلا عن النهاية و قال الأكمليّ و هو كما ترى متعسف ثم قال و هذا إشارة الى قوله و كذا إذا أمر المرتهن ببيعه إلى آخره فانه لا يجبر المرتهن على الإحضار بل يجبر الراهن على الأداء بدون إحضار شيء (بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر) أي المرتهن (كل القيمة لأن القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها) أي كل القيمة (كما لا بد من احضار كل عين الرهن و ما صارت) أي قيمة العبد المقتول خطأ (قيمة بفعله) أي بفعل الراهن بل بفعل الأجنبي (و فيما تقدم) أي في بيع العدل أو المرتهن (صار) أي الرهن (دينا بفعل الراهن) لأنه تسليط من جهته (فلهذا) أي فلأجل ذلك (افترقا) أي افترق الحكمان في الصورتين المذكورتين (و لو (١) وضع الرهن على يد العدل و أمره أن يودعه غيره ففعل) أي أودعه و في الإيضاح و كذا إذا لم يودعه و كان في يد العدل (ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف) أي المرتهن (إحضار الرهن لأنه) أي المرتهن (لم يؤتمن عليه حيث وضع) أي الرهن (على يد غيره) أي غير المرتهن (فلم يكن تسليمه) أي تسليم الرهن (في قدرته) أي قدرة المرتهن (و لو وضعه العدل في يد من في عياله و غاب) أي العدل (و طلب المرتهن دينه و الذي في يده يقول أودعني فلان و لا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئا) من الرهن (و كذلك) أي أجبر الراهن على قضاء الدين (إذا غاب العدل بالرهن و لا يدري أين هو لما

---

(١) و لو وضع الرهن الخ. أي بعد التخلية ليتحقق الرهن بقبض المرتهن بالتخلية لكنه لم يوضع على يد المرتهن بل وضع على يد العدل باتفاق من الراهن و المرتهن لكنوى عن اعظمي.

قلنا و لو أن الذى أودعه العدل جحد الرهن و قال هو مالى لم يرجع المرتهن على الراهن بشىء حتى يثبت كونه رهنا لأنه لما جحد الرهن فقد توى المال و التوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين و لا يملك المطالبة به. قال و إن كان الرهن فى يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين على ما بيناه و لو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية اعتبارا بحبس المبيع فإذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن إليه لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده و كذلك لو تفاسخا

قلنا) إشارة إلى قوله لم يقبض شيئا أى من الرهن (و لو أن الذى أودعه العدل جحد الرهن و قال هو مالى لم يرجع المرتهن على الراهن بشىء حتى يثبت) أى المرتهن (كونه رهنا لأنه) أى المودع بفتح الدال (لما جحد الرهن فقد توى المال) أى هلك المال (و التوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين و لا يملك المطالبة به) أى لا يملك المرتهن المطالبة بالدين. (قال) أى القدورىؒ (و إن كان الرهن فى يده) أى فى يد المرتهن (ليس عليه) أى على المرتهن (أن يمكنه) أى الراهن (من البيع) أى بيع الرهن (حتى يقضيه الدين لأن حكمه) أى حكم الرهن (الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين لما بيناه) فيما تقدم أن حكم الدين الحبس الدائم (و لو قضاه البعض) أى بعض الدين (فله) أى فللمرتهن (أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية) من الرهن (اعتبارا بحبس المبيع) فان فى البيع إذا قضى بعض الثمن لم يقبض شيئا من المبيع فكذا هنا (فاذا قضاه الدين قيل له) أى للمرتهن (سلم الرهن إليه) أى إلى الراهن (لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه فلو هلك قبل التسليم) أى فلو هلك الرهن قبل تسليم المرتهن الرهن إلى الراهن (استرد الراهن ما قضاه) أى ما أداه إلى المرتهن (لأنه) أى المرتهن (صار (٢) مستوفيا) لدينه (عند الهلاك) أى هلاك الرهن (بالقبض السابق فكان الثانى) أى القبض الثانى (استيفاء بعد استيفاء فيجب رده) أى رد ما أداه إلى المرتهن احترازا عن الربا (و كذلك) أى الحكم (لو تفاسخا

---

(١)اعتبارا بحبس المبيع أى عند البائع فانه لا يلزمه تسليم بعضه بقبض بعض الثمن لكن لو رهنه عبدين و سمى لكل شيئا من الدين له قبض أحدهما باداء ما سمى له بخلاف البيع شامية. (٢)صار مستوفيا الخ. فان الرهن حقيقة عقد استيفاء باليد و الحبس كما تقدم و ذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا إلى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد عناية.

الرهن له حبسه مالم يقبض الدين أو يبرئه و لا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لأنه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين و لو هلك في يده سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن و ليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام و لا سكنى و لا لبس إلا أن يأذن له المالك لأن له حق الحبس دون الإنتفاع

الرهن له) أى للمرتهن (حبسه مالم يقبض الدين أو يبرئه) أى أو مالم يبرئ المرتهن الراهن من الدين لأن الرهن لا ينفسخ مقصودا بالمناقضة بالقول حتى يكون للراهن حق الأخذ بغير رضى المرتهن بعد أن قبضه فصار وجود هذه المناقضة و عدمها بمنزلة (و لا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) احتراز عما إذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن (لأنه) أى لأن (١) الرهن (يبقى مضمونا ما بقي (٢) القبض و الدين) أى معا حتى لو بقي أحدهما و انتفى الآخر لا يبقى مضمونا لأن كون الرهن مضمونا ثبت بعلة ذات وصفين و هما القبض و الدين فلا يبقى مضمونا بأحدهما (و لو هلك) أى الرهن بعد ما تفاسخا (في يده) أى في يد المرتهن (سقط الدين إذا كان به) أى بالرهن (وفاء بالدين لبقاء الرهن و ليس (٣) للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام و لا سكنى و لا لبس إلا أن (٤) يأذن له المالك لأن له حق الحبس دون الانتفاع) فاذا استعمله بوجه من الوجوه المذكورة كان غاصبا و ضمن قيمته بالغة ما بلغت و إن كان باذن الراهن فلا

(١)لأن الرهن يبقى مضمونا الخ. و في المبسوط للسرخسيؒ: و إنما لا يبطل الرهن بمجرد القول بدون الرد لأن حكمه قبل الهلاك ثبوت يد الاستيفاء في حق الحبس فيعتبر باليد الثابتة بحقيقة الاستيفاء في حق الحبس و الملك و حقيقة الاستيفاء لا ينتقض بمجرد القول دون الرد لأن فعلهما مخالف لقولهما و القول متى خالف الفعل لا يعتبر اه. (٢)ما بقي القبض والدين أى قبض الرهن في يد المرتهن و الدين في ذمة الراهن شامي عن وانى. (٣)ليس للمرتهن الخ. و في الدر: لا يجوز الانتفاع بالرهن مطلقا لا باستخدام و لا سكنى و لا لبس و لا إجارة و لا إعارة سواء كان أى الانتفاع من مرتهن أو راهن إلا باذن كل للآخر و قيل لا يحل للمرتهن لأنه ربا و قيل إن شرطه كان ربا و إلا لا و في الأشباه و الجواهر أباح الراهن للمرتهن أكل الثمار أو سكنى الدار أو لبن الشاة المرهونة فأكلها لم يضمن و له منعه ثم أفاد في الأشباه أنه يكره (أى تحريما) للمرتهن الانتفاع بذلك اه. و في الرد على الدر: (قوله من مرتهن أو راهن) الأول مصرح به في عامة المتون و الثاني صرح به في درد البحار و شرح مختصر الكرخيؒ و شرح الزاهديؒ و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى فعنده يجوز له الانتفاع بغير الوطء و الأول لا خلاف فيه كما في غرر الأفكار اه. (٤)إلا أن يأذن الخ. فاذا انتفع المرتهن باذن الراهن هلك الرهن حالة استعماله يهلك أمانة بلا خلاف أما قبل الاستعمال أو بعده يهلك بالدين و لو كان أمة لا يحل وطؤها لأن الفرج أشد حرمة لكن لا يحد بل يجب العقر عندنا معراج (فائدة) قال في التاترخانية ما نصه و لو استقرض دراهم و سلم حماره إلى المقرض ليستعمله إلى شهرين حتى يوفي دينه أو داره ليسكنها فهو بمنزلة الاجارة الفاسدة إن استعمله فعليه أجر مثله و لا يكون رهنا اه شامية.

و ليس له أن يبيع إلا بتسليط من الراهن و ليس له أن يؤاجر و يعير لأنه ليس له ولاية الإنتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فإن فعل كان متعديا و لا يبطل عقد الرهن بالتعدى. قال و للمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه و زوجته و ولده و خادمه الذى فى عياله قال معناه أن يكون الولد فى عياله أيضا و هذا لأن عينه أمانة فى يده فصار كالوديعة و إن حفظه بغير من فى عياله أو أودعه ضمن و هل يضمن الثاني فهو على الخلاف

ضمان عليه لأن الحجر لحقه و قد رضى به ثم كما لا يجوز استخدام الجارية المرهونة للمرتهن فكذلك لا يجوز وطؤها و مع هذا لو وطئها لا يجب عليه الحد على رواية كتاب الرهن و يجب مهرها لمولاها لأنها محبوسة للاستيفاء فأشبه الجارية المبيعة فى يد البائع و على رواية كتاب الحدود يجب الحد إذا قال علمت أنها علىّ حرام (و ليس له أن يبيع) أى و ليس للمرتهن أن يبيع الرهن (إلا بتسليط من الراهن) لأن الرهن لا يقتضى البيع فلا يثبت له بدون الوكالة (و ليس له) أى للمرتهن (أن يؤاجر) الرهن (و يعير) أى و ليس له أن يعير الرهن (لأنه ليس له) أى لأن الشأن ليس للمرتهن (ولاية الإنتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه) أى على الانتفاع بالرهن (فإن فعل كان (١) متعديا و لا يبطل عقد الرهن بالتعدى) من المرتهن فإن فعل شيئا من ذلك فسخ و رد الرهن فى يد المرتهن و فى شرح الأقطع و قال الشافعى رحمه الله تعالى للراهن أن يسكن الدار و يؤجرها و يركب الدابة و يعيرها و يزرع الأرض و يحلب اللبن و يجز الصوف و لا يطأ الجارية و لا يلبس الثوب. (قال) أى القدورىّ (و للمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه و زوجته و ولده و خادمه الذى فى عياله (٢) قال) أى المصنفّ (معناه) أى معنى قول القدورىّ (أن يكون الولد فى عياله أيضا) قال الأترازىّ المراد بمن فى عياله أن يساكن معه سواء كان فى نفقته أو لا فلو أن امرأة أودعت وديعة فدفعت الوديعة إلى زوجها لا تضمن و إن لم يكن الزوج فى عيالها لأن العبرة فى هذا الباب للمساكنة دون النفقة ألا ترى أن الابن الكبير إذا كان ساكنا مع الأب المودع و ليس نفقته على الأب فخرج الأب عن المنزل و ترك المنزل على الابن فانه لا يضمن و المراد من الأجير أجير المشاهرة أو المسابعة دون المياومة (و هذا) إشارة إلى اشتراط كون الخادم و الولد فى عياله (لأن عينه) أى عين الرهن (أمانة فى يده) أى فى يد المرتهن (فصار) أى الرهن (كالوديعة) فيشترط فيه ما يشترط فى الوديعة (و إن حفظه) أى و إن حفظ المرتهن الرهن (بغير من فى عياله أو أودعه ضمن) لتعديه (و هل يضمن الثانى) أى المودع الثانى (فهو على الخلاف) فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى

(١) كان متعديا فيضمنه كالغصب شامية. (٢) عياله و يجرى مجرى العيال شريك المفاوضة و العنان شامية عن غرر الأفكار.

و قد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة و إذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة و الأمانات تضمن بالتعدى فلو (١) رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لأنه متعد بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه و إنما الاذن بالحفظ و اليمنى و اليسرى في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة و لو جعله في بقية الأصابع كان رهنا بما فيه لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ و كذا الطيلسان إن لبسه لبسا معتادا ضمن و إن وضعه على عاتقه لم يضمن و لو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة و ضمن في السيفين لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب و لم تجر

لا ضمان عليه و عندهما عليه الضمان كالأول و عند ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا ضمان على واحد منهما (و قد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة) فليراجع إليها (و إذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان (٢) الغصب بجميع (٣) قيمته لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة و الأمانات تضمن بالتعدى و لو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لأنه متعد بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه و إنما الإذن بالحفظ و اليمنى و اليسرى في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة و لو جعله في بقية الأصابع كان رهنا بما فيه) أبي بما في الرهن من الدين (لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ و كذلك الطيلسان إن لبسه لبسا معتادا ضمن و إن وضعه على عاتقه لم يضمن و لو رهنه سيفين أو ثلاثة) أي أو رهن ثلاثة سيوف فتقلدها لم يضمن في الثلاثة) أي في تقلد ثلاثة سيوف (و ضمن في السيفين) أي في تقلد السيفين (لأن (٤) العادة جرت بين

---

(١)فلو. ن. ولو. (٢)ضمان الغصب لا ضمان الرهن و المراد أنه يضمن بالتعدى إذا هلك المرهون بسببه و كل فعل يغرم به المودع يغرم به المرتهن و ما لا فلا إلا أن الوديعة لا تضمن بالتلف كما في جامع الفصولين و فيه لو خالف ثم عاد فهو رهن على حاله فلو ادعى الوفاق و كذبه راهنه صدق راهنه لأنه أقر بسبب الضمان (تنبيه) لو مات المرتهن مجهلا يضمن كما في الخيرية وغيرها اه شامية بتغير ما. (٣)بجميع قيمته أي بالغة ما بلغت لأنه صار غاصبا شامي عن اتقاني. ثم إن القاضي إن قضى بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرد القضاء إذا كان الدين حالا فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه إلا بالفضل و إن كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته و تكون رهنا عنده لأنه بدل الرهن فيكون له حكم أصله فاذا حل الأجل أخذه بدينه و إن قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان الضمان رهنا عنده إلى أن يقضيه دينه لأنه بدل الرهن فأخذ حكمه زيلعي. (٤)لأن العادة الخ. ظاهره لزوم الضمان و إن لم يكن المرتهن من الشجعان مع أنهم في لبس الخاتم اعتبروا حال المرتهن نفسه و الظاهر أن المراد هنا ما إذا كان منهم بدليل قول قاضيخانّ و غيره و في السيفين إذا كان المرتهن يتقلد بسيفين لأنه استعمال اه فقد نظر إلى حال المرتهن كما في الخاتم و بحمل ما هنا عليه تندفع المنافاة فافهم شامية.

بتقلد الثلاثة و إن لبس خاتما فوق خاتم إن كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن و إن كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن. قال و أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن و كذلك أجرة الحافظ و أجرة الراعى و نفقة الرهن على الراهن و الأصل أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن و تبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل أو لم يكن لأن العين باق على ملكه و كذلك منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه و تبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما فى الوديعة

الشجعان (١) بتقلد السيفين فى الحرب و لم تجر بتقلد الثلاثة) أى ثلاثة سيوف فكان ذلك حفظا (و إن لبس خاتما فوق خاتم إن كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن و إن كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن) و فى الفتاوى الصغرى و لو كان المرتهن امرأة فتختمت به أىّ اصبع كان ضمنت لأن النساء يتختمن لجميع أصابعهن ثم ينبغى أن يعرف أن المراد بعدم الضمان فيما يعد حفظا لا استعمالا أن لا يضمن ضمان الغصب لا أنه لا يضمن أصلا لأنه يضمون بالدين فيسقط الدين بهلاكه بما هو الأقل من قيمته و من الدين كالخاتم إذا جعله فى اصبع لا يختم به فى العرف و العادة و كالثوب إذا ألقاه على عاتقه و به صرح فى شرح الطحاوىّ. (قال) أى القدورىّ (و أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن و كذلك أجرة الحافظ) أى حافظ الرهن على المرتهن و كذلك أجرة المأوى للغنم و البقر على المرتهن لا على الراهن (و أجرة الراعى) أى راعى الرهن بأن كان حيوانا (و نفقة (٢) الرهن على الراهن و الأصل) فى هذا الباب (أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن و تبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل أو لم يكن لأن العين) أى عين الرهن (باق على ملكه) أى على ملك الراهن (و كذلك منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه و تبقيته عليه لما أنه) أى الاصلاح (مؤنة ملكه كما فى الوديعة)

---

(١)الشجعان. و فى القاموس: الشجاع كسحاب و كتاب و غراب و أمير و كتف و عنبة و أحمد الشديد القلب عند البأس ج شجعة مثلثة و شجعة محركة و شجاع كرجال و شجعان بالضم و الكسر و شجعاء (بالفتح و المد) و هى شجاعة مثلثة و شجعة و شجيعة كفرحة و شريفة و شجعاء ج شجائع و شجاع (بالكسر) و شجع بضمتين أو (شجاع) خاص بالرجال و قد شجع ككرم. (٢)نفقة الرهن الخ. و فى الجوهرة: باع عبدا برغيف بعينه فلم يتقابضا حتى أكل العبد الرغيف صار البائع مستوفيا للثمن بخلاف ما لو رهن دابة بقفيز شعير فأكلته لا يصير المرتهن مستوفيا للدين و الفرق أن النفقة فى الأول على البائع و فى الثانى على الراهن اه ملخصا.

و ذلك مثل النفقة فى مأكله و مشربه و أجرة الراعى فى معناه لأنه علف الحيوان و من هذا الجنس كسوة الرقيق و أجرة ظئر ولد الرهن و كرى النهر و سقى البستان و تلقيح نخيله و جذاذه و القيام بمصالحه و كل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لأن الإمساك حق له و الحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه و كذلك

أنه على المودع (و ذلك مثل النفقة فى مأكله و مشربه) و ليس هذا كالعبد الموصى بخدمته فإن نفقته على الموصى له لا على الوارث لأن الموصى له أحق بمنافعه (و أجرة الراعى فى معناه) أى فى معنى الإنفاق فى المأكل و المشرب (لأنه علف الحيوان) أى لأن الأجير علف الحيوان لأنه سببه و قال تاج الشريعةؒ فان قلت كما أن الراعى يسوق الدابة إلى العلف فكذلك يحفظها أيضا و الحفظ على المرتهن و العلف على الراهن فيجب أن يكون الأجر عليهما نصفين قلت الراعى للاعلاف لا للحفظ ألا ترى أن السارق من المرعى لا يقطع و من المراح يقطع لأن الحفظ تبع و الأجر بازاء الأصل كالثمن يقابل الرقبة دون الأطراف و عند البعض أجرة الراعى على المرتهن لأنه محبوس لأجله فيكون نفقته عليه كنفقة المبيع على البائع لا على المالك و هو المشترى لأنه محبوس على البائع لكنا نقول إن معظم المنافع فى إمساك الرهن حاصل للراهن فتكون نفقته عليه و نفقة المستأجر على الآجر لهذا المعنى (و من هذا الجنس) أى من جنس ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن و تبقيته (كسوة الرقيق و أجرة ظئر ولد الرهن و كرى النهر) أى حفره من كريت كريا (و سقى البستان و تلقيح نخيله) أى نخيل البستان وْ التلقيح وضع طلع الذكر فى طلع الأنثى (و جذاذه (١)) بالجيم المكسورة و بالذالين المعجمتين أى قطع ثمر نخيله (و القيام بمصالحه و كل ما كان لحفظه) أى لحفظ الرهن (أو لرده إلى يد المرتهن) مثل جعل الآبق (أو لرد جزء منه) كمداواة الجرح (فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لأن الإمساك حق له) أى لأن إمساك الرهن حق للمرتهن (و الحفظ واجب عليه) أى حفظ الرهن واجب على المرتهن (فيكون بدله عليه) أى فيكون بدل الحفظ على المرتهن قال فى شرح الطحاوى لو شرط الراهن للمرتهن شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة فان المودع إذا شرط شيئا على الحفظ يصح (و كذلك) أى على المرتهن

---

(١) جذاذه الخ. و فى بعض النسخ جداده بالدالين المهملتين قال الزيلعىؒ فى البيع الفاسد: الجذاذ بالذال المعجمة عام فى قطع الثمار و بالمهملة خاص فى النخل اه.

أجرة البيت الذى يحفظ الرهن فيه و هذا فى ظاهر الرواية و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعى فى تبقيته و من هذا القسم جعل الآبق فإنه على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه و هذا إذا كانت قيمة الرهن و الدين سواء و إن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون و على الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة فى يده و الرد لاعادة اليد و يده فى الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك و هذا بخلاف أجرة البيت الذى ذكرناه فإن كلها تجب على المرتهن و إن كان فى قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس و حق الحبس فى الكل ثابت

(أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن و هذا فى ظاهر الرواية و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن كراء المأوى) أى المكان الذى تأوى إليه الدواب (على الراهن بمنزلة النفقة لأنه) أى كراء المأوى (سعى فى تبقيته) و قال الأترازىّ و روى ابن سماعةّ عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى الراهن و المرتهن اختلفا فى مأوى البقر و الغنم و الدواب الذى تأوى إليه فإن كان عند المرتهن سعة فهو فى منزله و إن أبى ذلك يكترى لها و يكون الكراء على الراهن (و من هذا القسم) أى من القسم الذى يجب مؤنته على المرتهن (جعل الآبق فإنه على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة يد الإستيفاء التى كانت له ليرده) أى ليرد المرتهن الرهن إلى الراهن (فكانت) أى الإعادة (من مؤنة الرد فيلزمه) أى فيلزم الجعل المرتهن و عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى الكل على الراهن لأن الملك له (و هذا) أى كون جعل الآبق على المرتهن (إذا كانت قيمة الرهن و الدين سواء و إن كانت قيمة الرهن أكثر) من الدين (فعليه) أى على المرتهن (بقدر المضمون و على الراهن بقدر الزيادة عليه) أى على الدين (لأنه) أى الزائد على الدين (أمانة فى يده) أى فى يد المرتهن (و الرد لإعادة اليد) أى يد المرتهن (و يده فى الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها) أى المرتهن كالمودع فى الزيادة (فلهذا يكون) أى الجعل بقدر الزيادة (على المالك و هذا) أى المذكور (بخلاف أجرة البيت الذى ذكرناه) يعنى فيما تقدم من قوله و أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن (فإن كلها) أى كل الأجرة (تجب على المرتهن و إن كان فى قيمة الرهن فضل) كلمة إن واصلة بما قبلها (لأن وجوب ذلك) أى وجوب أجرة البيت (بسبب الحبس) عند المرتهن (و حق الحبس فى الكل ثابت

له فأما الجعل إنما يلزمه لأجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون و مداواة الجراحة و القروح و معالجة الأمراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون و الأمانة و الخراج على الراهن خاصة لأنه من مؤن الملك و العشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين و لا يبطل الرهن فى الباقى لأن وجوبه لا ينافى ملكه

له) أى للمرتهن (فأما الجعل إنما يلزمه) أى المرتهن (لأجل الضمان) على المرتهن و إذا كان كذلك (فيتقدر بقدرالمضمون) من الدين (و مداواة (١) الجراحة و القروح و معالجة الأمراض و الفداء من الجناية ينقسم على (٢) المضمون و الأمانة) هذا إذا حدثت هذه الأشياء عند المرتهن أما إذا حدثت عند الراهن كان عليه قاله تاج الشريعةؒ ناقلا عن المشايخ رحمهم الله تعالى و قال الأترازىؒ و الفداء من الجناية و هو الدين الذى يلحق الرهن بالأموال التى يضمنها بالاستهلاك إذا وجب ذلك فى الرهن فان ذلك فى حق كل واحد من الراهن و المرتهن لأن جناية المضمون فى يد الضامن تجرىؒ مجرى جناية الضامن فيكون من ماله و أما جناية الأمانة فإنها كجناية الوديعة فتكون على الراهن (و الخراج (٣) على الراهن خاصة لأنه من مؤن الملك و العشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين) أى لتعلق العشر بالعين فيكون مقدما على حق المرتهن لأن حق المرتهن يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين و العين مقدم على المالية صورة المسألة أن فى الرهن أرضا فيها نخل و شجر و زرع ارتهن ذلك معها و هى من أرض العشر فأخذ السلطان العشر من الزرع فإن ذلك لا يسقط شيئا من الدين إذ لو سقط أدى إلى أن يصير قابضا بمال واحد حقين الدين و العشر و هذا لا يجوز (و لا يبطل الرهن فى الباقى) هذا لنفى شبهة ترد على قوله لتعلق العشر بالعين يعنى لما كان العشر متعلقا بالعين يصير كما لو استحق بعض العين فأجاب عن هذا بقوله و لا يبطل الرهن فى الباقى بعد أخذه من العشر (لأن وجوبه) أى وجوب العشر (لا ينافى ملكه) فى جميع ما رهنه ألا ترى أنه لو باعه جاز و لو أدى العشر من موضع آخر

(١)مداواة الجراحة الخ. و فى الشامية عن البزازية: و ثمن الدواء و أجرة الطبيب على المرتهن و ذكر القدورىؒ أن ما كان من حصة الامانة فعلى الراهن و من المشايخ رحمهم الله تعالى من قال ثمن الدواء على المرتهن إنما يلزم أن لو حدثت الجراحة فى يده فلو عند الراهن فعليه و قال بعضهم على المرتهن بكل حال و إطلاق محمد رحمه الله تعالى يدل عليه اه. (٢)على المضمون أى ما دخل فى ضمان المرتهن و الأمانة خلافه شامى. (٣)الخراج الخ. و فى الشامية عن البزازية: أخذ السلطان الخراج أو العشر من المرتهن لا يرجع على الراهن لأنه إن تطوع فهو متبرع و إن أكره فقد ظلمه السلطان و المظلوم لا يرجع إلا على الظالم اه.

بخلاف الاستحقاق و ما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع و ما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضى رجع عليه كأن صاحبه أمره به لأن ولاية القاضى عامة و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضرا و إن كان بأمر القاضى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يرجع فى الوجهين و هى فرع مسألة الحجر والله أعلم.

جاز فصح الرهن فى الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع فى الرهن لا مقارنا و لا طارئا (بخلاف الاستحقاق) يعنى إذا ظهر مستحق فى الرهن فقدر المستحق لم يصح الرهن فيه لأنه ملك الغير فلم يصح الرهن فيه و كذا فيما وراءه لأنه مشاع (و ما أداه أحدهما) أى من الراهن و المرتهن (مما وجب على صاحبه) من أجرة و غيرها (فهو متطوع) لأنه (١) قضى دين غيره بغير أمره (و ما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضى رجع عليه) و فى الذخيرة لا يكفى (٢) مجرد الأمر بالانفاق و لا بد (٣) أن يجعله دينا على الراهن و عليه أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى (كأن صاحبه أمره به لأن ولاية القاضى عامة و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضرا و إن كان (٤) بأمر القاضى) كلمة إن واصلة بما قبلها أى و إن كان الانفاق بأمر القاضى رواه الحسن بن أبى مالكٍ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يرجع (٥) فى الوجهين) يعنى فى حضرته صاحبه و غيبته (و هى فرع مسألة الحجر و الله أعلم) فمذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن القاضى لا يلى على الحاضر و عندهما يلى عليه و فى مبسوط شيخ الإسلامٍ فأبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يرى حجر القاضى على الحر فلا يكون أمر القاضى نافذا حال حضوره بخلاف حال غيبته لأن فيها ضرورة و عندهما للقاضى ولاية حجره حال غيبته و حضوره فينفذ عليه أمر القاضى حال غيبته و حضوره.

(١)لأنه قضى دين غيره بغير أمره و هو غير مضطر فيه لأنه يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضى كفاية. (٢) لا يكفى مجرد الأمر بالانفاق الخ. لأن هذا الأمر ليس للالزام بل للنظر و هو متردد بين الأمر حسبة أو ليكون دينا و الأدنى أولى مالم ينص على الأعلى شامية عن ذخيرة. (٣)و لا بد أن يجعله دينا عليه فحينئذ يرجع عليه فلو كان الآبى هو الراهن يرجع المرتهن عليه سواء كان المرهون قائما أو لا و لا يكون رهنا بالنفقة فليس له الحبس بذلك و هو قول الامام رحمه الله تعالى شامية عن بزازية. (٤) و إن كان بأمر القاضى لأنه يمكنه أن يرفع إلى القاضى فيأمر صاحبه بذلك اه ح شامى. (٥)يرجح فى الوجهين لكن فى الخانية أنه لو كان حاضرا و أبى عن الانفاق فأمر القاضى به رجع عليه و به يفتى اه قهستانى فالمفتى به قول أبى يوسف رحمه الله تعالى و عليه فلا فرق بين الحاضر و الغائب و هو ظاهر إطلاق المتن شامى.

باب ما يجوز ارتهانه و الارتهان به و ما لا يجوز

قال و لا يجوز رهن المشاع و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز و لنا فيه وجهان أحدهما يبتنى على حكم الرهن فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء و هذا لا يتصور فيما يتناوله العقد و هو المشاع

(باب ما يجوز إرتهانه و الارتهان به و ما لا يجوز)

أي هذا باب في بيان ما يجوز ارتهانه و الإرتهان به و في بيان ما لا يجوز من ذلك و لما ذكر الرهن مطلقا شرع هنا في بيانه مفصلا لأن التفصيل بعد الإجمال. (قال) أي القدوريؒ (و لا يجوز (١) رهن المشاع) سواء كان شائعا فيما ينقسم أو فيما لا ينقسم فلا يجوز رهن نصف دار و لا نصف أرض و لا نصف عبد و لا سهم من سهام ذلك و سواء رهن المشاع من شريكه في ذلك أو من غيره ذكر الكرخيؒ كل ذلك في مختصره و ذكر القدوريؒ عدم جواز رهن المشاع و لم يتعرض أنه باطل أو فاسد و في المغني و الذخيرة إشارة إلى أنه فاسد لا باطل حيث قال و المقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون في الصحيح و في الرهن الباطل لا لأن الباطل لا ينعقد أصلا فكان كالبيع الباطل و الفاسد ينعقد فكان كالبيع الفاسد و شرط انعقاد الرهن أن يكون مالا و المقابل به مالا مضمونا فإذا وجدت شرائط الجواز ينعقد صحيحا و إذا فقد شرط من شرائط جوازه ينعقد فاسدا و في كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز) و به (٢) قال مالك و أحمد و أبو ثور و الأوزاعي و ابن أبي ليلى و البتي و سوار و العنبري رحمهم الله تعالى (و لنا فيه) أي في أمر الرهن (وجهان) أي طريقان (أحدهما) أي أحد الوجهين (يبتنى على حكم الرهن فإنه) أي حكم الرهن (عندنا ثبوت (٣) يد الإستيفاء و هذا) أي ثبوت (٤) يد الإستيفاء (لا يتصور (٥) فيما يتناوله العقد و هو المشاع

---

(١)لا يجوز رهن المشاع إلا إذا كان عبدا بينهما رهناه عند رجل بدين له على كل واحد منهما رهنا واحدا فلو رهن كل نصيبه من العبد لم يجز كما في القهستاني عن الذخيرة و إلا إذا ثبت الشيوع فيه ضرورة شامية. (٢)و به قال مالكؒ الخ. كذا في المغني لابن قدامة الحنبليؒ ص٣٧٥ ج٤. (٣)ثبوت يد الاستيفاء و المراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبسا إلى أن يقضي الراهن دينه شلبي عن اتقاني. (٤)ثبوت يد الاستيفاء الخ. فان قيل كيف يستقيم هذا و الشيوع لا يمنع الاستيفاء حقيقة فان من كان له على غيره عشرة فدفع إليه المديون كيسا فيه عشرون درهما ليستوفي منه حقه يصير مستوفيا حقه من النصف شائعا و إذا لم يمنع الشيوع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يد الاستيفاء قلنا موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى و الشيوع لا يمنع الملك و موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء فقط و ذا لا يتحقق في الجزء الشائع كفاية. (٥)لا يتصور الخ. لأن اليد تثبت على معين و المرهون من المشاع غير معين و المعين غير المعين فتكون اليد ثابتة على غير المرهون و فيه فوات حكمه عناية.

و عنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده و هو تعينه للبيع و الثانى أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود منه و هو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه و كل ذلك يتعلق بالدوام و لا يفضى إليه إلا استحقاق الحبس و لو جوزناه فى المشاع يفوت الدوام لأنه لا بد من المهاياة فيصير كما إذا قال رهنتك يوما و يوما لا و لهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة و ما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لأن المانع فى الهبة غرامة القسمة و هو فيما يقسم أما حكم الهبة الملك

و عنده) أى و عند الشافعى رحمه الله تعالى أدرج المصنفؒ دليل الشافعى رحمه الله تعالى بين الوجهين و هو أن عنده (المشاع يقبل ما هو الحكم عنده و هو تعينه للبيع) أى تعين المرهون للبيع و المشاع عين يجوز بيعه فيجوز رهنه (و الثانى) أى الوجه الثانى (أن موجب الرهن هو الحبس الدائم) يعنى موجب حكمه يعنى لازمه هو الحبس الدائم لأن معناه الحبس لغة من أىّ سبب كان (لأنه) أى لأن (١) الرهن (لم يشرع إلا مقبوضا بالنص) و هو قوله تعالى فرهان (٢) مقبوضة (أو بالنظر) أى أو لم يشرع إلا بالنظر (إلى المقصود منه) أى من الرهن (و هو الاستيثاق) أى المقصود من الرهن هو الاستيثاق (من الوجه الذى بيناه) و هو (٣) قوله فيما تقدم و ليكون عاجزا عن الإنتفاع به فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره (و كل ذلك) أى ثبوت يد الإستيفاء و الحبس الدائم و الإستيثاق (يتعلق بالدوام) أى دوام اليد (و لا يفضى إليه) أى إلى دوام الحبس (إلا استحقاق الحبس) الدائم (و لو جوزناه) أى الرهن (فى المشاع يفوت الدوام) أى دوام اليد (لأنه لا بد من المهاياة) مع المالك فى الإمساك (فيصير) أى رهن المشاع (كما إذا قال رهنتك يوما و يوما لا) فانه لا يجوز (و لهذا) أى و لأجل أن الدوام يفوت فى المشاع (لا يجوز) أى الرهن (فيما يحتمل القسمة و ما لا يحتملها) أى القسمة (بخلاف الهبة تجوز فيما لا يحتمل القسمة لأن المانع فى الهبة غرامة (٤) القسمة و هو فيما يقسم) لا فيما لا يقسم (أما حكم الهبة الملك

(١)لأن الرهن لم يشرع إلا مقبوضا. أقول إن أراد به أن عقد الرهن لم يجز إلا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره فى صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه و إن أراد بذلك أنه لم يلزم إلا مقبوضا لا يتم التقريب إذ المدعى ههنا عدم جواز رهن المشاع لا عدم لزومه فتأمل فى الدفع كذا فى الأفكار. (٢)فرهان مقبوضة. البقرة: ٢٨٣. (٣)و هو قوله فيما تقدم و ليكون الخ. أقول علل المصنفؒ فيما مر كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلتين حيث قال ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن و ليكون عاجزا إلى آخره فالأولى أن يحمل قول المصنفؒ "من الوجه الذى بيناه" على مجموع العلتين كما هو الظاهر أو على العلة الأولى لتقدمها فى الذكر تأمل. (٤)غرامة القسمة أى أجرة القسام شامى.

و المشاع يقبله و ههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء و المشاع لا يقبله و إن كان لا يحتمل القسمة و لا يجوز من شريكه لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول و على الوجه الثانى يسكن يوما بحكم الملك و يوما بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما و يوما لا و الشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن فى رواية الأصل و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يمنع لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأشبه الهبة وجه الأول أن الامتناع لعدم المحلية و ما يرجع إليه فالابتداء و البقاء سواء كالمحرمية فى باب النكاح بخلاف الهبة لأن

و المشاع يقبله) أى يقبل الملك (و ههنا) أى فى الرهن (الحكم ثبوت يد الإستيفاء و المشاع لا يقبله) أى لا يقبل ثبوت يد الاستيفاء (و إن كان لا يحتمل القسمة) كلمة إن واصلة بما قبلها أى و إن كان المرهون لا يحتمل القسمة لأن اليد لا تثبت حقيقة إلا على جزء معين (و لا يجوز) أى الرهن (من شريكه لأنه) أى الرهن من الشريك (لا يقبل حكمه) أى حكم الرهن و هو ثبوت يد الملك (على الوجه الأول) و هو ثبوت يد الإستيفاء (و على الوجه الثانى) و هو أن موجب الرهن هو الحبس الدائم (يسكن يوما بحكم الملك و يوما بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما و يوما لا) فلو صرح بذلك بأن قال رهنتك يوما و يوما لا لا يجوز فكذا هذا (و الشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن فى رواية الأصل) أى المبسوط صورته (١) أن يوكل الراهن العدل ببيع الرهن كيف رأى مجتمعا و متفرقا فيبيع بعض العين أو يرهن قلبا فيه عشرون درهما فضة بعشرة دراهم فينكسر فيضمن المرتهن نصف القلب و هى حصة المضمون و تبقى حصة الأمانة رهنا فيقطع حتى لا يكون مشاعا و الشيوع الطارئ كالمقارن فلا يصح و هوالصحيح (و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى) رواه ابن سماعةؒ عنه (أنه لا يمنع) أى أن الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء الرهن (لأن حكم البقاء أسهل من حكم الإبتداء) بدليل أن العدل يبيع الرهن فيصير الثمن فى ذمة المشترى رهنا و لو رهنه فى الإبتداء دينا لم يجز فكذلك لا يمنع أن يصح الرهن فى المشاع فى حال البقاء و إن لم يصح فى حال الإبتداء أو لأنه عقد من شرط صحته القبض و الشيوع الطارئ لا يؤثر فيه (فأشبه الهبة) حيث لا يمنع الشيوع الطارئ من بقاء الهبة (وجه الأول)و هو رواية الأصل (أن الإمتناع لعدم المحلية) أى محلية الإستيفاء (و ما يرجع إليه) أى المحل (فالإبتداء و البقاء سواء) فيه (كالمحرمية (٢) فى باب النكاح) فإنه لا يفرق فيه بين الإبتداء و البقاء (بخلاف الهبة لأن

(١)صورته الخ. كذا فى هامش الشلبىؒ عن الاتقانى و فيه أيضا عن الذخيرة: صورته أن يرهن جميع الرهن ثم تفاسخا العقد فى النصف ورده المرتهن اه. (٢)كالمحرمية فى باب النكاح. فان قيل إذا زوج الأب ابنته من مكاتبه =>

المشاع يقبل حكمها و هو الملك و اعتبار القبض فى الابتداء لنفى الغرامة على ما بيناه و لا حاجة إلى اعتباره فى حالة البقاء و لهذا يصح الرجوع فى بعض الهبة و لا يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن. قال و لا رهن ثمرة على رؤوس النخيل دون النخيل و لا زرع الأرض دون الأرض و لا رهن النخيل فى الأرض دونها لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان فى معنى الشائع و كذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر لأن الإتصال يقوم بالطرفين فصار الأصل أن المرهون إن (١) كان

المشاع يقبل حكمها) أى حكم الهبة (و هو الملك و اعتبار القبض فى الإبتداء لنفى الغرامة) أى غرامة القسمة بيانه أنا لو أثبتنا الملك قبل القبض يطلب الراهن بالتسليم فيلزمه مؤنة القسمة و هو لم يلتزم بذلك (على ما بيناه) إشارة إلى قوله لأن المانع فى الهبة غرامة القسمة و هو فيما يقسم (و لا حاجة إلى اعتباره) أى اعتبار القبض (فى حالة البقاء) لمامر أنه شرط تمام العقد (و لهذا) أى و لأجل أن الملك حكم الهبة و المشاع لا ينافيه (يصح الرجوع فى بعض الهبة) بخلاف الرهن فإن حكمه ملك الحبس الدائم و الإشاعة تنافيه فلم يصح التفاسخ فى بعض الرهن و هو معنى قوله (و لا يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن) لأن دوام القبض حكمه و الشيوع ينافى ذلك فإذا كان كذلك لا يجوز فسخه فى البعض. (قال) أى القدورىؒ (و لا رهن ثمرة) هذا عطف على قوله و لا يجوز رهن المشاع أى و لا يجوز رهن ثمرة (على رؤوس النخيل دون النخيل) أى دون رهن النخيل (و لا زرع الأرض) أى و لا يجوز رهن زرع فى الأرض (دون الأرض) أى دون رهن الأرض (و لا رهن النخيل) أى و لا يجوز رهن النخيل (فى الأرض دونها) أى دون الأرض (لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة) أى من حيث الخلقة (فكان فى معنى الشائع) و ذلك غير جائز لأنه لا يتأتى القبض فيه وحده (و كذا) أى لا يجوز (إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل) أى أو رهن النخيل (دون الثمر لأن الإتصال يقوم بالطرفين) أى الإتصال بين الأرض و النخيل أو الزرع و بين النخيل و الثمر يقوم بطرف كل واحد منهما فيكون المرهون متصلا بغيره لا يمكن حبسه دونه فكان فى معنى رهن المشاع فلا يجوز (فصار الأصل أن المرهون إذا كان

=> جاز و لا يبطل بموت الأب و إن تزوجت مكاتبها ابتداء لا يجوز قلنا لأن المكاتب لا يملك بسبب من أسباب الملك فكذا بالوراثة و فيما إذا تزوجت مكاتبها إنما لا يجوز لأن الملك ثابت لها من وجه و نكاح المملوك من وجه أو من كل وجه لا يجوز كفاية. (١) إن. ن. إذا.

متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن رهن الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر إسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء لأن البناء إسم للمبنى فيصير راهنا جميع الأرض و هى مشغولة بملك الراهن و لو رهن النخيل بمواضعها جاز لأن هذه مجاورة و هى لا تمنع الصحة و لو كان فيه ثمر يدخل فى الرهن لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز و لا ضرورة إلى إدخاله من غير ذكره و بخلاف المتاع فى الدار حيث لا يدخل فى رهن الدار من غير ذكر لأنه ليس بتابع بوجه مّا و كذا يدخل

متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده) للاتصال بين المرهون و غيره (و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن رهن الأرض بدون الشجر جائز) رواه الحسنؒ عنه (لأن الشجر إسم للنابت) علَى الأرض و لهذا يسمى بعد القطع جذعا لا شجرا (فيكون استثناء الأشجار بمواضعها) من الأرض فكان عقد الرهن متناولا ما سوى ذلك من الموضع من الأرض و هو معين معلوم غير مشاع و قال القدوريؒ فى شرحه و المشهور أن الرهن باطل و وجهه أن الرهن مشغول بما ليس برهن فصار كرهن الأرض التى فيها متاع للراهن (بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء لأن البناء إسم للمبنى فيصير راهنا جميع الأرض و هى مشغولة بملك الراهن) فلا يجوز (و لو رهن النخيل بمواضعها جاز لأن هذه) أى مواضعها (مجاورة) لمكان النخيل لأن مواضع النخيل بقعة معينة مجاورة لغيرها (و هى) أى المجاورة (لا تمنع الصحة) لأنها لا تكون فى معنى المشاع (و لو كان فيه) أى فى النخيل الذى رهنه بمواضعه (ثمر يدخل فى الرهن لأنه تابع لاتصاله به) أى لاتصال الثمر بالنخيل (فيدخل تبعا تصحيحا للعقد) إذ لو لم يدخل الثمر فى الرهن كان فى معنى رهن المشاع (بخلاف البيع) حيث لا يدخل الثمر إلا بالذكر (لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز و لا ضرورة إلى إدخاله) أى إدخال التمر فى البيع (من غير ذكره) أى ذكر الثمر لأن تصحيح البيع فى النخيل بدون الثمرممكن لأن الشيوع لا يمنع صحة البيع بخلاف الرهن (و بخلاف المتاع فى الدار حيث لا يدخل فى رهن الدار من غير ذكر) هذا عطف على قوله بخلاف البيع يعنى كما أن الثمر لا يدخل من غير ذكر فى بيع النخيل فكذلك لا يدخل المتاع فى الدار فى رهن الدار بلا ذكر (لأنه) أى لأن المتاع (ليس بتابع بوجه مّا) أى بوجه من الوجوه (و كذا يدخل

الزرع و الرطبة فى رهن الأرض و لا يدخل فى البيع لما ذكرنا فى الثمرة و يدخل البناء و الغرس فى رهن الأرض و الدار و القرية لما ذكرنا و لو رهن الدار بما فيها جاز و لو استحق بعضه إن كان الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقى رهنا بحصته و إلا بطل كله لأن الرهن جعل كأنه ما ورد إلا على الباقى و يمنع التسليم كون الراهن أو متاعه فى الدار المرهونة و كذا متاعه فى الوعاء المرهون

الزرع و الرطبة) و هى البرسيم فى لغة أهل مصر (فى رهن الأرض و لا يدخل فى البيع لما ذكرنا فى الثمرة) إشارة إلى قوله لأنه تابع (و يدخل البناء و الغرس فى رهن الأرض و الدار و القرية) بأن قال رهنتك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذه القرية و أطلق القول و لم يخص شيئا يدخل البناء و الغرس (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه تابع و لا يشبه الرهن البيع لأن الرهن لم يخرج من ملك الراهن بعقد الرهن و خرج من ملك البائع بالبيع (و لو رهن الدار بما فيها جاز و لو استحق بعضه إن كان الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقى رهنا بحصته) يعنى إن كان الباقى مفرزا بقى الرهن فيه بحصته أى مضمونا بحصته من الدين للرهن حكمان صيرورة الرهن محبوسا بالدين و مضمونا بالأقل من قيمته و من الدين فاذا استحق بعض بعينه بقى الباقى مضمونا بالأقل من قيمته و من حصته من الدين و يبقى محبوسا بجميع الدين و لكنه يكون محبوسا بحصته من الدين فان هلك الباقى يقسم الدين على قيمة الباقى و قيمة المستحق فما أصاب الباقى يهلك بحصته و ما أصاب المستحق يبقى دينا فى ذمته و إن كان فى قيمة الباقى وفاء بالدين لا يذهب جميع الدين بخلاف ما لو رهن الباقى ابتداء و فيه وفاء بالدين (و إلا بطل كله) يعنى و إن لم يكن الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بأن كان شائعا بطل جميعه (لأن الرهن جعل كأنه ما ورد إلا على الباقى) أى من المستحق فصار راهنا لما بقى و هو مقدر (و يمنع التسليم) أى تسليم الرهن إلى المرتهن (كون الراهن أو متاعه) أى أو كون متاعه (فى الدار المرهونة) قال القدورىؒ فى شرحه قال الحسنؒ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا رهنه دارا و الرهن و المرتهن جميعا فى جوفها فقال قد سلمتها إليك و دفعتها إليك رهنا فقال المرتهن قد قبلت لم يكن رهنا حتى يخرج الراهن من الدار فان خرج من الدار بعد ذلك لم يتم الرهن إلا أن يقول الراهن قد سلمتها بعد ما خرج و ذلك أنهما إذا كانا فى الدار فيد صاحب الدار ثابتة فيها فلم يصح تسليمه إلى المرتهن و إذا لم يصح ذلك التسليم حتى يخرج يحتاج إلى تجديد تسليم آخر (و كذا) أى و كذا يمنع التسليم كون (متاعه فى الوعاء المرهون) و فى شرح الطحاوىؒ الحيلة لصحة التسليم أن يودع أولاً

و يمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل لأنه شاغل لها بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما إذا دفعها إليه لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعا في دار أو وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما إذا رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها و دفع الدابة مع السرج و اللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر. قال

و لا يصح الرهن بالأمانات كالودائع و العوارى و المضاربات و مال الشركة

ما فيه عند المرتهن ثم يسلم إليه ما رهن (و يمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم) أى الرهن (حتى يلقى الحمل لأنه شاغل لها) أى لأن الحمل شاغل للدابة كشغل الدار بالمتاع و قال الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى يصح تسليمه فى جميع ما ذكر من المسائل إلى قوله و لا يصح الرهن بالأمانات (بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها) أى دون الدابة (حيث يكون رهنا تاما إذا دفعها إليه لأن الدابة مشغولة به) أى بالحمل و الرهن ليس بمشغول بغيره و لا تابع له (فصار كما إذا رهن متاعا فى دار أو وعاء دون الدار و الوعاء) فيه لف و نشر مرتب (بخلاف ما إذا رهن سرجا على دابة) أى سرجا كائنا على دابة (أو لجاما فى رأسها) أى رهن لجاما كائنا فى رأس الدابة (و دفع الدابة مع السرج و اللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها) أى حتى ينزع الراهن السرج أو اللجام من الدابة (ثم يسلمه إليه) أى ثم يسلم الراهن السرج أو اللجام إلى المرتهن (لأنه) أى لأن كل واحد من السرج و اللجام (من توابع الدابة) فلا يصح إفراده عنها بالرهن (بمنزلة الثمرة للنخيل) حيث لا تدخل فى البيع إلا بذكرها (حتى قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (يدخل فيه) أى فى الرهن (من غير ذكر) يعنى لو رهن دابة عليها سرج أو لجام دخل ذلك فى الرهن من غير ذكر تبعا. (قال) أى القدورىّ (و لا يصح (١) الرهن بالأمانات كالودائع و العوارى و المضاربات و مال الشركة) و لا خلاف فيه و الفرق بين الوديعة و الأمانة أن فى الوديعة إثبات اليد قصدا بخلاف الأمانة لأن فيها إثبات اليد ضمنا كما إذا هب ريح و ألقى ثوبا في حجر غيره و أيضا أن في الوديعة إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق برئ عن

(١)لا يصح الرهن بالأمانات أى لا يصح أخذ الرهن بها لأن الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا فالأمانة إن هلكت فلا شيء فى مقابلتها و إن استهلكت لا تبقى أمانة بل تكون مغصوبة حموى (تنبيه) شرط واقف الكتب أن لا تخرج إلا برهن شرط باطل لأنه أمانة فاذا هلك لم يجب شيء وذكر فى الاشباه فى بحث الدين أن وجوب اتباع شرطه و حمل الرهن على المعنى اللغوى غير بعيد شامى.

لأن القبض فى باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا و يتحقق استيفاء الدين منه و كذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع لأن الضمان ليس بواجب فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن و هو حق البائع فلا يصح الرهن فأما الأعيان المضمونة بعينها و هو (١) أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب و بدل الخلع و المهر و بدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لأن الضمان متقرر فإنه إن كان قائما وجب تسليمه و إن كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح. قال و الرهن بالدرك باطل

الضمان بخلاف الأمانة (لأن القبض فى باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا و يتحقق استيفاء الدين منه) أى من المرهون و إذا كان كذلك فلا يصح الرهن بهذه الأشياء (و كذلك لا يصح) أى الرهن (بالأعيان المضمونة بغيرها (٢) كالمبيع (٣) فى يد البائع لأن الضمان ليس بواجب فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن و هو حق البائع فلا يصح الرهن فأما الأعيان المضمونة بعينها و هى أن يكون) أى العين (مضمونا بالمثل) فى المثليات (أو بالقيمة) فى ذوات القيم (عند هلاكه مثل المغصوب و بدل الخلع و المهر و بدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لأن الضمان متقرر فإنه إن كان قائما وجب تسليمه و إن كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح) أى الرهن و فى شرح الطحاوى و لو هلك الرهن فى يده قبل استرداد العين و العين المضمون قائم فى يد الراهن يقال له سلم العين الذى فى يدك و خذ من المرتهن الأقل من قيمة الرهن و من قيمة العين لأن الرهن مضمون عندنا كذلك و لو هلك العين المضمون قبل هلاك الرهن فيصير الرهن رهنا بقيمة العين المضمون فاذا هلك الرهن بعد ذلك هلك بالأقل من قيمته و من قيمة العين الذى كان رهنا به. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و الرهن بالدرك باطل) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و صورته أن يأخذ المشترى من البائع رهنا بالثمن لو أدركه درك فانه

---

(١)هو. ن. هى. (٢)بغيرها أى بغير مثل أو قيمة لأنهما بمنزلة العين شامى. (٣)كالمبيع فى يد البائع بأن اشترى عينا و لم يقبضها ثم أخذ بها رهنا من البائع فالرهن باطل لأنه لا يجب على البائع بهلاك المبيع شىء يستوفى من الرهن و إنما يبطل البيع و يسقط الثمن و تمامه فى الكفاية و غاية البيان و الجوهرة و الزيلعى هذا و فى القهستانى و قال شيخ الاسلامؒ إنه فاسد لأن الرهن مال و المبيع متقوم و الفاسد يلحق بالصحيح فى الأحكام كما فى الكرمانى وذكر فى المبسوط أنه جائز فيضمن بالأقل من قيمته و من قيمة العين و به أخذ الفقيه أبو سعيد البردعى و أبو الليث رحمهما الله تعالى و عليه الفتوى كما فى الكرمانى و غيره اه رد المحتار.

و الكفالة بالدرك جائزة و الفرق أن الرهن للاستيفاء و لا استيفاء قبل الوجوب و إضافة التمليك إلى زمان فى المستقبل لا تجوز أما الكفالة فلإلتزام المطالبة و إلتزام الأفعال يصح مضافا إلى المآل كما فى الصوم و الصلاة و لهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان و لا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة لأنه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود و هو أن يقول رهنتك هذا لتقرضنى ألف درهم و هلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته

باطل حتى إذا حبس الرهن فهلك عنده هلك أمانة حل الدرك أو لم يحل و الدرك فى اللغة عبارة عن التبعة فى كل شيء و يراد به ضمان الثمن عند استحقاق المبيع (و الكفالة بالدرك جائزة) بلا خلاف إلا فى قول من الشافعي رحمه الله تعالى و رواية عن احمد رحمه الله تعالى لا يصح (و الفرق) بين الدركين (أن الرهن للاستيفاء و لا استيفاء قبل الوجوب) أى قبل و جوب الحق (و إضافة التمليك إلى زمان فى المستقبل لا تجوز) بيانه أن الرهن فيه معنى التمليك لأن الارتهان استيفاء و الرهن إيفاء فكان فيه معنى المبادلة و التمليك لا يصح تعليقه بالأخطار (أما الكفالة (١) فلالتزام المطالبة و التزام الافعال يصح مضافا إلى المآل) أى إلى زمان الاستقبال (كما فى الصوم و الصلاة) يعنى لو نذر بالصوم و الصلاة يصح وكذا لو نذر بالصدقة فإنها تحتمل التعليق بالخطر و تحتمل الإضافة إلى زمان الاستقبال (و لهذا) أى و لأجل كون الكفالة لالتزام المطالبة و صحة التزام الافعال مضافة إلى المآل (تصح الكفالة بما ذاب له على فلان) أى بما وجب له أو ظهر له على فلان و لم يجز الرهن بما يذوب له عليه و هو معنى قوله (و لا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب) أى فلو قبض المشترى الرهن بالدرك قبل حلول الدرك (فهلك عنده يهلك أمانة) و كذا لو هلك بعد حلول الدرك (لأنه لا عقد حيث وقع باطلا) أى لأن الشأن لا عقد للرهن لكونه باطلا فلا ضمان (بخلاف الرهن بالدين الموعود) متصل بقوله يهلك أمانة يعنى أنه لا يهلك أمانة بل يهلك مضمونا و بين المصنفؒ صورة الدين الموعود بقوله (و هو أن يقول رهنتك هذا لتقرضنى ألف درهم و هلك فى يد المرتهن حيث يهلك (٢) بما سمى من المال بمقابلته) أى

(١) أما الكفالة فلالتزام المطالبة أى أما الكفالة فمشروعة لالتزام المطالبة لا لالتزام أصل الدين كفاية. (٢) حيث يهلك بما سمى الخ. هذا إذا ساوى قيمة الرهن ما سمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك و أما إذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن إذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته و من الدين و لكن المصنفؒ ذكر ههنا قوله حيث يهلك بما سمى له من القرض فى صورة الاطلاق جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو اكثر من ذلك نتائج الأفكار.

لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة و لأنه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه. قال و يصح الرهن برأس مال السلم و بثمن الصرف و المسلم فيه و قال زفر رحمه الله تعالى لا يجوز لأن حكمه الاستيفاء و هذا استبدال لعدم المجانسة

بمقابلة الرهن قال الأترازىّ و فيه تسامح لأنه يهلك بالأقل من قيمته و مما سمى له من القرض ثم نقل عن الإمام الاسبيجابىّ أنه قال هكذا فى شرح الطحاوى (لأن الموعود) من الدين (جعل كالموجود) فى حالة عقد الرهن (باعتبار الحاجة) فان الرجل يحتاج إلى استقراض شىء و صاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا (١) للحاجة عن المستقرض (و لأنه مقبوض) أى و لأن المال المرهون مقبوض (بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده) أى وجود الدين لأنه جعل كالموجود (فيعطى له حكمه) أى فيعطى للذى قبض بجهة الرهن حكم الرهن (كالمقبوض على سوم الشراء) حيث أعطى له حكم الشراء إلا أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت لا بالمسمى من الثمن و المقبوض على سوم الرهن مضمون بما سمى لا بالقيمة (فيضمنه (٢)) أى إذا كان كذلك فيضمنه المرتهن القابض على سوم الرهن عن الدين الموعود فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لأن الواجب فيه القيمة و فيما نحن فيه الموعود فالجواب أن التساوى بين المقيس و المقيس عليه فى جميع الوجوه ليس بلازم و اعتباره به من حيث أنه يهلك مضمونا لا أمانة و أما الفرق بينهما فقد ذكره الآن. (قال) أى القدورىّ (و يصح (٣) الرهن برأس مال السلم و بثمن الصرف و المسلم فيه) و لا نعلم فيه خلافا للأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و قال زفر رحمه الله تعالى لا يجوز لأن حكمه) أى حكم كل واحد من الثلاثة (الإستيفاء) يعنى إذا هلك الرهن كان المرتهن مستوفيا لدينه من الرهن و استيفاء غير رأس المال و بدل الصرف و المسلم فيه لا يجوز (و هذا) أى الرهن (استبدال لعدم المجانسة) يعنى استبدال هذه الأشياء من غير جنسه لا يجوز أشار إليه

(١) دفعا للحاجة. فان قيل فليجعل المعدوم فى الدرك موجودا للاشتراك فى الحاجة أجيب بأن المعدوم يجعل موجودا إذا كان على شرف الوجود و الظاهر من حال المسلم انجاز وعده و الدرك ليس كذلك لأن الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره عناية. (٢) فيضمنه أى فيضمن المرتهن الأقل من قيمة الرهن و مما سمى كفاية. (٣) يصح الرهن الخ. صورة هذه المسائل أن يسلم مائة بطعام مثلا أو يبيع دينارا بدرهم ثم قبل القبض يدفع إلى المسلم إليه رهنا بالمائة أو يأخذ رهنا بالدرهم أو بالطعام شامية.

و باب الاستبدال فيها مسدود و لنا أن المجانسة ثابتة فى المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال و هو المضمون على ما مر قال و الرهن بالمبيع باطل لما بينا أنه غير مضمون بنفسه فإن هلك ذهب بغير شيء لأنه لا اعتبار للباطل فبقى قبضا باذنه و إن هلك الرهن بثمن الصرف و رأس مال السلم فى مجلس العقد تم الصرف و السلم و صار المرتهن مستوفيا لدينه لتحقق القبض حكما

بقوله (و باب الاستبدال فيها) أى فى هذه الأشياء (مسدود) يعنى لا يجوز أصلا (و لنا أن (١) المجانسة ثابتة فى المالية) يعنى من جنس حقه معنى و هو المالية و المضمون من الرهن معناه لا صورته لأن صورته أمانة (فيتحقق الإستيفاء من حيث المال و هو المضمون) أى المال هو المضمون فى الرهن فاذا هلك الرهن فى المجلس تم العقد و صار مستوفيا لحقه (على ما مر) إشارة إلى ما ذكر فى أوائل كتاب الرهن و الإستيفاء يقع بالمالية أما العين أمانة (قال و الرهن بالمبيع باطل لما بينا أنه غير مضمون بنفسه) لأنه ليس فى مقابلته حق مضمون بنفسه ألا ترى أن المبيع إذا هلك سقط ضمانه و لا يجوز أن يكون رهنا بالثمن لأن الثمن حق للبائع على المشترى فلا يجوز أن يعطى به رهنا (فاذا هلك) أى الرهن فى يد المشترى (ذهب بغير شيء) يعنى سقط ضمانه (لأنه لا اعتبار للباطل) و هو الرهن بالمبيع و قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى و فى مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى المشترى إذا أخذ رهنا من البائع بالمبيع فان الرهن (٢) باطل فلو هلك الرهن فى يد المرتهن من غير فعله يهلك مضمونا بالأقل من قيمته و من المبيع لأن المرهون مال اه فاذا كان باطلا (فبقى قبضا باذنه) أى باذن البائع الراهن (و إن هلك الرهن بثمن الصرف و رأس مال السلم فى مجلس العقد تم الصرف و السلم و صار (٣) المرتهن مستوفيا لدينه لتحقق القبض حكما) أى من حيث الحكم لاتحاد الجنس من حيث

(١)و لنا أن المجانسة الخ. فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال فى رأس المال فى الصرف و السلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب أن هذا غلط لأنا إنما اعتبرنا التجانس من حيث المالية فى الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية و على تعذر تملك العين لكونه أمانة و فى الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه إلى تملك العين أيضا عناية. (٢)فان الرهن الخ. قلت فقد صرح فى هذا بكون الرهن بالمبيع باطلا و جعل حكمه حكم الرهن الصحيح فى كونه مضمونا بالأقل من قيمته و من المبيع و هذا بخلاف ما مشى عليه القدورى و سائر المتون أن الرهن بالمبيع باطل و أنه غير مضمون و المعول على ما فى المتون و الله الموفق اه شلبى. (٣)صار المرتهن مستوفيا لدينه أى لرأس المال أو ثمن الصرف أو المسلم فيه اه ط عن الشمنى و مثله قول أبى السعود عن الحموى المراد بالمرتهن هو المسلم إليه فى الأولى و أحد عاقدى الصرف فى الثانية و رب المال فى الثالثة اه شامى.

و إن افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة و حكما و إن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه و معناه أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم و لو تفاسخا السلم و بالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه لأنه بدله فصار كالمغصوب إذا هلك و به رهن يكون رهنا بقيمته و لو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لأنه رهن (١) به و إن كان محبوسا بغيره

المالية و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى (و إن افترقا) أى و إن افترق العاقدان فى الصرف و السلم (قبل هلاك الرهن بطلا) أى بطل (٢) الصرف و السلم (لفوات القبض حقيقة) و هو ظاهر (و حكما) لأن المرتهن إنما يصير قابضا بالهلاك و كان بعد التفرق فلا يثبت قبله بخلاف ما إذا افترقا بعد هلاك الرهن لأنه وجد القبض حكما فاستحكم العقد بالإستيفاء بالقبض السابق (و إن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) أى بهلاك الرهن قال المصنف رحمه الله تعالى (و معناه أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم) و قال الاترازىّ هذا ليس على إطلاقه لأنه إنما يصير مستوفيا للمسلم فيه إذا كان فى الرهن وفاء به أما إذا كان الرهن أقل منه فلا ألا ترى إلى ما قال فى باب السلم من شرح الطحاوى فان هلك الرهن فى يده صار مستوفيا للمسلم فيه و فى الزيادة يكون أمينا و إن كان قيمته أقل من المسلم فيه صار مستوفيا لذلك القدر و يرجع عليه بالباقى (و لو تفاسخا السلم و بالمسلم فيه رهن) أى و الحال أن بالمسلم فيه رهنا (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه) برفع يحبسه لأن حتى بمعنى الفاء و هذا جواب الإستحسان و فى القياس لا يكون رهنا به حتى لا يحبسه و هو مذهب الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأنه بدله) أى لأن رأس المال بدل المسلم فيه و بدل الشىء يقوم مقامه (فصار كالمغصوب) أى صار هذا كحكم المغصوب (إذا هلك و به رهن) أى و الحال أن بالمغصوب رهنا (يكون رهنا بقيمته) لأن الواجب بالغصب استرداد العين عند قيامه و القيمة عند هلاكه (و لو هلك الرهن) أى فى يد رب السلم (بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه بالطعام (لأنه رهنه به) أى لأن المسلم إليه رهنه بالطعام (و إن كان محبوسا بغيره) أى كلمة إن واصلة بما قبلها أى و إن كان الرهن محبوسا بغير المسلم فيه و هو رأس المال يعنى أن الرهن محبوس برأس المال و ليس بمضمون به بل هو مضمون بالطعام المسلم فيه و عليه أن يعطى مثل

(١) رهن. ن. رهنه. (٢) بطل الصرف و السلم و عليه رد الرهن فان هلك فى يده قبل الرد هلك برأس المال لأنه صار مستوفيا لرأس المال بهلاك الرهن بعد بطلان عقد السلم و لا ينقلب السلم جائزا اه جوهرة.

كمن باع عبدا و سلم المبيع و أخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأن الثمن بدله و لو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا و كذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا و أدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفى الثمن ثم لو هلك المشترى فى يد المشترى يهلك بقيمته فكذا هذا قال و لا يجوز رهن الحر و المدبر و المكاتب و أم الولد لأن حكم الرهن ثبوت يد الإستيفاء و لا يتحقق الإستيفاء من هؤلاء لعدم المالية فى الحر و قيام المانع فى الباقين

الطعام الذى كان على المسلم إليه و يأخذ رأس المال (كمن باع عبدا) استشهد به على أن كون الشيء محبوسا بشيء لا ينافى كونه مضمونا بغيره و لم يرد بالإستشهاد تحقيق كونه مضمونا حالة الهلاك بعد ما كان محبوسا حالة العقد و لهذا بعد ما استشهد به أفرد بالذكر قوله و لو هلك المرهون إلى آخره (و سلم المبيع و أخذ بالثمن رهنا) قيد به لأن الرهن بالمبيع لا يجوز (ثم تقايلا البيع له أن يحبسه) أى للبائع الذى أخذ رهنا أن يحبس الرهن (لأخذ المبيع لأن الثمن بدله) أى بدل المبيع و هو العبد (و لو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا) إشارة (١) إلى قوله لأن الثمن بدله (و كذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا و أدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفى الثمن) يعنى أدى ثمنه ثم أراد فسخه للمشترى أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن لأن العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشترى لاستيفاء ثمنه من البائع (ثم لو هلك المشترى) بفتح الراء بعد الحبس (فى يد المشترى يهلك (٢) بقيمته) أى بقيمة المشترى شراء فاسدا و فى بعض النسخ (فكذا هذا) قال الكاكىؒ و هو بعيد يعرف بالتأمل (قال) أى المصنفؒ و ليس فى كثير من النسخ لفظ قال (و لا يجوز رهن الحر و المدبر (٣) و المكاتب و أم الولد لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء و لا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية فى الحر و قيام المانع فى الباقين) و هم المدبر و المكاتب و أم الولد و المانع هو حق الحرية و قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (٤) يجوز رهن المدبر و قال

(١)إشارة الخ كذا قاله جمهور الشراح لكن أقول ليس هذا بتفسير سديد لأن كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضى أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع ألا يرى أن رأس المال فى المسئلة الأولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع أن هلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون الثمن و الصواب أن مراد المصنفؒ بقوله لما بينا إنما هو الاشارة إلى قوله لأنه رهنه به و إن كان محبوسا بغيره يعنى أن هلاك المرهون بما هو الأصل حين انعقاد الرهن و إن كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه نتائج الأفكار. (٢)يهلك بقيمته لا بالثمن لأنه ليس برهن بالثمن و لكنه مقابل بالثمن لكنوية عن غاية. (٣)المدبر أى المطلق شامى. (٤)احمدؒ الخ كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص ٣٧٦ ج ٤.

و لا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس و كذا بالقصاص فى النفس و ما دونها لتعذر الإستيفاء بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن و لا يجوز الرهن بالشفعة لأن المبيع غير مضمون على المشترى و لا بالعبد الجانى و العبد المأذون المديون لأنه غير مضمون على المولى فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء و لا بأجرة النائحة و المغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لأنه لا يقابله شيء مضمون

الشافعى رحمه الله تعالى لا يجوز واختلف (١) أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى فقال بعضهم لا يجوز قولا واحدا و قال بعضهم يجوز قولا واحدا و قال بعضهم فيه الوجهان أحدهما أنه يحكم بفساد الرهن و الثانى و هو الأصح أنه يباع فى الدين و رهن (٢) المكاتب يجوز عند مالك رحمه الله تعالى و عند الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى لا يجوز (و لا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس و كذا) أى لا يجوز الرهن (بالقصاص فى النفس و ما دونها لتعذر الاستيفاء) أى لتعذر استيفاء المكفول به و القصاص من الرهن و أما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فإنه صحيح لأن البدل مضمون بنفسه (بخلاف (٣) ما إذا كانت الجناية خطأ لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن) و لو صالح عنها على عين ثم رهن به رهنا لم يصح لأنه غير مضمون فإنه إذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع (و لا يجوز الرهن بالشفعة) صورته أن يطلب الشفيع الشفعة و يقضى القاضى بذلك فيقول للمشترى أعطنى رهنا بالدار المشفوعة (لأن المبيع غير مضمون على المشترى) للشفيع ألا ترى أن المبيع إذا هلك لا يلزم المشترى ضمان (و لا بالعبد الجانى) أى لا يجوز الرهن بالعبد الجانى لأنه إذا مات بطل حق المجنى عليه و لا يلزم المولى من ذلك شيء (و العبد الماذون المديون) أى لا يجوز الرهن بالعبد المأذون المديون بأن يطلب الغريم من المولى رهنا برقبته لأن الرقبة ليست مضمونة على أحد ألا ترى أن العبد المديون إذا مات لم يجب بموته شيء على أحد (لأنه) أى لأن العبد (غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء) أى لا يجب على المولى شيء (و لا بأجرة النائحة و المغنية) أى لا يجوز الرهن بأجرة النائحة و المغنية (حتى لو ضاع) أى الرهن (لم يكن مضمونا لأنه لا يقابله شيء مضمون) و لهذا لو ترافعا الأمر إلى القاضى قبل الرهن فان القاضى لا يأمر المستأجر بتسليم الأجر و قال الكرخىّ فى مختصره رجل استأجر نائحة أو مغنية

(١) اختلف أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى الخ. نحوه فى شرح الوجيز للرافعى الشافعىّ ص٤٤٨ ج٤.
(٢) رهن المكاتب الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص٣٧٧ ج٤. (٣) بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ و بخلاف الدية و جراحة لا يستطاع فيها القصاص قضى بأرشها فلو أخذ به رهنا جاز اه شامية عن در منتقى.

و لا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنه من مسلم أو ذمي لتعذر الإيفاء و الإستيفاء في حق المسلم ثم الراهن إذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما إذا غصبه و إن كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما إذا جرى ذلك فيما بينهم لأنها مال في حقهم أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها و ارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال (١) و لو اشترى عبدا و رهن بثمنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو الخل خمرا أو الشاة

بأجر معلوم و أعطاها بالأجر رهنا فضاع في يدها لم يكن عليها في ذلك الرهن ضمان لأنه أخذ بدين غير واجب انتهى و ذلك لأن الإجارة على ذلك باطلة و الأجرة غير مضمونة و الرهن إذا لم يكن في مقابلنه شيء مضمون كان باطلا (و لا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنه من مسلم أو ذمي لتعذر الإيفاء و الاستيفاء في حق المسلم) لأن المسلم لا يملك الايفاء إذا كان هو الراهن و لا الاستيفاء إذا كان هو المرتهن (ثم الراهن إذا كان ذميا) و المرتهن مسلما (فالخمر (٢) مضمون عليه) أي على المسلم (للذمي كما إذا غصبه) أي كما اذا غصب المسلم الخمر من الذمي فالخمر مضمون على المسلم (و إن كان المرتهن ذميا) و الراهن مسلما (لم يضمنها) أي لم يضمن الذمي الخمر (للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه) أي كما لا يضمن الذمي الخمر بالغصب من المسلم (بخلاف ما إذا جرى ذلك) أي عقد الرهن (فيما بينهم) أي بين أهل الذمة (لأنها) أي لأن الخمر (مال في حقهم) أي في حق أهل الذمة و كذلك الحكم في الخنزير لأن الخمر لهم كالعصير لنا و الخنزير لهم كالشاة لنا (أما الميتة فليست بمال عندهم) أي عند أهل الذمة (فلا يجوز رهنها و ارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما المسلمين) و في الاجناس عن نوادر هشامؒ عن محمد رحمه الله تعالى قال نصراني رهن عند نصراني خمرا قيمته عشرة دراهم بعشرة له عليه فأسلم الراهن فأفسد الرهن و لو هلك الخمر لا شيء على صاحب الدين و لو كان المسلم المرتهن ذهب بالعشرة (قال) أي المصنفؒ و ليس في أكثر النسخ لفظ قال (و لو اشترى عبدا و رهن بثمنه) أي بثمن العبد (عبدا أو خلا) أي أو اشترى خلا (أو شاة مذبوحة) أي أو اشترى شاة مذبوحة (ثم ظهر العبد) أي العبد المشترى (حرا و الخل خمرا) أي ظهر الخل خمرا (و الشاة

---

(١) بحال. و في بعض نسخ الهداية ليس لفظ بحال. (٢) فالخمر مضمون عليه أي ضمان الرهن كما صرح به في الغاية عن الكرخيؒ فقال في رهن الخمر أو الخنزير إذا كان الراهن ذميا و المرتهن مسلما فانه يضمن بالأقل من قيمته و من الدين اه رافعي.

ميتة فالرهن مضمون لأنه رهنه بدين واجب ظاهرا و كذا إذا قتل عبدا و رهن بقيمته رهنا ثم ظهر أنه حر و هذا كله على ظاهر الرواية و كذا إذا صالح على إنكار و رهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى خلافه و كذا قياسه فيما تقدم من جنسه. قال و يجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبدا لإبنه الصغير

ميتة) أى ظهر الشاة ميتة (فالرهن مضمون) أى بالأقل من قيمته و من قيمة الرهن (لأنه (١) رهنه بدين واجب ظاهرا) و لهذا لو اختصما إلى القاضى قبل ظهور الحرية و ظهور الخل خمرا أو الشاة ميتة فالقاضي يقضى بالثمن (و كذا إذا قتل عبدا و رهن بقيمته رهنا ثم ظهر أنه حر) أى ثم ظهر أن العبد المقتول حر و قد هلك الرهن فإنه هلك بالأقل من قيمته و من قيمة الرهن (و هذا كله) أى و هذا المذكور كله من وجوب الضمان (على ظاهر الرواية) فى الأصول و كذا قاله القدورىؒ ثم قال و يجب على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى أن لا يضمن لأنه قبضه و ليس هناك ضمان فى الحقيقة (و كذا) أى الحكم (إذا صالح على انكار) من وجوب الضمان صورته ادعى رجل على آخر ألف درهم قرضا فجحدها المدعى عليه ثم إنه صالح المدعى على خمسمائة درهم مثلا (و رهن بما صالح عليه رهنا) يساوى خمسمائة درهم فضاع عنده (ثم تصادقا أن لا دين) أى لم يكن للمدعى على المدعى عليه شيء (فالرهن مضمون) فى ظاهرالرواية لأنه قبض على جهة الضمان و المقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقته (و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى خلافه) أى خلاف هذا الحكم يعنى ليس عليه أن يرد شيئا رواه بشر رحمه الله تعالى عنه لأنهما لما تصادقا أن لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان (و كذا قياسه) أى قياس أبى يوسف رحمه الله تعالى فى عدم الضمان (فيما تقدم من جنسه) أى فيما تقدم من المسائل من جنس هذا المذكور من حيث أن الرهن لم يكن بدين مضمون فى الحقيقة و أراد بما تقدم ما إذا ظهر العبد حرا و الخل خمرا و المذبوح ميتة ففى كل ذلك لا يجب الضمان فى قياس قول أبى يوسف رحمه الله تعالى و إن لم تكن الرواية محفوظة عنه. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و يجوز للأب أن يرهن بدين عليه) أى على الأب (عبدا لابنه الصغير) قيد بالصغير لأنه لو رهن عبد ابنه الكبير لا يجوز بدون إذنه ثم جواز الرهن المذكور استحسان و القياس عدم الجواز و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه أخذ بالقياس و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى

(١)لأنه رهنه بدين واجب ظاهرا و وجوب الدين ظاهرا يكفى لصحة الرهن و لصيرورته مضمونا عناية لأنه آكد من الدين الموعود كفاية.

لأنه يملك الإيداع و هذا أنظر فى حق الصبى منه لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة و لو هلك يهلك مضمونا و الوديعة تهلك أمانة و الوصى بمنزلة الأب فى هذا الباب لما بينا و عن أبى يوسف و زفر رحمهما الله تعالى أنه لا يجوز ذلك منهما و هو القياس اعتبارا بحقيقة الإيفاء و وجه الفرق على الظاهر و هو الإستحسان أن فى حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال و فى هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق و إذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك فى يده و يصير الأب أو الوصى موفيا له و يضمنه للصبى لأنه

أيضا وجه القياس أنه قضى دينه من مال ابنه و ليس له ذلك و وجه الاستحسان ما ذكره المصنفؒ بقوله (لأنه) أى لأن الأب (يملك الإيداع) أى إيداع مال ابنه الصغير (و هذا) أى رهنه (أنظر فى حق الصبى منه) أى من الإيداع (لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ) من حفظ المودع الوديعة (خيفة الغرامة) أى لأجل الخوف عن الغرامة و بين ذلك بقوله (و لو هلك) أى الرهن (يهلك مضمونا و الوديعة تهلك أمانة) و فيه ضياع المال الصغير بخلاف الرهن فإنه إذا هلك فى يد المرتهن و فيه وفاء بالدين صار المرتهن مستوفيا و يضمن الأب قيمته لولده (و الوصى بمنزلة الأب فى هذا الباب) يعنى إذا رهن الوصى بدينه متاع اليتيم جاز و الفقيه أبو اللیثؒ ذكر القياس و الاستحسان فى الوصى كالأب (لما بينا) إشارة إلى قوله و هذا أنظر فى حق الصبى (و عن أبى يوسف و زفر رحمهما الله تعالى أنه لا يجوز ذلك منهما) أى من الأب و الوصى و هو قول الثلاثة رحمهم الله تعالى أيضا (و هو) أى عدم الجواز (القياس اعتبارا بحقيقة الإيفاء) أى قياسا على ما إذا أوفيا دينهما من مال الصغير فإنه لا يجوز فكذا رهنهما لأنهما صرفا مال الصغير إلى منفعة أنفسهما فلا يجوز (و وجه الفرق على الظاهر) أى وجه الفرق بين الرهن و بين حقيقة الايفاء على ظاهر الرواية (و هو الاستحسان أن فى حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال و فى هذا) أى و فى الرهن (نصب حافظ لماله) أى لمال الصغير حال كون الحفظ (ناجزا) يعنى فى الحال ظاهرا (مع بقاء ملكه) أى ملك الصغير لأن بالرهن لا يخرج المال عن الملك فإذا كان كذلك (فوضح الفرق) أى فظهر الفرق بين الإيفاء و الرهن (و إذا جاز الرهن) أى رهن متاع الصغير (يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك فى يده) أى لو هلك الرهن فى يد المرتهن (و يصير الأب أو الوصى موفيا له) أى موفيا دينه بالرهن (و يضمنه (١) للصبى لأنه) أى لأن كل واحد من

---

(١)يضمنه للصبى الخ. و فى الذخيرة و المغنى و إذا صح الرهن بينهما و هلك الرهن فى يد المرتهن هلك بما =>

قضى دينه بماله و كذا لو سلطا المرتهن على بيعه لأنه توكل بالبيع و هما يملكانه قالوا أصل هذه المسألة البيع فإن الأب أو الوصى إذا باع مال الصبى من غريم نفسه جاز و تقع المقاصة و يضمنه للصبى عندهما و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى لا تقع المقاصة و كذا وكيل البائع بالبيع و الرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان و إذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغير أوعبد له تاجر لا دين عليه جاز

الأب و الوصى (قضى دينه بماله) أى بمال الصغير (و كذا لو سلطا المرتهن على بيعه) أى كما أن الأب و الوصى يضمنان للصبى إذا هلك متاعه الذى رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان إذا سلطا المرتهن على بيع الرهن فباعه (لأنه توكيل بالبيع و هما) أى الأب و الوصى (يملكانه) أى التوكيل بالبيع (قالوا) أى قال المشايخ رحمه الله تعالى (أصل هذه المسألة البيع) أى أصل مسألة رهن الأب أو الوصى بدين نفسه متاع الصغير البيع (فان الأب أو الوصى إذا باع مال الصبى من غريم نفسه جاز و تقع المقاصة) أى بين الدين و الثمن (و يضمنه للصبى عندهما) أى عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى لا تقع المقاصة) بل يبقى دين الغريم على الأب و الوصى كما كان و يكون الثمن للصغير على المشترى فاذا ثبت هذا الخلاف فى البيع ثبت فى الرهن أيضا لأن الرهن بعاقبته بالنظر إلى كونه مضمونا نظير البيع (و كذا وكيل البائع بالبيع) يعنى إذا باع الوكيل ممن له عليه دين تقع المقاصة عندهما خلافا لأبى يوسف رحمه الله تعالى (و الرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان) و فى بعض النسخ و البيع نظير الرهن يعنى أنه يصير عند هلاك الرهن قاضيا دينه من مال الصغير ضامنا له مثله و فى البيع كذلك فانه يصير قاضيا دينه من الثمن الواجب للصغير ضامنا له مثله (و إذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه) أى و إذا رهن الأب متاع الصغير بدين له من نفسه (أو من ابن له صغير) أى أو رهن من ابن له آخر صغير (أو عبد) أى أو رهن من عبد (له تاجر لا دين عليه) أى لا دين على العبد التاجر قيد به ليكون هذا التصرف من الجانبين لأن العبد المديون يكون الولى منه كالأجنبى فيكون الرهن جائزا بلا شبهة (جاز) أى الرهن فى الصور

=> فيه و يضمن الأب و الوصى للصغير قيمة الرهن إذا كانت القيمة مثل الدين و إن كانت القيمة أكثر من الدين يضمن مقدار الدين و لا يضمن الزيادة لأن الأب و الوصى فيما زاد مودع مال الصغير و فى اللآلى إذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين يضمن الأب بقدر الدين و الوصى يضمن بقدر القيمة لأن للأب أن ينتفع بمال الصبى و لا كذلك الوصى كذا ذكره الامام التمرتاشىؒ كذا فى الكفاية.

لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين و أقيمت عبارته مقام عبارتين فى هذا العقد كما فى بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفى العقد و لو ارتهنه الوصى من نفسه أو من هذين أو رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لأنه وكيل محض و الواحد لا يتولى طرفى العقد فى الرهن كما لا يتولاهما فى البيع و هو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة فى حقه إلحاقا له بالأب و الرهن من ابنه الصغير و عبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة

المذكورة (لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين) يعنى أنزل منزلة الصغير فى جانب الصغير فى تولى القبول منه و فى حق الإيجاب هو عاقل بنفسه بخلاف الوصى فإنه لقصور شفقته لم يعدل عن الحقيقة فى عدم إنزال الشخص الواحد منزلة شخصين (و أقيمت عبارته) أى عبارة الأب (مقام عبارتين فى هذا العقد كما فى بيعه مال الصغير من نفسه) فانه يجوز (فتولى) أى الأب (طرفى العقد) و هما الإيجاب و القبول الأصل فى هذا أن الواحد لا يتولى طرفى العقد إلا الأب فإنه يتولى طرفى بيع مال اليتيم من نفسه و بيع مال نفسه من اليتيم استحسانا و القياس أنه باطل و هو قول زفر رحمه الله تعالى و عند الشافعى رحمه الله تعالى يجوز أن يبيع من ولده و لا يجوز أن يشترى منه و إذا باع الوصى ماله من يتيم فى حجره أو اشترى مال اليتيم لنفسه لم يصح عندهما على كل حال لأنه أجنبى و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح إلا بنفع ظاهر و هو أن يبيع ما يساوى درهمين بدرهم أو يشترى ما يساوى درهما بدرهمين أو بدرهم و نصف و كذا ما يعد غبنا فاحشا فإنه يعد نفعا ظاهرا هنا كذا ذكر فخر الإسلامؒ فى شرح الزيادات (و لو ارتهنه الوصى من نفسه) أى لو ارتهن الوصى متاع الصغير بدين نفسه على الصغير (أو من هذين) أى أو ارتهن الوصى متاع الصغير بدين ابنه الصغير على الصغير اليتيم أو ارتهن الوصى متاع الصغير بدين عبد له تاجر لا دين عليه على الصغير اليتيم (أو رهن عينا له) أى رهن الوصى عينا له (من اليتيم بحق لليتيم عليه) أى على الوصى (لم يجز لأنه وكيل محض) أى لأن الوصى وكيل محض فلا يباشر شيئا فيه ضرر للصغير (و الواحد لا يتولى طرفى العقد فى الرهن كما لا يتولاهما فى البيع و هو) أى الوصى (قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة) و هى جعل الواحد واحدا (فى حقه) أى فى حق الوصى (إلحاقا له بالأب) أى لأجل إلحاق الوصى بالأب و هذا فى حيز النفى و المعنى أن الوصى لا يلحق الأب فى جواز تولى طرفى العقد لأنه قاصر الشفقة (و الرهن) أى رهن الوصى (من ابنه الصغير) أى من ابن الوصى (و عبده) أى و من عبد الوصى (التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة

الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير و أبيه و عبده الذى عليه دين لأنه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء لأنه متهم فيه و لا تهمة فى الرهن لأن له حكما واحدا و إن استدان الوصى لليتيم فى كسوته و طعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لأن الاستدانة جائزة للحاجة و الرهن يقع إيفاء للحق فيجوز و كذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن لأن الأولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الإرتهان و الرهن لأنه إيفاء واستيفاء و إذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن و مات الأب ليس للإبن أن يرده حتى يقضى الدين لوقوعه لازما من جانبه إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد

الرهن من نفسه) فلا يجوز كما لو رهن من نفسه (بخلاف ابنه الكبير و أبيه و عبده الذى عليه دين) حيث يجوز و الضمائر (١) كلها راجعة إلى الوصى (لأنه لا ولاية له عليهم) أى لا ولاية للوصى على الابن الكبير و أبيه و عبده الذى عليه دين لأنه فى كسبهم بمنزلة الأجنبى و هم أحق بالكسب منه (بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء) المذكورين حيث لا يجوز (لأنه) أى لأن الوكيل بالبيع (متهم فيه) أى فى البيع من هؤلاء (و لا تهمة فى الرهن لأن له حكما واحدا) أى لأن للرهن حكما واحدا و هو أنه مضمون بأقل من قيمته و من الدين سواء رهنه عند هؤلاء أو عند الأجنبى كذا فى المبسوط (و إن استدان الوصى) أى و إن استقرض الوصى (لليتيم فى كسوته و طعامه فرهن به) أى بهذا الدين (متاعا لليتيم جاز لأن الاستدانة جائزة للحاجة و الرهن يقع إيفاء للحق) أى لأجل الإيفاء للحق (فيجوز) للوصى أن يوفى الحق الذى على الصغير من مال الصغير (و كذلك) أى يجوز (لو اتجر) أى الوصى (لليتيم فارتهن أو رهن لأن الأولى له التجارة تثميرا) أى لأجل التثمير (لمال اليتيم فلا يجد بدا) أى فلا يستغنى الوصى (من الارتهان و الرهن لأنه إيفاء و استيفاء) أى لأن الرهن إيفاء للدين عند الرهن و استيفاء للدين عند الإرتهان (و إذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن و مات الأب) قيد الموت اتفاقى إذ لا تأثير للموت لأنه إذا عقد الأب ثم بلغ الصبى ليس له نقض رهنه ذكر فى مبسوط شيخ الإسلامؒ و شرح الطحاوىؒ و كذا ذكر الأب إتفاقى لأن حكم رهن الوصى كذلك (ليس للابن أن يرده حتى يقضى الدين) و إنما أطلق رهن الأب و لم يذكر أن رهنه بدين نفسه أو بدين الصغير لأن الحكم واحد فى الوجهين (لوقوعه لازما من جانبه) أى لوقوع الرهن لازما من جانب الصغير (إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد

---

(١) الضمائر كلها راجعة إلى الوصى إلا ضمير "عليه" فانه يرجع إلى العبد المذكور فى قوله "عبده".

البلوغ لقيامه مقامه و لو كان الأب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الأب لأنه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكه فأشبه معير الرهن و كذا إذا هلك قبل أن يفتكه لأن الأب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه و لو رهنه بدين على نفسه و بدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين فان هلك ضمن الأب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار و كذلك الوصي و كذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو وصي الأب و لو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه و قبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فإنه خرج من الرهن و هلك من مال اليتيم لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ

البلوغ لقيامه مقامه) أي لقيام الأب مقام الصغير (و لو كان الأب رهنه لنفسه) يعني لو رهن الأب متاع ابنه من شخص بدين كان له على الأب (فقضاه الابن) أي فقضى الابن دين أبيه (رجع به) أي رجع الابن بما قضى (في مال الأب لأنه مضطر فيه) أي لأن الابن مضطر في أداء الدين (لحاجته إلى إحياء ملكه فأشبه معير الرهن) أي فأشبه الابن معير الرهن (و كذا) أي يرجع الابن في مال الأب (إذا هلك) أي الرهن (قبل أن يفتكه) أي قبل فكاك الابن الرهن (لأن الأب يصير قاضيا دينه بماله) أي دين نفسه بمال الابن (فله أن يرجع عليه) أي على الأب (و لو رهنه) أي و لو رهن الأب متاع ولده (بدين على نفسه و بدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين) أراد بهما رهن الأب متاع الصغير بدين على نفسه و بدين على الصغير كذا قاله الاترازيّ و قال الاكملّ يريد به رهن الأب و الوصي متاع الصغير بدين على نفسه و رهنهما ذلك بدين على الصغير و كذا قاله الكاكيّ (فإن هلك) أي الرهن (ضمن الأب حصته من ذلك) أي حصة نفسه من الرهن (للولد لايفائه دينه من ماله) أي لايفاء الأب دينه من مال الولد (بهذا المقدار) أي مقدار حصته (و كذلك الوصي) أي و كذلك حكم الوصي إذا رهن متاع الصغير بدين على نفسه و بدين على الصغير (و كذلك الجد أب الأب) واحترز به عن أب الأم فإنه لا ولاية له أصلا أي و كذلك حكم الجد أب الأب فيما ذكرنا لوجود أمرين أحدهما عدم الأب أشار إليه بقوله (إذا لم يكن الأب) و الثاني عدم الوصي أشار إليه بقوله (أو وصي الأب) أي أو إذا لم يكن وصي الأب (و لو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه) أي على اليتيم (و قبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع) أي الرهن (في يد الوصي فانه) أي المرهون (خرج من الرهن و هلك من مال اليتيم لأن فعل الوصي كفعله بنفسه) أي كفعل اليتيم بنفسه (بعد البلوغ) لأن رهن الوصي كرهن اليتيم واستعارته

لأنه استعاره لحاجة الصبى و الحكم فيه هذا على ما نبينه إن شاء الله تعالى و المال دين على الوصى معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبى لأنه غير متعد فى هذه الاستعارة إذ هى لحاجة الصبى و لو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبى لأنه متعد إذ ليس له ولاية الاستعمال فى حاجة نفسه و لو غصبه الوصى بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصى ضامن لقيمته لأنه متعد فى حق المرتهن بالغصب و الاستعمال و فى حق الصبى بالاستعمال فى حاجة نفسه فيقضى به الدين إن كان قد حل فإن كان (١) قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن و لا يرجع على اليتيم لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا و إن كانت قيمته أقل من الدين أدى قدر القيمة

كاستعارته و لو فعل ذلك اليتيم بنفسه بعد البلوغ ثم هلك الرهن لم يهلك على المرتهن فكذا هذا (لأنه) أى لأن الوصى (استعاره) أى الرهن (لحاجة الصبى و الحكم فيه هذا) يعنى لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك فى يده لم يسقط الدين (على ما نبينه إن شاء الله تعالى) أشار به إلى ما ذكره بعد عدة أوراق فى باب التصرف فى الرهن عند قوله و إذا أعار المرتهن الرهن للراهن (و المال دين على الوصى) أى مال المرتهن دين عليه (معناه) أى معنى قوله و المال دين على الوصى (هو المطالب به) أى بالدين (ثم يرجع) أى الوصى (بذلك على الصبى لأنه غير متعد فى هذه الاستعارة إذ هى لحاجة الصبى) أى لأن الاستعارة كانت لمصلحة الصبى و إنه قضى دين الصبى فيرجع عليه (و لو استعاره) أى و لو استعار الوصى الرهن (لحاجة نفسه ضمنه) يعنى إذا هلك فى يده ضمنه (للصبى لأنه متعد) أى لأن الوصى متعد (إذ ليس له ولاية الاستعمال فى حاجة نفسه) أى لأنه لم يكن للوصى ولاية استعمال مال الصغير فى حاجة نفسه فكان متعديا فيضمن (و لو غصبه الوصى) أى و لو غصب الوصى الرهن (بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده) أى هلك الرهن عند الوصى (فالوصى ضامن لقيمته لأنه متعد فى حق المرتهن بالغضب و الاستعمال و فى حق الصبى) أى و لأنه متعد فى حق الصبى (بالاستعمال فى حاجة نفسه فيقضى به الدين إن كان قد حل) أى الدين (فإن كانت قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن و لا يرجع على اليتيم لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا) يعنى أن الوصى وجب عليه باستعمال مال اليتيم فى حاجة نفسه لليتيم كما وجب على اليتيم للوصى بقضاء الوصى دين اليتيم فصار آخر الدينين قصاصا عن الأول (و إن كانت قيمته أقل من الدين أدى قدر الدين

---

(١) كان. ن. كانت.

إلى المرتهن و أدى الزيادة من مال اليتيم لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير و إن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة إلى المرتهن و الفضل لليتيم و إن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم إذا حل الأجل كان الجواب على التفصيل الذى فصلناه و لو أنه غصبه و استعمله لحاجة الصغير حتى هلك فى يده يضمنه لحق المرتهن و لا يضمنه لحق الصغير لأن استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد و كذا الأخذ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم و لهذا قال فى كتاب الإقرار إذا أقر الأب أو الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الأخذ فإذا هلك فى يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه إن كان قد حل و يرجع الوصى على الصغير لأنه ليس بمتعد بل هو عامل له و إن كان لم يحل

إلى المرتهن) قال الكاكىؒ قوله أدى قدر الدين إلى المرتهن و فى بعض النسخ أدى قدر القيمة و هذا سهو وقع من الكاتب و هذا ظاهر لا خفاء فيه لأحد لأن حق المرتهن قدر الدين لا قيمة الرهن فكان الصحيح ما أثبته فى المتن و كذلك قاله الأترازىؒ و فى نسخة شيخى العلاءؒ مثل ما قالا أدى قدر الدين و فى نسخة العرف وقع السهو و العمدة على ما قالوا (و أدى الزيادة من مال اليتيم لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير و إن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين إلى المرتهن و الفضل) أى أدى الفضل (لليتيم و إن كان لم يحل دين فالقيمة رهن) لأنها تقوم مقام الرهن(لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون) أى القيمة (رهنا عنده) أى عند المرتهن (ثم إذا حل الأجل كان الجواب على التفصيل الذى فصلناه) أراد به قوله فإن كانت قيمته مثل الدين إلى آخره (و لو أنه غصبه) أى أن الوصى غصب الرهن (و استعمله لحاجة الصغير حتى هلك فى يده) أى هلك المرهون فى يد الوصى (يضمنه) أى يضمن الوصى المرهون (لحق المرتهن و لا يضمنه لحق الصغير لأن استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد و كذا الأخذ) أى و كذا أخذ الوصى الرهن من المرتهن ليس بتعد (لأن له) أى للوصى (ولاية أخذ مال اليتيم و لهذا) أى و لأجل أن للوصى ولاية الأخذ (قال فى كتاب الإقرار إذا أقر الأب أو الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الأخذ فاذا هلك فى يده) أى هلك الرهن فى يد الوصى (يضمنه للمرتهن) أى يضمن الوصى الرهن للمرتهن (يأخذه بدينه) أى يأخذه المرتهن ما يضمنه الوصى بمقابلة دينه (إن كان قد حل) أى الدين (و يرجع الوصى على الصغير لأنه) أى الوصى (ليس بمتعد بل هو عامل له) أى للصغير (و إن كان) أى الدين (لم يحل

يكون رهنا عند المرتهن ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه و يرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا. قال و يجوز رهن الدراهم و الدنانير و المكيل و الموزون لأنه يتحقق الإستيفاء منه فكان محلا للرهن فإن رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين و إن اختلفا في الجودة لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة و عندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه و تكون رهنا مكانه و في الجامع الصغير فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لأن الإستيفاء عنده باعتبار الوزن و عندهما

يكون رهنا) أي يكون الضمان رهنا (عند المرتهن ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه) أي يأخذ المرتهن دينه من القيمة (و يرجع الوصي على الصبي بذلك) أي بما أخذ المرتهن (لما ذكرنا) أشار به إلى قوله لأنه ليس بمتعد بل هو عامل له. (قال) أي القدوريّ (و يجوز رهن الدراهم و الدنانير و المكيل و الموزون لأنه يتحقق الاستيفاء منه) أي من رهن هذه الأشياء (فكان) أي حل كل واحد من هذه الأشياء (محلا للرهن فإن رهنت) أي هذه الأشياء (بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين و إن اختلفا في الجودة لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها) لأن الجودة لا قيمة لها إذا لاقت جنسها فيما يجري فيه الربا (و هذا) أي المذكور (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (يصير) أي المرتهن (مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمه و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يضمن القيمة من خلاف جنسه و تكون رهنا مكانه) أي تكون القيمة رهنا مكان المرهون الهالك (و في الجامع الصغير فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) صورته في الجامع قال محمدٌ عن يعقوبٌ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في رجل عليه عشرة دراهم لرجل فرهنه بها ابريق فضة قيمته عشرة دراهم فضاع قال هو بما فيه (قال) أي المصنفٌ (معناه) أي معنى قوله هو بما فيه (أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر) فإن كان مثله فلا يشكل لأنه لا ربا فيه و لا ضرر و إن كان أكثر فكذلك عندهم جميعا أشار إليه بقوله (هذا الجواب) أي قوله هو بما فيه (في الفصلين بالاتفاق) و أراد بالفصلين ما كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر على ما ذكره في الكتاب و في بعض النسخ في الوجهين (لأن الاستيفاء عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (باعتبار الوزن و عندهما) أي

باعتبار القيمة و هى مثل الدين فى الأول و زيادة عليه فى الثانى فيصير بقدر الدين مستوفيا فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن و لا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدى إلى الربا فصرنا إلى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض و يجعل مكانه ثم يتملكه و له أن الجودة ساقطة العبرة فى الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها و استيفاء الجيد بالردىء جائز كما إذا تجوز به

عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (باعتبار القيمة و هى) أى القيمة (مثل الدين فى الأول) أى فى الفصل الأول (و زيادة عليه) أى على الدين (فى الثانى) أى فى الفصل الثانى (فيصير) أى المرتهن (بقدر الدين مستوفيا) و تسقط الزيادة لكونه أمانة (فان كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف المذكور) يعنى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يهلك بالدين و عندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه (لهما) أى لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن) و هو إسقاط حقه فى الجودة (و لا) أى و لا وجه أيضا (إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدى إلى الربا فصرنا) أى فرجعنا (إلى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض) أى قبض المرتهن فى قيمة الهالك (و يجعل مكانه) أى و يجعل قيمة الإبريق مكان الإبريق رهنا و قال تاج الشريعةؒ أى يجعل الضمان مكان الهالك (ثم يتملكه) أى يتملك الراهن الرهن الذى جعل مكان الرهن الأول كذا فسره الأكملؒ و قال الأترازىؒ ثم يتملك الراهن تلك القيمة و يرجع المرتهن عليه بدينه أو يتملك المرتهن الابريق الذى ضاع فضمنه لأنه أدى بدله و هذا وجه عندى و قال الكاكىؒ و ما ذكر فى بعض الحواشى ثم يتملكه أى المرتهن غير صحيح لأن تملك المرتهن لا يخلو إما أن يجعل ذلك المضمون مكان الرهن الأول ثم يتملكه المرتهن أو يتملكه قبل أن يجعل رهنا مكان الأول فإن جعل رهنا ثم يتملكه لا يصح لأن ذلك حكم جاهلى و إن تملكه قبل جعله رهنا كان مخالفا لجميع الروايات من مبسوط شيخ الإسلامؒ و شروح الجامع (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن الجودة ساقطة العبرة فى الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها و استيفاء الجيد بالردىء جائز كما إذا تجوز به) قال الكاكىؒ هذا وقع فى النسخ و لكن الأصح أن يقال استيفاء الردىء بالجيد جائز لأن الاستدلال بقوله كما إذا تجوز به يعنى فى بدل الصرف و السلم يؤذن أن الأصح ما قلنا لأن التجوز إنما يستعمل فيما إذا أخذ الردىء مكان الجيد و لأن جواز استيفاء الجيد بالردىء لا شبهة لأحد فيه فلا يحتاج إلى الاستدلال بشىء آخر و لأن وضع المسألة فيما إذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة ابريق هى أقل

و قد حصل الاستيفاء بالاجماع و لهذا يحتاج إلى نقضه و لا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب و مطالب و كذا الانسان لا يضمن ملك نفسه و بتعذر التضمين يتعذر النقض و قيل هذه فريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة و هو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور

من العشرة لردائته فكان المرتهن مستوفيا الردىء بمقابلة جيده و قال الأترازيّ و صوابه أن يقال و استيفاء الردىء بالجيد جائز بدلالة السباق و السياق أما الأول فان المسألة فى استيفاء الإبريق الذى قيمته أقل من عشرة لرادئته بالعشرة الجيدة و أمّا الثانى فلأن قوله تجوز به دليل على ذلك لأن التجوز يستعمل فى المسامحة فى الاستيفاء و إنما المسامحة فى استيفاء الردىء بالجيد و لا حاجة إلى المسامحة فى عكسه انتهى قلت الذى سبق بهذا صاحب النهاية و نقل عنه الأكملّ مثل ما ذكرنا ثم قال و أرى أن ما فى النسخ حق و لم أدر ما وجه ذلك (و قد حصل الاستيفاء بالإجماع) لأن المرتهن متى يصير مستوفيا بالهلاك فقد رضى بوقوعه استيفاء فكأنه رضى بدون حقه و صار كما لو استوفى الردىء مكان الجيد و هو عالم كذا فى المبسوط (و لهذا يحتاج إلى نقضه) أى و لأجل حصول الإستيفاء بالهلاك يحتاج إلى نقضه و الغرض عدمه و أشار إليه بقوله (و لا يمكن نقضه بايجاب الضمان) بيانه أن الاستيفاء لا يرتفع إلا بنقض الاستيفاء يعنى برد الرهن إلى الراهن فلم يوجد النقض بالرد و لا يمكن نقضه بالضمان لأنه متعذر و هو معنى قوله (لأنه لا بد له) أى للضمان (من مطالب) بكسر اللام (و مطالب) بفتح اللام و لا يمكنه تحقيق هذا المعنى فى الشخص الواحد للتنافى توضيحه المطالب بكسر اللام لا يخلو إما أن يكون الراهن أو المرتهن لا سبيل إلى الأول لكونه متعنتا لطلبه ما يضره و لا المرتهن لأنه مطالب بفتح اللام فلا يكون مطالبا بكسر اللام (و كذا الإنسان) دليل آخر (لا يضمن ملك نفسه) لأن الإنسان إنما يضمن لأجل غيره و ضمان المرتهن هذا لأجل نفسه و لا نظير له فى الشرع فلم يستقم القول به (و بتعذر التضمين يتعذر النقض) فيتقرر الاستيفاء (و قيل هذه) أى هذه المسألة (فريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت) أى الزيوف (ثم علم بالزيافة) وجه كونه فرعا أن المرتهن يصير مستوفيا حكما بهلاك الرهن فيعتبر بما لو استوفى حقيقة كما فى هذه المسألة حقيقة و لا يكون نقض استيفائه حقيقة فكذا فيما نحن فيه (و هو معروف) أى حكم استيفاء الزيوف عن الجياد معروف (غير أن البناء) أى بناء هذه المسألة على مسألة قبض الدين زيفا مكان الجيد (لا يصح على ما هو المشهور) من الرواية على ما قيل إن عيسى بن ابان رحمه الله تعالى روى أن محمدا

لأن محمدا رحمه الله تعالى فيها مع أبى حنيفة رحمه الله تعالى و فى هذا مع أبى يوسف رحمه الله تعالى و الفرق لمحمد رحمه الله تعالى أنه قبض الزيوف ليستوفى من عينها و الزيافة لا تمنع الاستيفاء و قد تم بالهلاك و قبض الرهن ليستوفى من محل آخر فلا بد من نقض القبض و قد أمكن عنده بالتضمين و لو انكسر الابريق ففى الوجه الأول و هو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى لا يجبر على الفكاك لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين لأنه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد و لا إلى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر

رحمه الله تعالى مغ أبى يوسف رحمه الله تعالى فى تلك المسئلة فلا يصح البناء و الحاصل أنه لو كانت هذه المسألة بناء على تلك المسئلة لكان قول محمد رحمه الله تعالى هنا مثل ما كان ثمة و ليس كذلك لأن محمدا رحمه الله تعالى ثمة مع أبى حنيفة رحمه الله تعالى و هنا مع أبى يوسف رحمه الله تعالى و هو معنى قوله (لأن محمدا رحمه الله تعالى فيها) أى فى المسئلة المتفرع عليها مع أبى حنيفة رحمه الله تعالى و فى هذا) أى فى المتفرع و هو مسئلة الرهن (مع أبى يوسف رحمه الله تعالى) فاذا كان كذلك لم يصح البناء بأن تكون هذه المسألة ابتدائية (و الفرق لمحمد رحمه الله تعالى) يعنى على تقدير أن تكون هذه المسألة بناء على تلك المسألة (أنه) أى أن رب الدين (قبض الزيوف ليستوفى) أى دينه (من عينها) أى أن يكون عينها مقام ما له من الدين عليه (و الزيافة لا تمنع الاستيفاء) فكان الزيوف من جنس حقه (و قد تم) أى الاستيفاء (بالهلاك) أى بهلاك الرهن و فى مسألة الرهن ما قبض الرهن ليستوفى حقه من عين الرهن بل قبضه وثيقة حتى يستوفى حقه من غير الرهن و هو معنى قوله (و قبض الرهن ليستوفى من محل آخر) يعنى من غير الرهن فاذا كان كذلك (فلا بد من نقض القبض و قد أمكن) أى نقض القبض (عنده) أى عند محمد رحمه الله تعالى (بالتضمين) أى بتضمين المرتهن (و لو انكسر الابريق) يعنى هذا الذى ذكرنا فيما إذا هلك الرهن أما إذا انكسر (ففى الوجه الأول و هو ما إذا كانت قيمته) أى قيمة الإبريق الرهن (مثل وزنه عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى لا يجبر على الفكاك) أى لا يجبر الراهن على فك الرهن (لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين لأنه) أى لأن المرتهن (يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد) فإنه لم ينقص من الدين إلا فى مقابلة ما فات من جودة الإبريق بالكسر و ذلك ربا (و لا إلى أن يفتكه مع النقصان) أى و لا وجه أيضا إلى أن يفتك الراهن الرهن مع النقصان (لما فيه من الضرر) بالراهن لأن المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب و بالانكسار

فخيرناه إن شاء افتكه بما فيه و إن شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه و تكون رهنا عند المرتهن و المكسور للمرتهن بالضمان و عند محمد رحمه الله تعالى إن شاء افتكه ناقصا و إن شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك و هذا لأنه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك و فى الهلاك الحقيقى مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو فى معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية و طريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة و فى جعله بالدين إغلاق الرهن و هو حكم جاهلى فكان التضمين بالقيمة أولى

صار معيبا فيصل إليه حقه ناقصا إذا لم يسقط شيء من دينه و ذلك ضرر به لا محالة فإذا كان كذلك (فخيرناه) أى الراهن (إن شاء افتكه بما فيه) أى بالدين الذى فى المكسور يعنى افتك الراهن الإبريق المنكسر ناقصا بالدين الذى هو مرهون فيه يعنى بجميع الدين (و إن شاء ضمنه قيمته) أى ضمن الراهن المرتهن قيمة الابريق المنكسر (من جنسه) أى من جنس الابريق (أو خلاف جنسه) يعنى مصنوعا (و تكون) أى القيمة (رهنا عند المرتهن و المكسور للمرتهن بالضمان) و هذا عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (و عند محمد رحمه الله تعالى إن شاء افتكه ناقصا) أى افتك الراهن الابريق المنكسر ناقصا (و إن شاء) جعل الراهن الابريق المنكسر (بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك) فثمة مضمون بالدين لا بالقيمة بالاجماع فكذا هنا (و هذا لأنه لما تعذر الفكاك مجانا) يعنى لما تقدم أنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين و لا إلى أن يفتكه مع النقصان بقى أن يفتكه مجانا و هو متعذر فاذا كان كذلك (صار بمنزلة الهلاك) فى تعذر الفكاك (و فى الهلاك الحقيقى مضمون بالدين بالإجماع فكذا فيما هو فى معناه) أى فى معنى الانفكاك الحقيقى (قلنا الاستيفاء عند الهلاك) أى عند هلاك الرهن (بالمالية و طريقه) أى و كل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه (أن يكون) أى الراهن(مضمونا بالقيمة) لفوات عينه (ثم تقع المقاصة) بين الدينين يعنى ما له و ما عليه و هو مشروع (و فى جعله بالدين) أى و فى جعل الرهن مضمونا بالدين حال قيامه (إغلاق الرهن) و هو الاحتباس الكلى بأن يصير الرهن مملوكا للمرتهن (و هو حكم جاهلى) مردود فى الشرع لقوله عليه الصلاة و السلام لا يغلق الرهن و لو جعلناه مضمونا بالقيمة لا يؤدى إلى إغلاق الرهن لانتقال حكم الرهن إلى مثله فإذا كان كذلك (فكان التضمين بالقيمة أولى) و فى هذه العبارة تسامح و الحق أن يقال فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شاكل ذلك

و فى الوجه الثالث و هو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديئا من جنسه و تكون رهنا عنده و هذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر و كذلك عند محمد رحمه الله تعالى لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك و الهلاك عنده بالقيمة و فى الوجه الثانى و هو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثنى عشر عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يضمن جميع قيمته و تكون رهنا عنده لأن العبرة للوزن عنده لا للجودة و الرداءة فإن كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا و إن كان بعضه فبعضه و هذا لأن الجودة تابعة للذات و متى صار الأصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة

(و فى الوجه الثالث و هو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية) بأن يكون الوزن عشرة كالدين و قيمته ثمانية لوجود غش فيه و إنما قدم الوجه الثالث على الوجه الثانى لأن له مناسبة بالوجه الأول من جهة أنهما قالا هو ما يصلح أن يكون مضمونا بالقيمة فيما إذا كان وزنه و قيمته سواء كما إذا كانت قيمته أقل من وزنه (يضمن قيمته) أى يضمن المرتهن قيمة الابريق (جيدا من خلاف جنسه) أى من خلاف جنس الابريق (أو رديئا من جنسه) أى أو يضمن قيمته رديئا من جنس الابريق (و تكون رهنا عنده) أى و تكون القيمة رهنا عند المرتهن (و هذا) أى المذكور (بالاتفاق) بين أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى (أما عندهما) أى عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (فظاهر) كما إذا كانت قيمته مثل وزنه فى حالة الانكسار (و كذلك عند محمد رحمه الله تعالى لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك و الهلاك عنده بالقيمة) يعنى فى هذا الفصل و هو ما إذا كانت قيمة الإبريق أقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار (و فى الوجه الثانى و هو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثنى عشر) بأن يكون وزنه عشرة كالدين و قيمته أكثر من وزنه اثنا عشر لجودة و صناعة فيه (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يضمن جميع قيمته) أى يضمن المرتهن جميع قيمة الابريق (و تكون رهنا عنده) أى و تكون القيمة رهنا عند المرتهن (لأن العبرة) فى الأموال الربوية (للوزن عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (لا للجودة و الرداءة فان كان) أى الرهن (باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا) كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة (و إن كان بعضه فبعضه) أى و إن كان بعضه مضمونا كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون و هو مقدار الدين لا الزائد عليه و تنقسم الجودة على المضمون و الأمانة فحصة المضمون مضمونة و غيرها أمانة (و هذا لأن الجودة تابعة للذات و متى صار الأصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة) لأن التابع لا يخالف الأصل

و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يضمن خمسة أسداس قيمته و تكون خمسة أسداس الابريق له بالضمان و سدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا و يكون مع قيمة خمسة أسداس المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة و الرداءة و تجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأن وزنه اثنا عشر و هذا لأن الجودة متقومة فى ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها و فى تصرف المريض و إن كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فأمكن اعتبارها و فى بيان

(و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يضمن) أى المرتهن (خمسة أسداس قيمته) أى قيمة الابريق (و تكون خمسة أسداس الإبريق له بالضمان) أى تكون خمسة أسداس الابريق المنكسر للمرتهن بالضمان (و سدسه يفرز) أى سدس الابريق المنكسر يقطع (حتى لا يبقى الرهن شائعا) بطريان الشيوع فان الطارىء منه فيه كالمقارن (و يكون) أى سدس المنكسر (مع قيمة خمسة أسداس المكسور رهنا فعنده) أى فعند أبى يوسف رحمه الله تعالى (تعتبر الجودة و الردائة و تجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأن وزنه اثنا عشر و هذا) أى اعتبار الجودة (لأن الجودة متقومة فى ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها و فى تصرف المريض) مرض الموت فانه إذا باع قلبا وزنه عشرة و قيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشترى و يعتبر خروجه من الثلث كما لو تبرع من العين (و إن كانت) أى الجودة (لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا) أى من حيث السماع من الشارع و هو قوله جيدها و رديئها سواء (فأمكن اعتبارها) أى اعتبار الجودة لأن زيادة القيمة بالجودة كالزيادة فى الوزن فأمكن اعتبارها و يصير خمسة أسداس الابريق مضمونا لجودته و صنعته و سدسه أمانة فالتغير بالإنكسار فيما هو أمانة لا يعتبر و فيما هو مضمون يعتبر و حالة الإنكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضا فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه و طريق معرفة خمسة أسداس الوزن أن ينقص من الوزن الذى هو عشرة سدسه و هو درهم و ثلثا درهم يبقى خمسة أسداسه و هى ثمانية دراهم و ثلث درهم و ذلك لأن العشرة ستة أسداس فيكون خمسة أسداس الإبريق عشرة (و فى بيان (١) قول محمد رحمه الله تعالى نوع طول يعرف

(١) و فى بيان قول محمدٍ الخ. و فى العناية: و عند محمد رحمه الله تعالى أن النقص بالانكسار إن كان درهما أو درهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين و إن كان اكثر من ذلك يخير الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتهن بدينه و بين أن يسترده بقضاء جميع الدين و هذا لأن الوزن مضمون و الجودة أمانة للمناسبة لأن الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه و صفة الامانة فى المرهون كذلك فيجعل الأصل فى مقابلة الأصل و التبع بمقابلة التبع و إذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان فى المضمون و هو العشرة بالانكسار و الانكسار عنده كالهلاك و فى هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين و يتخير الراهن كما ذكرنا و إن لم يزد على الدرهمين وقع النقصان فى الأمانة و الرهن و المضمون باق على =>

قول محمد رحمه الله تعالى نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط و الزيادات مع جميع شعبها.

في موضعه من المبسوط و الزيادات مع جميع شعبها) و شعبها ستة و عشرون فصلا و نذكر أولا أصولا في هذا الباب منها أنه إذا رهن فضة بفضة أو ذهبا بذهب أو حنطة بحنطة أو شعيرا بشعير فهلك الرهن و قيمته بمثل الدين و قدره كقدره هلك بالدين في قولهم جميعا و إذا كانت قيمته أكثر من قيمة الدين و قدره مثل وزن الدين هلك بالدين في قولهم و إن كانت قيمته أقل من قيمة الدين فهلك ذهب بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يغرم المرتهن مثله إن كان له مثل و قيمته إن لم يكن له مثل من غير جنسه و يرجع بالدين و إذا دخل في الرهن نقص بغير فعل المرتهن فقد ذكر في الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يضمن قيمته فتكون رهنا و إن كان وزنه أكثر من الدين ضمن بقدر الدين و روى ابن سماعةؒ عن أبي يوسفؒ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الإملاء و في نوادره أنه لا ضمان على المرتهن و يقال للراهن هات الدين كله و خذ الرهن و كذلك روى ابن الزبيرؒ عن أبي يوسفؒ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و الحسن بن زيادؒ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال محمدؒ في الزيادات هو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إذا كانت قيمته مثل الدين ضمنه المرتهن و إن كانت قيمته أكثر من الدين و وزنه كوزن الدين فقد اختلفت الروايات عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فروى محمد رحمه الله تعالى عنه أنه يضمن منه مقدار المضمون من القيمة و روى بشرؒ عنه أنه يضمن قيمته و قال محمد رحمه الله تعالى في الرهن إذا دخله عيب و جودته مثل الدين أو أكثر أن للراهن أن يتركه على المرتهن بدينه و منع أبو حنيفة و أبو يوسف رحمهما الله تعالى ذلك و إذا ثبتت هذه الأصول قلنا لا يخلو إما أن يكون وزن الرهن مثل الدين أو أكثر أو أقل فان كان وزنه مثل الدين فلا يخلو إما أن يكون مثله في الجودة أو أدون أو أجود و إن كان وزنه أكثر من الدين فلا يخلو إما أن يكون قيمته أكثر من وزنه أو مثل وزنه أو أقل من وزنه و أكثر من الدين أو مثل الدين أو أقل من الدين و إن كان وزنه أقل من الدين فلا يخلو إما أن يكون قيمته مثل وزنه أو أقل من وزنه أو اكثر من وزنه و أقل من الدين أو مثل الدين أو اكثر من الدين فهذه ثلاثة عشر فصلا كل واحد منها لا يخلو الرهن فيه من هلاك أو نقص فذلك ستة و عشرون فصلا و بيان هذه الفصول أنه إذا كان

=> حاله فيجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء و اعلم أن الدرهم و الدرهمين ليسا بحد فاصل في ذلك و إنما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائنا ما كان و إنما وقع الدرهمان ههنا باعتبار أن الزيادة في المسئلة مفروضة بذلك اهـ.

.....

وزن الرهن مثل الدين و قيمته كذلك و هو أن يكون الدين عشرة و وزن الرهن عشرة و قيمته عشرة فلا يخلو إما أن يهلك أو ينكسر فإن هلك هلك بالدين فى قولهم جميعا و إن انكسر ضمن قيمته بالإنكسار فى إحدى الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى للراهن أن يملكه بدينه و إن كان وزنه مثل الدين و قيمته أقل و هو أن يكون ثمانية فإن هلك هلك بالدين عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يضمن قيمته من الذهب و يرجع بدينه و إن انكسر ضمن قيمته عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى رواية و هى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى و لا يمكن التمليك عند محمد رحمه الله تعالى لأنه أدون من حق المرتهن إلا أن يرضى المرتهن بذلك و إذا كانت قيمته أكثر من الوزن مثل أن يكون اثنى عشر فإن هلك هلك بالدين عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأن الجودة لا قيمة لها عنده و عند محمد رحمه الله تعالى أن الجودة لا اعتبار بها ههنا لأنها فاضلة عن الدين فهو أمانة و أما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى فالجودة مضمونة كالوزن فقد قيل على قوله يهلك خمسة أسداسه بالدين و سدسه بالأمانة و قيل على قوله يضمن المرتهن خمسة أسداس القلب من الذهب و يرجع بدينه حتى لا يؤدى ذلك إلى الربا و أما إذا انكسر فله ثلاثة أحوال إما أن يذهب بالإنكسار بعض الجودة فتبقى قيمته أحد عشر أو كل الجودة فتبقى قيمته عشرة أو أكثر من الجودة فتبقى قيمته ثمانية ففى جميع الأحوال عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يضمن جميعه و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى فى رواية يضمن خمسة أسداسه و فى رواية يضمن جميعه و عند محمد رحمه الله تعالى إن نقص من القيمة درهم أو درهمان فلا ضمان على المرتهن و يفكه الراهن بجميع دينه و قد قيل على قوله له أن يضمنه و إن كان الدين عشرة و الوزن ثمانية فإن كانت قيمته أقل من وزنه مثل أن يكون ستة فان هلك هلك بثمانية عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يقوم قيمته من الذهب و يرجع بدينه و إن انكسر ضمن قيمته عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى لا يجوز التمليك فلا بد من التضمين على قوله و إن كانت قيمته مثل وزنه فهلك هلك بمثل وزنه فى قولهم و إن انكسر ضمن عندهما و عند محمد رحمه الله تعالى له أن يملكه بثمانية من الدين لأنه مثلها فى الوزن و الجودة و إن كانت قيمته أكثر من وزنه و أقل من الدين مثل أن يكون تسعة هلك بثمانية عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يضمن قيمته و إن انكسر ضمن قيمته فى قولهم و إن كانت قيمته مثل الدين و هو أن

.....

يكون عشرة فالكلام فى الهلاك و الإنكسار كالكلام فيه إذا كانت قيمته تسعة و إن كانت قيمته اكثر من الدين و هو أن يكون اثنى عشر فان هلك هلك بثمانية عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى يضمن خمسة أسداسه و قد قيل يهلك خمسة أسداسه بالدين و إن كان وزنه أقل من الدين فقد قيل عنه أنه يضمن قيمة خمسة أسداسه من الذهب و يرجع بدينه على الراهن حتى لا يؤدى إلى الربا و إن انكسر فجميعه مضمون عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يضمن خمسة أسداسه و عند محمد رحمه الله تعالى إن نقص بالإنكسار درهم أو درهمان لم يضمن و إن نقص اكثر من ذلك ضمن إلا أن يختار تمليكه بدينه و إسقاط الجودة و إذا كان وزنه اكثر من الدين و هو أن يكون اثنى عشر فاذا كانت قيمته مثل وزنه فهلك ذهب خمسة أسداسه بالدين و سدسه بالأمانة فى قولهم فان انكسر ضمن خمسة أسداسه فى قولهما و عند محمد رحمه الله تعالى له أن يملكه خمسة أسداسه بالدين و إن كانت قيمته أقل من وزنه و أكثر من الدين مثل أن يكون وزنه اثنى عشر و قيمته أحد عشر فاذا هلك هلك بالدين خمسة أسداسه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و لا رواية عنهما فى هذا الفصل و إن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنه لا يعتد بالجودة و كذا يجب أن يكون على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لأنه لا جودة فى الرهن فيعتبر الوزن و على قول محمد رحمه الله تعالى لا يجوز التمليك و إن كان الوزن أدون من الدين فان كانت قيمته مثل الدين عشرة فهلك هلك خمسة أسداسه بالدين عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يغرم جميع قيمته و إن كانت قيمته أقل من الدين مثل أن يكون قيمته ثمانية فان هلك ذهب خمسة أسداسه بالدين عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و إن انكسر ضمن خمسة أسداسه و عندهما يضمن قيمته فى الحالين و إن كانت قيمته أكثر من الدين مثل أن تكون خمسة عشر فان هلك هلك بخمسة أسداسه بالدين عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قيل على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يضمن القيمة و على قول محمد رحمه الله تعالى له أن يملكه إن اختار و إن انكسر ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خمسة أسداسه و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يضمن ثلثيه و عند محمد رحمه الله تعالى إن نقص مقدار الجودة لم يعتد به و إن نقص من الوزن فان شاء ملكه خمسة أسداسه بالدين و إن شاء افتكه بجميع الدين و إن شاء غرمه قيمة خمسة أسداسه حتى لا يسقط حقه من الجودة و بقى الكلام هنا فى فصل واحد و هو أن كل موضع ضمن

قال و من باع عبدا على أن يرهنه المشترى شيئا بعينه جاز استحسانا و القياس أن لا يجوز و على هذا القياس و الاستحسان إذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا فى المجلس فقبل وجه القياس أنه صفقة فى صفقة و هو منهى منه و لأنه شرط لا يقتضيه العقد و فيه منفعة لأحدهما و مثله يفسد البيع وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لأن الكفالة و الرهن للإستيثاق و إنه يلائم الوجوب فإذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس و الرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى و هو ملائم فصح العقد و إذا لم يكن الرهن و لا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة و

المرتهن بعض القلب بالإنكسار ملك ما ضمن بالضمان و صار شريكا فى بقية الرهن. (قال) أى القدورىؒ (و من باع عبدا على أن يرهنه المشترى شيئا بعينه جاز استحسانا) هذه المسألة مرت فى البيوع فالبيع بشرط الرهن المعين و الكفيل المعين جائز و لا نعلم فيه خلافا و إذا لم يكن الرهن معينا وكذا الكفيل لا يجوز وكذا إذا كان الكفيل غائبا لا يجوز عندنا و هذا مذهب الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى و حكى عن مالك و أبى ثور رحمهما الله تعالى أنه يصح شرط الرهن المجهول و يلزمه أن يدفع إليه رهنا بقدر الدين (و القياس أن لا يجوز و على هذا القياس والاستحسان إذا باع شيئا على أن يعطيه) أى على أن يعطى المشترى البائع (كفيلا معينا حاضرا فى المجلس فقبل) أى قبل الكفيل الكفالة (وجه القياس أنه صفقة فى صفقة و هو منهى عنه و لأنه شرط لا يقتضيه العقد) قيد به لأنه لو كان شرطا يقتضيه العقد و هو الذى يجب بالعقد من غير شرطه كما لو شرط تسليم المبيع على البائع أو تسليم الثمن على المشترى لا يفسد (و فيه منفعة لأحدهما) أى فى الشرط المذكور و هو شرط رهن شىء بعينه منفعة لأحد المتعاقدين و هو البائع (و مثله) أى مثل هذا الشرط (يفسد البيع وجه الإستحان أنه شرط) أى أن هذا الشرط شرط (ملائم لعقد لأن (١) الكفالة و الرهن للاستيثاق و إنه يلائم الوجوب) أى و إن الاستيثاق يلائم وجوب الثمن إذ هو شرط استيفاء الثمن فيلائم العقد (فاذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس و الرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) أى معنى الشرط الذى هو الاستيثاق (و هو ملايم) أى هذا المعنى الذى هو الاستيثاق ملايم للعقد لكونه مؤكدا موجب العقد (فصح العقد و إذا لم يكن الرهن و لا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا) أى افترق المتعاقدان (لم يبق معنى الكفالة و

---

(١)لأن الكفالة الخ. أى لأن المقصود بالكفالة و الرهن التوثيق بالثمن فاشتراطها فى معنى اشتراط زيادة وصف الجودة فى الثمن كفاية.

الرهن للجهالة فبقى الاعتبار لعينه فيفسد و لو كان غائبا فحضر فى المجلس و قبل صح و لو امتنع المشترى عن تسليم الرهن لم يجبر عليه و قال زفر رحمه الله تعالى يجبر لأن الرهن إذا شرط فى البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة فى الرهن فيلزمه بلزومه و نحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه و لا جبر على التبرعات و لكن البائع بالخيار إن شاء رضى بترك الرهن و إن شاء فسخ البيع لأنه وصف مرغوب فيه و ما رضى إلا به فيتخير بفواته إلا أن يدفع المشترى الثمن

الرهن) و هو التوثق (للجهالة (١) فبقى (٢) الاعتبار لعينه) أى لعين الشرط (فيفسد) أى العقد (و لو كان) أى الكفيل (غائبا فحضر فى المجلس) أى فى مجلس العقد (و قبل صح) أى العقد (فلو امتنع المشترى عن تسليم الرهن لم يجبر (٣) عليه) أى على تسليم الرهن و به (٤) قال الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى (و قال زفر رحمه الله تعالى يجبر) و به قال مالك و أبو ثور و ابن أبى ليلى رحمهم الله تعالى و هو قول القاضى الحنبلى رحمه الله تعالى فيما عدا المكيل و الموزون (لأن الرهن إذا شرط فى البيع صار (٥) حقا من حقوقه) أى من حقوق البيع (كالوكالة (٦) المشروطة فى الرهن فيلزمه بلزومه) أى فيلزم المشترى بلزوم البيع (و نحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه) فى أوائل كتاب الرهن (و لا جبر على التبرعات و لكن البائع بالخيار إن شاء رضى بترك الرهن و إن شاء فسخ البيع لأنه) أى الرهن (وصف مرغوب فيه و ما رضى إلا به فيتخير بفواته) أى بفوات (٧) الوصف المرغوب فيه (إلا أن يدفع المشترى الثمن

(١) للجهالة. أقول فيه شىء و هو أن التعليل بقوله للجهالة قاصر عن إفادة تمام المدعى فانه إنما يتمشى فيما إذا لم يكن الرهن و الكفيل معينا لا فيما إذا كان الكفيل غائبا إذ الغيبة لا تقتضى الجهالة لجواز أن يكون معلوما معينا و لا يكون حاضرا فى المجلس فالحق فى تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره و لعل المصنفؒ ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره أو انفهامه من قوله و لو كان غائبا فحضر فى المجلس و قبل صح نتائج الأفكار ملخصا. (٢)فبقى الاعتبار لعينه لأنه لم يبق معنى الكفالة و الرهن للجهالة لأنه لما كان مجهولا لا يكون المشترى بسبيل من أن يرهن شيئا يساوى عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملىء و ليس فيه من التوثيق شىء فبقيت العبرة لعينه و إنه إدخال صفقة فى صفقة فيفسد به العقد كفاية. (٣)لم يجبر عليه الخ. و أما الكفيل فقد علمت أن الشرط حضوره و قبوله فى المجلس فلا يتأتى فيه الامتناع و الاجبار تأمل شامية. (٤)و به قال الشافعى رحمه الله تعالى الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص٤٢٥ ج٤. (٥)صار حقا الخ. أى الرهن ثبت فى ضمن عقد لازم و هو البيع فيصير الوفاء به مستحقا كفاية. (٦)كالوكالة المشروطة أى كما إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة لازمة و لا يملك الراهن عزله عنها كفاية. (٧)بفوات الوصف المرغوب فيه لأن الثمن الذى به رهن أوثق مما لا رهن به فصار الرهن صفة للثمن و هو وصف مرغوب فله الخيار بفواته شامية عن غاية.

حالا لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهنا لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى و هو القيمة. قال و من اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لأنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن و هو الحبس إلى وقت الاعطاء و العبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط برائة الأصيل حوالة و الحوالة في ضد ذلك كفالة و قال زفر رحمه الله تعالى لا يكون رهنا و مثله عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لأن قوله أمسك يحتمل الرهن و يحتمل الايداع و الثاني أقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما إذا قال

حالا لحصول المقصود) و هو الثمن (أو يدفع) أي المشترى (قيمة الرهن رهنا لأن يد الإستيفاء تثبت على المعنى و هو القيمة) قال تاج الشريعةؒ المراد بالقيمة الدراهم و الدنانير لأن قيمة الشيء قائمة مقامه فكأنها هو و أما إن أراد أن يرهن مكانه عينا آخر فحينئذ يحتاج إلى رضا المرتهن. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) أي يكون الثوب رهنا عند البائع قيل يريد به ثوبا غير الثوب المشترى و الصواب (١) أنه و غيره سواء قلت القائل هو الكاكيؒ فإنه قال أي ثوبا آخر غير المبيع و الصواب ما قاله الاكملؒ فان التمرتاشيؒ ذكر في جامعه اشترى ثوبا و قبضه ثم اعطى البائع و قال أمسكه حتى أعطيك الثمن فهو رهن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و وديعة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فحينئذ لا تفاوت بين المبيع و غيره (لأنه) أي لأن المشترى (أتى بما ينبئ عن معنى الرهن و هو الحبس إلى وقت الإعطاء) أي إعطاء الثمن (و العبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة و الحوالة في (٢) ضد ذلك كفالة و قال زفر رحمه الله تعالى لا يكون رهنا و مثله) أي و مثل قول زفر رحمه الله تعالى روى (عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لأن قوله أمسك يحتمل الرهن و يحتمل الإيداع و الثاني أقلهما) أي الإيداع أقل لكون الوديعة غير مضمونة (فيقضي بثبوته) أي بثبوت الإيداع (بخلاف ما إذا قال

(١) الصواب الخ. قال الزيلعيؒ في التبيين: و لا فرق بين أن يكون ذلك الثوب هو المشترى أو لم يكن بعد أن كان بعد القبض لأن المبيع بعد القبض يصلح أن يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما إذا كان قبل القبض لأنه محبوس بالثمن و ضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له أمسك المبيع حتى أعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع و لو كان المبيع شيئا يفسد بالمكث كاللحم و الجمد فأبطأ المشترى و خاف البائع عليه التلف جاز للبائع أن يبيعه و وسع المشترى أن يشتريه و يتصدق البائع بالزائد إن باعه بأزيد من الثمن الأول لأن فيه شبهة اه. (٢) في ضد ذلك أي بشرط مطالبة الأصيل كفاية.

أمسكه بدينك أو بمالك لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده إلى الاعطاء علم أن مراده الرهن.

فصل

و من رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدى باقى الدين و حصة كل واحد منهما ما يحصه إذا قسم الدين على قيمتهما و هذا لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة فى حمله على قضاء الدين و صار كالمبيع فى يد البائع فان سمى

أمسكه بدينك أو بمالك) أى أو قال أمسكه بمالك (لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا) هذا جواب عن قول زفر رحمه الله تعالى و هو أنه (لما مده) أى مد إمساك الثوب (إلى الإعطاء) أى إلى وقت إعطاء الثمن (علم أن مراده الرهن) لأن التكلم بحكم الرهن كالتكلم بصيغته كرجل قال ملكتك عبدى هذا بألف درهم فانه يكون بيعا لأن العبرة فى العقود للمعانى كما مر و قول محمد رحمه الله تعالى فى هذا الباب مضطرب كذا فى المختلف.

(فصل)

لما فرغ عن بيان رهن الواحد شرع فى بيان الرهن أو الراهن أو المرتهن إذا كانا اثنين لأن الواحد قبل الاثنين (و من رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدى باقى الدين) هذا لفظ القدورىؒ و قال المصنفؒ (و حصة كل واحد منهما ما يحصه) بالحاء المهملة يقال حصنى من المال الثلث أو الربع بالحاء المهملة أى أصابنى (إذا قسم الدين على قيمتهما) مثلا إذا كان الدين ألفا و قيمة أحدهما ألفان و قيمة الآخر ألف فحصة الأول من الدين ستمائة و ستة و ستون و ثلثا درهم و الفضل أمانة و حصة الآخر ثلاثمائة و ثلاثة و ثلاثون و ثلث درهم و الباقى أمانة (و هذا) إيضاح لما قبله (لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة (١) فى حمله على قضاء الدين و صار كالمبيع فى يد البائع) فى أن المشترى إذا أدى حصة أحدهما من الثمن فى البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدى باقى الثمن (فان سمى (٢)

(١) مبالغة فى حمله الخ. لأن قصد المرتهن إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين فلو تفرد الراهن بالتفريق يأخذ ما يحتاج إليه و يتكاسل فى قضاء الباقى فلا يحصل المقصود كفاية. (٢) فان سمى الخ. بأن قال رهنتك هذين العبدين و كل واحد منهما بخمسمائة و سلمهما إليه ثم نقد خمسمائة و قال أديت عن هذا العبد و أراد أن ياخذ ذلك العبد لم يكن له ذلك فى رواية الأصل كفاية.

لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من المال الذى رهنه به فكذا الجواب فى رواية الأصل و فى الزيادات له أن يقبضه إذا أدى ما سمى له وجه الأول أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما فى البيع وجه الثانى أنه لا حاجة إلى الاتحاد لأن أحد العقدين لا يصير مشروطا فى الآخر ألا يرى أنه لو قبل الرهن فى أحدهما جاز. قال فإن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز و جميعها رهن عند كل واحد منهما لأن الرهن أضيف إلى جميع العين فى صفقة واحدة و لا شيوع فيه

لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من المال الذى رهنه به فكذلك الجواب) يعنى لم يتمكن من أخذه حتى يوفى المال كله (فى رواية الأصل) يعنى المبسوط (و فى الزيادات له أن يقبضه إذا أدى ما سمى له) إنما يقبضه إذا كان قد سمى له و هو قياس قول الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (وجه الأول) أى وجه رواية الأصل (أن العقد متحد) يعنى أنه عقد واحد و ليس بعقدين لاتحاد الإيجاب و القبول حيث قال رهنتك هذين العبدين بألف و التفصيل لا يجعله فى معنى العقدين لاتحاد العقد (لا يتفرق) أى العقد المتحد (بتفرق التسمية كما فى البيع) أى كما لا يتفرق فى البيع فانه إذا قال بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسمائة ليس للمشترى أن يقبل العقد فى أحدهما دون الآخر و كذلك ليس له أن يقبض أحدهما إذا فقد ثمنه (وجه الثانى) أى وجه رواية الزيادات (أنه لا حاجة إلى الاتحاد لأن أحد العقدين لا يصير مشروطا فى الآخر) فيبقى متعددا ثم أوضح ذلك بقوله (ألا يرى أنه لو قبل الرهن فى أحدهما جاز) بخلاف البيع فان العادة جرت بضم الردىء إلى الجيد للترويج فلو جاز قبول أحدهما يتضرر البائع بخلاف الرهن فانه لا يزيل ملك الراهن فقبول المرتهن العقد فى أحدهما لا يضر الراهن و قال تاج الشريعةؒ و اختلف المشايخؒ فى الأصح قلت قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابىؒ و الصحيح ما ذكر فى الأصل. (قال) أى القدورىؒ (فان رهن عينا واحدة عند (١) رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز) سواء كانا شريكين فى الدين أو لا و سواء كان الدينان من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون لأحدهما دراهم و للآخر دنانير فانه جائز أيضا و لا يعلم فيه خلاف (و جميعها) أى جميع العين الواحدة (رهن عند كل واحد منهما لأن الرهن أضيف إلى جميع العين فى صفقة واحدة و لا شيوع فيه) أى فى المرهون بسبب عدد المستحقين كقصاص يجب لجماعة على شخص

(١)عند رجلين أى و قبلا فلو قبل أحدهما دون الآخر لا يصح كما لو قال رهنت النصف من ذا و النصف من ذا شامى عن سائحانى عن المقدسى.

و موجبه صيرورته محتبسا بالدين و هذا مما لا يقبل الوصف بالتجزئ فصار محبوسا بكل واحد منهما و هذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فإن تهايآ فكل واحد منهما فى نوبته كالعدل فى حق الآخر. قال و المضمون على كل واحد منهما حصته من الدين لأن عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا

فانه لا يتمكن الشيوع فى المحل باعتبار عدد المستحقين فان قلت بل فيه شيوع لأن إضافة الرهن إلى اثنين يوجب الانقسام بينهما نصفين ألا ترى أنه ينقسم حالة الهلاك و الجواب أن الكل محبوس بحق كل واحد منهما على الكمال تحريا للجواز و المقصود من الرهن الحبس و العين الواحد يجوز أن يكون محبوسا على محل دين كل منهما على الكمال (و موجبه صيرورته) أى موجب الرهن أنه يصير (محتسبا بالدين و هذا) أى الإحتباس (مما لا يقبل الوصف بالتجزئ فصار محبوسا بكل واحد منهما) و لا تنافى كما إذا قتل واحد جماعة فحضر أحد من أولياء المقتولين و استوفى القصاص يكون ذلك لنفسه و للباقين (و هذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) لأن المقصود بالهبة الملك و يستحيل أن يكون جميع العين ملكا لكل واحد من رجلين على الكمال فى زمان واحد فدخل فيه الشيوع ضرورة (قال) أى المصنفؒ و ليس فى كثير من النسخ لفظ قال (فان تهايآ) بأن أمسك أحدهما يوما و الآخر يوما (فكل واحد منهما فى نوبته كالعدل (١) فى حق الآخر) و فائدة كونه كالعدل فى حق الآخر يكون الرهن فى ضمان كل واحد منهما حتى لو هلك عند أحدهما يكون المضمون على كل واحد منهما نصيبه. (قال) أى القدورىؒ (و المضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) هذا من تتمة قول القدورىؒ الذى مضى و هو قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين صورته أن يكون لأحدهما عشرة على الراهن و للآخر خمسة عليه و الرهن ثلاثون درهما فهلك عشرون من الرهن فتبقى العشرة من الرهن فى يدهما أثلاثا و يسقط من صاحب العشرة ثلثاه و من صاحب الخمسة ثلثاه فيكون على الراهن لصاحب العشرة ثلث العشرة و هى ثلاث و ثلث و لصاحب الخمسة ثلث الخمسة و هو درهم و ثلثا درهم (لأن عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا

(١) كالعدل فى حق الآخر و هذا إذا كان مما لا يتجزأ فظاهر و إن كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع أحدهما كله إلى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما و أصل المسئلة الوديعة فيما إذا أودع عند رجلين شيئا يقبل القسمة فدفع أحدهما كله إلى الآخر فان الدافع يضمن عنده خلافا لهما زيلعى و العدل اسم لمن يثق الراهن و المرتهن بكون الرهن فى يده كما سيأتى عن العينىؒ.

حصته إذ الإستيفاء مما يتجزأ. قال فإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق و على هذا حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن قال و إن رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز و الرهن رهن بكل الدين و للمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فإن أقام الرجلان

حصته إذ الإستيفاء مما يتجزأ) فلذلك يصير كل واحد مستوفيا حصته. (قال) أي القدوريّ (فان أعطى أحدهما دينه) أي فان أعطى الراهن أحد المرتهنين دينه (كان كله) أي كل الرهن (رهنا في يد الآخر لأن جميع الرهن رهن في يد كل واحد منهما) أي من المرتهنين (من غير (١) تفرق) و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى نصفه رهن و نصفه وديعة و في المبسوط لو هلك الرهن عند الآخر يسترد الراهن ما أداه من الدين إلى الأول خلافا للأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى لأن ارتهان كل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر فيصير كل واحد منهما عند الهلاك مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن مستردا ما أعطاه كيلا يتكرر الإستيفاء (و على هذا) أي و على الحكم المذكور (حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن) يعني إذا اشترى الاثنان من الواحد فأدى أحدهما حصته من الثمن كان للبائع أن يحبس المبيع بنصيب الآخر (قال) أي المصنفّ لأن هذه المسألة ليست مذكورة في الجامع الصغير و مختصر القدوري و إنما ذكرها الكرخيّ في مختصره (و إن رهن رجلان بدين (٢) عليهما رجلا رهنا (٣) واحدا فهو جائز و الرهن رهن بكل الدين و للمرتهن (٤) أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع) و عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى بالشيوع لما أن رهن المشاع جائز عندهم (فان أقام (٥) الرجلان) قال تاج الشريعةّ أي اللذان سبق ذكرهما عند قوله

---

(١)من غير تفرق أي بلا تجزئ فلا يكون له استرداد شيء منه ما دام شيء من الدين باقيا كما لو كان المرتهن واحدا شامي. (٢)بدين عليهما سواء كان في صفقة واحدة أو كان على كل واحد منهما دين على حدة شامي عن اتقاني عن الكرخي. (٣)رهنا واحدا يعني صفقة واحدة لقول الكرخيّ و هو عبد أو عبدان فليس المراد توحد المرهون بل توحد الرهن أي العقد شامي. (٤)للمرتهن أن يمسكه الخ. فلو أدى أحدهما ما عليه لم يكن له أن يقبض من الرهن شيئا لأن فيه تفريق الصفقة على المرتهن في الامساك شامي عن اتقاني. (٥)فان أقام الخ. اعلم أن هذه المسئلة على وجهين لأن الدعوى إما في حياة الراهن أو لا و الأول على ثلاثة أوجه لأن الرهن إما في يد أحد المدعيين فيقضى به له و إن أرخ الآخر لأن اليد لا تنقض بالتاريخ لاحتمال سبقه على التاريخ إلا إذا أثبت الآخر أن عقده قبل قبضه و إما أن يكون في أيديهما أو في يد الراهن و فيهما إن أرخا و أحدهما أسبق =>

كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذى فى يده و قبضه فهو باطل لأن كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد و لا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا و كله رهنا لذلك فى حالة واحدة و لا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية و لا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لأنه يؤدى إلى الشيوع فتعذر العمل بهما و تعين التهاتر و لا يقال إنه يكون رهنا لهما كأنهما ارتهناه معا إذ جهل التاريخ بينهما و جعل فى كتاب الشهادات هذا وجه الإستحسان

فان رهن عينا واحدة عند رجلين و فى بعض النسخ فإن أقام رجلان و حينئذ لا حاجة إلى هذا التكلف صورته عبد فى يد رجل أقام الرجلان (كل واحد منهما البينة على رجل) أى الذى هو العبد فى يده (أنه رهنه عبده الذى فى يده و قبضه فهو باطل) أى قيام كل واحد من البينتين بالرهن باطل قال الفقيه أبو الليثؒ فى شرح الجامع الصغير قال فى كتاب الشهادات إن الرهن فى القياس باطل و فى الاستحسان جائز و بالقياس ناخذ وجه الإستحسان أنه يجوز أن يكون الشيء رهنا عند رجلين فيكون لكل واحد منهما نصفه بنصف حقه وجه القياس ما ذكره المصنفؒ بقوله (لأن كل واحد منهما) أى من الرجلين (أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد و لا وجه إلى القضاء) أى لا وجه إلى الحكم (لكل واحد منهما بالكل) أى بكل العبد (لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا و كله رهنا لذلك فى حالة واحدة) و الاستحالة فيه ظاهرة (و لا إلى القضاء) أى و لا وجه أيضا إلى الحكم (بكله) أى بكل العبد (لواحد بعينه) من الاثنين (لعدم الأولوية) أى لعدم من اولى منهما أى من الاثنين (و لا إلى القضاء) أى و لا وجه أيضا إلى الحكم (لكل واحد منهما بالنصف)أى بنصف العبد (لأنه) أى لأن القضاء لكل واحد منهما بالنصف (يؤدى إلى الشيوع فتعذر العمل بهما) أى بالبينتين (و تعين التهاتر) أى تهاتر البينتين أى تساقطهما (و لا يقال إنه) أى إن العبد (يكون رهنا لهما) أى للاثنين (كأنهما ارتهناه معا إذ جهل التاريخ بينهما) أى لأن التاريخ لم يعلم بين بينتى الاثنين فإذا كان كذلك يصح أن يكون رهنا بينهما و هذا وجه الإستحسان أشار إليه بقوله (و جعل فى كتاب الشهادات هذا وجه الإستحسان) أى جعل محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الشهادات من المبسوط هذا الذى ذكره من قوله لا يقال إلى آخره وجه الإستحسان فى

=> يقضى له و كذا إن أرخ أحدهما و إن لم يؤرخا أو أرخا على السواء فان كان الرهن فى أيديهما أو فى يد الراهن نصف بينهما استحسانا و به أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى اه ملخصا من غاية البيان و التاترخانية كذا فى الشامية.

لأنا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لأن كلا منهما أثبت ببينته حبسا يكون وسيلة إلى مثله فى الاستيفاء و بهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره فى الاستيفاء و ليس هذا عملا على وفق الحجة و ما ذكرناه و إن كان قياسا لكن محمدا رحمه الله تعالى أخذ به لقوته و إذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له. قال و لو مات الراهن و العبد فى أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان فى يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا و هو قول

الجواز (لأنا نقول هذا) أى كونه رهنا لهما (عمل على خلاف ما اقتضته الحجة) أى البينة (لأن كلا منهما أثبت ببينته حبسا) سماه حبسا لأن الرهن حبس (يكون وسيلة إلى مثله) أى إلى مثل حبس (فى الإستيفاء) أى استيفاء كل الرهن (و بهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره) أى إلى شطر الحبس (فى الإستيفاء و ليس هذا) أى ليس القضاء بثبوت حبس يكون وسيلة إلى شطر الحبس (عملا على وفق الحجة) التى أقام بها كل واحد منهما لأن كلا منهما يثبت حبسا يكون وسيلة إلى استيفاء تمام حقه و لو جعل هذا يكون وسيلة إلى نصف حقه (و ما ذكرناه) قال تاج الشريعةؒ أى ما ذكرنا الجواب و هو أنه باطل (و إن كان قياسا لكن محمدا رحمه الله تعالى أخذ به) أى بالقياس و ترك الإستحسان و هذا غريب جدا حيث قدم القياس على الإستحسان (لقوته) أى لقوة القياس و ضعف وجه الاستحسان لأنه عمل بخلاف ما قامت به البينة فلا يصح (و إذا وقع) أى الرهن المذكور (باطلا فلو هلك يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له) فلا يلزم لأحد شئ. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و لو مات الراهن) أشار بهذا إلى أن المسألة المتقدمة فيما إذا كان الراهن حيا و هذه المسألة فى بيان ما إذا مات الراهن (و العبد (١) فى أيديهما) أى و الحال أن العبد فى أيدى المرتهنين (فأقام (٢) كل واحد منهما البينة على ما وصفنا) أى على أن كلا منهما ارتهنه (كان فى يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا) أى يبيع كل واحد نصفه بسبب حقه من حيث الاستحسان (و هو) أى الاستحسان (قول

(١)و العبد فى أيديهما. هذا وقع اتفاقا حتى لو لم يكن العبد فى أيديهما و أثبت كل واحد فيه الرهن و القبض كان الحكم كذلك اه زيلعى و فيه نظر لأنه للاحتراز عما لو كان فى يد أحدهما فانه يقضى به لذى اليد كما فى حالة الحياة كما نقله أبو السعود عن شرح باكير على الكنز و عن الشلبى و نقله ط عن الكشف اه شامى. (٢)فأقام كل الخ. أى و لم يؤرخا أو أرخا على السواء أما لو أحدهما أسبق قضى له و بقى ما لو أرخ أحدهما و قياس ما مر أنه لو كان الآخر ذا يد وحده قضى له و إلا فللمؤرخ شامية.

أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و في القياس هذا باطل و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن و إنه باطل للشيوع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته و إنما يراد لحكمه و حكمه في حالة الحياة الحبس و الشيوع يضره و بعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين و الشيوع لا يضره و صار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت اختان النكاح على رجل و أقاموا البينة تهاترت في حالة الحياة و يقضى بالميراث بينهم بعد الممات لأنه يقبل الانقسام و الله أعلم.

باب الرهن الذى يوضع على يد العدل

قال و إذ اتفقا

أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و في القياس هذا باطل و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به) أى بالحبس للاستيفاء (قضاء بعقد الرهن و إنه باطل) أى القضاء بعقد الرهن باطل (للشيوع كما في حالة الحياة) لأنه لا يتمكن من القضاء لكل واحد منهما إلا في النصف فيلزم الشيوع (وجه الاستحسان أن العقد) أى عقد الرهن (لا يراد لذاته و إنما يراد لحكمه و حكمه في حالة الحياة الحبس و الشيوع يضره) لأن الحبس في الشيوع لا يجوز (و بعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين و الشيوع لا يضره و صار) أى حكم هذا (كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة) أنه تزوجها (أو ادعت اختان النكاح على رجل) أنه تزوجهما (و أقاما البينة) أى أقام الرجلان و الاختان البينة على دعواهم (تهاترت) أى البينة منهم (في حالة الحياة) يعنى لا يقضى لهم لأن المقصود في حالة الحياة الحل وهو لا يحتمل الشركة و بعد الممات تقبل البينة (و يقضى بالميراث بينهم بعد الممات لأنه) أى لأن الميراث (يقبل الإنقسام) لأنه مال يحتمل الشركة و الشيوع فيقضي لكل رجل منهما بنصف ميراث الزوج و يقضى للأختين لكل واحدة منهما بالمهر و بنصف ميراث النساء (والله أعلم).

(باب الرهن الذى يوضع على يد العدل (١))

أى هذا باب في بيان حكم الرهن الذى يوضع على يد العدل و لما ذكر حكم الرهن إذا كان في يد المرتهن ذكر حكمه إذا كان في يد العدل و هو الذى يثق الراهن و المرتهن بكون الرهن في يده لأنه نائب عن المرتهن و النائب يقوم مقام المنوب لا محالة. (قال) أى القدورىؒ (و إذا اتفقا) أى

---

(١)العدل سمى به لعدالته في زعم الراهن و المرتهن در.

على وضع الرهن على يد العدل جاز و قال مالك رحمه الله تعالى لا يجوز ذكر قوله فى بعض النسخ لأن يد العدل يد المالك و لهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض

اتفق الراهن و المرتهن (على وضع الرهن على يد (١) العدل جاز) و هو قول اكثر (٢) اهل العلم خلافا لابن أبى ليلى و الحكم و الحارث العكلى و قتادة و داود رحمهم الله تعالى قال الحاكم الشهيدؒ فى مختصر الكافى و قبض العدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن فى حكم صحته و ضمانه بالدين إذا هلك بلغنا ذلك عن ابراهيم و الشعبى و عطاء و الحسن رحمهم الله تعالى و قال ابن أبى ليلىؒ إن هلك فى يد العدل لم يبطل الدين و إن مات الراهن فالمرتهن أسوة للغرماء فيه (قال مالك رحمه الله تعالى لا يجوز ذكر قوله) أى ذكر قول مالك رحمه الله تعالى (فى بعض النسخ) أشار به إلى أن فى بعضها ليس كذلك فإنه ذكر فى المبسوطين و شرح الأقطع ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى بدل مالك رحمه الله تعالى قال الأكملؒ و كأنه شك فى هذه الرواية عن مالك رحمه الله تعالى فإن القبض ليس بشرط عنده كما مر فى أول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان و قال الشيخ أبو الفضل الكرمانىؒ فى إشارات الأسرار و الرهن يتم بقبض العدل خلافا لمالك رحمه الله تعالى (لأن يد العدل يد المالك) أى يد الراهن فلا يتم به الرهن و فى الكافى هذا الدليل مشعر بأن على قول مالك رحمه الله تعالى القبض شرط و قد ذكر فى كتبه أنه ليس بشرط فيمكن أن يكون له روايتان حتى يصح ذلك و لكن أنه لا خلاف لمالك رحمه الله تعالى فى جواز وضعه على يد العدل قلت ذكر مالك رحمه الله تعالى فى المدونة و لا يتم رهن إلا بقبضه (و لهذا) أى و لكون يد العدل يد المالك (يرجع العدل عليه) أى على الراهن (عند الاستحقاق) يعنى إذا هلك الرهن فى يد العدل ثم استحق و ضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن و لو لم يكن يده يد الراهن لما رجع (فانعدم القبض) إيضاحه أن رجوع العدل على الراهن عند الاستحقاق لوقوع الفعل له يدل على أن الرهن غير مقبوض لأن الأصل أن من عمل عملا لإنسان بأمره و لحقه الغرم يرجع على الذى وقع له العمل و هنا يرجع على الراهن بعدم القبض فإذا كان كذلك لا يجوز وضعه على يد العدل لأن وجود الرهن بقبض المرتهن و لم يوجد لا حقيقة و لا تقديرا لأن العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن لأن المالك هو الراهن و كيف يكون نائبا عن المرتهن و العدل نصب ليحفظ العين فى حال لا يؤتمن عليه و لهذا لو لحقه ضمان بأن هلك فى يده ثم جاء مستحق يرجع به على

(١) على يد العدل بأن شرط فى عقد الرهن ذلك خانية. (٢) اكثر أهل العلم منهم عطاء و عمرو بن دينار و الثورى و ابن المبارك و الشافعى و اسحاق و أبو ثور و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى كما فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص ٣٨٧ ج ٤.

و لنا أن يده على الصورة يد المالك فى الحفظ إذ العين أمانة و فى حق المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان و المضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن و إنما يرجع العدل على المالك فى الإستحقاق لأنه نائب عنه فى حفظ العين كالمودع. قال و ليس للمرتهن و لا للراهن أن يأخذه منه لتعلق حق الراهن فى الحفظ بيده و أمانته و تعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر فلو هلك فى يده هلك فى ضمان المرتهن لأن يده فى حق المالية يد المرتهن و هى المضمونة و لو دفع العدل إلى

الراهن دون المرتهن (و لنا أن يده) أى يد العدل (على الصورة) يعنى بالنظر إلى الظاهر (يد المالك فى الحفظ إذ العين أمانة و فى حق المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان و المضمون هو المالية) إذ الإستيفاء يكون منها (فنزل)أى العدل (منزلة الشخصين) و يجوز أن تجعل اليد الواحدة فى حكم يدين كمن أدى ماله إلى الساعى قبل الحول كان يد الساعى يد المالك من وجه حتى لو انتقص النصاب أو هلك قبل الحول كان لصاحب المال أن يسترد المؤدى إذا بقى فى يده و يد الفقير من وجه حتى لو هلك المؤدى فى يده و بقى النصاب إلى آخر الحول يقع المؤدى زكاة كما لو دفعه إلى الفقير (تحقيقا لما قصداه من الرهن) أى لأجل تحقيق ما قصده العاقدان من عقد الرهن (و إنما يرجع العدل على المالك) هذا بيان لقوله و لهذا يرجع العدل عليه توضيحه أن رجوع العدل على المالك (فى الاستحقاق لأنه (١) نائب عنه) أى لأن العدل نائب عن المالك (فى حفظ العين) فى حال لا يؤتمن عليه (كالمودع) إذا كانت الوديعة فى يده ثم استحقت ضمن المودع ثم يرجع على المودع. (قال) أى القدورىؒ (و ليس (٢) للمرتهن و لا للراهن أن يأخذه منه) أى أن يأخذ الرهن من العدل (لتعلق حق الراهن فى الحفظ) أى فى حفظ الرهن (بيده و أمانته) أى بيد العدل و أمانته (و تعلق حق المرتهن به استيفاء) أى بالرهن من حيث الاستيفاء (فلا يملك أحدهما) أى الراهن أو المرتهن (إبطال حق الآخر فلو هلك فى يده) أى فلو هلك الرهن فى (٣) يد العدل (هلك فى ضمان المرتهن لأن يده) أى يد العدل (فى حق المالية يد المرتهن و هى المضمونة) أى يد المرتهن هى المضمونة بالأقل من قيمة الرهن و من الدين (و لو دفع العدل إلى

(١)لأنه نائب الخ. يشير إلى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن فى حق المالية و الضمان إنما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه و ذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب و الغصب إنما يتحقق بالنقل و التحويل و ذلك يتعلق بالعين دون المالية عناية. (٢)ليس للمرتهن الخ. و لو لم يشترط الوضع فوضع جاز أخذه كما أشير إليه فى الاختيار شامى عن قهستانى. (٣) فى يد العدل أو يد إمرأته أو ولده أو خادمه أو أجيره شامى عن قهستانى.

الراهن أو المرتهن ضمن لأنه مودع الراهن فى حق العين و مودع المرتهن فى حق المالية و أحدهما أجنبى عن الآخر و المودع يضمن بالدفع إلى الأجنبى و إذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع إلى أحدهما و قد استهلكه المدفوع إليه أو هلك فى يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا فى يده لأنه يصير قاضيا و مقتضيا و بينهما تناف لكن يتفقان على أن يأخذاها منه و يجعلاها رهنا عنده أو عند غيره و لو (١) تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضى ليفعل كذلك و لو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين و قد ضمن العدل القيمة بالدفع

الراهن أو إلى المرتهن ضمن لأنه) أى لأن العدل (مودع الراهن فى حق العين و مودع المرتهن فى حق المالية و أحدهما) أى الراهن أو المرتهن (أجنبى عن الآخر و المودع يضمن بالدفع إلى الأجنبى) و إذا كان العدل رجلين و الرهن مما لا يقسم فوضعاه عند أحدهما كان جائزا و لا ضمان فيه لأنهما أتيا بالحفظ المطلوب و إن كان مما يقسم فاقتسماه فوضعاه عند أحدهما ضمن الذى وضع حصته عند صاحبه فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا ضمان عليه و قد مر فى كتاب الوديعة (و إذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع إلى أحدهما) أى إلى الراهن أو المرتهن (و قد استهلكه المدفوع إليه) و هو الراهن أو المرتهن (أو هلك فى يده) أى فى يد المدفوع إليه (لا يقدر) أى العدل (أن يجعل القيمة رهنا فى يده) أى فى يد نفسه (لأنه) أى لأن العدل حينئذ (يصير قاضيا) أى ما وجب عليه بالضمان (و مقتضيا) له (و بينهما تناف) لكون الواحد مسلما و مسلما إليه (لكن يتفقان) أى الراهن و المرتهن (على أن يأخذاها منه) أى على أن يأخذا القيمة من العدل (و يجعلاها) أى القيمة (رهنا عنده) أى عند العدل (أو عند غيره) أى أو يجعلاها رهنا عند غير العدل (و إن تعذر اجتماعهما) أى اجتماع الراهن و المرتهن (يرفع) أى العدل (أحدهما) أى الراهن أو المرتهن هكذا قاله الكاكىّ و غيره و قال الاترازىّ أحدهما برفع الدال لأنه فاعل يرفع و ظن بعضهم أن أحدهما منصوب على معنى أن العدل يرفع أحدهما و ذاك ليس بشىء لأن العدل هو الضامن للقيمة فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم إلى القاضى قلت هذا ليس بوجه لأنه ليس ببعيد من العدل ما نفاه عنه (إلى القاضى ليفعل كذلك) يعنى يأخذ القيمة الواجبة على العدل بالضمان منه ثم يضعه رهنا عنده (و لو فعل) أى القاضى (ذلك ثم قضى الراهن الدين و قد ضمن العدل القيمة بالدفع) أى و الحال أن العدل

---

(١) و لو.ن.و إن.

إلى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون إلى الراهن و وصول الدين إلى المرتهن و لا يجتمع (١) البدل و المبدل فى ملك واحد و إن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لأن العين لو كانت قائمة فى يده يأخذها إذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها و لا جمع فيه بين البدل و المبدل. قال و إذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لأنه توكيل ببيع ماله و إن شرطت فى عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل و إن عزله لم ينعزل لأنها لما شرطت فى ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه و حقا من حقوقه

قد ضمن القيمة بدفع الرهن (إلى الراهن فالقيمة سالمة له) أى للعدل (لوصول المرهون إلى الراهن و وصول الدين إلى المرتهن فلا يجتمع البدل و المبدل فى ملك واحد) لأنه إذا أخذ الراهن أو المرتهن القيمة يلزم اجتماع البدل و المبدل فى ملك رجل واحد (و إن كان ضمنها بالدفع) أى و إن كان العدل ضمن القيمة بدفع الرهن (إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه) أى من العدل (لأن العين لو كانت قائمة فى يده) أى فى يد العدل (يأخذها إذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها و لا (٢) جمع فيه بين البدل و المبدل) يعنى فى ملك واحد ثم هل يرجع العدل بذلك على المرتهن قال فى الذخيرة إن كان العدل دفع الرهن إلى المرتهن على وجه العارية أو الوديعة و هلك فى يد المرتهن لا يرجع و إن استهلكه المرتهن يرجع عليه. (قال) أى القدورىؒ (و إذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما) أى وكل غير المرتهن و العدل (ببيع الرهن عند (٣) حلول الدين فالوكالة جائزة) و لا خلاف (٤) فيه للأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأنه توكيل ببيع ماله و إن شرطت) أى الوكالة (فى عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل و إن عزله لم ينعزل) و عند (٥) الشافعى ينعزل و به قال أحمد رحمه الله تعالى و كذا لو مات الراهن انفسخت الوكالة عندهما (لأنها) أى الوكالة (لما شرطت فى ضمن عقد الرهن صار) أى عقد الوكالة (وصفا من أوصافه) أى من أوصاف الرهن (و حقا من حقوقه) أى من حقوق الرهن فلزم كأصله لأن حكم التبع لا يفارق

---

(١) و لا يجتمع. ن. فلا يجتمع. (٢) و لا جمع فيه الخ. بهذا اللفظ تحرز عن المسئلة الأولى و هى ما لو ضمن العدل القيمة بسبب دفع الرهن إلى الراهن و هناك لو قضى الراهن دينه إلى المرتهن ثم أراد أخذ القيمة من العدل كان جامعا بين البدل و المبدل لأنه وصل إليه عين حقه و هو الرهن أولاً ثم لو أخذ منه قيمته كان جامعا بين البدل و المبدل فلذلك لا يأخذ القيمة هناك و أما هنا فلا جمع بينهما ١ه كفاية. (٣) عند حلول الدين أو مطلقا كما فى الشامية عن القهستانى و الدر المنتقى و فى الخانية: فلو لم يقل عند حلول الأجل فللعدل بيعه قبله اه. (٤) لا خلاف فيه الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص ٣٩٠ ج ٤. (٥) و عند الشافعىؒ الخ. كذا فى المغنى ص ٣٩٠ ج ٤.

ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله و لأنه تعلق به حق المرتهن و فى العزل إتواء حقه و صار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعى و لو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد و النسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لأنه لازم بأصله فكذا بوصفه لما ذكرنا و كذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل لأنه لم يوكله و إنما وكله غيره و إن مات الراهن لم ينعزل لأن الرهن لا يبطل بموته و لأنه لو بطل إنما يبطل لحق الورثة و حق المرتهن مقدم. قال و للوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه فى حال حياته بغير محضر منه و إن مات المرتهن فالوكيل على وكالته لأن العقد لا يبطل بموتهما و لا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه و أوصافه

حكم الأصل (ألا ترى أنه) أى أن عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة فيلزم) أى عقد الوكالة (بلزوم أصله) و هو عقد الرهن (و لأنه) أى و لأن عقد الوكالة (تعلق به حق المرتهن و فى العزل إتواء حقه) أى إعدام حق المرتهن (و صار كالوكيل بالخصومة) أى كوكيل المدعى عليه بالخصومة (بطلب المدعى) حيث لم يجز للوكيل عزله (و لو وكله بالبيع مطلقا) أى و لو وكل الراهن العدل ببيع الرهن مطلقا بغير قيد شيء (حتى ملك البيع بالنقد و النسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه) يعنى لا ينعزل الوكيل (لأنه) أى لأن عقد الوكالة (لازم بأصله) و هو الرهن (فكذا بوصفه) و هو الإطلاق (لما ذكرنا) أنه صار حقا من حقوقه (و كذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل لأنه) أى المرتهن (لم يوكله و إنما وكله غيره) و هو الراهن (و إن مات الراهن لم ينعزل) أى الوكيل (لأن الرهن لا يبطل بموته) أى بموت الراهن (و لأنه) أى و لأن عقد الوكالة (لو بطل إنما يبطل لحق الورثة) كما فى سائر الوكالات تبطل بموت الموكل حيث ينتقل الملك إلى الورثة و لا رضى لهم بالبيع و أما ههنا فلا اعتبار لحق الورثة (و حق المرتهن مقدم) على حق الورثة. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و للوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة) أى للوكيل الذى هو عدل أن يبيع الرهن بالوكالة المشروطة فى عقد الرهن بغير محضر من ورثة الراهن الذى مات (كما يبيعه فى حال حياته بغير محضر منه) أى من الراهن (و إن مات المرتهن فالوكيل على وكالته لأن العقد لا يبطل بموتهما) أى لأن عقد الرهن لا يبطل بموت الراهن و المرتهن (و لا بموت أحدهما) أى و لا يبطل أيضا بموت الراهن أو المرتهن (فيبقى) أى عقد الرهن (بحقوقه) و هى الحبس و الإستيفاء و الوكالة (و أوصافه) و هى اللزوم و جبر الوكيل على البيع إذا أبى و البيع بالنسيئة و حق صرف

و إن مات الوكيل انتقضت الوكالة و لا يقوم وارثه و لا وصيه مقامه لأن الوكالة لا يجرى فيها الارث و لأن الموكل رضي برأيه لا برأى غيره و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن وصى الوكيل يملك بيعه لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصى كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانا يملك وصى المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه و الارث يجرى فيما له بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب و ليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضى الراهن لأنه ملكه و ما رضى ببيعه و ليس للراهن أن يبيعه إلا برضى المرتهن لأن المرتهن أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على

الدراهم بالدنانير و حق بيع ولد الرهن (و إن مات الوكيل انتقضت (١) الوكالة و لا يقوم وارثه و لا وصيه مقامه لأن الوكالة لا يجرى فيها الارث و لأن الموكل رضى برأيه) أى برأى الذى وكله (لا برأى غيره) و فى الذخيرة الوكيل ببيع الرهن إذا أوصى رجلا ببيعه لم يجز إلا أن يكون الراهن قال له فى أصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن و أجزت لك ما صنعت فيه فيجوز لوصيه بيعه و لا يجوز لوصيه أن يوصى إلى غيره (و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن وصى الوكيل يملك بيعه) أى بيع الرهن عند حلول الدين (لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصى) لأن هذا حق واجب و لو أراد الراهن أن يحجر عليه لم يكن له ذلك فصار (كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانا يملك وصى المضارب بيعها لما أنه) أى أن البيع (لازم بعد ما صار) أى رأس المال (أعيانا) لأجل حق رب المال (قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه) أى على الوكيل فلا يجرى فيه الإرث (و الإرث يجرى فيما له) لا (٢) فيما عليه (بخلاف المضاربة لأنها) أى لأن المضاربة (حق المضارب) و له ولاية التوكيل فى حياته فجاز أن يقوم وصيه بها بعد موته كالأب فى مال الصغير و الوكيل ليس له حق التوكيل فى حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد مماته (و ليس (٣) للمرتهن أن يبيعه) أى الرهن (إلا برضى الراهن لأنه ملكه) لأن الرهن ملك الراهن (و ما رضى ببيعه وليس للراهن أن يبيعه إلا برضى المرتهن لأن المرتهن أحق بماليته) أى بمالية الرهن (من الراهن فلا يقدر الراهن على

---

(١)انتقضت الوكالة يعنى و الرهن باق لأن الرهن لو كان فى يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلأن لا يبطل بموت العدل أولى عناية و لم يذكر ما يفعل به بعد موت العدل و بطلان وكالته و فى الولوالجية و الظهيرية وغيرهما و لو مات العدل يوضع على يد عدل آخر عن تراض فان اختلفا وضعه القاضى على يد عدل آخر و ليس للعدل الثانى أن يبيع الرهن و إن كان الأول مسلطا على البيع إلا أن يموت الراهن لأن القاضى يتولى قضاء ديونه اه شامية. (٢)لا فيما عليه ألا ترى أن الميت إذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه و إن كان له دين على غيره ورثوه عناية. (٣)ليس للمرتهن الخ أى بعد موت العدل كما رأيته بخط بعض العلماء و هو مقتضى السياق لكنه ليس للاحتراز شامية.

تسليمه بالبيع. قال فإن حل الأجل و أبى الوكيل الذى فى يده الرهن أن يبيعه و الراهن غائب أجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين فى لزومه و كذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة و غاب الموكل فأبى أن يخاصم

تسليمه بالبيع) لأن حكم الرهن ملك العين فى حق الحبس حتى يكون المرتهن أحق بامساكه إلى وقت إيفاء الدين و فى شرح الطحاوىؒ و ليس للمرتهن أن يبيع الرهن بغير إذن الراهن و إن باعه بغير إذنه توقف على إجازة صاحبه فإن أجازه جاز و يكون الثمن رهنا و إن لم يجزه لا يجوز البيع و له أن يبطله و يعيده رهنا و لو هلك فى يد المشترى قبل الاجازة لم تجز الاجازة بعده و للراهن أن يضمن أيهما شاء فان ضمن المرتهن جاز البيع و الثمن له و يكون الضمان رهنا و إن ضمن المشترى بطل البيع و يكون الضمان رهنا ثم يرجع المشترى على البائع بالثمن و فى مختصر الكرخىؒ و ليس للمرتهن أن يبيع الرهن فى دينه إذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه أو أذن له فيه و ليس له أن يؤاجره و لا أن يعيره فإن فعل شيئا من ذلك فسخ ذلك العقد و رد إلى يد المرتهن رهنا. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (فان حل الأجل و أبى الوكيل الذى فى يده الرهن أن يبيعه و الراهن (١) غائب أجبر على بيعه) أى أجبر الوكيل على بيع الرهن يعنى يحبس أياما حتى يبيعه فان لج (٢) بعد ما حبسه أياما ذكر فى الزيادات أن القاضى يبيعه عليه و هو على قولهما ظاهر و أما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المديون و قال آخرون يبيعه لأن جهة البيع تعينت (لما ذكرنا من الوجهين) أحدهما (٣) أنه وصف من أوصافه و الآخر أن فيه إتواء حقه (فى لزومه) أى لزوم عقد الوكالة (و كذلك الرجل يوكل غيره (٤) بالخصومة و غاب الموكل فأبى) أى الوكيل (أن يخاصم

(١)الراهن أو وارثه بعد موته شامية. (١) الراهن غائب الخ. فيه رمز إلى أنه لو حضر الراهن لم يجبر الوكيل بل أجبر الراهن فان أبى باعه القاضى عندهما و لم يبع عنده قهستانى قال الرملىؒ و هذا فرع الحجر على الحر و تقدم فى الحجر أن قولهما به يفتى اه قلت و فى البزازية و قيل هذا قول الكل لتقدم الرضا منه على البيع و هو الصحيح شامية. (٢)لج بالجيم قال فى المصباح: لج فى الأمر لججا من باب تعب و لجاجا و لجاجة فهو لجوج و لجوجة مبالغة إذا لازم الشىء و واظبه و من باب ضرب اه شامية. و فى اللسان: لج فى الأمر لججا و لجاجا و لجاجة (من باب سمع و ضر) تمادى عليه و أبى أن ينصرف عنه و رجل لجوج و لجوجة الهاء للمبالغة و لججة مثل همزة أى لجوج و الأنثى لجوج اه ملخصا. (٣)أحدهما الخ. لا يقال بأنه لا يستقيم الاستدلال على الوجه الأول فانه لا يلزم من كون الوكالة وصفا من أوصاف الرهن و كونها لازمة أن يكون الجبر مستحقا عليه لأنه لا تاثير له فيه لأنا نقول إنما يثبت وصف اللزوم فى الوكالة حقا للمرتهن فلو لم يجبر على البيع لم تتحقق فائدة اللزوم كفاية. (٤) يوكل غيره بالخصومة يعنى بطلب المدعى قال الاتقانىؒ المدعى إذا طالب خصمه عند القاضى بوكيل فنصب له وكيلا =>

أجبر على الخصومة للوجه الثانى هو أن فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه أما المدعى لا يقدر على الدعوى و المرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن و إنما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه (١) الأول و قيل يجبر رجوعا إلى الوجه الثانى و هذا أصح و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن الجواب فى الفصلين واحد و يؤيده

أجبر على الخصومة للوجه الثانى) و بينه بقوله (هو أن فيه إتواء الحق) أى حق المدعى (بخلاف الوكيل (٢) بالبيع) حيث لا يجبر بالبيع إذا امتنع (لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه أما المدعى لا يقدر على الدعوى) لأنه إنما خلى سبيل الخصم اعتمادا على أن الوكيل يخاصمه فاذا امتنع الوكيل بالشىء المذكور يلحق الضرر بالمدعى كان فيه إبطال حقه (و المرتهن لا يملك بيعه بنفسه) فاذا امتنع الوكيل عن البيع يلحق الضرر المرتهن (فلو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن و إنما شرط بعده) أى و إنما شرط التوكيل بعد عقد الرهن (قيل (٣) لا يجبر) أى الوكيل بالبيع (اعتبارا للوجه الأول) و هو أن المرتهن لا يتضرر بامتناعه (و قيل يجبر رجوعا إلى الوجه الثانى) و هو أن فيه إتواء حقه (و هذا أصح) أى القول الثانى أصح و قال شيخ الإسلام و فخر الإسلام و قاضى خان رحمهم الله تعالى و هذه الرواية أصح لأن المشروط بعد العقد يلحق بأصل العقد و يصير كالمشروط فيه (و عن (٤) أبى يوسف رحمه الله تعالى أن الجواب فى الفصلين واحد) أى فيما كان مشروطا فى الرهن و فيما لا يكون كذلك أى يجبر فيهما (و يؤيده) أى يؤيد

=> لم يجز للموكل عزله لأن حق الخصم تعلق بهذه الوكالة حين ثبتت بمطالبته و لو كان وكله ابتداء من غير مطالبة جاز عزله شامية. (١)بالوجه.ن. للوجه. (٢) بخلاف الوكيل بالبيع أى الوكيل المفرد لا الوكيل ببيع الرهن وذكر شيخ الاسلامؒ فى مبسوطه العدل يفارق الوكيل المفرد فى أربعة أوجه أحدها أنه يبيع الولد و الوكيل المفرد لا يبيع الولد و الثانى يجبر على البيع متى أبى بخلاف الوكيل المفرد و الثالث أنه لا ينعزل بعزل الموكل بخلاف الوكيل المفرد و الرابع أنه لا ينعزل بموت الموكل والوكيل المفرد ينعزل و زاد على هذا الامام التمرتاشىؒ مسائل منها أن العدل يبيع الأرش و ما يؤخذ بالاتلاف و المفرد لا يبيع و منها أن العدل إذا باع بخلاف جنس الدين كان له أن يصرفه إلى جنس الدين و المفرد إذا باع بأىّ ثمن كان لا يجوز أن يصرفه و منها عبد هو رهن إذا قتله عبد فدفع به فالعدل يبيعه بخلاف المفرد ١ه كفاية. (٣)قيل لا يجبر الخ. ذكر فى المبسوط هو ظاهر الرواية لأن الوكالة إنما تلزم بسراية اللزوم من الرهن إليها فاذا ثبت قصدا يعطى حكم نفسه و هى فى نفسها إعانة و المعين لا يجبر على الاعانة كفاية. (٤)و عن أبى يوسفؒ الخ. و فى الهندية: و به أخذ بعض المشايخ رحمهم الله تعالى كذا فى الوجيز للكردرىؒ و هو الصحيح كذا فى محيط السرخسىؒ.

إطلاق الجواب فى الجامع الصغير و فى الأصل و إذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن و الثمن قائم مقامه فكان رهنا و إن لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا و إذا توى كان (١) مال المرتهن لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون و كذلك إذا قتل العبد الرهن و غرم القاتل قيمته لأن المالك يستحقه من حيث المالية و إن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق فبقى عقد الرهن و كذلك لو قتله عبد فدفع به لأنه

قول الثانىؒ (إطلاق الجواب فى الجامع الصغير و فى الأصل) أى المبسوط حيث قال فيهما و إذا أبى الوكيل عن البيع يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا فى العقد أو لا و قال الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى لا يجبر الوكيل على البيع و إن كان فى ضمن الرهن لما ذكرنا أن عقدهما غير لازم (و إذا باع (٢) العدل الرهن فقد خرج عن الرهن و الثمن قائم مقامه) أى مقام الرهن (فكان رهنا و إن لم يقبض) أى الثمن (بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا و إذا (٣) توى) أى إذا هلك (كان مال المرتهن) أى كان الثمن التاوى مال المرتهن و قوله مال المرتهن منصوب على أنه خبر كان على ما قدرناه و بقولنا قال (٤) قال مالك رحمه الله تعالى و قال الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى من ضمان الراهن و العدل أمين بالاتفاق فلا ضمان عليه و قال مالك رحمه الله تعالى لا ضمان على العدل و لكن المشترى يرجع إلى المرتهن و يعود دينه فى ذمة الراهن كما كان (لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون و كذلك) أى تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول (إذا قتل العبد المرهون و غرم القاتل قيمته) أى قيمة العبد المرهون المقتول (لأن المالك) و هو المولى (يستحقه) أى ضمان القيمة (من حيث المالية و إن كان بدل الدم) كلمة إن واصلة بما قبلها يعنى و إن كان ضمان القيمة مقابلا بالدم و لهذا لا يزاد على دية الحر (فأخذ) أى ضمان القيمة (حكم ضمان المال فى حق المستحق) و هو المالك (فبقى عقد الرهن و كذلك لو قتله عبد) أى لو قتل العبد المرهون عبد مثله (فدفع به لأنه) أى لأن

(١) كان مال المرتهن. ن. كان من مال المرتهن. (٢) و إذا باع العدل أى المسلط على بيع الرهن فى عقد الرهن أو بعده شامية عن بزازية. (٣) و إذا توى أى الثمن فى يد العدل سقط الدين كما إذا هلك عند المرتهن و كذا إذا هلك الثمن بالتوى على المشترى فالتوى على المرتهن و يسقط الدين و لا يعتبر فيه قيمة الرهن و إنما يعتبر الثمن بزازية و لا يقال كيف يكون مضمونا و لم يقبضه لأنه ثبت فى ذمة المشترى بحق المرتهن فكأنه فى يد المرتهن أو فى يد البائع اتقانى و إذا أقر العدل أنه قبض الثمن و سلمه إلى المرتهن و أنكر المرتهن فالقول للعدل لأنه أمين و بطل دين المرتهن ولوالجية و جوهرة كذا فى الشامية. (٤) و بقولنا قال مالكؒ الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص ٣٩٤ ج ٤.

قائم مقام الأول لحما و دما. قال و إن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته و إن شاء ضمن المرتهن الثمن الذى أعطاه و ليس له أن يضمنه غيره و كشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكا أو قائما ففى الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته لأنه غاصب فى حقه و إن شاء ضمن العدل لأنه متعد فى حقه بالبيع و التسليم فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه و إن ضمن البائع ينفذ البيع أيضا لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه و إذا ضمن العدل فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة و نفذ البيع

العبد القاتل (قائم مقام الأول) أى العبد الأول (لحما و دما) أى من حيث اللحم و الدم فتعلق بالعبد القاتل من الحكم ما تعلق بالعبد المقتول المرهون. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته و إن شاء ضمن المرتهن الثمن الذى أعطاه و ليس له أن يضمن غيره) أى ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذى أعطاه (و كشف هذا) أى ايضاح هذا الحكم (أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكا أو قائما ففى الوجه الأول) أى فيما إذا كان المرهون المبيع هالكا (المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته لأنه (١) غاصب فى حقه) أى لأن الراهن غاصب فى حق المستحق (و إن شاء) أى المستحق (ضمن العدل لأنه متعد فى حقه بالبيع و التسليم) أى لأن العدل متعد فى حق المستحق ببيع الرهن و تسليمه إلى المشترى (فان ضمن الراهن) أى فان ضمن المستحق الراهن (نفذ البيع) أى بيع العدل الرهن (وصح الاقتضاء) أى صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه (لأنه) أى العدل البائع (ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره) أى أن الراهن أمر العدل (ببيع ملك نفسه و إن ضمن البائع) أى و إن ضمن المستحق العدل البائع (ينفذ البيع أيضا لأنه) أى العدل البائع (ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه و إذا ضمن العدل فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه) أى العدل (وكيل من جهته) أى من جهة الراهن (عامل له) أى للراهن (فيرجع عليه) أى فيرجع العدل على الراهن (بما لحقه) أى العدل (من العهدة و نفذ البيع) أى بيع العدل الرهن

(١) لأنه غاصب حيث أخذ العين و سلمها بغير إذن مالكها شامى عن ط.

وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه و إن شاء رجع على المرتهن بالثمن لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لأنه ملك العبد بأداء الضمان و نفذ بيعه عليه فصار الثمن له و إنما أداه إليه على حسبان أنه ملك الراهن فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه و إذا رجع بطل الإقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه و فى الوجه الثانى و هو أن يكون قائما فى يد المشترى فللمستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ماله ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد و هذا من حقوقه حيث وجب بالبيع و إنما أداه ليسلم له المبيع و لم يسلم ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو الذى أدخله فى هذه العهدة فيجب عليه تخليصه و إذا رجع عليه صح قبض المرتهن لأن المقبوض سلم له

(وصح (١) الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه) أى على الراهن (بشيء من دينه و إن شاء رجع على المرتهن بالثمن لأنه تبين أنه) أى المرتهن (أخذ الثمن بغير حق لأنه) أى العدل (ملك العبد بأداء الضمان و نفذ بيعه عليه) أى نفذ العدل على نفسه (فصار الثمن له) أى للعدل (و إنما أداه إليه) أى و إنما أدى العدل الثمن إلى المرتهن (على حسبان أنه ملك الراهن فإذا تبين أنه ملكه) أى ملك العدل (لم يكن راضيا به) أى لم يكن العدل راضيا بأداء الثمن إلى المرتهن (فله أن يرجع به) أى فللعدل أن يرجع بالثمن الذى أداه إلى المرتهن (عليه) أى على المرتهن (و إذا رجع) أى العدل على المرتهن بالثمن (بطل الإقتضاء) أى بطل قبض المرتهن الثمن بدينه (فيرجع المرتهن على الراهن بدينه و فى الوجه الثانى و هو أن يكون) أى المرهون المبيع (قائما فى يد المشترى فللمستحق أن يأخذه من يده) أى من يد المشترى (لأنه وجد عين ماله ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد) أى لأن العدل هو عاقد البيع (فتعلق به) أى بالعاقد (حقوق العقد و هذا) أى الرجوع بالثمن (من حقوقه) أى من حقوق العقد (حيث وجب بالبيع و إنما أداه) أى إنما أدى المشترى الثمن إلى العدل (ليسلم له المبيع و لم يسلم) أى ليسلم للمشترى المبيع و الحال أنه لم يسلم (ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة) و فى بعض النسخ بالثمن (لأنه هو الذى أدخله فى العهدة فيجب عليه تخليصه) أى فيجب على الراهن تخليص العدل (و إذا رجع عليه) أى و إذا رجع العدل على الراهن (صح قبض المرتهن) الثمن (لأن المقبوض سلم له) أى لأن الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن

(١) صح الاقتضاء أى صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه كفاية.

و إن شاء رجع على المرتهن لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن و قد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة و إذا رجع عليه و انتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به على الراهن و لو أن المشترى سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لأنه فى البيع عامل للراهن و إنما يرجع عليه إذا قبض و لم يقبض فبقى الضمان على الموكل و لو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط فى العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما فى الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل و دفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد لأنه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال هكذا ذكر الكرخى رحمه الله تعالى و هذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع. قال

(و إن شاء) أى العدل (رجع على المرتهن) بالثمن الذى أداه إليه (لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن و قد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة و إذا رجع عليه) أى على المرتهن (و انتقض قبضه) أى قبض المرتهن (عاد حقه) أى حق المرتهن (فى الدين كما كان فيرجع به) أى فيرجع المرتهن بحقه الذى هو دينه (على الراهن و لو أن المشترى سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع) أى المشترى (على العدل لأنه) أى لأن العدل (فى البيع عامل للراهن و إنما يرجع عليه) أى و إنما يرجع المرتهن على العدل (إذا قبض و لم يقبض فبقى الضمان على الموكل) المراد بالموكل المرتهن و سماه موكلا لأن البيع وقع لأجله و بالضمان الثمن أو المراد بالموكل الراهن و بالضمان الدين قاله الكاكىؒ (و لو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط فى العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع) على المرتهن (كما فى الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل و دفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى) أى على القابض (بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد لأنه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه) أى لحق المرتهن فإذا وقع البيع لحقه و سلم له جاز أن يلزمه الضمان (قال) أى المصنفؒ (هكذا ذكره الكرخى رحمه الله تعالى) أراد به ما ذكره فى مختصره (و هذا) أى الذى ذكره الكرخىؒ (يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع) أى قول من لا يرى من المشايخ رحمهم الله تعالى أن الوكيل إذا كانت وكالته غير مشروطة فى عقد الرهن لا يجبر على البيع إذا أبى ذلك. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى

و إن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار إن شاء ضمن الراهن و إن شاء ضمن المرتهن لأن كل واحد منهما متعد فى حقه بالتسليم أو بالقبض فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الإيفاء و إن ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة و بدينه أما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن و أما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فإن قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه و الملك فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن أبى خازم القاضى رحمه الله تعالى

الجامع الصغير (و إن مات العبد المرهون فى يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار إن شاء ضمن الراهن و إن شاء ضمن المرتهن لأن كل واحد منهما) أى من الراهن و المرتهن (متعد فى حقه) أى فى حق المستحق (بالتسليم أو بالقبض) يعنى الراهن بتسليم الرهن إلى المرتهن و المرتهن بقبض الرهن فكان الراهن كالغاصب و المرتهن كغاصب الغاصب فله أن يضمن أيهما شاء (و إن ضمن الراهن) أى و إن ضمن المستحق الراهن بالقيمة (فقد مات بالدين) أى هلك المرهون بمقابلة الدين يعنى سقط الدين أيضا (لأنه ملكه) أى لأن الراهن ملك الرهن (باداء الضمان) من وقت القبض فتبين أنه رهن ملك نفسه (فصح الايفاء) أى إيفاء الدين (و إن ضمن المرتهن) أى و إن ضمن المستحق المرتهن بالقيمة (يرجع) أى المرتهن (على الراهن بما ضمن من القيمة و بدينه) أى و يرجع بدينه أيضا (أما بالقيمة) أى أما الرجوع بالقيمة (فلأنه) أى فلأن المرتهن (مغرور من جهة الراهن) حيث رهن ملك غيره و صار كأنه هو الذى أوجب عليه الضمان (وأما بالدين) أى و أما الرجوع بالدين (فلأنه انتقض اقتضاؤه) أى قبضه أى قبض المرتهن لأن الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون المرتهن بهلاكه مستوفيا لدينه فإذا كان كذلك (فيعود حقه كما كان) لأن الدين إنما يسقط بهلاك الرهن إذا رهن الراهن ملك نفسه و لم يوجد ذلك (فإن قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه و الملك فى المضمون يثبت لمن) كان (عليه قرار الضمان فتبين أنه) أى الراهن (رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء) فلا ينتقض اقتضاء المرتهن (قلنا هذا) يعنى هذا السؤال (طعن أبى خازم القاضى رحمه الله تعالى) على محمد بن الحسن رحمه الله تعالى بيان طعنه أنه قال لما كان قرار الضمان على الراهن كان الملك فى المضمون له فتبين أنه كان راهنا ملك نفسه فكان هذا و ما إذا

و الجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور و الغرور بالتسليم كما ذكرناه أو بالإنتقال من المرتهن إليه كأنه وكيل عنه و الملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الأول لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه و قد طولنا الكلام في كفاية المنتهي و الله أعلم بالصواب.

ضمن المستحق الراهن من الابتداء على السواء و أبو خازم بالخاء المعجمة و بالزاى اسمه عبدالحميد بن عبدالعزيز القاضى الحنفى أصله من البصرة و سكن بغداد و كان ولى القضاء بالشام و الكوفة و الكرخ من مدينة السلام ثم استقضاه الخليفة المعتضد بالله على الشرقية سنة ثلاث و ثمانين و مائتين و توفى فى جمادى الأولى سنة اثنتين و تسعين و مائتين و كان أخذ العلم عن هلال بن يحيىؒ و هو هلال الرأى البصرى و هلالؒ أخذ عن أبى يوسف و زفر و محمد رحمهم الله تعالى و كان أبو خازمؒ أستاذ أبى طاهر الدباس و أقرانه رحمهم الله تعالى و كان دينا ورعا ثقة عالما بمذهب أهل العراق قدوة فى العلم (و الجواب عنه) أى عن هذا الطعن (أنه يرجع عليه) أى أن المرتهن يرجع على الراهن (بسبب الغرور و الغرور بالتسليم كما ذكرناه) يعنى بقوله لأن كل واحد منهما متعد فى حقه بالتسليم (أو بالانتقال) عطف على قوله بسبب الغرور (من المرتهن إليه) أى إلى الراهن (كأنه وكيل عنه) أى كأن المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه إليه كإنتقال الملك من الوكيل إلى الموكل (و الملك بكل ذلك) أى بكل واحد من التسليم و الانتقال (متأخر عن عقد الرهن) أما بالتسليم فظاهر لأن التسليم كان بعد العقد فتبين أنه رهن غير ملكه و أما بالانتقال فلأن المرتهن غاصب فى حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون و لكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل إليه فيملكه من جهة المرتهن و المرتهن ملكه من حين القبض لأنه صار غاصبا به فيملك الرهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الراهن متأخرا عن عقد الرهن فكأنه رهن غير ملكه (بخلاف الوجه الأول) و هو ما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء (لأن المستحق يضمنه) أى الراهن (باعتبار القبض السابق على الراهن فيستند الملك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه) لأنه لما ثبت الملك للراهن سابقا على عقد الرهن مستندا إلى زمان القبض فتبين أنه رهن ملك نفسه (و قد طولنا الكلام) فى هذا المقام (فى كفاية المنتهى و الله أعلم بالصواب) قال صاحب النهايةؒ يحتمل أن يكون الذى طول الكلام فيه ما لو كان الرهن عبدا فأبق و ضمن المستحق المرتهن قيمته و رجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة بحكم الغرور و بالدين لأن العبد قد استحق و بطل الرهن و قال الأكملؒ قيل مراده مسألة المضاربة و الفرق بينها

باب التصرف فى الرهن و الجناية عليه و جنايته على غيره

قال و إذا باع الراهن الرهن بغير إذن

و بين مسألة الرهن قلت المضاربة ليست بعقد لازم فيكون لدوامها حكم الابتداء و يصير كالمتجدد فى كل ساعة و الرهن عقد لازم فلا يكون لدوامه حكم الإبتداء فمتى وقع باطلا لا ينفذ بعد ذلك كسائر العقود اللازمة (١).

(باب التصرف فى الرهن و الجناية عليه و جنايته على غيره)

أى هذا باب فى بيان أحكام التصرف فى الرهن و فى حكم الجناية على الرهن و حكم جناية الرهن على غيره و لما كانت هذه الأشياء بعد كون الرهن كانت متأخرة طبعا فأخرها وضعا لأن كل ترتيب يجب طبعا يجب وضعا للمناسبة. (قال) أى القدورىؒ (و إذا باع الراهن الرهن بغير إذن

(١) فروع عن الهندية: و إن باع العدل من ولده الرهن أو زوجته لم يجز إلا أن يجيزه الراهن و المرتهن فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و فى قولهما بما يتغابن الناس فيه جائز و إن أجاز ذلك أحدهما دون الآخر لم يجز كذا فى المبسوط. و إذا أخرج الراهن و المرتهن العدل من التسليط على البيع و سلطا غيره أو لم يسلطا فقد خرج العدل من ذلك إذا علم و إن لم يعلم فهو على وكالته كذا فى المبسوط. ارتد العدل ثم باع الرهن ثم قتل على ردته فبيعه جائز و لو لحق بدار الحرب ثم رجع مسلما فهو على وكالته قيل هذا إذا عاد قبل القضاء بلحوقه أما بعده فعند أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يعود وكيلا و عند محمد رحمه الله تعالى يعود و قيل بالاتفاق يعود وكيلا و هو الأصح كذا فى محيط السرخسىؒ. و إذا ارتد الراهن و المرتهن فلحقا بدار الحرب أو قتلا على الردة ثم باع العدل الرهن جاز بيعه كذا فى المبسوط. العدل المسلط على البيع إذا باع بعض الرهن بطل الرهن فى الباقى كذا فى السراجية. و لووكل العدل وكيلا فباعه بحضرة العدل جاز و إن كان غائبا لم يجز إلا أن يجيزه و لو ذكر العدل ثمنا فباعه به جاز كذا فى خزانة المفتين. و لو ذهب عقل الراهن أو المرتهن و يئس من أن يبرأ فالعدل على وكالته كذا فى المبسوط. ذكر شمس الأئمة السرخسىؒ لو جن العدل جنونا وقع اليأس من إفاقته ينعزل و إن جن جنونا يرجى إفاقته لا ينعزل حتى إذا عاد عقله له أن يبيع إلا أنه إذا باع فى جنونه لا يصح بيعه سواء كان يعقل البيع و الشراء أو لا و كان ينبغى أن يصح بيعه إذا كان يعقل البيع و الشراء لأنه لو وكله فى هذه الحالة فباع جاز إلا أنه لا تلزمه العهدة نص عليه فى الوكالة فمن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال على قياس ما ذكر فى الوكالة ينبغى أن يصح البيع فى هذه الحالة إليه مال شمس الأئمة الحلوانىؒ و من المشايخ رحمهم الله تعالى من فرق و إليه مال شيخ الاسلامؒ كذا فى الذخيرة. و هو الأصح لأنه لما وكله و هو صحيح العقل فهو ما رضى ببيعه إلا باعتبار رأى كامل و قد انعدم ذلك بجنونه و أما إذا وكله و هو بهذه الصفة فقد رضى ببيعه بهذا القدر من الرأى فيكون هو فى البيع ممتثلا أمره كذا فى المبسوط اه. و فى البدائع: المولى لا يصلح عدلا فى رهن مأذونه و لو مديونا حتى لو شرط لم يجز الرهن و صح عكسه و المكاتب يصلح عدلا فى رهن مولاه كعكسه و المكفول عنه لا يصلح عدلا فى رهن الكفيل كعكسه و كذا رب المال فى رهن المضارب كعكسه و كذا أحد شريكى المفاوضة أو العنان إلا فيما كان من غير التجارة لأن كلا منهما أجنبى عن صاحبه فيه و كذا الراهن لا يصلح عدلا فى الرهن و يفسد العقد إلا أن كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه اه ملخصا.

المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به و هو المرتهن فيتوقف على إجازته و إن كان الراهن يتصرف في ملكه كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما إذا زاد على الثلث لتعلق حقهم به فإن أجاز المرتهن جاز لأن التوقف لحقه و قد رضي بسقوطه و إن قضاه الراهن دينه جاز أيضا لأنه زال المانع من النفوذ و المقتضى موجود و هو التصرف الصادر من الأهل في المحل و إذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه

المرتهن فالبيع موقوف) سواء لم يعلم المرتهن بالبيع أو علم به و لم يأذن و في المبسوط لم يجز البيع و قال في موضع آخر البيع فاسد و قال في موضع جائز و الصحيح أنه موقوف و تأويل قوله إنه فاسد أي يفسده القاضي إذا خوصم فيه إليه و تأويل قوله إنه جائز أي إذا أجازه المرتهن و سلمه إليه و إذا فسخه المرتهن ففيه روايتان كما ذكر في الكتاب و عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى البيع باطل و كذا قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير البيع باطل إلا أن يجيزه المرتهن و قال أبو المعين النسفي في شرح الجامع إنه يبطل إذا لم يجزه المرتهن لأن ما وقع باطلا لا يتصور بقاؤه بالإجازة قال و روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الأمالي أن البيع نافذ حتى أن المشتري لو أعتقه قبل القبض نفذ عتقه و إذا لم يعتقه المشتري بقي رهنا عند المرتهن فيستوفي المرتهن دينه (لتعلق حق الغير به) أي بالرهن (و هو المرتهن) أي الغير هو المرتهن (فيتوقف على إجازته) أي فيتوقف البيع على إجازة المرتهن (و إن كان (١) الراهن يتصرف في ملكه) كلمة إن واصلة بما قبلها (كمن أوصى بجميع ماله تقف) أي الوصية (على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به) أي بما زاد على الثلث (فإن أجاز المرتهن) البيع (جاز لأن التوقف لحقه) أي لحق المرتهن (و قد رضي بسقوطه) أي بسقوط حقه (و إن قضاه (٢) الراهن دينه) أي و إن أدى الراهن المرتهن دينه (جاز أيضا لأنه زال المانع) بإسقاط حقه (من النفوذ) أي نفوذ البيع (و المقتضى) أي للجواز (موجود و هو) أي المقتضى (التصرف الصادر من الأهل) و هو كونه عاقلا بالغا (في المحل) و هو كونه ملكا له (و إذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه) أي حق المرتهن

(١) و إن كان الخ. أقول في إتمام هذا القدر من التعليل نظر فانه ينتقض بما إذا أعتق الراهن عبد الرهن فانه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضا فالوجه في التعليل ههنا أن يقال لانعدام قدرة التسليم لتعلق حق الغير به و هو المرتهن فيتوقف على إجازته كذا في الأفكار. (٢) و إن قضاه الخ. و كذا إن أبرأ المرتهن الراهن عن الدين جاز حموي (فرع) قال المرتهن للراهن بع الرهن من فلان فباعه من غيره لم يجز و لو قال المستأجر للمؤجر ذلك جاز بيعه من غيره جامع الفصولين شامية.

إلى بدله هو الصحيح لأن حقه تعلق بالمالية و البدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المأذون إذا بيع برضى الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا و إن لم يجز المرتهن البيع و فسخه انفسخ في رواية حت لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشترى عليه لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يجيز و له أن يفسخ و في أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لأنه لو ثبت حق الفسخ له إنما يثبت ضرورة صيانة حقه و حقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فإن شاء المشترى صبر حتى يفتك

(إلى بدله) أى بدل المرهون و هو الثمن و يكون (١) الثمن رهنا مكان المبيع المرهون (هو (٢) الصحيح) احترز به عن رواية القاضى أبى خازم رحمه الله تعالى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه قال إنما يصير الثمن رهنا إذا شرط المرتهن عند الإجازة أن يكون الثمن رهنا لا عند (٣) عدم الشرط و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأن حقه) أى حق المرتهن (تعلق بالمالية و البدل له حكم المبدل) البدل هو الثمن و المبدل هو العين المرهون (فصار كالعبد المديون) أى صار حكم المذكور كحكم العبد المديون (إذا بيع برضاء الغرماء فينتقل حقهم إلى البدل لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا) يعنى بالكلية (فكذا هذا) يعنى رضى المرتهن بنفاذ البيع لا يسقط حقه فى الرهن (و إن لم يجز المرتهن البيع و فسخه انفسخ (٤) فى رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشترى عليه) أى على الرهن (لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة (٥) الملك فصار) أى المرتهن (كالمالك له أن يجيز و له أن يفسخ و فى أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لأنه لو ثبت حق الفسخ له) أى للمرتهن (إنما يثبت ضرورة صيانة حقه و حقه فى الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقى موقوفا) أى فبقى العقد موقوفا و فى المبسوط لا حق للمرتهن بهذا العقد و لا ضرر له فى إنفاذه فليس له ولاية الفسخ (فإن (٦) شاء المشترى صبر حتى يفتك

(١)ويكون الثمن رهنا يعنى سواء قبض الثمن من المشترى أو لا لقيامه مقام العين و الثمن و إن كان دينا لا يصح رهنه ابتداء لكنه يصح رهنه بقاء كالعبد المرهون إذا قتل تكون قيمته رهنا بقاء حتى لو توى الثمن على المشترى يكون من المرتهن يسقط به دينه كما لو كان فى يده شامية عن بزازية. (٢)هو الصحيح و هو ظاهر الرواية زيلعى. (٣)لا عند عدم الشرط لأن الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط عناية و تبيين. (٤)انفسخ فى رواية و هو رواية ابن سماعةّ عن محمد رحمه الله تعالى كفاية و تبيين. (٥)بمنزلة الملك لأنه حق قوى ألا ترى أن الراهن حجر عن التصرف فيه و يضمن القيمة أو المثل كالأجنبى و يضمن العقر لو وطئ الجارية المرهونة و هى بكر و هذه أمارات الملكية كفاية. (٦)فان شاء الخ. =>

الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال و إن شاء رفع الأمر إلى القاضى و للقاضى أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم و ولاية الفسخ إلى القاضى لا إليه و صار كما إذا أبق العبد المشترى قبل القبض فإنه يتخير المشترى كما ذكرنا كذلك هذا و لو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثانى موقوف أيضا على إجازته لأن الأول لم ينفذ و الموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو أجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى و لو باع الراهن ثم آجر أو وهب أو رهن من غيره و أجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول

الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال) أى لأن العجز عن تسليم المبيع على شرف الزوال (و إن شاء رفع الأمر إلى القاضى و للقاضى أن يفسخ) البيع (لفوات القدرة على التسليم و ولاية الفسخ إلى القاضى لا إليه) أى لا إلى المرتهن لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة و هو إلى القاضى (و صار هذا (كما إذا أبق العبد المشترى قبل القبض فإنه يتخير المشترى) إما أن يصبر إلى زوال العجز و إما أن يرفع الأمر إلى القاضى فيفسخ البيع (لما ذكرنا) من قوله لفوات القدرة على التسليم (كذلك هذا) أى كذلك حكم الرهن المذكور (و لو باعه الراهن) أى و لو باع الراهن الرهن (من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره) أى من غير رجل (قبل أن يجيزه المرتهن) أى قبل أن يجيز المرتهن البيع الأول (فالثانى) أى البيع الثانى (موقوف أيضا على إجازته) أى على إجازة المرتهن (لأن الأول) أى البيع الأول (لم ينفذ و الموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو أجاز المرتهن البيع الثانى جاز (١) الثانى و لو باع الراهن ثم آجر (٢) أو وهب (٣) أو رهن من غيره و أجاز المرتهن هذه العقود) و هى الإجازة و الهبة و الرهن (جاز البيع الأول) قال تاج الشريعةؒ سماه أولاً و إن لم يكن بيعان بالنسبة إلى هذه العقود لأن هذه العقود متأخرة عن البيع و يجوز أن يكون باعه من واحد ثم من آخر ثم باشر هذه العقود و أجاز المرتهن هذه العقود نفذ البيع الأول دون الثانى و هذه العقود

=> هذا أى ثبوت الخيار للمشترى إذا اشتراه و لم يعلم أنه رهن در مختار عن ابن كمالؒ لكن عدم الفرق هو الأصح رملى عن منية المفتى و هو المختار للفتوى حموى و غيره عن التجنيس و فى جامع الفصولين يتخير مشترى مرهون و مأجور و لو عالما به عندهما و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يتخير جاهلا لا عالما و ظاهر الرواية قولهما اه قال الرملىؒ فى حاشيته عليه و هو الصحيح و عليه الفتوى كما فى الولوالجية رد المحتار.

(١)جاز الثانى كالأول و لو أجاز الأول جاز الأول و هذا لأن حق المرتهن يتعلق بالثمن ألا ترى أنه قد يرهن ليباع فأيهما أجازه المرتهن و سلمه إليه نفذ و يأخذ الثمن و يكون رهنا عنده عناية. (٢)ثم آجر أى قبل نقض القاضى البيع شامى عن اتقانى. (٣)أو وهب أو رهن أى مع التسليم إذ لا عبرة لهذين العقدين بدونه شامى عن اتقانى عن أبى المعين.

و الفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به أما لا حق له فى هذه العقود لأنه لا بدل فى الهبة و الرهن و الذى فى الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين و حقه فى مالية العين لا فى المنفعة فكانت إجارته إسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق. قال و لو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه و فى بعض أقوال الشافعى رحمه الله تعالى لا ينفذ إذا كان المعتق معسرا

لرجحان الأول بالسبق (والفرق) أى بين البيع الثانى و بين العقود المذكورة فانه بإجازتها يصح العقد الأول و هو البيع و لم تصح هى و بإجازة البيع الثانى لا يصح البيع الأول و إن كان سابقا و يصح هو و تقرير (١) الفرق (أن المرتهن ذو حظ من البيع الثانى) فى المسألة الأولى (لأنه (٢) يتعلق حقه ببدله) أى ببدل الرهن و هو الثمن (فيصح تعيينه) أى تعيين المرتهن البيع الثانى بالاجازة (لتعلق فائدته به) أى لتعلق فائدة المرتهن بالبيع الثانى و هو زيادة الثمن فى البيع الثانى و لعله يحصل تلك الزيادة له فى البيع الثانى دون الأول (أما لا حق له) أى للمرتهن (فى هذه العقود) التى ذكرناها (لأنه لا بدل فى الهبة و الرهن و الذى فى الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين و حقه) أى حق المرتهن (فى مالية العين لا فى المنفة فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع) من النفاذ (فنفذ (٣) البيع الأول فوضح الفرق) بالوجه الذى ذكره. (قال) أى القدورىؒ (فلو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه) و به (٤) قال أحمد و الشافعى فى قول و الشريك و الحسن بن صالح رحمهم الله تعالى (و فى بعض أقوال الشافعى رحمه الله تعالى لا ينفذ) أى عتقه (إذا كان المعتق معسرا) و الحاصل أن للشافعى رحمه الله تعالى أقوالا و لم يذكر المصنفؒ له إلا قولين فنقول قال الشافعى رحمه الله تعالى فى الأصح إن كان الراهن معسرا لا ينفذ و إن كان موسرا فينفذ و به قال احمد رحمه الله تعالى فى رواية و هو قول مالك رحمه الله تعالى و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول لا ينفذ عتقه موسرا كان أو معسرا و به قال أبو ثور و عطاء و البتى رحمهم الله تعالى

(١)تقرير الفرق الخ. و فى الكفاية: و الأصل أن تصرف الراهن فى الرهن إذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ إلا باجازة المرتهن و إذا أجاز المرتهن تصرفه ينظر فيه فان كان تصرفا يصلح حقا للمرتهن ينفذ باجازة المرتهن التصرف الذى لحقته الاجازة و إن كان تصرفا لا يصلح حقا للمرتهن فبالاجازة يبطل حق المرتهن و النفاذ يكون من جهة الراهن فينفذ السابق من تصرفات الراهن و إن كان المرتهن أجاز اللاحق و إذا ثبت هذا فنقول إن المرتهن ذو حظ من البيع الثانى الخ. (٢)لأنه يتعلق الخ. أى لأنه يتحول حقه إلى الثمن و أن الثمن يصير رهنا عنده و يكون المرتهن أخص بثمنه من الغرماء إذا مات الراهن فيصح تعيينه الخ كفاية. (٣)فنفذ البيع الأول كما لو باع المؤجر من اثنين فأجاز المستأجر البيع الثانى نفذ الأول لأنه لا حق له فى الثمن فكانت الاجازة إسقاطا كفاية. (٤)و به قال احمدؒ الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص ٣٩٩ ج ٤.

لأن فى تنفيذه إبطال حق المرتهن فأشبه البيع بخلاف ما إذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمين و بخلاف إعتاق المستأجر لأن الإجارة تبقى مدتها إذ الحر يقبلها أما لا يقبل الرهن فلا يبقى و لنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشترى قبل القبض أو أغتق الآبق أو المغصوب و لا خفاء فى قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى و عارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم إذا زال ملكه فى الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن فى اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك بل أولى

(لأن فى تنفيذه) أى فى تنفيذ العتق فى الإعسار (إبطال حق المرتهن فأشبه البيع) أى فأشبه العتق البيع بل أولى لأن البيع أسرع نفوذا من العتق حيث جاز بيع المكاتب دون العتق (بخلاف ما إذا كان) أى المعتق (موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله) أى على بعض أقوال الشافعى رحمه الله تعالى (لأنه لا يبطل حقه) أى حق المرتهن (معنى بالتضمين) أى بتضمين الراهن قيمته (و بخلاف إعتاق المستأجر) أى بخلاف إعتاق العبد المستأجر حيث يجوز (لأن الإجارة تبقى مدتها) بالنصب أى تبقى الإجارة فى مدة الإجارة (إذ الحر يقبلها) أى لأن الحر يقبل الإجارة فلا مانع أن يكون العبد المستأجر بعد أن يكون حرا أن بقى فى مدة الإجارة إلى أن تنتهى المدة (أما لا يقبل الرهن) أى لا يقبل الحر الرهن (فلا يبقى) أى الرهن (و لنا أنه) أى الراهن (مخاطب (١) أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق) أى المشترى (العبد المشترى قبل القبض أو أعتق (٢) الآبق) أى أعتق المالك العبد الآبق (أو المغصوب و لا خفاء فى قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى) و هو التصرف الصادر عن أهله و هو الحر العاقل البالغ المالك فى محله و هو الرقيق المملوك (و عارض الرهن لا ينبئ عن زواله) أى عن زوال الملك تقريره أن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا أو حق البيع كما هو مذهب الشافعى رحمه الله تعالى و شىء من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ملك الراهن كما كان و إذا كان باقيا على ملكه و قد أزاله بالإعتاق صح (ثم إذا زال ملكه فى الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن فى اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك) يعنى كما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه فإن نفوذ عتقه فى نصيبه أوجب عتق نصيب الشريك حكما و لم تمنع عليه صحة التصرف (بل أولى)

(١)مخاطب أى عاقل بالغ. (٢)أو أعتق الآبق الخ. و الجامع بين الآبق و المغصوب و بين المرهون فوات يد المالك كفاية.

لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى و امتناع النفاذ فى البيع و الهبة لانعدام القدرة على التسليم و إعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و إذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسرا و الدين حالا طولب بأداء الدين لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه و إن كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد و جعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لأن سبب الضمان متحقق و فى التضمين فائدة فإذا حل الدين اقتضاه بحقه

من إعتاع العبد المشترك (لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد) الذى للمرتهن (فلما لم يمنع الأعلى) و هو حقيقة الملك للشريك عند صحة العتق (لا يمنع الأدنى) و هو يد المرتهن (بالطريق الأولى) و لا خفاء فيه (وامتناع النفاذ) هذا جواب عما يقال و ليس المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع و لهذا منع النفاذ فى البيع و الهبة و تقرير الجواب أن امتناع النفاذ و معناه أن حق المرتهن إنما صلح مانعا (فى البيع و الهبة لانعدام القدرة على التسليم) المشروط بصحة العقدين و لا قدرة للراهن عليه بخلاف العتق لأنه شرع لإسقاط الملك و الإسقاطات لا تفتقر إلى التسليم (و إعتاق الوارث) هذا جواب عما تمسك به الشافعى رحمه الله تعالى فى بعض المواضع و ادعى أن إعتاقه لغو و صورته مريض أوصى برقبة عبده لشخص و لا مال له غيره ثم مات و أعتق الوارث العبد قال الشافعى رحمه الله تعالى لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب أن يكون فى الرهن و تقرير الجواب أن اعتاق الوارث (العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) و أما عندهما فلا إشكال لأنه يعتق فى الحال (و إذا نفذ الإعتاق) هذا راجع إلى أول الكلام يعنى فإذا ثبت تحقق المقتضى و انتفاء المانع نفذ الإعتاق و إذا نفذ الاعتاق أى إعتاق الرهن (بطل الرهن لفوات محله) و هو كون العبد مملوكا (ثم بعد ذلك) أى بعد نفاذ الإعتاق (إن كان الراهن) المعتق (موسرا والدين حالا طولب) أى الراهن (بأداء الدين لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه) لأنه يجب على المرتهن رد الزيادة إذا كانت القيمة أكثر من الدين (و إن كان الدين مؤجلا أخذت منه) أى من الراهن المعتق (قيمة العبد و جعلت رهنا مكانه) أى مكان العبد (حتى يحل الدين) بكسر الحاء و ضمها جميعا (لأن سبب الضمان) و هو العتق (متحقق و فى التضمين فائدة) و هو أن يكون الكل رهنا (فإذا حل الدين اقتضاه بحقه) أى قبض المرتهن الضمان بقدر حقه يعنى استوفى

إذا كان من جنس حقه و رد الفضل و إن كان معسرا سعى العبد في قيمته و قضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه و هو العبد لأن الخراج بالضمان قال و تأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر لأنه قضى دينه و هو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الإعتاق

دينه بقدر حقه (إذا كان) أي الضمان (من جنس حقه و رد الفضل) أي على الراهن إن كان في الضمان فضل عن الدين و إن كان الضمان أقل من الدين رجع بالفضل (و إن كان معسرا) أي و إن كان الراهن المعتق معسرا (سعى العبد في قيمته و قضى به الدين) و في شرح الطحاوي و إن كان الراهن معسرا فللمرتهن أن يستسعي العبد سواء كان دينه حالا أو إلى أجل و ينظر إلى قيمة العبد وقت الرهن و إلى قيمته وقت العتاق و إلى الدين الذي رهن به فيه فيستسعى العبد بالأقل من هذه الأشياء الثلاثة ثم يرجع العبد الذي صار حرا و على الراهن إذا أيسر لأنه قضى دينه مضطرا كالوارث إذا قضى دينا للميت لا يكون متبرعا و يرجع في التركة كذلك ههنا و يرجع المرتهن أيضا على الراهن ببقية دينه إن بقي له شيء من دينه (إلا إذا كان بخلاف جنس حقه) يعني إلا إذا كان الحاصل من سعاية العبد بخلاف جنس حق المرتهن فإنه لا يقضى به دينه بل يبدل به جنس حقه و يقضى به دينه (لأنه) هذا دليل وجوب السعاية على العبد (لما تعذر الوصول إلى عين حقه) أي حق المرتهن (من جهة المعتق يرجع) أي المرتهن (إلى من ينتفع بعتقه و هو العبد لأن الخراج بالضمان) الخراج (١) ما يخرج من غلة الأرض أو الغلام و منه الخراج بالضمان أي الغلة بسبب أن ضمنته (قال) أي المصنفؒ (و تأويله) أي تأويل قول القدوريؒ سعى العبد في قيمته (إذا كانت القيمة أقل من الدين) لأنه إذا كان الدين أقل من القيمة سعى في الدين و نبه عليه بقوله (أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى) يريد به ما يذكره عن قريب في مسئلة استيلاد الأمة المرهونة بقوله بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين و من القيمة (ثم يرجع) أي العبد (بما سعى على مولاه إذا أيسر) أي المولى (لأنه قضى دينه) أي لأن العبد قضى دين المولى (و هو مضطر فيه) أي و الحال أن العبد مضطر في قضاء دين المولى (بحكم الشرع فيرجع عليه) أي فيرجع العبد على المولى (بما تحمل عنه) أي عن المولى من الدين و قد مر الكلام فيه عن قريب (بخلاف المستسعى في الإعتاق) يعني أن المرهون المعتق إذا استسعى يرجع بما سعى على مولاه بخلاف العبد المشترك بين اثنين إذا اعتق أحدهما نصيبه فاستسعاه الساكت لا يرجع بما سعى

(١) الجراج الخ. كذا في المغرب.

لأنه يؤدى ضمانا عليه لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده و عندهما لتكميله و هنا يسعى فى ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فصار كمعير الرهن ثم أبو حنيفة رحمه الله تعالى أوجب السعاية فى المستسعى المشترك فى حالتى اليسار و الإعسار و فى العبد المرهون شرط الإعسار لأن الثابت للمرتهن حق الملك و إنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجب السعاية هنا فى حالة واحدة إظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشترى قبل القبض إذا أعتقه المشترى حيث لا يسعى للبائع إلا رواية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى

على المعتق و الفرق أن العبد المرهون يسعى فى رقبة تخلصت و يقضى دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه و المستسعى فى الاعتاق يسعى فى تخليص رقبته عن الرق و هو منفعة خالصة له فلهذا لا يرجع أشار إليه بقوله (لأنه يؤدى ضمانا عليه) أى لأن المستسعى يؤدى الضمان عن نفسه لأنه أصل فيه (لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (و عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لتكميله) أى يسعى لتكميل العتق لأنه كان فى عتقه نقصان لكونه مطالبا بالسعاية فإذا أداها كمل العتق نظرا للعبد و لكنه لما كان أصلا فى الضمان جاز أن لا يرجع على غيره (و هنا يسعى) أى فى إعتاق الراهن يسعى العبد المرهون المعتق (فى ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فصار) أى العبد المرهون المعتق (كمعير الرهن) يعنى أن الراهن بالاستعارة إذا عجز عن فكاك الرهن فافتكه المعير رجع بذلك على الراهن المستعير لأنه قضى دينه مضطرا (ثم أبو حنيفة رحمه الله تعالى أوجب السعاية فى المستسعى المشترك فى حالتى اليسار و الاعسار و فى العبد المرهون شرط الاعسار لأن الثابت للمرتهن) فى الرهن (حق الملك) لا حقيقة الملك و ذلك بثبوت يد الاستيفاء (و إنه) أى حق الملك (أدنى من حقيقته) أى حقيقة الملك (الثابتة للشريك الساكت) فاذا كان كذلك (فوجب السعاية هنا) أى فى اعتاق الراهن (فى حالة واحدة) و هى حالة الإعسار (إظهارا لنقصان رتبته) أى رتبة حق المرتهن عن رتبة الشريك الساكت فان للساكت الشريك حقيقة الملك فى العبد (بخلاف المشترى قبل القبض) يعنى بخلاف العبد المشترى قبل قبضه (إذا أعتقه المشترى) و هو مفلس (حيث لا يسعى للبائع) يعنى ليس للبائع ولاية استسعاء العبد بقدر الثمن و إن كان هو محبوسا عنده قبل التسليم بالثمن لأن للبائع مجرد الحبس و إذا فات بخروجه عن كونه محلا للحبس بالعتق بطل أصلا و بقى له حق مطالبة المشترى بالثمن فحسب (إلا رواية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى) أنه يسعى إذا كان المشترى معسرا و قال الناطفىّ فى الاجناس و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى نوادر هشامّ

و المرهون يسعى لأن حق البائع فى الحبس أضعف لأن البائع لا يملكه فى الآخرة و لا يستوفى من عينه و كذلك يبطل حقه فى الحبس بالإعارة من المشترى و المرتهن ينقلب حقه ملكا و لا يبطل حقه بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين و ذلك لا يجوز و لو أقر المولى برهن عبده بأن قال له رهنتك عند فلان و كذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى هو يعتبره بإقراره بعد العتق و نحن نقول أقر بتعلق الحق فى حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق

أنه يسعى فى قيمته للبائع ثم يرجع بها على المشترى (و المرهون يسعى) أى العبد المرهون المعتق يسعى للراهن المعتق فى حالة إعساره و هذا الذى ذكره لبيان الفرق بينه و بين المبيع المعتق قبل القبض (لأن حق البائع فى الحبس أضعف) من حق المرتهن (لأن البائع لا يملكه فى الآخرة) أى فى المآل و قال تاج الشريعةؒ قوله لأن البائع لا يملكه فى الآخرة يعنى لا يملك ملكا يزيل اليد المتقومة و هى اليد الثابتة بالحبس بخلاف المرتهن لأنه يملك ملكا يؤيد اليد المتقومة أى عند الاستهلاك بل ينفسخ البيع بخلاف الرهن (و لا يستوفى من عينه) أى و لا يستوفى البائع من عين المبيع المعتق قبل القبض لأنه لا يتعلق استيفاؤه بهذا المحل و إنما يثبت له حق الحبس ليستوفى من محل آخر (و كذلك يبطل حقه) أى حق البائع (فى الحبس بالإعارة من المشترى و المرتهن ينقلب حقه ملكا) فى حالة الهلاك بيانه إذا هلك الرهن عند المرتهن يهلك بدينه مضمونا بالأقل من قيمته و من قيمة الدين فيكون المرتهن مالكا لذلك الأقل من مالية الرهن و أما حق البائع فلا يصير ملكا له من جهة المشترى أصلا (و لا يبطل حقه) أى حق المرتهن (بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما) أى فى المبيع المعتق قبل القبض و فى المرهون المعتق (لسوينا بين الحقين) أى بين حق البائع و هو ضعيف و بين حق المرتهن و هو قوى (و ذلك لا يجوز) أى جعل التسوية بينهما لا يجوز مع وجود الفارق و فى المبسوط هذا أمر يأباه العقل (و لو أقر المولى برهن عبده بأن قال له رهنتك عند فلان و كذبه العبد ثم أعتقه) أى ثم أعتق المولى العبد و الحال أن المولى معسر (تجب السعاية) أى تلزم العبد السعاية للمرتهن (عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى) فعنده لا تجب السعاية (هو) أى زفر رحمه الله تعالى (يعتبره) أى يقيسه (باقراره) أى بإقرار المولى بذلك (بعد العتق) و الجامع وجود الإقرار (و نحن نقول أقر) أى المولى (بتعلق الحق) أى حق المرتهن و هو أداء السعاية (فى حال يملك التعليق فيه) أى تعليق الدين برقبته فى ذلك الحال (لقيام ملكه) أى لقيام ملك المولى من رقبته (فيصح) أى الاقرار (بخلاف ما بعد العتق

لأنه حال انقطاع الولاية قال و لو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق أما عندنا فظاهر و كذا عنده لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله و لو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لأنه يصح بأدنى الحقين و هو ما للأب في جارية الابن فيصح بالأعلى و إذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية إذ لا يصح استيفاء الدين منهما فإن كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق و إن

لأنه حال انقطاع الولاية) لأنه لا ولاية لها بعد العتق فلا يصح (قال) أي المصنفؒ ذكره تفريعا على مسألة القدوريؒ و قد ذكرها الكرخيؒ في مختصره (و لو دبره الراهن) أي ولو دبر الراهن العبد المرهون (صح تدبيره بالاتفاق أما عندنا فظاهر) لأنه يملك إعتاقه فيملك تدبيره بالطريق الأولى (و كذا عنده) أي عند الشافعي رحمه الله تعالى (لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله لأن بيع المدبر يجوز عنده و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و نص الشافعي رحمه الله تعالى على أن التدبير موقوف فإن خلف تركة قضى الدين و عتق المدبر بالتدبير و قال بعض أصحابه إن التدبير مبني على عتق المرهون (و لو كانت أمة) أي و لو كانت المرهونة أمة (فاستولدها الراهن) أي فولدت ولدا فادعاه المولى (صح الاستيلاد بالاتفاق) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى سواء كان الراهن موسرا أو معسرا و للشافعي رحمه الله تعالى فيه أقوال مذكورة في الاعتاق (لأنه) أي لأن الاستيلاد (صيح بأدنى الحقين و هو) أي أدنى الحقين (ما للأب) أي الذي يثبت للأب (في جارية الابن) إذا استولدها لأنه يملكها قبل الرهن و هو أدنى الحقين لأن أعلاهما حق الإبن لأنه مالك حقيقة فإذا ثبت الاستيلاد بالأدنى (فيصح بالأعلى) بالطريق الأولى (و إذا صحا) أي الاستيلاد و التدبير (خرجا) أي المدبر و أم الولد (من الرهن لبطلان المحلية إذ لا يصح استيفاء الدين منهما) أي من المدبر و أم الولد و به قال (١) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (فإن كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما) أي قيمة المدبر و أم الولد (على التفصيل الذي ذكرناه في الإعتاق) يعني إن كان الدين حالا طولب بأداء الدين في الحال و إن كان مؤجلا أخذت القيمة و جعلت رهنا مكانه (و إن

---

(١) و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ. و في الكفاية: و أما عند الشافعي رحمه الله تعالى فالمدبر لا يخرج لأنه قابل لما هو حكم الرهن عنده و أم الولد تخرج لأنها لا تقبل حكم الرهن فانه لا يجوز بيعها بالاتفاق و الفرق له بين الاستيلاد و الاعتاق أن الأمومية إنما تثبت بالنسب و إنه لا يتوقف عنده على الدعوة بل يثبت بنفس الوطئ و إنه ليس بممنوع عنه فان الراهن عنده لا يمنع من الانتفاع بالمرهون و لا يصح الحجر عن الوطئ لحق المرتهن لأنه عسى أن لا تعلق فصح الاستيلاد فلا يتوقف على إذن المرتهن بخلاف الاعتاق فانه يوجب بطلان حق المرتهن لا محالة فيمنع منه بدون إذنه اهـ.

كان معسرا استسعى المرتهن المدبر و أم الولد فى جميع الدين لأن كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى فى الأقل من الدين و من القيمة لأن كسبه حقه و المحتبس عنده ليس إلا قدر القيمة فلا يزاد عليه و حق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة و لا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لأنهما أدياه من مال المولى و المعتق يرجع لأنه أدى ملكه عنه و هو مضطر على ما مر و قيل الدين إذا كان مؤجلا يسعى المدبر فى قيمته قنا لأنه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر المعوض بخلاف ما إذا كان حالا لأنه يقضى به الدين و لو أعتق الراهن المدبر و قد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة لأن كسبه بعد العتق ملكه و ما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لأنه أداه من مال المولى. قال و كذلك لو استهلك الراهن الرهن لأنه حق محترم مضمون عليه

كان) أى الراهن (معسرا استسعى المرتهن المدبر و أم الولد فى جميع الدين لأن كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى فى الأقل من الدين و من القيمة لأن كسبه) أى كسب المعتق (حقه و المحتبس عنده ليس إلا قدر القيمة فلا يزاد عليه) أى على قدر القيمة (و حق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة) أى فلا تلزم المعتق الزيادة على دين المرتهن (و لا يرجعان) أى لا يرجع المدبر و أم الولد (بما يؤديان على المولى بعد يساره لأنهما أدياه من مال المولى و المعتق يرجع لأنه أدى ملكه عنه) أى عن المولى (و هو مضطر) أى و الحال أن المعتق مضطر فى قضاء دين المولى (على ما مر) فى هذا الكتاب (و قيل الدين إذا كان مؤجلا يسعى المدبر فى قيمته قنا) أى من حيث كونه قنا (لأنه) أى القيمة (عوض الرهن حتى تحبس مكانه) أى مكان الرهن (فيتقدر) أى العوض (بقدر المعوض بخلاف ما إذا كان حالا) أى إذا كان الدين حالا (لأنه يقضى به الدين و لو أعتق الراهن المدبر و قد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة لأن كسبه بعد العتق ملكه و ما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لأنه أداه من مال المولى. (قال) أى القدورىؒ (و كذلك لو استهلك الراهن الرهن) و هو عطف على قوله فان كان الدين حالا طولب بأداء الدين و إن كان مؤجلا إلى آخره كذا قاله الاترازىؒ و قال الاكملؒ قوله و كذلك لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله فإن كان موسرا ضمن قيمتهما و كذلك قاله الكاكىؒ و قال تاج الشريعةؒ قوله و كذلك إذا استهلك الراهن الرهن يعنى أن حكم الإستهلاك حكم الإعتاق على التفصيل المذكور (لأنه) أى لأن الرهن (حق محترم مضمون عليه) أى على الراهن

بالإتلاف و الضمان رهن فى يد المرتهن لقيامه مقام العين فإن استهلكه أجنبى فالمرتهن هو الخصم فى تضمينه فيأخذ القيمة و تكون رهنا فى يده لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا استرداد ما قام مقامه و الواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة و يوم رهن ألفا غرم خمسمائة و كانت رهنا و سقط من الدين خمسمائة فصار الحكم فى الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بآفة سماوية و المعتبر فى ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لأن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء إلا أنه يتقرر

(بالإتلاف و الضمان رهن فى يد المرتهن لقيامه) أى لقيام الضمان (مقام العين فإن استهلكه أجنبى فالمرتهن هو الخصم فى تضمينه) أى فى تضمين الأجنبى و قال (١) الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى الراهن هو الخصم فى تضمينه لأنه مالكه قلنا المرتهن أحق بالبدل و هو عين الرهن فيكون أحق بالخصومة و بالاسترداد (فيأخذ القيمة) أى يأخذ المرتهن القيمة (و تكون) أى القيمة (رهنا فى يده لأنه) أى المرتهن (أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه و الواجب على هذا المستهلك) يعنى الأجنبى (قيمته يوم هلك) أى يوم استهلك و إنما قيد بقوله على هذا المستهلك احترازا عن استهلاك المرتهن فإن عليه قيمته يوم قبض كما يجىء و كذلك فى الهلاك يعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك (فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة و يوم رهن ألفا غرم خمسمائة و كانت) أى القيمة (رهنا و سقط من الدين خمسمائة فصار الحكم فى الخمسمائة الزيادة) على ما غرمه المستهلك (كأنها (٢) هلكت بآفة سماوية) فلا يضمن المستهلك تلك الزيادة (و المعتبر (٣) فى ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لأن القبض السابق مضمون عليه) أى على المرتهن (لأنه قبض استيفاء إلا أنه (٤) يتقرر)

(١)قال الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص ٤٢٠ ج ٤. (٢)كأنها هلكت الخ. لا يقال بأن الرهن لو كان باقيا كما كان و قد تراجع السعر و انتقصت قيمته فانه لا يسقط من الدين شىء قلنا لأن ثمة العين باق كما كان و إنما حصل التغير بسبب التراجع و العين بحال يمكن أن يصير ماليته بالتراجع كما كان يوم القبض فلم يعتبر التغير و ههنا التغير الحاصل بالتراجع استقر بالهلاك و لم يبق على حال يعود ماليته كما كان فاعتبر التغير كفاية. (٣)و المعتبر الخ. جملة معللة و الواو قد تدخل عليها تقرير التعليل أن المعتبر فى ضمان الرهن قيمة الرهن يوم القبض لا يوم الفكاك حتى إذا كان قيمته يوم القبض ألفا و يوم الفكاك خمسمائة سقط من الدين خمسمائة و يفتك الرهن بقيمته يوم الفكاك لكنوى عن اعظمى. (٤)إلا أنه يتقرر الخ. جواب سوال و هو أنه إذا كان مضمونا بقيمته يوم القبض فاذا نقصت قيمته بتراجع السعر ينبغى أن يسقط الدين بقدر نقصان القيمة و ليس كذلك فأجاب بأن النقصان يتقرر عند الهلاك فاذا عادت قيمته كاملة قبل الهلاك لم يعتبر النقصان لكنوى عن اعظمى.

عند الهلاك و لو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لأنه أتلف ملك الغير و كانت رهنا فى يده حتى يحل الدين لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه و إذا حل الدين و هو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لأنه جنس حقه ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن لأنه بدل ملكه و قد فرغ عن حق المرتهن و إن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة و قد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالإستهلاك خمسمائة و سقط من الدين خمسمائة لأن ما انتقص كالهالك و سقط الدين بقدره و تعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر و وجب عليه الباقى بالاتلاف و هو قيمته يوم أتلف. قال و إذا أعار المرتهن الرهن للراهن

أى الضمان (عند الهلاك و لو استهلكه المرتهن والدين مؤجل) أى و الحال أن الدين مؤجل (غرم القيمة لأنه أتلف ملك الغير و كانت) أى القيمة (رهنا فى يده حتى يحمل الدين لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه و إذا حل الدين و هو) أى و الحال أن الدين (على صفة القيمة) أى فى الجنس و الجودة (استوفى المرتهن منها قدر حقه لأنه جنس حقه ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن لأنه بدل ملكه) أى ملك الراهن (و قد فرغ عن حق المرتهن) جملة حالية (و إن نقصت) أى قيمة الرهن (عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة و قد كانت قيمته) أى و الحال أنه قد كانت قيمته (يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة و سقط من الدين خمسمائة لأن ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره) أى بقدر الهالك (و تعتبر قيمته يوم القبض و هو مضمون) أى الرهن مضمون على المرتهن (بالقبض السابق لا بتراجع السعر) و هذا جواب إشكال و هو أن يقال لو سقط الدين بقدر ما انتقص كان الرهن مضمونا على المرتهن بتراجع السعر و ليس لتراجع السعر تاثير فى اسقاط شئ من الدين و الجواب أنه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع (١) السعر (و وجب عليه الباقى) أى و وجب على المرتهن الباقى و هو الخمسمائة الزائدة (بالاتلاف و هو قيمته يوم أتلف) أى المرتهن. (قال) أى القدورىّ (و إذا أعار (٣) المرتهن الرهن للراهن) فيه (٤) تسامح لأن الإعارة تمليك

---

(١)لا بتراجع السعر إذ لا شك أن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان و لما كان المعتبر قيمته يوم القبض ألفا ثم انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الألف خمسمائة منه بالاتلاف و خمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألفا تاما و لا تاثير فى سقوط شيء منه لتراجع السعر أصلا كذا فى الأفكار. (٣)و إذا أعار الخ. تسميتها عارية مجاز در مختار. (٤)فيه تسامح الخ. و فسر بعض المحققين التسامح بأنه استعمال اللفظ فى غير حقيقته بلا قصد علاقة معتبرة و =>

ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية و يد الرهن فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون و للمرتهن أن يسترجعه إلى يده لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء و هذا لأن يد العارية ليست بلازمة و الضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى أن حكم

المنافع بغير عوض و المرتهن لا يملكها فكيف يملكها غيره و لكن لما عومل معاملة الإعارة من عدم الضمان و تمكن استرداد المعير أطلق الإعارة (ليخدمه أو ليعمل له عملا) هذه العبارة لا توجد في عامة نسخ مختصر القدوري (فقبضه خرج من ضمان المرتهن) هذا من لفظ القدوريؒ و علله المصنفؒ بقوله (لمنافاة بين يد العارية يد الرهن) و هو يد المرتهن لأن يد المرتهن مضمونة و يد العارية ليست بمضمونة فلما صحت الإعارة انتفى حكم الرهن و هو كونه مضمونا (فان هلك في يد الراهن هلك بغير (١) شيء) هذا لفظ القدوريؒ و علله المصنفؒ بقوله (لفوات القبض المضمون و للمرتهن أن يسترجعه إلى يده لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال) أي في حال كون الرهن في يد المرتهن (ألا ترى) توضيح لما قبله (أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده) أي الرهن (على المرتهن كان المرتهن أحق به) أي بالرهن (من سائر (٢) الغرماء و هذا) توضيح لما قبله بالإشارة (لأن يد العارية ليست بلازمة) و الرهن لازم و الشيء لا ينتقض بما دونه (و الضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال) هذا جواب عما يقال كيف أمكن القول ببقاء الرهن و انه لم يبق مضمونا فأجاب بقوله و الضمان إلى آخره ثم أوضحه بقوله (ألا ترى أن حكم

=> لا نصب قرينة اعتمادا على ظهوره من المقام اه فهو ليس حقيقة و لا مجازا و جعل في المنح لفظ الاعارة هنا استعارة تصريحية علاقتها المشابهة و القرينة إسناد الاعارة إلى المرتهن لأن إسنادها حقيقة للمالك قال و حيث وجدت القرينة و الجامع فالقول بأنه مجاز سائغ اه تأمل شامية. (١)بغير شيء. لا يقال بأن يد الراهن بالاستعارة يجعل يد أمانة في حقه و يد ضمان في حق المرتهن كما في فصل العدل فان يد العدل يد أمانة في حق نفسه في المالية و يد ضمان في حق المرتهن فكذا هذا لأنا نقول لا يمكن ههنا إبقاء ضمان الرهن باعتبار القبض لأن القبض قد انتقض و إنما يجعل باقيا حكما باعتبار اليد حكما إذا أمكن جعل يد الراهن يد المرتهن و ذلك غير ممكن لمنافاة بين اليدين لأن يد المرتهن يد الحبس عن المالك و يد العارية يد الاستعمال للملك و بين الحبس عن المالك و بين ثبوت الاستعمال للملك تناف و لا تتحقق هذه المنافاة في فصل العدل لأن يد العدل يد حبس عن المالك كما أن يد المرتهن يد حبس عن المالك فلذلك افترقا كفاية. (٢)من سائر الغرماء أي غرماء الراهن فلا يشاركون المرتهن فيه شامية.

الرهن ثابت فى ولد الرهن و إن لم يكن مضمونا بالهلاك و إذا بقى عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان لأنه عاد القبض فى عقد الرهن فيعود بصفته و كذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا و لكل واحد منهما أن يرده رهنا كما كان لأن لكل واحد منهما حقا محترما فيه و هذا بخلاف الاجارة و البيع و الهبة من أجنبى إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدأ و لو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات

الرهن ثابت فى ولد الرهن) أى فى ولد المرهونة (و إن لم يكن مضمونا بالهلاك) كلمة إن واصلة بما قبلها أى و إن لم يكن ولد الرهن مضمونا على المرتهن بالهلاك فقد وجد الرهن و لا ضمان ثمة (و إذا بقى عقد الرهن فاذا أخذه عاد الضمان لأنه عاد القبض فى عقد الرهن فيعود بصفته) و هى الضمان (و كذلك لو أعاره أحدهما) أى و كذلك لو أعار أحد من الراهن أو المرتهن الرهن (أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) إشارة إلى قوله لمنافاة بين يد العارية و يد الرهن (و لكل واحد منهما أن يرده رهنا كما كان لأن لكل واحد حقا محترما فيه) أى فى الرهن حق الراهن فى الرقبة و حق المرتهن فى اليد (و هذا) أى ما ذكرنا من إعارة أحدهما باذن الآخر أجنبيا (بخلاف (١) الإجارة و البيع و الهبة من أجنبى إذا باشر أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدأ) أى جديد و ذلك لأن بهذه العقود تعلق حق لازم للغير بخلاف الإعارة فانه لم يتعلق بها حق لازم فاذا استرجعه المرتهن إلى يده عاد الضمان فلم يقع حاجة إلى العقد المبتدأ (و لو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن) أى قبل رد عين الرهن إلى المرتهن فيما إذا باشر أحدهما الإجارة أو البيع أو الهبة (يكون المرتهن أسوة للغرماء لأنه تعلق بالرهن) أى بالمرهون (حق لازم بهذه التصرفات)

(١) بخلاف الاجارة الخ. جملة هذه التصرفات ستة العارية و الوديعة و الرهن والاجارة و البيع و الهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن إذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبيا و لا ترفع عقد الرهن و حكم الوديعة كحكم العارية و الرهن يبطل عقد الرهن و أما الاجارة فالمستأجر إن كان هو الراهن فهى باطلة و كانت بمنزلة ما إذا أعار منه أو أودعه فله أن يسترده و إن كان هو المرتهن و جدد القبض للاجارة أو أجنبيا بمباشرة أحدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن و الأجرة للراهن و ولاية القبض للعاقد و لا يعود رهنا إلا بالاستئناف و أما البيع و الهبة فان العقد يبطل بهما إذا كانا من المرتهن أو أجنبى بمباشرة أحدهما باذن الآخر و أما من الراهن فلا يتصور اه عناية إذا كان الايداع من أجنبى ينبغى أن لا يسقط الضمان لأنه العدل اه سعدية و هو بحث وجيه لما فى الخانية منصوصا إذا أجاز الراهن للمرتهن أن يودعه انسانا أو يعير فان أودع فهو رهن على حاله إن هلك فى يد المودع سقط الدين و إن أعاره خرج من ضمان الرهن و للمرتهن أن يعيده اه فرق بين العارية و الوديعة على خلاف ما ذكره فى العناية شامية.

فيبطل به حكم الرهن أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا و إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ فى العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن و كذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية و لو هلك فى حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال و هى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان و كذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بيناه و من استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز لأنه متبرع بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين و اليد و هو قضاء الدين و يجوز أن ينفصل ملك اليد عن

أى بسبب هذه التصرفات و هى الاجارة و البيع و الهبة (فيبطل به) أى بهذا الحق اللازم (حكم الرهن) فاذا بطل حكم الرهن كان المرتهن و سائر الغرماء سواء (أما بالعارية لم يتعلق به) أى بالرهن (حق لازم) يعنى فيما إذا أعاره أحدهما باذن الآخر فمات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أحق به من سائر الغرماء لأن الرهن لم يبطل بالعارية (فافترقا) أى افترق الحكمان المذكوران حكم الإجارة و البيع و الهبة و حكم العارية (و إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك) أى الرهن (قبل أن يأخذ فى العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن و كذلك إذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية و لو هلك فى حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال و هى (١) مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان) وذكر قاضى خانْ أنهما لو اختلفا فى وقت الهلاك فادعى المرتهن أنه هلك حالة العمل و ادعى الراهن أنه هلك فى غير حالة العمل كان القول (٢) قول المرتهن و البينة بينة الراهن (و كذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بيناه) يعنى فى صورة العارية (و من استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز) هذه المسألة إلى قوله و جناية الراهن على الرهن مضمونة من مسائل الأصل ذكرها على سبيل التفريع (لأنه متبرع باثبات ملك اليد) و هو إعارة الرهن (فيعتبر (٣) بالتبرع باثبات ملك العين و اليد و هو (٤) قضاء الدين و يجوز (٥) أن ينفصل ملك اليد عن

(١)و هى مخالفة ليد الرهن لأن يد العارية غير مضمونة.و قبض الرهن مضمون فاذا ثبتت يد العارية بالاستعمال انتفى الضمان كفاية. (٢)كان القول قول المرتهن لأنه منكر و البينة بينة الراهن لأنه مدع زيلعى. (٣)فيعتبر الخ أى فيقاس إثبات ملك اليد منفردا عن اثبات ملك العين باثباتها مع إثبات ملك العين قياسا بعدم الفارق يعنى بالغاء خصوصية الاقتران باثبات ملك العين و قوله يجوز أن ينفصل الخ بيان للالغاء لكنوى عن اعظمى. (٤) و هو قضاء الدين فانه لو استأذن أن يقضى دينا عليه بماله كان صحيحا و كذا إذا تبرع انسان بقضاء دين غيره فاذا جاز أن يثبت له ملك اليد و العين بايفاء غير المديون من ماله بطريق التبرع يجوز أن يثبت له ملك اليد بالرهن أيضا كفاية. (٥) و يجوز الخ. يعنى إن قيل إن الاعتبار غير صحيح لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين و اليد فيه =>

ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا فى حق البائع و الاطلاق واجب الاعتبار خصوصا فى الاعارة لأن الجهالة فيها لا تفضى إلى المنازعة و لو عين قدرا لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه و لا بأقل منه لأن التقييد مفيد و هو ينفى الزيادة لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه و ينفى النقصان أيضا لأن غرضه أن يصير مستوفيا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه و كذلك التقييد بالجنس و بالمرتهن و بالبلد

ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا فى حق البائع) أى كما ينفصل ملك اليد عن ملك العين من حيث الزوال فى حق البائع يعنى لو باع بشرط الخيار و سلم إلى المشترى تزول يده لا ملكه (و الإطلاق (١) واجب الاعتبار) هذا جواب عما يقال كيف يجوز فى الاعارة أن يرهن المستعير بالقليل و الكثير و بأىّ جنس شاء و تقرير الجواب أن إطلاق الاذن يجب اعتباره إلا بدليل يخصه (خصوصا فى الإعارة لأن الجهالة فيها لا تفضى إلى المنازعة (٢)) لأن مبناها (٣) على المسامحة (و لو عين) أى المعير (قدرا لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه) أى من ذلك القدر (و لا بأقل منه لأن التقييد بالقدر مفيد و هو) أى تقييد المعير بقدر معين (ينفى الزيادة) على ذلك القدر (لأن غرضه الاحتباس) أى لأن غرض المعير احتباس الشىء المستعار (بما تيسر اداؤه) على المعير أو على المستعير عند الاحتياج إلى فكاكه (و ينفى النقصان أيضا) مثلاً أذن أن يرهن بمائة فرهنه بخمسين لا يجوز رهنه و قال (٤) أحمد رحمه الله تعالى يجوز لأن من أذن بمائة فقد أذن بخمسين و إن رهنه بأكثر من المعين فقال فى وجه يبطل فى الكل و فى وجه يصح فى المعين و يبطل فى الزائد (لأن غرضه) أى غرض المعير (أن يصير) أى المرتهن (مستوفيا للأكثر) أى لأكثر المالين (بمقابلته) أى بمقابلة الرهن (عند الهلاك ليرجع عليه) أى ليرجع المعير على المستعير بالكثير عند الهلاك لا بالقليل (و كذلك التقييد بالجنس) بأن قال أرهنه بالدراهن أو بالدنانير (و بالمرتهن) بأن قال أرهن عند فلان و عينه (و بالبلد) بأن قال أرهن بالبصرة

=> فالجواب أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر فانه يجوز أن ينفصل الخ عناية. (١) والاطلاق الخ. يعنى إذا أطلق الاعارة فى الرهن و لم يسم ما يرهنه به بعشرة أو تسعة أو بدراهم أو بدنانير أو يرهنه من زيد أو عمرو كان للمستعير أن يعمل بموجب الاطلاق كفاية. (٢) المنازعة يعنى المنازعة المانعة من التسليم و التسلم فانها هى المفسدة للعقد عناية. (٣) لأن مبناها على المسامحة فلا يجرى فيها المضايقة و الجهالة فيها لا تفضى إلى المنازعة فان من استعار دابة له أن يركب بنفسه و له أن يركب غيره و له أن يحمل ما شاء كفاية. (٤) قال احمدؒ الخ. نحوه فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص ٣٨٠ ج ٤.

لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة إلى البعض و تفاوت الأشخاص فى الامانة و الحفظ فإذا (١) خالف كان ضامنا ثم إن شاء المعير ضمن المستعير و يتم عقد الرهن فيما بينه و بين المرتهن لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه و إن شاء ضمن المرتهن و يرجع المرتهن بما ضمن و بالدين على الراهن و قد بيناه فى الاستحقاق و إن وافق بأن رهنه بمقدار ما أمره به إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر

مثلا (لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة إلى البعض) أى لتيسر البعض على المعير بالنسبة إلى البعض و هذا لأنه ربما يكون الانفكاك بالجنس الذى عينه أيسر مما لا يعينه فالرضى بجنس لا يكون رضى بآخر (و تفاوت الأشخاص فى الأمانة و الحفظ) فالرضى بالوضع عند رجل لا يكون رضى بالوضع عند آخر و الرضى أيضا بالحفظ فى موضع بعينه لا يكون رضى بالحفظ فى موضع آخر لأن الأماكن ربما تتفاوت فى معنى الحفظ و الصيانة (٢) (و إذا خالف) أى المستعير (كان ضامنا) قيمة الشىء الذى استعارة للرهن لأنه صار غاصبا حيث تصرف فيه بغير إذن صاحبه فى غير ما سمى المعير من الجنس و المرتهن و البلد و للمعير أن يأخذه من المرتهن لأن الرهن لم يصح (ثم إن شاء المعير ضمن المستعير) يعنى بعد وجوب الضمان لخلاف المستعير (فيتم عقد الرهن فيما بينه) أى بين المستعير الذى هو الراهن (و بين المرتهن لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين (٣) أنه رهن ملك نفسه و إن شاء ضمن المرتهن و يرجع المرتهن بما ضمن) لأنه غيره فى ذلك (و بالدين على الراهن) أى يرجع به أيضا و هو ظاهر (و قد بيناه فى الاستحقاق) أى قد بينا ذلك قبل هذا الباب فى استحقاق الرهن فى يد المرتهن و تضمينه فانه يرجع بالدين و بما ضمن (و إن وافق) أى المستعير (بأن رهنه بمقدار ما أمره به إن كانت قيمته) أى قيمة الذى رهنه (مثل الدين أو أكثر

(١) فاذا. ن. و إذا. (٢) الصيانة (تنبيه) أفتى فى الحامدية فيما لو قيد العارية بمدة معلومة و مضت المدة بأن للمعير أخذها من المستعير قال و به أفتى فى الخيرية و الاسماعيلية و مثله فى فتاوى ابن نجيمؒ قائلا و ليس له مطالبته بالرهن قبل مضى المدة فاذا مضت وامتنع من خلاصه من المرتهن أجبر عليه اه أقول و لا يخالفه ما فى الذخيرة استعاره ليرهنه بدينه فرهنه بمائة إلى سنة فللمعير طلبه منه و إن أعلمه أنه يرهنه إلى سنة اه لأن الرهن هنا فاسد لتاجيله و كلامنا فى تاجيل العارية تأمل شامية. (٣) فتبين الخ. قال قارئ الهدايةؒ و لى فيه نظر لأن الملك فيه لم يستند إلى وقت القبض إذ القبض كان باذن المالك و إنما يستند إلى وقت المخالفة و هو التسليم إلى المرتهن و عقد الرهن كان قبله فيقتصر ملكه على وقت التسليم فلم يتبين أنه رهن ملكه لأن ملكه بعد عقد الرهن اه شلبى و قد يجاب بأن الرهن لا يلزم إلا بالتسليم ولذا كان للمرتهن الرجوع عنه قبله فاذا توقف العقد على التسليم لم يعتبر سابقا عليه فكأنهما وجدا معا عند التسليم الذى هو وقت المخالفة فلم يكن ملكه بعد عقد الرهن شامى و يجاب أيضا بأنا لم ننفذ العقد القولى بل نفذناه بالتعاطى و قبض المرتهن و التسليم و إن تأخرا عن العقد القولى فقد تقدما على العقد بالتعاطى و هذا الجواب أحسن رافعى.

فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الإستيفاء بالهلاك و وجب مثله لرب الثوب على الراهن لأنه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر و هو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لأنه برضاه و كذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه و وجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه و إن كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة و على الراهن بقية دينه للمرتهن لأنه لم يقع الإستيفاء بالزيادة على قيمته و على الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه و لو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبر ا عن الراهن

فهلك عند المرتهن يبطل المال) أى يسقط دين المرتهن (عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك) أى لتمام استيفاء المرتهن الدين بهلاك الرهن (و وجب مثله) أى مثل ما تم به الاستيفاء بالهلاك و هو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب إن كانت أكثر (لرب الثوب على الراهن لأنه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر) أى لأن المستعير صار قاضيا دينه بمال المعير بهذا القدر (و هو الموجب للرجوع) أى كونه قاضيا دينه بماله هو الموجب للرجوع على المستعير و فى الإيضاح المعير بمنزلة رجل أذن لآخر أن يقضى دينه من وديعته عنده فما قضى صار مضمونا و ما لم يقض فهو أمانة (دون القبض بذاته لأنه برضاه) أى لأن قبض المستعير برضى المعير فلا يتعلق به الضمان فان قلت قبض الثوب و تسليمه برضى المعير فينبغى أن لا يوجب الضمان قلت ما يوجبه القبض بل يوجبه إيفاء الدين من مال الغير و من قضى دين نفسه من مال الغير برضاه يضمن مثل ذلك (و كذلك إن أصابه) أى الثوب (عيب ذهب من الدين بحسابه) أى بقدر حصة العيب (و وجب مثله) أى مثل ما ذهب (لرب الثوب على الراهن على ما بيناه) و هو أنه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر (و إن كانت قيمته) أى قيمة الثوب (أقل من الدين ذهب بقدر القيمة) أى ذهب الدين بقدر قيمة الثوب (و على الراهن بقية دينه للمرتهن لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته و على الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا) دينه بيانه إذا كان الثوب يساوى خمسة و قد رهن بعشرة فاعسر الراهن و لم يجد ما افتكه به فهلك الثوب فى يد المرتهن ذهب بخمسة و على الراهن خمسة للمرتهن بقية دينه لأن الرهن يهلك بالأقل من قيمته و من الدين و خمسة لرب الثوب على الراهن لأن رب الثوب صار مقرضا إياه بهذا القدر (لما بيناه) و هو أنه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر (و لو كانت قيمته) أى قيمة الثوب (مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا (١) عن الراهن) قال الكاكىؒ أى بغير رضاه قال الأكملؒ هذا ليس بظاهر و قيل معناه نيابة و لعله من الجبران يعنى

(١) جبرا عن الراهن أى نيابة عن الراهن جبرا على المرتهن كفاية.

لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه و لهذا يرجع على الراهن بما أدى فأجبر المرتهن على الدفع بخلاف الأجنبى إذا قضى الدين لأنه متبرع إذ هو لا يسعى فى تخليص ملكه و لا فى تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله و لو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لأنه لا يصير قاضيا بهذا و هو الموجب على ما بيناه و لو اختلفا فى ذلك

جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه و قال تاج الشريعةؒ فى هذا الموضع و لفظ محمد رحمه الله تعالى فى المسألة فأراد المعير أن يفتكه حين أعسر الراهن و فى مبسوط السرخسىؒ و البزدوىؒ و لو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه حين أعسر الراهن لم يكن للمرتهن أن يمتنع من دفعه إليه إذا قضى دينه انتهى قلت يفهم من هذا الكلام أن جبرا هنا من الجبران لا من الجبر الذى معناه القهر (لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع) من دفع الثوب إلى المعير (لأنه) أى المعير (غير متبرع حيث يخلص ملكه) يعنى لأن المعير هنا بالإيفاء يقصد تخليص ملكه فإن كان بمنزلة المديون حيث يقصد بالإيفاء تفريغ ذمته (و لهذا) أى و لكونه غير متبرع (يرجع على الراهن بما أدى فأجبر المرتهن على الدفع) قال صاحب النهايةؒ ههنا قيد لازم ذكره فان قوله يرجع على الراهن بما أدى غير مجرى على إطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر الدين لا بأكثر منه من قيمة الثوب بيانه إذا كانت قيمة الرهن ألفا فرهنه بألفين فافتكه المعير بألفين يرجع على الراهن بقدر الدين و هو ألف و لا يرجع بأكثر من الألف لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك فكذلك إذا افتكه كان متبرعا (١) بالزيادة (بخلاف الأجنبى إذا قضى الدين) أى دين المرتهن (لأنه) أى الأجنبى (متبرع إذ هو لا يسعى فى تخليص ملكه و لا فى تفريغ ذمته فكان للطالب) أى لرب الدين و هو المرتهن (أن لا يقبله) أى الدين من الأجنبى (و لو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه) أى أو هلك بعد الفكاك (فلا ضمان عليه) أى على الراهن (لأنه لا يصير قاضيا بهذا) أى لا يصير مؤديا دينه بهذا الرهن لأن الهلاك لم يوجد إلا و الرهن عارية محضة فلا يوجد فيه معنى قضاء الدين فلا يجب الضمان (و هو الموجب) يعنى قضاء الدين أو هلاك الرهن عند المرتهن هو الموجب للضمان (على ما بيناه) و هو قوله لأنه صار قاضيا دينه بماله (و لو اختلفا فى ذلك) أى لو اختلف المعير و المستعير فى كون

(١) كان متبرعا بالزيادة. فان قيل لا يتوصل إلى تخليص ملكه إلا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه بقدر ما يتحقق به الايفاء كفاية.

فالقول للراهن لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك فى هاتين الحالتين كما لو اختلفا فى مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير لأن القول قوله فى إنكار أصله فكذا فى إنكار وصفه و لو رهنه المستعير بدين موعود و هو أن يرهنه ليقرضه كذا فهلك فى يد المرتهن قبل الاقراض و المسمى و القيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا أنه كالموجود

هلاك الثوب المستعار حال الرهن أو غيره فقال المعير هلك حال الرهن فى يد المرتهن و قال المستعير و هو الراهن هلك قبل الرهن أو بعد الافتكاك (فالقول (١) قول الراهن) و هو المستعير (لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك فى هاتين الحالتين) أراد بهما قبل الرهن و بعد الفكاك (و لو اختلفا فى مقدار ما أمره بالرهن به) أى و لو اختلف المعير و المستعير فى مقدار ما أمر المعير المستعير بالرهن بالثوب بأن قال رب الثوب أمرتك أن ترهنه بخمسة و قال المستعير بعشرة (فالقول للمعير) و فى بعض النسخ وقع كما لو اختلفا فى مقدار ما أمره بالرهن به و هذا ليس بصحيح و الصحيح ما ذكر و هو و لو اختلفا لأن الغرض مختلف لأن فى الأول القول قول الراهن و هو المستعير و فى الثانى القول قول المعير لا المستعير فكيف (٢) يصح التشبيه (لأن القول قوله) أى قول المعير (فى إنكار أصله) أى أصل العارية بتأويل عقد العارية (فكذا) أى فكذا القول قوله (فى إنكار وصفه) أى وصف عقد العارية من الزيادة و النقصان (و لو رهنه المستعير بدين موعود و هو أن يرهنه ليقرضه كذا) صورته ما قال الحاكم الشهيدؒ فى الكافى استعار عبدا يساوى ألف درهم ليرهنه بألف درهم فلم يقبضها حتى مات العبد فى يد المرتهن فعلى المرتهن ألف درهم للراهن لأنه صار مستوفيا لمالية الرهن عند الهلاك من قبل الراهن و على الراهن ألف درهم لصاحبه و هو المعير لأنه صار مقرضا إياه هذا القدر (فهلك) أى الرهن (فى يد المرتهن قبل الإقراض و المسمى و القيمة سواء) أى و الحال أن القرض المسمى و قيمة المرهون سواء (يضمن) أى المرتهن للراهن (قدر الموعود المسمى لما بينا أنه) أى الموعود (كالموجود) أشار به إلى ما ذكر فى باب ما يجوز ارتهانه عند قوله و الرهن بالدرك باطل بقوله لأن الموعود جعل كالموجود

(١) فالقول قول الراهن لما ذكر و البينة بينة المعير لأنه يدعى عليه الضمان فان قيل إذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد أقر بسبب وجوب الضمان و هو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه و هو الفكاك فلا بد له من حجة كما إذا ادعى الغاصب رد المغصوب أجيب بأن الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن و لم يقر بذلك عناية. (٢) فكيف يصح التشبيه إلا أن يقال التشبيه فى الانكار من غير نظر إلى كون المنكر معيرا أو مستعيرا كفاية.

و يرجع المعير على الراهن بمثله لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه و لو كانت العارية عبدا فأعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن لأنه لم يستوفه و إن شاء ضمن المعير قيمته لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه و قد أتلفه بالاعتاق و تكون رهنا عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير لأن استرداد القيمة كاسترداد العين و لو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن

(و يرجع المعير على الراهن بمثله) أى بمثل قدر الموعود المسمى الذى أخذه الراهن من المرتهن (لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه) أى باستيفاء الراهن (من المرتهن كسلامته) أى كسلامة مالية الرهن (ببراءة ذمته عنه) أى ببراءة ذمة الراهن عن الدين يعنى لو سلم الرهن للراهن بأن تبرأ ذمته من الدين بأن كانت ذمته مشغولة بالدين فهلك الرهن عند المرتهن كان يرجع معير الرهن على الراهن المستعير فكذا يرجع عليه بأن يسلم الرهن للراهن باستيفاء الراهن مالية الرهن من المرتهن (و لو كانت العارية عبدا فأعتقه المعير) بعد أن يرهنه المستعير (جاز) أى الاعتاق (لقيام ملك الرقبة) للمعير فى العبد بعد الرهن (ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن لأنه لم يستوفه) أى لأن المرتهن لم يستوف الدين من الراهن (و إن شاء ضمن المعير قيمته) أى قيمة العبد (لأن (١) الحق قد تعلق برقبته برضاه) أى برضا المعير (و قد أتلفه) أى و قد أتلف المعير حق المرتهن (بالاعتاق و تكون) أى قيمة العبد (رهنا عنده) أى عند المرتهن (إلى أن يقبض دينه فيردها) أى إلى أن يقبض المرتهن دينه فيرد القيمة المرهونة عنده (إلى المعير لأن استرداد القيمة كاسترداد العين) يعنى أن المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير و استرداد القيمة كاسترداد العين و لو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته (و لو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما) أى العبد و الدابة (حتى هلكا) أى هلك العبد و الدابة (عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) و فى المبسوط (٢) لا ضمان على الراهن و المرتهن ضامن للألف يردها على مولى العبد و هو رواية أبى حفصؒ و قال عيسىؒ هذا خطأ و لكن الصحيح

(١) لأن الحق قد تعلق برقبته. أقول كان الحق فى التعليل أن يقال لأن الحق تعلق بماليته إذ لا شك أن المراد بالحق حق المرتهن و حقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته ١ه أفكار ملخصا. (٢) المبسوط للسرخسىؒ ص ١٦١ ج ١٢.

لأنه قد برئ من الضمان حين رهنهما فإنه كان أمينا خالف ثم عاد إلى الوفاق و كذا إذا افتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك و قد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان و هذا بخلاف المستعير لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك أما المستعير فى الرهن فيحصل مقصود الآمر و هو الرجوع عليه عند الهلاك و تحقق الاستيفاء. قال و جناية الراهن على الرهن مضمونة لأنه تفويت حق لازم محترم و تعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبى

أن الراهن ضامن للألف للمعير صاحب العبد و المرتهن ضامن للألف للراهن لأنه لما هلك فى يد المرتهن تم الاستيفاء و على المرتهن رد ما استوفى و إنما استوفاه من الراهن فيرده عليه و الراهن صار قاضيا دينه بملك المعير فيغرم له مثله (لأنه قد برئ من الضمان حين رهنهما فانه كان أمينا خالف) أى بالاستخدام و الركوب (ثم عاد إلى الوفاق) بالرهن فبرئ من الضمان (و كذلك إذا افتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب) أى لم يهلك الدابة بالركوب أو العبد بالاستخدام (ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك و قد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان و هذا بخلاف المستعير) غير الراهن حيث لا يبرأ عن الضمان إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق مالم يرد العين إلى مالكها (لأن يده) أى يد المستعير (يد نفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك أما المستعير فى الرهن فيحصل مقصود الآمر و هو الرجوع عليه) أى مقصود الآمر هو الرجوع على المستعير (عند الهلاك) أى هلاك الرهن فى يد المرتهن (و تحقق الاستيفاء) أى و عند تحقق الاستيفاء و هذا الذى اختاره المصنفؒ هو مختار شمس الأئمة السرخسىؒ و أما اختيار شيخ الإسلام خواهر زادهؒ فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق استدلالا بمسألة مستعير الرهن. (قال) أى القدورىؒ (و جناية الراهن على الرهن مضمونة (١) لأنه تفويت حق لازم محترم) عنى باللازم ما لا يقدر على إسقاطه بانفراده و عنى بالمحترم أن يكون غيره ممنوعا عن إبطاله و لا نعلم فيه خلافا (و تعلق مثله) أى تعلق مثل الحق اللازم المحترم (بالمال يجعل المالك) أى مالك المال (كالأجنبى

(١) مضمونة فالمرتهن يأخذ الضمان بدينه إن كان من جنس حقه و كان الدين حالا و إن كان مؤجلا يحبسه بالدين فاذا حل أخذه بدينه إن كان من جنس حقه و إلا حبسه بدينه حتى يستوفى دينه زيلعى.

فى حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث و العبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه. قال و جناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها و معناه أن يكون الضمان على صفة الدين و هذا لأن العين ملك المالك و قد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه. قال و جناية الرهن على الراهن و المرتهن و على مالهما هدر و هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا جنايته على المرتهن معتبرة و المراد بالجناية على النفس ما يوجب المال أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه

فى حق الضمان) و أوضح ذلك بقوله (كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه) أى تبرع المريض (فيما وراء الثلث) لأن ما وراء الثلث حق الورثة (و العبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها) أى بالقيمة (عبد يقوم مقامه) أى مقام العبد الموصى بخدمته لتعلق الحق اللازم به. (قال) أى القدورىؒ (و جناية المرتهن عليه) أى على الرهن (تسقط من دينه بقدرها) أى بقدر الجناية (و معناه) أى معنى قول القدورىؒ (أن يكون الضمان على (١) صفة الدين) يعنى من جنسه جودة و رداءة و لو كان بخلاف الجنس يكون رهنا مع الأصل قاله تاج الشريعةؒ (و هذا) أى السقوط من دين المرتهن بقدر الجناية (لأن العين ملك المالك) و هو الراهن (و قد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه. قال) أى القدورىؒ (و جناية الرهن على الراهن و المرتهن و على مالهما هدر) أى ساقط لا يعتبر به (و هذا) أى كونها هدرا (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (جنايته) أى جناية الرهن (على المرتهن معتبرة و المراد بالجناية على النفس ما يوجب المال) و هى ما إذا كان خطأ فى النفس أو فيما دونها أما (٢) ما يوجب القصاص فيعتبر بالإجماع و لا نعلم فيه خلافا (أما الوفاقية) أى المسألة الوفاقية و هى جناية الرهن على الراهن (فلأنها جناية المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات) أى العبد الرهن (كان الكفن عليه) أى على مولاه و كل ما كان كذلك فهو هدر لأنه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فإذا جنى عليه شىء لكان واجبا

---

(١)على صفة الدين بأن كان الدين دراهم أو دنانير أما إذا كان الدين مكيلا فلا يسقط كفاية. (٢)أما ما يوجب القصاص الخ. قال فى الكفاية: أما الجناية الموجبة للقصاص فمعتبرة أما على المرتهن فلا يشكل و أما على الراهن فلأن المستحق به دمه و المولى من دمه كأجنبى آخر ألا ترى أن إقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص لا يصح و بالجناية الموجبة للمال يصح و إقراره على نفسه بالجناية الموجبة للقصاص صحيح و بالموجبة للمال باطل اه.

بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت و لهما فى الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه و فى الاعتبار فائدة و هو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر ثم إن شاء الراهن و المرتهن أبطلا الرهن و دفعاه بالجناية إلى المرتهن و إن قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله و له أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية

له عليه و ذلك باطل (بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه) هذا جواب عن نقض يرد بالمغصوب إذا جنى على مالكه المغصوب منه فإنها توجب الضمان و تقرير الجواب ما ذكره المصنفؒ بقوله (لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا) من وقت الغصب و أوضح ذلك بقوله (حتى يكون الكفن عليه) أى على الغاصب (فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت) أى جنايته (و لهما) أى لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (فى الخلافية) أى فى المسألة الخلافية و هى جناية الرهن على المرتهن (أن الجناية حصلت على غير مالكه) إذ المرتهن غير مالك للعين و حصولها على غير المالك يوجب الضمان كما لو حصلت على أجنبى آخر (و فى الاعتبار فائدة) جواب عما يقال إن ماليته محتسبة بدينه فلا فائدة فى إيجاب الضمان و تقرير الجواب أن فى الاعتبار فائدة (و هو دفع العبد إليه) أى إلى المرتهن (بالجناية فتعتبر) و إن كان يسقط حقه فى الدين فإن أبقاه رهنا و جعله بالدين لا يثبت له ملك العين و ربما يكون له غرض فى ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية و إن لم يكن له غرض فى ذلك يترك طلب الجناية و يستبقيه رهنا كما كان (ثم إن شاء الراهن و المرتهن أبطلا الرهن) بالدفع و هذا التفريع على قولهما (و دفعاه) فيه تسامح لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه و مخلصه (١) المشاكلة فإنه و إن كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه فى صحبته أو التغليب سماه دافعا و ثناه (بالجناية إلى المرتهن و إن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله و له) أى لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه) أى على المرتهن (التطهير من الجناية) يعنى هو مخاطب

---

(١) مخلصه المشاكلة الخ. كذا فى العناية قال قاضى زادهؒ فى الأفكار: لا صحة لتوجيه المشاكلة ههنا لأن المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه فى صحبته و هذا لا يتصور إلا إذا تكرر ذكر لفظ و أريد به فى المرة الأولى أصل معناه و فى الأخرى غير ذلك كما فى قوله تعالى حكاية تعلم ما فى نفسى و لا أعلم ما فى نفسك و فيما نحن فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فسبيله التغليب لا غير اه.

لأنها حصلت فى ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه و جنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته و الدين سواء لأنه لا فائدة فى اعتبارها لأنه لا يتملك العبد و هو الفائدة و إن كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يعتبر بقدر الأمانة لأن الفضل ليس فى ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع و عنه أنها لا تعتبر لأن حكم الرهن و هو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون و هذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن لأن الأملاك حقيقة متباينة

أيضا بالدفع أو الفداء (لأنها) أى لأن الجناية (حصلت فى ضمانه) أى فى ضمان المرتهن (فلا يفيد وجوب الضمان له) أى للمرتهن (مع وجوب التخليص عليه) أى على المرتهن (و جنايته) أى و جناية الرهن (على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء لأنه لا فائدة فى اعتبارها لأنه لا يتملك العبد) يعنى لا منفعة للمرتهن فى اعتبار تلك الجناية فإنه لا يستحق بها الملك و لكن المستحق بالدين مالية العبد يباع فيه و ذلك مستحق له بدينه (و هو الفائدة) أى تملك العبد هو الفائدة (و إن (١) كانت القيمة أكثر من الدين) بأن كانت القيمة ألفين و الدين ألفا (فعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يعتبر بقدر الأمانة) أى أن حكم الجناية يثبت فى مقدار الأمانة (لأن الفضل ليس فى ضمانه) أى فى ضمان المرتهن (فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع) فإن جنايته على المودع معتبرة (و عنه) أى و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى رواه عنه أبو يوسف رحمه الله تعالى (أنها لا تعتبر) أى أن الجناية لا تعتبر (لأن حكم الرهن و هو الحبس فيه) أى فى الفضل (ثابت) لأن الفضل رهن فى يده (فصار كالمضمون) أى صار الفضل كالمضمون (و هذا) أى ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن و المرتهن هدرا (بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن) فانها (٢) معتبرة بالاتفاق (لأن الأملاك حقيقة متباينة) يعنى بين الأب و الابن

(١) و إن كانت الخ. قال السرخسىؒ فى المبسوط (ص ١٨٠ ج ٢١): لو كان قيمته ألفان و الدين ألف فجنى على المرتهن أو رقيقه قيل للراهن ادفعه أو افده أما على قولهما فغير مشكل و أما على قوله فجنايته ههنا معتبرة فى ظاهر الرواية و روى عنه أنها لا تعتبر وجه الظاهر أن النصف منه أمانة هنا و جناية الوديعة على المودع معتبرة فيقال للراهن ادفعه أو افده فان دفعه و قبل المرتهن صار عبدا للمرتهن فيسقط الدين لأنه يكون كالهالك فى يده فى حكم سقوط الدين كما لوجنى على أجنبى و دفعاه به و إن فداه كان على الراهن نصف الفداء حصة الامانة و على المرتهن نصف الفداء حصة المضمون فتسقط حصته لأنه لا يستوجب على نفسه دينا و يستوفى من الراهن حصته من الفداء و يكون الفداء رهنا على حاله اه ملخصا. (٢) فانها معتبرة فى الصحيح حتى يدفع بها أو يفدى زيلعى (تتمة) فى جناية الرهن بعضه على بعض كما لو كان عبدين فجنى أحدهما على الآخر فان كان الكل من كل منهما =>

فصار كالجناية على الأجنبى. قال و من رهن عبدا يساوى ألفا بألف إلى أجل فنقص فى السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل و غرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه و لا يرجع على الراهن بشيء و أصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى هو يقول إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين و لنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس و ذلك لا يعتبر فى البيع حتى لا يثبت به الخيار و لا فى الغصب حتى لا يجب الضمان

(فصار) أى حكم الجناية (كالجناية على الأجنبى) و روى الحسن رحمه الله تعالى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يعتبر جنايته على ابن الراهن و لا على ابن المرتهن. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من رهن عبدا يساوى ألفا بألف درهم إلى أجل فنقص) أى العبد (فى السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل و غرم قيمته مائة ثم حل الأجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه و لا يرجع على الراهن بشيء) أى من تسع مائة (و أصله (١)) أى أصل حكم هذه المسألة (أن النقصان) أى نقصان الرهن (من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين) يعنى لا يذهب به شيء من الدين (عندنا) أى عند أئمتنا الثلاثة رحمهم الله تعالى و هنا ثلاث فصول الأول هو المذكور و فيه خلاف زفر رحمه الله تعالى أشار إليه بقوله (خلافا لزفر رحمه الله تعالى) و الفصل الثانى هو قوله و إن كان أمره الراهن أن يبيعه و الفصل الثالث هو قوله إن قتله عبد قيمته مائة و فيه خلاف على ما يأتى إن شاء الله تعالى (هو) أى زفر رحمه الله تعالى (يقول إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين) فإذا انتقص من عينه شيء ذهب قسطه من الدين اتفاقا (و لنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس و ذلك لا يعتبر فى البيع حتى لا يثبت به الخيار و لا فى الغصب حتى لا يجب الضمان) يعنى نقصان السعر لا تعلق له بالرهن لأن ذلك شيء يحدث فى

=> مضمونا فالجناية هدر كالآفة السماوية و إلا تحول إلى الجانى من حصة المجنى عليه من الدين نصف ما سقط لأن الجناية أربعة جناية مشغول على مشغول أو على فارغ و جناية فارغ على فارغ أو على مشغول و كلها هدر إلا الرابع فاذا كانا رهنا بألف و قيمة كل ألف فالمقتول نصفه فارغ فيهدر بقى النصف المشغول متلفا بفارغ و مشغول فيهدر نصف هذا النصف لتلفه بمشغول و يعتبر نصفه الآخر لتلفه بفارغ فالهدر يسقط ما بازائه من الدين و المعتبر يتحول إلى الجانى و ذلك مائتان و خمسون فصار الجانى رهنا بسبعمائة و خمسين و تمامه فى الولوالجية و متفرقات التاترخانية شامية. (١)أصله الخ. لا يقال هذا الأصل مناف لقوله و لا يرجع على الراهن بشيء فانه قد اعتبر فيه نقصان السعر لأنا نقول عدم اعتباره إنما هو إذا كانت العين باقية حتى كان للمرتهن مطالبة الراهن بجميع الدين عند ردها ناقصة بالسعر أما إذا تلفت فالضمان بالقبض السابق لأن يده يد استيفاء من الابتداء و بالهلاك يتقرر فيصير مستوفيا للكل من الابتداء فعلم أن هذا الأصل ليس على إطلاقه اه طورى و شامى.

بخلاف نقصان العين لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه إذ اليد يد الاستيفاء و إذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فإذا قتله حر غرم قيمته مائة لأنه تعتبر قيمته يوم الاتلاف فى ضمان الاتلاف لأن الجابر بقدر الفائت و أخذه المرتهن لأنه بدل المالية فى حق المستحق و إن كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد (١) على دية الحر لأن المولى استحقه بسبب المالية و حق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لأن يد الرهن يد الإسيتفاء من الإبتداء و بالهلاك يتقرر و قيمته كانت فى الإبتداء ألفا فيصير مستوفيا للكل من الإبتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا الألف بمائة لأنه يؤدى إلى الربا فيصير مستوفيا المائة و بقى تسعمائة فى العين فإذا هلك يصير

قلوب العباد بقلة الرغبات و تحدث زيادة السعر بكثرة الرغبات و لهذا لم يعتبر نقصان السعر فى البيع إذا حصل فى المبيع قبل قبض المشترى حتى لا يكون له خيار الرد و كذلك لا يعتبر فى الغصب أيضا حتى إذا رد الغاصب المغصوب إلى المالك لا يضمن نقصان السعر (بخلاف نقصان العين لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه إذ اليد يد الاستيفاء و إذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي) أى العبد (مرهونا بكل الدين فإذا قتله حر غرم قيمته مائة لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف فى ضمان الإتلاف لأن الجابر بقدر الفائت و أخذه المرتهن لأنه (٢) بدل المالية) أى مالية العبد (فى حق المستحق) أى المرتهن (و إن كان مقابلا بالدم) كلمة إن وصلية أى و إن كان البدل مقابلا بالدم (على أصلنا) و أوضح ذلك بقوله (حتى لا يزاد) أى البدل (على دية الحر) لأنه إذا زيد ينتفى المقابلة (لأن المولى استحقه بسبب المالية) هذا دليل قوله لأنه بدل المالية فى حق المستحق (و حق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه) أى فكذا يتعلق حقه فيما يقوم مقام حقه بالمالية حتى لا يرجع على الراهن بشيء من تسعمائة و هو معنى قوله (ثم لا يرجع على الراهن بشيء) أى بشيء زائد على المالية (لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء) أى من أول الأمر (و بالهلاك يتقرر) أى و بهلاك الرهن يتقرر الاستيفاء (و قيمته كانت فى الابتداء ألفا فيصير) أى المرتهن (مستوفيا للكل من الابتداء) فلا يأخذ شيئا غير المالية (أو نقول) هذا دليل آخر (لا يمكن أن يجعل) أى المرتهن (مستوفيا الألف بمائة لأنه يؤدى إلى الربا فيصير مستوفيا المائة و بقي تسعمائة في العين) أى فى عين الرهن قبل الهلاك (فاذا هلك) أى المرهون (يصير) أى

(١)لا يزاد. ن. لا يزداد. (٢)لأنه أى القيمة و إنما ذكر الضمير بتاويل الموجب أو باعتبار الجبر سعدى.

مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما إذا مات من غير قتل (١) أحد لأنه يصير مستوفيا الكل بالعبد لأنه لا يؤدى إلى الربا. قال و إن كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة و قبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده و باعه بنفسه و لو كان كذلك يبطل الرهن و يبقى الدين إلا بقدر ما استوفى كذا هذا. قال و إن (٢) قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين و هذا عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين و إن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله و قال زفر رحمه الله تعالى يصير رهنا بمائة له أن يد الرهن يد استيفاء و قد تقرر بالهلاك إلا أنه أخلف بدلا بقدر العشر

المرتهن (مستوفيا تسعمائة بالهلاك) لأن بالهلاك يصير مستوفيا و يسقط بقية الدين (بخلاف ما إذا مات) أى العبد المرهون (من غير فعل أحد لأنه) أى لأن المرتهن (يصير مستوفيا الكل بالعبد) أى كل الدين بالعبد الناقص فى السعر (لأنه لا يؤدى إلى الربا) لأنه لا يتحقق الربا بين العبد والدين. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن كان أمره الراهن أن يبيعه) أى إن كان أمر الراهن المرتهن ببيع العبد الرهن المذكور (فباعه بمائة و قبض المائة قضاء من حقه) أى لأجل القضاء من حقه أى الدين (فيرجع بتسعمائة لأنه لما باعه) أى لأن المرتهن لما با ع العبد (باذن الراهن صار كأن الراهن استرده) أى العبد (و باعه بنفسه و لو كان كذلك يبطل الرهن و يبقى الدين إلا بقدر ما استوفى كذا ههنا و فى بعض النسخ كذا هذا. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن قتله عبد) أى و إن قتل العبد المرهون بألف الذى كان يساوى ألفا بألف فى ابتداء الرهن ثم نقص سعره فرجعت قيمته إلى مائة عبد مثله (قيمته مائة فدفع مكانه) أى فدفع العبد القاتل مكان العبد المقتول إلى المرتهن (افتكه) أى الراهن (بجميع الدين) من غير خيار (و هذا) أى هذا الحكم (عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى هو بالخيار) أى الراهن مخير (إن شاء افتكه بجميع الدين و إن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله و قال زفر رحمه الله تعالى يصير رهنا بمائة) و يفتكه بمائة و يسقط تسعة أعشار الدين (له) أى لزفر رحمه الله تعالى (أن يد الرهن يد استيفاء و قد تقرر بالهلاك) أى قد تقرر الإستيفاء بهلاك الرهن و هو العبد المقتول (إلا أنه) أى أن العبد المقتول (أخلف بدلا بقدر العشر

---

(١) قتل أحد. ن. فعل أحد. (٢) و إن. ن. فان.

فبقى الدين بقدره و لأصحابنا رحمهم الله تعالى على زفر رحمه الله تعالى أن العبد الثانى قائم مقام الأول لحما و دما و لو كان الأول قائما و انتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك إذا قام المدفوع مكانه و لمحمد رحمه الله تعالى فى الخيار أن المرهون تغير فى ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض و المغصوب إذا قتل فى يد الغاصب يخير المشترى و المغصوب منه كذا هذا و لهما أن التغير لم يظهر فى نفس العبد لقيام الثانى مقام الأول لحما و دما كما ذكرناه مع زفر رحمه الله تعالى و عين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه و لأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلى و إنه منسوخ بخلاف

فبقى الدين بقدره) أى بقدر عشر الدين (و لأصحابنا رحمهم الله تعالى على زفر رحمه الله تعالى أن العبد الثانى قائم مقام الأول) أى مقام العبد الأول (لحما و دما) يعنى صورة و معنى أما صورة فظاهر و أما معنى فلأن القاتل كالمقتول فى الآدمية و الشرع اعتبره حرا من حيث الآدمية دون المالية ألا ترى إلى استوائهما فى حق القصاص فكذا فى حق الدفع أيضا (و لو كان الأول قائما و انتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا) أشار به إلى قوله ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس إلى آخره (فكذلك إذا قام المدفوع) أى العبد المدفوع (مكانه) أى مكان العبد الأول (و لمحمد رحمه الله تعالى فى الخيار أن المرهون تغير فى ضمان المرتهن) لأنه غيره فى الحقيقة و التغير لا بد من أن يوجب الخيار فإذا كان كذلك (فيخير الراهن كالمبيع) أى كالعبد المبيع (إذا قتل قبل القبض) فدفع العبد القاتل مكانه (و المغصوب) أى و كالعبد المغصوب (إذا قتل فى يد الغاصب) يعنى إذا غصب عبدا قيمته ألف فقتله عبد قيمته مائة فدفع به (يخير المشترى) فى مسألة البيع بين أن يأخذ المدفوع بكل الثمن و بين أن يفسخ البيع لتغير المبيع (و المغصوب منه) أى و يخير المغصوب منه فى مسألة الغصب بين أن يأخذ المدفوع مكان المقتول و بين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول (كذا هذا) يعنى يخير الراهن فى مسألة الرهن إذا تغير فى ضمان المرتهن (و لهما) أى لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (أن التغير لم يظهر فى نفس العبد لقيام الثانى مقام الأول لحما و دما كما ذكرناه مع زفر رحمه الله تعالى) فلو كان الأول قائما و تراجع سعره لم يكن له خيار كذلك هنا (و عين الرهن أمانة عندنا) كما مر فى أول كتاب الرهن (فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه) أى بغير رضى المرتهن (و لأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلى) رده النبى ﷺ بقوله لا يغلق الرهن (و إنه منسوخ) أى الشرع نسخ ذلك فلا يجوز المصير إليه (بخلاف

البيع لأن الخيار فيه حكمه الفسخ و هو مشروع و بخلاف الغصب لأن تملكه بأداء الضمان مشروع و لو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف و إذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن و ليس له أن يدفع لأنه لا يملك التمليك

البيع) هذا جواب عن قياس محمد رحمه الله تعالى بالبيع بيانه أن القياس بالبيع فى الخيار لا يصح (لأن الخيار فيه حكمه الفسخ) أى لأن حكم الخيار فى البيع الفسخ (و هو مشروع و بخلاف الغصب) جواب عن قياس محمد رحمه الله تعالى بالغصب بيانه أن القياس بالغصب فى الخيار لا يصح (لأن تملكه) أى تملك الغاصب (بأداء الضمان مشروع) بخلاف ما نحن فيه (و لو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف) أى على الخلاف المذكور و قال الأترازىؒ هذا تكرار لا محالة لأن وضع المسألة فى الفصل الثالث فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين و قد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف و قال الاكمل رحمه الله تعالى قيل فى بعض الشروح هذا تكرار لا محالة قلت أراد به الأترازىؒ ثم ذكر إلى قوله فهو على هذا الخلاف ثم قال و كذلك صاحب النهايةؒ جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار و هو لازم عليه أيضا و فى ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهدايةؒ الذى جاز قصبات السبق فى مضمار التحقيق و إنما الصورة الثالثة فى غير تراجع السعر كما ذكرنا و هذه المسألة فى صورة التراجع و لا تكرار (١) ثمة (و إذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن) لأن العبد كله فى ضمانه و دينه مستغرق لرقبته لأن المسألة فيما إذا كانت قيمته و الدين سواء أما لو كانت القيمة أكثر من الدين فسيأتى بعدها (و ليس له أن يدفع) أى و ليس للمرتهن دفع العبد (لأنه) أى لأن المرتهن (لا يملك التمليك) لأن

(١) لا تكرار ثمة. قال قاضى زادهؒ فى الأفكار: و لا يخفى عليك أن قوله (أى قول محمد رحمه الله تعالى) فان قتله عبد الخ عطف على قوله ثم قتله رجل و أن الظاهر المتبادر أن ضمير قتله فى المعطوف راجع إلى ما رجع إليه ضمير قتله فى المعطوف عليه و لا شك أن الضمير فى المعطوف عليه راجع إلى العبد المرهون الذى نقص فى السعر فكذا الضمير الذى فى المعطوف كما ذهب إليه أصحاب النهاية و معراج الدراية و غاية البيان و إن أخرج الضمير فى المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه إلى ما رجع إليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من إرجاعه إلى مطلق العبد المرهون المذكور فى ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره فى المعطوف عليه و على كلا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنفؒ ههنا بقوله و لو كان تراجع سعره الخ عن شائبة التكرار و أما إرجاع الضمير فى المعطوف إلى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فمما لا تساعده العبارة المذكورة قطعا على مقتضى العرّبية اهـ.

و لو فدى طهر المحل فبقى الدين على حاله و لا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لأن الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه إصلاحها و لو أبى المرتهن أن يفدى قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية لأن الملك في الرقبة قائم له و إنما إلى المرتهن الفداء لقيام حقه فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية و من حكمها التخيير بين الدفع و الفداء فإن اختار الدفع سقط الدين لأنه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك و كذلك إن فدى لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن و هو الفداء بخلاف ولد الرهن إذا قتل انسانا أو استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء لأنه غير مضمون على المرتهن فإن دفع خرج من الرهن و لم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء و إن فدى فهو رهن مع أمه

الدفع تمليك الرقبة و هو لا يملك تمليكها (و لو فدى) أى لو فدى المرتهن (طهر المحل) بالطاء المهملة أى طهر العبد عن الجناية (فبقى الدين) أى دين المرتهن (على حاله و لا يرجع) أى المرتهن (على الراهن بشيء من الفداء لأن الجناية حصلت في ضمانه) أى في ضمان المرتهن (فكان عليه إصلاحها و لو أبى المرتهن أن يفدى قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية لأن الملك في الرقبة قائم له) أى للراهن (و إنما إلى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية و من حكمها) أى من حكم الجناية (التخيير بين الدفع و الفداء فان اختار الدفع سقط الدين لأنه) أى لأن العبد (استحق لمعنى) و هو الجناية (في ضمان المرتهن فصار كالهلاك) أى كهلاك العبد و الجامع زوال ملك الراهن عن الرهن في ضمان المرتهن (و كذلك إن فدى) أى و كذلك يسقط الدين إن فدى الراهن (لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن و هو الفداء) و إذا كان على المرتهن و قد أداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما أدى إلى ولى الجناية و للمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن و لا يكون متبرعا في أداء الفداء لأنه يسعى في تخليص ملكه كمعير الرهن (بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنسانا أو استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء) أى في أول الأمر (لأنه) أى لأن ولد الرهن (غير مضمون على المرتهن فان دفع) أى الراهن إلى المرتهن (خرج من الرهن و لم يسقط شيء من الدين كما لو هلك) أى ولد الرهن (في الابتداء) أى في أول الأمر بدون الجناية يخرج من الرهن و لم يسقط شيء من الدين (و إن فدى) أى الراهن (فهو) أى الابن (رهن مع أمه) تبعا لها

على حالهما و لو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته فان أدى المرتهن الدين الذى لزم العبد فدينه على حاله كما فى الفداء و إن أبى قيل للراهن بعه فى الدين إلا أن يختار أن يؤدى عنه فان أدى بطل دين المرتهن كما ذكرنا فى الفداء و إن لم يؤد و بيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن و حق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى

(على حالهما) أى كما كانا (و لو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته فان أدى المرتهن الدين الذى لزم العبد فدينه) أى دين المرتهن (على حاله كما فى الفداء) أى كما يبقى الدين على حاله إذا فداه (و إن أبى) أى المرتهن (قيل للراهن بعه) أى العبد (فى الدين إلا أن يختار أن يؤدى عنه) أى عن العبد الدين (فان أدى بطل دين المرتهن) على الراهن (كما ذكرنا فى الفداء) و هو قوله و كذلك إن فدى (و إن لم يؤد) أى الراهن (و بيع العبد فيه) أى فى الدين (يأخذ صاحب دين العبد دينه لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن و حق ولى الجناية) لفظة حق ولى الجناية مجرور لأنه عطف على دين المرتهن و حاصل المعنى أن دين العبد مقدم على دين المرتهن و على حق ولى الجناية أيضا حتى لو جنى و عليه دين يدفع إلى ولى الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتى فى جناية المملوك فى الديات قاله الكاكىؒ و كذا قاله الاكملؒ و تاج الشريعةؒ و قال الاترازىؒ قوله و حق ولى الجناية بالنصب أو بالرفع عطفا على لفظ عين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن و كذلك حق ولى الجناية أيضا مقدم على دين المرتهن أولى لأن حق المالك أقوى ثم قال و قال بعضهم فى شرحه قوله و حق ولى الجناية بالجر أى دين العبد مقدم على دين المرتهن و مقدم أيضا على حق ولى الجناية حتى لو جنى و عليه دين يدفع إلى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فأقول هذا فى غاية الضعف لأن المسألة التى استشهد بها تدفع كلامه لأنه قال دين العبد مقدم على حق ولى الجناية و فى المسألة قدم حق ولى الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء و إنه (١) مناقضة لا محالة قلت اراد بقوله و قال بعضهم فى شرحه الكاكىؒ كما ذكر و كلامه فى اعراب و حق غير موجه يعرف بالتأمل و أما اعتراضه عليه بالمسألة المستشهد بها فلا وجه له (لتقدمه على حق المولى) أى لتقدم كل واحد منهما من دين العبد و من حق ولى الجناية على حق المولى كذا فسره الاترازىؒ و قال الكاكىؒ أى لتقدم حق العبد على حق المولى فاذا كان مقدما

(١) إنه مناقضة. أقول لا مناقضة لأن العبد الجانى و إن دفع إلى ولى الجناية أولاً لكن إذا بيع لم يبق للدفع أثر فعلم أن الدين كان مقدما حقيقة كما فى الكفاية.

فإن فضل شيء و دين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن و بطل دين المرتهن لأن الرقبة استحقت لمعنى هو فى ضمان المرتهن فأشبه الهلاك و إن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد و ما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به لأنه من جنس حقه و إن كان لم يحل أمسكه حتى يحل و إن كان ثمن العبد لا يفى بدين الغريم أخذ الثمن و لم يرجع بما بقى على أحد حتى يعتق العبد لأن الحق فى دين الإستهلاك يتعلق برقبته و قد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق ثم إذا أدى بعده لا يرجع على أحد لأنه وجب عليه بفعله و إن

على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه و هو المرتهن و ولى الجناية لأن المرتهن يقوم مقام المولى فى المالية و ولى الجناية يقوم مقام المولى فى ملك العين و كذا فسره الاكملّ و الفرق بين التفسيرين بحسب تفسيرهم قوله و حق ولى الجناية (فإن (١) فضل شيء) أى من ثمن العبد الذى بيع (و دين غريم العبد) الواو فيه للحال (مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن و بطل دين المرتهن لأن الرقبة استحقت لمعنى هو فى ضمان المرتهن فأشبه الهلاك) أى هلاك العبد حيث يبطل دين المرتهن به (و إن كان دين العبد أقل) من دين المرتهن (سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد) لأن ذلك استحق بسبب كان فى يد المرتهن (و ما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان) رهنا أولاً (ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به) أى بدينه (لأنه من جنس حقه) فلا معنى لحبس الدراهم بالدراهم فيستوفيها (و إن كان) أى دينه (لم يحل أمسكه) أى أمسك الباقى (حتى يحل) أى دينه (و إن كان ثمن العبد لا يفى بدين الغريم أخذ الثمن و لم يرجع بما بقى) من دينه (على أحد حتى يعتق العبد) فإذا أعتق رجع عليه (لأن الحق فى دين الاستهلاك يتعلق برقبته و قد استوفيت) أى الرقبة قد استحقت بسبب كان فى يده (فيتأخر) أى الدين الباقى (إلى ما بعد العتق ثم إذا أدى بعده) أى ثم إذا أدى العبد الباقى بعد العتق (لا يرجع) أى العبد (على أحد) بما أدى (لأنه وجب عليه بفعله) أى لأن الباقى وجب عليه بفعل نفسه (و إن

(١) فان فضل شيء الخ. أقول فيه شيء و هو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله فان فضل شيء الخ من متفرعات المسئلة السابقة و هى قوله و لو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته و لا يذهب على ذى مسكة أن المال المستهلك إذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذى بيع فيلزم أن لا ينتظم المعنى اللّهم إلا أن يكون قوله فان فضل شيء الخ مسئلة مباينة للمسئلة الأولى مقابلة لها لا متفرعة عليها و يكون الفاء فى قوله فان فضل لمجرد الترتيب الذكرى كما تستعمل الفاء فى هذا المعنى أيضا على ما عرف فى علم الأدب تأمل نتائج الأفكار.

كانت قيمة العبد ألفين و هو رهن بألف و قد جنى العبد يقال لهما افدياه لأن النصف منه مضمون و النصف أمانة و الفداء في المضمون على المرتهن و في الأمانة على الراهن فإن أجمعا على الدفع دفعاه و بطل دين المرتهن و الدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه و إنما منه الرضى به فإن تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدى راهنا كان أو مرتهنا أما المرتهن فلأنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن و في الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن و كذا في جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن أنا أفدى له ذلك و إن كان المالك يختار الدفع لأنه إن لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه و له في الفداء غرض صحيح و لا ضرر على الراهن فكان له أن يفدى و أما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا

كانت قيمة العبد ألفين و هو) أي العبد (رهن بألف وقد جنى العبد) جناية على النفس (يقال لهما) أي للراهن و المرتهن (افدياه لأن النصف منه مضمون و النصف أمانة و الفداء في المضمون على المرتهن و في الامانة على الراهن) لأن نصف الجناية في الأمانة يلزم المالك للرقبة كما يلزم المودع و حكمها في المضمون يتعلق بالراهن فلذلك قيل لهما افدياه (فإن اجمعا على الدفع دفعاه) و لفظ دفعاه تجوز لأن الدفع تمليك لا يملك المرتهن ذلك و إنما معنى أن المرتهن رضي بالدفع حين امتنع من الفداء فدفع الراهن و أضاف الدفع إليهما لأنه تم باختيارهما و إن لم يتم بفعله كذا ذكر القدوريّ في شرحه (و بطل دين المرتهن و الدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه لا يملك التمليك و في بعض النسخ لما ذكرنا (و إنما منه الرضى به) أي و إنما من المرتهن الرضى بالدفع و قد ذكرنا هذا من شرح القدوري آنفا (فإن تشاحا) أي فان تشاح الراهن و المرتهن بأن قال المرتهن أنا أفدى و قال الراهن أنا أدفع أو بالعكس (فالقول لمن قال أنا أفدى راهنا كان أو مرتهنا أما المرتهن فلأنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن و في الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن و كذا) أي الحكم (في جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن أنا أفدى له ذلك و إن كان المالك يختار الدفع) كلمة إن واصلة بما قبلها (لأنه) أي لأن الولد (و إن لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه) أي بدين المرتهن (و له) أي و للمرتهن (في الفداء غرض (١) صحيح) و هو أن يكون الولد رهنا كأصله كذا قاله شيخي العلاءّ و قال تاج الشريعةّ غرض صحيح أي حبس الرقبة لجانب الإستيفاء (و لا ضرر على الراهن) لأن المرتهن لم يرجع عليه بشيء (فكان له أن يفدى و أما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا) يعني به أن

(١)غرض صحيح و هو زيادة التوثق لاستيفاء دينه كفاية.

فكيف يختاره و يكون المرتهن فى الفداء متطوعا فى حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن لأنه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه و الحالة هذه كان متبرعا و هذا على ما روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يرجع مع الحضور و سنبين القولين إن شاء الله تعالى و لو أبى المرتهن أن يفدى و فداه الراهن فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين و إن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء و كان العبد رهنا بما بقى لأن الفداء فى النصف كان عليه فإذا أداه الراهن و هو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقى و لو كان المرتهن فدى و الراهن حاضر فهو متطوع و إن كان غائبا لم يكن متطوعا و هذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى

الرقبة ليست له فكيف يملكها من غيره و هو معنى قوله (فكيف يختاره و يكون المرتهن فى الفداء متطوعا فى حصة الأمانة) يعنى إن كان الذى يختار الفداء هو المرتهن كان متطوعا فى حصة الأمانة (حتى لا يرجع على الراهن لأنه) أى لأن المرتهن (يمكنه أن لا يختاره) أى الفداء (فيخاطب الراهن فلما التزمه و الحالة هذه كان متبرعا) أى فلما التزم المرتهن الفداء مع تمكنه الامتناع عن الفداء يكون متبرعا (و هذا) أى المذكور (على ما روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه) أى أن المرتهن (لا يرجع مع الحضور) أى مع حضور الراهن (و سنبين القولين إن شاء الله تعالى) و القولان هما قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قول مخالفيه و هو ما ذكر بعد هذا بخطوط فى قوله و لو كان المرتهن فدى و الراهن حاضر فهو متطوع إلى آخره (و لو أبى المرتهن أن يفدى و فداه الراهن فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع) يعنى أن موجب الجناية الدفع أو الفداء و على التقديرين يسقط الدين (فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين و إن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء و كان العبد رهنا بما بقى لأن الفداء فى النصف كان عليه) أى على المرتهن (فإذا أداه الراهن و هو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه) أى على المرتهن (فيصير قصاصا بدينه) أى بدين المرتهن (كأنه أوفى نصفه فبقى العبد رهنا بما بقى و لو كان المرتهن فدى و الراهن حاضر فهو متطوع و إن كان غائبا) أى غيبة منقطعة ذكره فى الاسرار (لم يكن متطوعا و هذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى) و روى عنه عكس هذا و هو أن الراهن إذا كان حاضرا

و قال أبو يوسف و محمد و الحسن و زفر رحمهم الله تعالى المرتهن متطوع فى الوجهين لأنه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الأجنبى و له أنه إذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فإذا فداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبى فأما إذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته و المرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون و لا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعا. قال و إذا مات الراهن باع وصيه الرهن و قضى الدين لأن الوصى قائم مقامه و لو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه و إن لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا و أمره ببيعه لأن القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم و النظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره و يستوفى ماله من غيره و إن كان على الميت دين فرهن الوصى بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز و للآخرين أن يردوه لأنه آثر بعض الغرماء بالإيفاء الحكمى

لا يكون متطوعا و إن كان غائبا يكون متطوعا (و قال أبو يوسف و محمد و الحسن و زفر رحمهم الله تعالى المرتهن متطوع فى الوجهين) أى فى الحضور و الغيبة و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأنه) أى المرتهن (فدى ملك غيره بغير أمره فأشبهه الأجنبى) أى فأشبه المرتهن الأجنبى (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أنه إذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبى فأما إذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته و المرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون) و هو تطهير الرهن عند الجناية (و لا يمكنه ذلك) أى إصلاح المضمون (إلا باصلاح الامانة) لأن فداء المرتهن لا يجزى لكون الراهن غائبا (فلا يكون متبرعا) حينئذ. (قال) أى القدورىّ (و إذا مات الراهن باع وصيه الرهن و قضى الدين لأن الوصى قائم مقامه و لو تولى الموصى حيا) أى حال كونه حيا (بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه) أن يبيع باذن المرتهن و بلا إذنه لا يجوز لأنه ولاء للوصى (و إن لم يكن له) أى للراهن الميت (وصى نصب القاضى له وصيا و أمره ببيعه لأن القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم و النظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره و يستوفى ماله من غيره و إن كان على الميت دين فرهن الوصى بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز و للآخرين) أى و لبقية الغرماء (أن يردوه لأنه آثر) أى لأن الوصى اختار (بعض الغرماء بالايفاء الحكمى) يعني أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الإستيفاء للمرتهن و ليس للوصى أن يخص بعض الغرماء بذلك كذا

فأشبه الإيثار بالايفاء الحقيقى فإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم إليهم و لو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقى و بيع فى دينه لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده و إذا ارتهن الوصى بدين للميت على رجل جاز لأنه استيفاء و هو يملكه قال و فى رهن الوصى تفصيلات نذكرها فى كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى.

فصل

قال و من رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوى عشرة فهو رهن بعشرة

قاله تاج الشريعةؒ (فأشبه الإيثار) أى إيثار بعض الغرماء (بالإيفاء الحقيقى) فلا يجوز (فان قضى دينهم) أى فان قضى الوصى دين الغرماء قبل أن يردوه (جاز لزوال المانع) و هو إيثار بعض الغرماء بالإيفاء الحكمى (لوصول حقهم إليهم و لو لم يكن للميت غريم آخر) غير الغريم المرتهن (جاز الرهن اعتبارا بالإيفاء الحقيقى و بيع فى دينه لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده) لأنه لا مزاحم له (و إذا ارتهن الوصى بدين للميت على رجل جاز لأنه استيفاء) أى لأن ارتهان الوصى من باب استيفاء الحقوق (و هو يملكه) أى الوصى يملك الإستيفاء لأنه نصب لإستيفاء الحقوق و إيفائها (قال) أى المصنفؒ (و فى رهن (١) الوصى تفصيلات نذكرها فى كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى) قال الاترازىؒ هذه حوالة غير رائجة لأن رهن الوصى لم يذكره فى كتاب الوصايا فضلا عن تفصيلاته.

(فصل)

أى هذا فصل فى بيان المسائل المتفرقة التى تذكر فى أواخر الكتب. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر) أى صار خمرا (ثم صار (٢) خلا يساوى عشرة فهو رهن بعشرة) لكن هذا إذا لم ينتقص من مقداره بالتخمر و الغالب

(١) و فى رهن الوصى الخ. و فى الهندية عن محيط السرخسىؒ: و لو استدان الوصى على الورثة و رهن به متاعهم فلا يخلو إما أن استدان لنفقتهم و حوائجهم و نوائبهم كالخراج أو استدان لنفقة رقيقهم و دوابهم و كل وجه لا يخلو إما أن كانت الورثة كلهم كبارا أو صغارا فان استدان لنفقتهم و رهن به و هم كبار حضور أو غيب لم يجز و إن كانوا صغارا جاز ذلك و إن كانوا صغارا و كبارا يجوز استدانته و رهنه على الصغار خاصة دون الكبار بخلاف ما إذا باع المنقول من التركة جاز على الكل أما إذا استدان لنفقة رقيقهم و دوابهم فان كان الكل كبارا حضورا لا يجوز استدانته و رهنه من متاعهم و إن كانوا غيبا جاز ذلك و إن كان بعضهم حضورا و بعضهم غيبا أو كانوا صغارا و كبارا حاضرين جاز عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما لا يجوز. إلا على الغيب و الصغار خاصة و لا يجوز رهنه على الكل اهـ. (٢) ثم صار خلا يساوى عشرة. هذا القيد وقع اتفاقا لأن انتقاص القيمة لا يوجب سقوط شىء من الدين إذا بقى القدر على حاله كما لو انكسر القلب و بقى الوزن على حاله كفاية.

لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن إذ المحلية بالمالية فيهما و الخمر و إن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير فى البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيب و لو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار

النقصان فإذا انتقص سقط من الدين بقدره و إذا انتقص سعره لا مقداره لا يسقط شيء من الدين لكن الراهن يتخير كما إذا انكسر القلب إن شاء افتكه ناقصا بجميع الدين و إن شاء ضمنه قيمته و يكون قيمته رهنا عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى إن شاء افتكه ناقصا و إن شاء جعله بالدين و إن لم تنتقص قيمته لا يخير فيه فيبقى رهنا كما كان لأنه لا ضرر فى الجبر على الفكاك (لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن إذ المحلية بالمالية فيهما) أى فى البيع و الرهن (و الخمر و إن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو (١) محل له بقاء حتى أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد) أى لا ينقض (إلا أنه) أى المشترى (يتخير فى البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيب) أى المبيع قبل القبض و اعلم أن رهن العصير جائز كبيعه بلا خلاف فإذا تخمر و هما مسلمان يفسد الرهن بلا خلاف فاذا فسد الرهن فللمرتهن أن يخللها و ليس للراهن أن يبيعه بالاسترداد فان خللها المرتهن أو صارت خلا فقد عادت المالية و يعود حكم الرهن عندنا و به قال مالك رحمه الله تعال و عند الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى لا يعود بالتخليل و يعود إن صارت خلا بنفسه و لو كانا كافرين يبقى الرهن بتخمره لبقاء ماليته عندهما و لو كان الراهن مسلما و المرتهن كافرا فتخمر يفسد الرهن و لو كان الراهن كافرا و المرتهن مسلما فله أن يأخذ الرهن و الدين على حاله و ليس للمسلم أن يخللها لبقاء المالية فى حق الراهن (و لو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت (٢) فدبغ (٣) جلدها فصار

(١)فهو محل له بقاء و ذلك لأن الخمر مال إلا أنه ليس بمتقوم فبالنظر إلى جهة المالية يقتضى المحلية و النظر إلى أنه ليس بمتقوم يقتضى انعدام المحلية فعملنا بالشبهين فقلنا بأنه ليس بمحل ابتداء و إنه محل بقاء و لم نقل بالعكس لأن ما يكون محلا للابتداء فهو محل للبقاء فان البقاء أسهل من الابتداء فلا يمكن اعتبار الشبهين كفاية.

(٢)فماتت يعنى بلا ذبح أما إذا ذبحت كانت بتمامها مضمونة ط شامى. (٣) فدبغ جلدها بما لا قيمة له بأن تربه أو شمسه فلو له قيمة ثبت للمرتهن حق حبسه بما زاد دباغه و هل يبطل الرهن الأول قولان أحدهما يبطل و يصير الجلد رهنا بقيمة ما زاد الدباغ فيه حتى لو أداها الراهن أخذ الجلد لأنه صار مرهونا بالدين الثانى حكما ثانيهما لا يبطل لأن الشيء يبطل بما هو مثله أو فوقه لا بما دونه و الرهن الثانى هنا دون الأول لأنه إنما استحق حبس الجلد بالمالية التى اتصلت بالجلد بحكم الدبغ و هى تبع للجلد و الرهن الأول بما هو أصل بنفسه و هو الدين فيكون أقوى فلم يرتفع بالثانى و يثبت الثانى أيضا لأنه لا يمكن رده اه كفاية ملخصا.

يساوى درهما فهو رهن بدرهم لأن الرهن يتقرر بالهلاك فإذا حيى بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل البض و المنتقض لا يعود أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه و من مشايخنا رحمهم الله تعالى من يمنع مسألة البيع و يقول يعود البيع. قال و نماء الرهن للراهن و هو مثل الولد و الثمر و اللبن و الصوف لأنه متولد من ملكه و يكون رهنا مع الأصل لأنه تبع له و الرهن حق لازم فيسرى إليه

يساوى درهما فهو رهن بدرهم لأن الرهن يتقرر بالهلاك) لأن المرتهن يصير مستوفيا بالهلاك و بالإستيفاء تأكد عقد الرهن و قوله فهو رهن بدرهم معناه إن كانت قيمة الجلد يوم (١) الرهن درهما و أما إذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين و يعرف ذلك بأن ينظر إلى قيمة الشاة حية و مسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة و قيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الإرتهان درهما و إن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت (٢) درهمين (فاذا حيى بعض المحل) بأن عادت المالية بالدباغ (يعود حكمه بقدره) أى يعود حكم الرهن بقدر الجلد يعنى بقسطه (بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لأن البيع ينتقض بالهلاك) أى بهلاك المبيع (قبل القبض و المنتقض لا يعود أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه) أشار به إلى قوله لأن الرهن يتقرر بالهلاك (و من مشايخنا رحمهم الله تعالى من يمنع مسألة البيع و يقول يعود البيع) كالرهن. (قال) أى القدورىؒ (و نماء الرهن للراهن) أى الزيادة الحاصلة فى الرهن للراهن و قد بين المصنفؒ ذلك بقوله (و هو مثل الولد) بأن كان الرهن أمة فولدت ولدا (و الثمر) بأن كان الرهن شجرا فظهر فيه ثمر (و اللبن) بأن كان الرهن حيوانا فصار ذات لبن (و الصوف) بأن كان الرهن غنما فنمى فيه صوف أو جملا فنمى فيه وبر و نحو ذلك فذلك كله رهن مع الأصل (لأنه متولد من ملكه) أى من ملك الراهن (و يكون رهنا مع الأصل لأنه) أى لأن المتولد (تبع له) أى للأصل (و الرهن (٣) حق لازم) يعنى مستقر فى العين (فيسرى إليه) أى إلى النماء

(١)يوم الرهن لا يوم الدباغ لأن الأصل أن قيمة الرهن إنما تعتبر يوم الارتهان كفاية. (٢)كانت درهمين. هذا الذى ذكر فيما إذا كانت قيمة الشاة مثل الدين أما إذا كانت قيمتها أكثر من الدين بأن كان الدين عشرة و الشاة بعشرين و الجلد بدرهم فالجلد رهن بنصف درهم لأن بازاء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين فيكون الجلد رهنا بنصف درهم و يسقط بازاء اللحم تسعة و نصف و إن كان قيمتها أقل من الدين بأن كانت خمسة و الجلد بدرهم فالجلد رهن بستة و إذا هلك الجلد بعد ذلك هلك بدرهم واحد فيرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين و تمام بيانه فى الكفاية. (٣)الرهن حق لازم متأكد فيسرى إلى الولد ألا ترى أن الراهن لا يملك =>

فان هلك يهلك بغير شيء

(فان هلك) أى النماء (يهلك بغير شيء) و الرهن على حاله بجميع الدين و فى المحيط و المبسوط الأصل (١) عندنا أن كل ما يتولد من عين الرهن كالولد و الثمر يسرى حكم الرهن إليه و كذا كل ما كان بدل جزء منه و ما كان بدل المنفعة كالغلة و الكسب لا يسرى حكم الرهن إليه و بقولنا قال الثورى رحمه الله تعالى و قال (٢) أحمد رحمه الله تعالى المتولد منه و ما حدث منه بسبب حادث كالغلة و الكسب يدخل الكل فى الرهن و هو قول النخعى و الشعبى رحمهما الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى يدخل الولد خاصة دون غيره و قال الشافعى و أبو ثور و ابن المنذر رحمهم الله تعالى لا يدخل شيء فى الرهن من النماء المنفصل و لا من الكسب كحق الجناية حتى قال الشافعى رحمه الله تعالى لو رهنه ماشية مخاضا فنتجت فالنتاج خارج من الرهن و خالفه أبو ثور و ابن المنذر رحمهما الله تعالى فان قلت احتجوا بقوله ﷺ الرهن من راهنه له غنمه و عليه غرمه و النماء غنم فيكون للراهن قلت قد ذكرنا تأويله فيما مضى و لئن سلم فنقول إن النماء ملكه لكن حق المرتهن متعلق به و له حبسه حتى يستوفى جميع حقه من الدين و لا سبيل للراهن عليه قبل ذلك و لهذا قالت الفقهاء الأوصاف القارة فى الأمهات تسرى إلى الأولاد و الرهن من الأوصاف القارة فى الأمهات فيسرى إلى الأولاد و لا يلزم على هذا الأصل ولد المغصوبة و ولد المستاجرة و ولد المنكوة و ولد الموصى بالخدمة و ولد الجناية و ولد التى تثبت حق الزكاة بعد الحول و كذا ولد التى كفلت حيث لا تسرى هذه الأحكام إلى الولد لأن المراد من الأوصاف الأوصاف الذاتية فى الأم ككونها قنة حرة و قنة و مبيعة و مدبرة و مكاتبة و مرهونة لا الأوصاف التى تثبت فى ذمتها كما فى كفالة الحرة و لا فى ذمة مالك الأم كما فى الزكاة و الأوصاف الذاتية فى الأمهات تسرى إلى الأولاد كالبيع و التحرير

=> إبطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسرى حكم الجناية إلى الولد و لا يتبع أمه فيه لأن الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بابطاله بالفداء و بخلاف ولد المستأجرة و الكفيلة و المغصوبة و ولد الموصى بخدمتها لأن المستأجر حقه فى المنفعة دون العين و فى الكفالة الحق يثبت فى الذمة و الولد لا يتولد من الذمة و فى الغصب السبب إثبات يد العادية بازالة يد المحقة و هو معدوم فى الولد و لا يمكن إثباته فيه تبعا لأنه فعل حسى و التبعية تجرى فى الأوصاف الشرعية و فى الجارية الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة و هى منفعة و الولد غير صالح لها قبل الانفصال فلا يكون تبعا لها و بعده لا ينقلب موجبا أيضا بعد أن انعقد غير موجب كذا فى التبيين. (١)الأصل الخ. و فى الهندية عن المحيط: نماء الرهن نوعان نوع لا يدخل فى الرهن و هو ما لا يكون متولدا من العين و لا يكون بدلا عن جزء من أجزاء العين و ذلك مثل الكسب و الهبة و الصدقة و أشباهها و نوع يدخل فى الرهن و هو ما يكون متولدا من العين كالولد و الثمرة و الصوف و الوبر أو يكون بدلا عن جزء من أجزاء العين كالأرش و العقر و معنى دخول هذا النوع من النماء تحت الرهن أنه يحبس كما يحبس الأصل اه. (٢)قال احمدّ الخ. كذا فى المغنى =>

لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا إذ اللفظ لا يتناولها و إن هلك الأصل و بقى النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض و قيمة النماء يوم الفكاك لأن الرهن يصير مضمونا بالقبض و الزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذا بقى إلى وقته و التبع يقابله شيء إذا صار مقصودا كولد المبيع فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل مقصودا و ما أصاب النماء افتكه الراهن و الكتابة و التدبير و الرهن و لا يثبت فى ولد المغصوبة حكم الغصب عندنا و كذا لا يقبل ولد المستأجرة حكم الاجارة لأن حكم الاجارة فى المنفعة لا فى العين و كذا و لد المنكوحة لا يقبل الحل فى حق الزوج و كذا ولد الموصى بخدمتها لا يكون صالحا للخدمة حتى ينفصل و كذا ولد الجانية لأن الدفع به غير لازم (لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا) أى بلفظ العقد (إذ اللفظ لا يتناولها) أى الأتباع (و إن هلك الأصل و بقى النماء افتكه الراهن بحصته يقسم (١) الدين على قيمة الرهن يوم القبض و قيمة النماء يوم الفكاك لأن الرهن يصير مضمونا بالقبض و الزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذا بقى إلى وقته) أى وقت الفكاك (و التبع يقابله شيء إذا صار مقصودا كولد المبيع) صورته المبيعة إذا ولدت ولدا فى يد البائع قبل التسليم إلى المشترى ثم قبضها المشترى يكون الولد مقصودا بالقبض و يقسم الثمن على الأم والولد و فائدته لو هلكت الأم قبل التسليم و بقى الولد كان للمشترى أن يأخذه بحصته من الثمن و لو هلك الولد قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن (فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل مقصودا و ما أصاب النماء افتكه الراهن) أى بما

=> لابن قدامة الحنبلى ص ٤٣٥ ج ٤ . (١) يقسم الدين الخ. و تفسيره إذا كانت قيمة الأصل ألفا و قيمة الولد ألفا فالدين بينهما نصفان فى الظاهر فان مات الولد ذهب بغير شيء و بقيت الأم رهنا بجميع الدين و لو ماتت الأم و بقى الولدفان افتكه افتكه بنصف الدين و إن هلك الولد بعد موت الأم ذهب بغير شيء و صار كأنه لم يكن فذهب كل الدين بموت الأم و لو لم يمت واحد منهما و لكن انتقصت قيمة الأم بتغير السعر فصارت تساوى خمسمائة أو زادت فصارت تساوى ألفين والولد على حاله يساوى ألفا فالدين بينهما نصفان و لا يتغير عما كان و إن كانت الأم على حالها و انتقصت قيمة الولد بعيب دخله أو بتغير السعر فصارت تساوى خمسمائة فالدين بينهما أثلاثا الثلثان فى الأم و الثلث فى الولد و لو ازدادت قيمة الولد فصارت تساوى ألفين ثلثا الدين فى الولد و الثلث فى الأم حتى لو هلكت الأم بقى الولد بثلثى الدين و هذا يطرد على الأصل الذى ذكرنا أن قيمة الأم تعتبر يوم القبض و قيمة الولد يوم الفكاك ثم هذا النوع من النماء إذا صار رهنا مع الأصل يعود بسببه بعض ما كان ساقطا من الدين حتى أن المرهون إذا كان جارية فاعورت حتى سقط نصف الدين ثم ولدت الجارية بعد ذلك ولدا يعود بعض ما كان ساقطا من الدين و يجعل الولد الحادث بعد العور كالولد الحادث قبل العور و إذا صارت الزيادة المشروطة رهنا مع الأصل لا يعود بسببها شيء من الدين و لا تجعل الزيادة المشروطة بعد عورها كالزيادة المشروطة قبل عورها اه هندية عن محيط.

لما ذكرنا و صور المسائل على هذا الأصل تخرج و قد ذكرنا بعضها فى كفاية المنتهى و تمامه فى الجامع و الزيادات و لو رهن شاة بعشرة و قيمتها عشرة و قال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب و شرب فلا ضمان عليه فى شيء من ذلك أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط و الخطر لأنها إطلاق و ليس بتمليك فتصح مع الخطر و لا يسقط شيء من الدين لأنه أتلفه باذن المالك فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذى شرب و على قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط و ما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن و الفعل حصل بتسليط من قبله فصار كأن الراهن أخذه و أتلفه فكان مضمونا عليه

أصاب النماء (لما ذكرنا) أشار به إلى قوله و الزيادة تصير مقصودة بالفكاك (و صور المسائل على هذا الأصل) يعنى ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتهما يوم القبض و الفكاك (تخرج و قد ذكرنا بعضها فى كفاية المنتهى و تمامه فى الجامع و الزيادات) و فى ذلك كثرة و تطويل فأعرض عنها المصنفؒ ههنا قال الأكملؒ و تابعناه فى ذلك قلت نحن أيضا تابعناه لأن المقصود من شرح هذا الكتاب حل ألفاظه و بيان صور مسائله و ليس المقصود أن يذكر فيه ما ذكره المتقدمون من المجمل و المفصل (و لو رهن شاة بعشرة و قيمتها عشرة و قال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب و شرب فلا ضمان عليه فى شيء من ذلك أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط و الخطر (١)) أراد بالشرط قوله فما حلبت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط و لهذا دخلت الفاء فى خبرها كما فى قوله تعالى و ما بكم (٢) من نعمة فمن الله (لأنها إطلاق) أى لأن الإباحة إطلاق و ليس بتمليك فتصح مع الخطر و لا يسقط شيء من الدين لأنه أتلفه باذن المالك) فيه إشارة إلى أنه لو أتلفه بغير إذنه ضمن و كانت القيمة رهنا مع الشاة و كذلك لو فعل الراهن ذلك بدون إجازة المرتهن و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى إلا أحمد رحمه الله تعالى فى رواية عنه أنه لو حلبه بعوض فنقصه فانه لا يحتسب عليه (فان لم يفتك الشاة حتى ماتت فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذى شرب و على قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط و ما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن و الفعل حصل بتسليط من قبله) أى من قبل الراهن (فصار كأن الراهن أخذه) أى اللبن (و أتلفه فكان مضمونا عليه) أى

(١) الخطر بالخاء المعجمة و الطاء المهملة الاشراف على الهلاك كما فى القاموس و المغرب و المراد به هنا ما احتمل الوجود و العدم فهو بمعنى الشرط تأمل شامى. (٢) و ما بكم الآية. النحل: ٥٣.

فيكون له حصته من الدين فبقى بحصته و كذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن فى أكله و كذلك جميع النماء الذى يحدث على هذا القياس. قال و تجوز الزيادة فى الرهن و لا تجوز فى الدين عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و لا يصير الرهن رهنا بها و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى تجوز الزيادة فى الدين أيضا و قال زفر و الشافعى رحمهما الله تعالى لا تجوز فيهما و الخلاف معهما فى الرهن و الثمن و المثمن و المهر و المنكوحة سواء

على الراهن (فيكون له حصته من الدين فبقى) أى الدين (بحصته) فان كانت قيمة اللبن خمسة صار بازائه ثلث الدين فيسقط ثلثا الدين بهلاك الشاة و يؤدى ثلثه (و كذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن فى أكله و كذلك جميع النماء الذى يحدث على هذا القياس) يعنى إن كان باذن الراهن لا يضمن و إن كان بغير إذنه يضمن و لا نعلم فيه خلافا و يكون ضمانه رهنا عندنا. (قال) أى القدورىؒ (و تجوز الزيادة فى الرهن) صورته أن يرهن ثوبا بعشرة قيمته عشرة ثم زاد الراهن ثوبا آخر ليكون رهنا مع الأول بعشرة و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و لا تجوز) أى الزيادة (فى الدين عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى الجديد (و لا يصير (١) الرهن رهنا بها) أى بالزيادة (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى تجوز الزيادة فى الدين أيضا) بأن رهن عبدا بألف ثم حدث للراهن دين آخر بالشراء أو الاستقراض فيجعلان العبد رهنا بالدين القديم و الحادث و به قال مالك رحمه الله تعالى و الشافعى رحمه الله تعالى فى القديم و اختاره المزنىؒ (و قال زفر و الشافعى رحمهما الله تعالى لا تجوز فيهما) أى لا تجوز زيادة الرهن فى الرهن و زيادة الدين فى الدين (و الخلاف معهما) أى مع زفر و الشافعى رحمهما الله تعالى (فى الرهن و الثمن و المثمن و المهر و المنكوحة سواء) قوله سواء خبر و صورة زيادة المنكوحة رجل زوج أمته من رجل بمهر مقدر ثم زوجه أمة أخرى بذلك المهر و قبل الزوج يصح العقدان و يقسم الألف عليهما عندنا و قال الكاكىؒ و لو قال المولى زوجتك أمة أخرى بتلك الألف لا يجوز كذا وجد بخط العلامة حافظ الدينؒ و فى النهاية عن الاسرار ما يدل على جوازه و قال الاكملؒ عن حميد الدين الضريرؒ أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة فى المنكوحة أن يقول المولى زدت لك أمة أخرى بذلك المهر أما لو قال زوجتك هذه الأمة الأخرى بذلك المهر لزم

(١)لا يصير الرهن الخ. يعنى أن المراد بقولهم إن الزيادة فى الدين لا تصح أن الرهن لا يكون رهنا بالزيادة بل يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق و أما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز إجماعا زيلعى.

و قد ذكرناه فى البيوع و لأبى يوسف رحمه الله تعالى فى الخلافية الأخرى أن الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع و الرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما فى البيع و الجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان و لهما و هو القياس أن الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن و هو غير مشروع عندنا و الزيادة فى الرهن توجب الشيوع فى الدين و هو غير مانع من صحة الرهن ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز و إن كان الدين ألفا و هذا شيوع فى الدين و الالتحاق بأصل العقد غير ممكن فى طرف الدين لأنه غير معقود عليه و لا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن و كذا يبقى بعد انفساخه و

الالتحاق بأصل العقد في بدلي العقد

أن يصح (و قد ذكرناه فى البيوع) أى فى الفصل الذى ذكره فى باب المرابحة و التولية (و لأبى يوسف رحمه الله تعالى فى الخلافية الأخرى) و هى مسألة الزيادة فى الدين (أن الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع و الرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما) أى فى الدين و الرهن (كما فى البيع) أى كما تجوز الزيادة فى الثمن و المبيع فى البيع (و الجامع بينهما) أى بين الرهن و الدين فى الزيادة فيهما (الإلتحاق بأصل العقد للحاجة) فيهما فان الحاجة تمس إلى الزيادة فى الدين كما تمس إلى الزيادة فى الرهن بأن يكون فى مالية الرهن فضل على الدين و يحتاج الراهن إلى مال آخر فيجعلانه رهنا بهما (و الامكان) أى و للإمكان فى الالتحاق بأصل العقد لأن العقد بعد الالتحاق تغير من وصف مشروع إلى وصف مشروع بأن يصير قيمة الرهن مثل الدين أو أقل و إنه مشروع فى الابتداء فكذا إذا تغير فى الانتهاء (و لهما) أى و لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (و هو القياس) أى و قولهما القياس (أن الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن و هو غير مشروع عندنا و الزيادة فى الرهن توجب الشيوع فى الدين و هو غير مانع من صحة الرهن ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز و إن كان الدين ألفا) كلمة إن وصلية (و هذا شيوع فى الدين)و لو رهن ثوبا بعشرين نصفه بعشرة و نصفه بعشرة لم يصح (و الإلتحاق بأصل العقد) هذا إفساد للجامع الذى ذكره أبو يوسف رحمه الله تعالى بيانه أن الإلتحاق بأصل العقد (غير ممكن فى طرف الدين لأنه) أى لأن الدين (غير معقود عليه و لا معقود به بل وجوبه) أى وجوب الدين (سابق على الرهن و كذا يبقى بعد انفساخه) أى يبقى الدين بعد انفساخ الرهن (و الالتحاق بأصل العقد فى بدلى العقد) هذا جواب عن قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يعنى أن الإلتحقاق بأصل العقد إنما يكون فيما هو معقود عليه كالمبيع أو معقود به كالثمن و الدين ليس بمعقود عليه و هو ظاهر و لا معقود به

بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ثم إذا صحت الزيادة فى الرهن و تسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض و على قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة و قيمة الأول يوم القبض ألفا و الدين ألفا يقسم الدين أثلاثا فى الزيادة ثلث الدين و فى الأصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما فى وقتى الاعتبار و هذا لأن الضمان فى كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض و إذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا و قيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما فى الولد عليه و على العبد الزيادة لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم و لو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد و على قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الأم قسم عليها و على ولدها لأن الزيادة دخلت على الأم.

لأن المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبا قبل عقد الرهن بسببه و لا يسقط بعد فسخ الرهن فلا يمكن إثبات الزيادة فيه ملتحقة بأصل العقد و أما الرهن فمعقود عليه لأنه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن و لا يبقى محبوسا بعد عقد الرهن فالزيادة فى الرهن زيادة فى المعقود عليه فيلتحق بأصل العقد (بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ثم إذا صحت الزيادة فى الرهن و تسمى هذه زيادة قصدية) يعنى بخلاف نماء الرهن فإنه ليس بزيادة قصدية بل ضمنية فلهذا اختلفا حكما و قوله (يقسم الدين) جواب شرط أما قوله و تسمى هذه زيادة قصدية جملة معترضة بينهما أى يقسم الدين (على قيمة الأول) و فى بعض النسخ على قيمة الأصل (يوم القبض و على قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة و قيمة الأول يوم القبض ألفا و الدين ألفا يقسم الدين أثلاثا فى الزيادة ثلث الدين و فى الأصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما) أى بقيمة الزيادة و الأصل (فى وقتى الاعتبار) وهما وقت القبض (و هذا) توضيح لما قبله (لأن الضمان فى كل واحد منهما) أى من الزيادة و الأصل (يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض) ثم ذكر على سبيل التفريع قوله (و إذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا و قيمة كل واحد) من الجارية و الولد و العبد (ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما فى الولد عليه و على العبد الزيادة لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم و لو كانت الزيادة مع الأم) بأن قال زدتك هذا العبد مع الأم (يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد و على قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الأم قسم عليها و على ولدها لأن الزيادة دخلت على الأم.

قال فان رهن عبدا يساوى ألفا بألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنا مكان الأول فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن و المرتهن فى الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول لأن الأول إنما دخل فى ضمانه بالقبض والدين و هما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقيا و إذا بقى الأول فى ضمانه لا يدخل الثانى فى ضمانه لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الأول دخل الثانى فى ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لأن يد المرتهن على الثانى يد أمانة و يد الرهن يد استيفاء و ضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة و طالبه بالجياد و أخذها فان الجياد أمانة فى يده مالم يرد الزيوف و يجدد القبض و قيل لا يشترط لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل و قبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة

(قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (فإن رهن عبدا يساوى ألفا بألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته (١) ألف رهنا مكان الأول فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن و المرتهن فى الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول لأن الأول إنما دخل فى ضمانه بالقبض و الدين و هما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقيا) هذا احتراز عن الإبراء على ما يجيء فان بالإبراء يرتفع الضمان و إن لم ينقض القبض بالرد إلى الراهن (و إذا بقى الأول فى ضمانه) أى فى ضمان المرتهن (لا يدخل الثانى فى ضمانه لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه) أى فى الضمان (لا بدخولهما فاذا رد الأول دخل الثانى فى ضمانه) أى فى ضمان المرتهن (ثم قيل يشترط تجديد القبض) للثانى بعد رد الأول (لأن يد المرتهن على الثانى يد أمانة و يد الرهن يد استيفاء و ضمان فلا ينوب عنه) أى فلا ينوب يد الأمانة عن يد الاستيفاء و الضمان (كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة و طالبه بالجياد و أخذها فان الجياد أمانة فى يده ما لم يرد الزيوف و يجدد القبض) فى الجياد (و قيل (٢) لا يشترط) أى تجديد القبض (لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل) أى فى صدر كتاب الرهن (و قبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة

(١) قيمته ألف. أقول جعل قيمة كل من العبدين ألفا قيد اتفاقى لما فى التاترخانية عن التجريد و إن كانت قيمة الأول خمسمائة و الثانى ألفا و الدين كذلك فهلك يهلك بألف و كذا إذا كانت قيمة الثانى خمسمائة و الأول ألفا فهلك الثانى فى يده هلك بخمسمائة اه و لذا ترك القيد فى الخانية شامية. (٢) و قيل لا يشترط الخ. ذكر القهستانىؒ أن القول الأول هو المختار عند قاضيخانؒ و أفاد بعض الفضلاء أن عادة صاحب الهدايةؒ اختيار الأخير عكس عادة قاضيخانؒ و مقتضاه ترجيح القول الثانى شامية.

و لأن الرهن عينه أمانة و القبض يرد على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين و و لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن فى يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر رحمه الله تعالى لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموعود و لم يبق الدين بالابراء أو الهبة و لا جهته لسقوطه إلا إذا أحدث منعا لأنه يصير به غاصبا إذ لم تبق له ولاية المنع و كذا إذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت و العياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن فى يدها يهلك بغير شيء فى هذا كله و لم تضمن شيئا لسقوط الدين كما فى الابراء و لو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع ثم هلك الرهن فى يده يهلك بالدين و يجب عليه

و لأن الرهن عينه أمانة و القبض يرد على العين) أى قصدا و على المالية ضمنا (فينوب قبض الأمانة عن قبض العين)و قوله (و لو أبرأ المرتهن الراهن) إلى آخر كتاب الرهن ذكر على سبيل التفريع (عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن فى يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر رحمه الله تعالى هو يقول إن الضمان فى باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض و هو قائم فكان ما بعد الإبراء و قبله سواء و لهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء و إن لم يبق الدين بعده و لنا ما ذكره بقوله (لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته) أى أو مضمون بجهة الدين (عند توهم الوجود كما فى الدين الموعود) بأن قبض الرهن ليقرضه فهلك قبل الإقراض هلك مضمونا (و لم يبق الدين بالإبراء أو الهبة و لا جهته) أى و لا يبقى جهة الدين (لسقوطه) أى لسقوط الدين قيد به لأن الدين بالإستيفاء ينتهى و لا يسقط كما يجيء (إلا إذا أحدث منعا) جواب عما يقال سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه إذا طالبه الراهن و منع المرتهن بعد الإبراء فانه يضمن و قد سقط الدين و بيان الجواب بقوله إلا إذا أحدث أى المرتهن منعا عن قبض الراهن (لأنه يصير به غاصبا) أى لأن المرتهن يصير بالمنع غاصبا (إذ لم تبق له) أى للمرتهن (ولاية المنع و كذا) أى الحكم (إذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت و العياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن فى يدها يهلك بغير شيء فى كله) أى فى المذكور كله (و لم تضمن) أى المرأة (شيئا لسقوط الدين كما فى الإبراء) أى كما لا تضمن فى الإبراء (و لو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع ثم هلك الرهن فى يده يهلك بالدين و يجب عليه) أى على المرتهن

رد ما استوفى إلى ما استوفى منه و هو من عليه أو المتطوع بخلاف الابراء و وجه الفرق أن بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا و بالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبته مثله فأما هو في نفسه فقائم فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني و كذا إذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين لأنه استيفاء و كذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة و يهلك بالدين لأنه في معنى البراءة

(رد ما استوفى إلى ما استوفى منه و هو من عليه أو المتطوع) و قال زفر و الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى لا يجب عليه ذلك لأن الرهن بعد الإستيفاء أمانة في يده (بخلاف الإبراء) يعني في صورة الإبراء يهلك بغير شيء (و وجه الفرق) أي بين هلاك الرهن بعد استيفاء الدين حيث يهلك بالدين و بين هلاكه بعد الابراء حيث يهلك بغير شيء (أن بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا و بالإستيفاء لا يسقط لقيام (١) الموجب) للضمان و هو قبض الرهن (إلا أنه) أي غير أنه (يتعذر الإستيفاء) أي استيفاء المرتهن من الراهن المديون (لعدم الفائدة) لأنه لما استوفى ثانيا يطالبه الراهن بمثله و هو معنى قوله (لأنه يعقب مطالبة مثله فأما هو) يعني تعذر الإستيفاء (في نفسه فقائم فاذا هلك) يعني الرهن (يتقرر الإستيفاء الأول) و هو الإستيفاء الحكمي (فانتقض الإستيفاء الثاني) و هو الإستيفاء الحقيقي لئلا يتكرر الإستيفاء (و كذا إذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين) هذا معطوف على قوله و لو استوفى المرتهن الدين يعني إذا اشترى المرتهن بالدين عينا من الراهن سقط الدين بطريق المقاصة و يجب على المرتهن رد الرهن على الراهن فلو هلك قبل أن يرده يجب عليه رد قيمته و كذا إذا صالح المرتهن مع الراهن عن الدين على عين يجب عليه رد الرهن إن كان قائما و قيمته إن هلك بعد الصلح (لأنه إستيفاء) أي لأن كل واحد من شراء العين بالدين و الصلح عن الدين على العين استيفاء للدين (و كذا إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة و يهلك (٢) بالدين لأنه) أي لأن الحوالة على تأويل عقد الحوالة (في معنى البراءة) هذا إشارة إلى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغي أن يكون بمعنى الإبراء فيهلك أمانة و وجه ذلك ما أشار إليه أن الحوالة و إن كانت إبراء

(١) لقيام الموجب و هو إما القرض أو المداينة أو الاجارة و غير ذلك كفاية. (٢) يهلك بالدين لأن الحوالة لا تسقط الدين و لكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل و لهذا يعود إلى ذمته إذا مات المحتال عليه مفلسا كفاية.

بطريق الأداء لأنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لأنه بمنزلة الوكيل و كذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء و الله أعلم.

لكنها (بطريق الأداء) دون الإسقاط (لأنه يزول به) أى بعقد الحوالة (عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه به) أى أو يزول بعقد الحوالة عن ملك المحيل مثل ما يرجع المحتال عليه على المحيل به (إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لأنه) أى لأن المحتال عليه (بمنزلة الوكيل) بقضاء الدين عن المحيل (و كذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك (١) بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه) يعنى بعد التصادق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه (فتكون الجهة باقية) و ضمان الرهن متحقق بتوهم الوجوب (بخلاف الإبراء و الله أعلم) هذا راجع إلى قوله و لو استوفى و ذلك لأنه من ثمة إلى ههنا نقوض على جواب الإستحسان فى صورة الإبراء و الأولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية و قال الاترازىؒ قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله يهلك بالدين يعنى أن المرتهن إذا أبرأ الراهن عن الدين ثم هلك الرهن فى يده هلك بغير شئ. فروع: (٢) اختلفا فى قيمة الرهن بعد الهلاك فالقول للمرتهن و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى فى صورة ضمان الرهن بأن تعدى المرتهن فى الرهن و لو اختلفا فى قدر الدين بأن يقول الراهن رهن بألف و يقول المرتهن بألفين فالقول للراهن و به قال الشافعى و احمد و أبو ثور و النخعى و الثورى و البتى رحمهم الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى القول للراهن مالم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته و به قال الحسن و قتادة رحمهما الله تعالى و لو اختلفا فى قدر الرهن بأن يقول المرتهن الرهن هذان العبدان و قال الراهن أحدهما بعينه فالقول للراهن و لا نعلم فيه خلافا و لو اختلفا فى رد الرهن فالقول للمرتهن بلا خلاف لأنه منكر و القول له مع اليمين و لو اعتق الراهن المرهون و ادعى أنه أعتقه باذن المرتهن و المرتهن ينكر فالقول للمرتهن و لو قال الراهن رهن بالدين المؤجل و قال المرتهن بل بالحال فالقول للراهن مع يمينه كما لو أنكر أصل الرهن و لو كان لأحدهما بينة حكم بها بلا خلاف فى جميع هذه المسائل.

(١)يهلك بالدين الخ. لكن فى الكفاية و التبيين عن مبسوط شمس الأئمةؒ لو تصادقا قبل هلاك الرهن ثم هلك يهلك أمانة لأنه بتصادقهما ينتفى الدين من الأصل و ضمان الرهن لا يبقى بدون الدين و ذكر الاسبيجابىؒ أنه الصواب اه ملخصا. (٢)فروع الخ. نحوه فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص ٤٤٥ ج ٤.

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة أوجه عمد و شبه عمد و خطأ و ما أجرى مجرى الخطأ و القتل بسبب و المراد بيان قتل تتعلق به الأحكام.

(كتاب الجنايات)

أى هذا كتاب فى بيان أحكام الجنايات و هى جمع جناية و هى لغة إسم لما يجنيه من شر أى يكسبه تسمية بالمصدر إذ هى فى الأصل مصدر جنى عليه شرا و أصله من جنى الثمر و هو أخذه من الشجر و هو عام إلا أنه خص بما يحرم من الفعل شرعا سواء حل بنفس أو بمال و يراد باطلاق الجناية عند الفقهاء فعل حل فى النفس أو الطرف و قال شيخ الإسلامؒ الجناية على النفس يسمى قتلا و فيما دون النفس قطعا و جرحا و القتل فعل مضاف إلى العباد بحيث يزول به الحياة و زوال الحياة بدون قتل العباد يسمى موتا و سببها سبب الحدود و شرطها كون المحل حيوانا و لما كان ملاك الولاية الدينية و الدنيوية و الرياسة الإحسان و العدل و السياسة فإن بالإحسان يستفيد الإنسان و يرفع التباغض و العدوان و بالسياسية تزجر السفهاء عن الطغيان و بالعدل يستقيم الملك و تعمر البلدان كان شرع أحكام الجنايات من معظم معاقد الأمور فأتبعها المصنفؒ بالعبادات و المعاملات و أخرها لأنها ترجع إلى العارض و أوردها عقيب الرهن إذ كل واحد للوقاية و الصيانة فإن الرهن وثيقة لصيانة المال عن الهلاك فكذا أحكام الجناية مشروعة لصيانة المكلف عن الهلاك. (قال) أى القدورىؒ (القتل على خمسة أوجه عمد و شبه عمد و خطأ و ما أجرى مجرى الخطأ و القتل بسبب) إلى هنا لفظ القدورىؒ و قال المصنفؒ (و المراد) أى مراد القدورىؒ (بيان قتل تتعلق به الأحكام (١)) قيد به لأن أنواع القتل أكثر من خمسة و قد ذكر فى مبسوط شيخ الإسلامؒ أنواع القتل من حيث هو قتل أكثر من خمسة كرجم و قصاص و قتل حربى و قتل لقطع الطريق و قتل المرتد فعلم أن المراد به القتل الموجب للضمان و هو خمسة و فى الأصل القتل على ثلاثة أوجه عمد و شبه عمد و خطأ و نقل الطحاوىؒ و الكرخىؒ فى مختصريهما هذه العبارة و قال صاحب النافعؒ القتل على أربعة أوجه عمد و شبه عمد و خطأ و القتل بسبب قيل وجه الإنحصار أن القتل لا يخلو إما أن يكون بسلاح أو بغيره فإن صدر بسلاح فلا يخلو إما أن يكون به قصد القتل أو لا فالأول عمد و الثانى خطأ و إن صدر بغير سلاح فلا يخلو إما أن كان معه قصد التأديب و الضرب أو لا فان كان (٢) فهو شبه العمد و إن لم يكن فلا يخلو إما أن يكون جاريا

(١) الأحكام من قود و دية و كفارة و إثم و حرمان إرث در مختار. (٢) فان كان فهو شبه العمد. أقول شبه العمد لا يلزم أن يكون على قصد التاديب بل قد يكون على قصد القتل و جوابه أن ذلك بالنظر إلى الآلة سعدى.

قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب و ليطة القصب و المروة المحددة و النار لأن العمد هو القصد و لا يوقف عليه إلا بدليله و هو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك

مجرى الخطأ أم لا فان كان (١) فهو هو و إن لم يكن فهو القتل بالسبب و قيل وجه الحصر الاستقراء التام و نسب هذا إلى أبى بكر الرازى رحمه الله تعالى. (قال) أى القدورىؒ (فالعمد ما تعمد (٢) ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح) يعنى فى تفريق الأجزاء (كالمحدد من الخشب و ليطة القصب) الليطة بكسر اللام قشر القصب (و المروة (٥) المحددة) و هى القطعة من الحجر الصوان يكون لها أطراف تقطع ما أصابته (و النار (٤)) التى هى أسرع للهلاك و فى المغنى الحدة ليست بشرط إذا كانت الآلة من الحديد فقال العمد أن يتعمد الإنسان قتل من لا يحل قتله بالحديد سواء كان سلاحا نحو السيف و السكين و الرمح أو لم يكن سلاحا كالإبرة و الأشفار و سواء كان له حدة تبضع أو لا كالعمود و صنجة (٥) الميزان و سواء كان الغالب منه الهلاك أو لم يكن هذا كله على رواية الأصل وذكر الطحاوىؒ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى لو قتله بصنجة حديد أو عمود لا حدة له فهو ليس بعمد محض حتى لا يجب القصاص بل هو خطأ عمد و على قولهما إن كان الغالب منه الهلاك فهو عمد محض يوجب القصاص و إلا فخطأ عمد و فى فتاوى قاضى خان و فى ظاهر الرواية فى الحديد و ما يشبه الحديد كالنحاس و الشبه و الصفر و الرصاص و الذهب و الفضة و الإبريز لا يشترط الجرح لوجوب القصاص (لأن العمد هو القصد و لا يوقف عليه إلا بدليله) أى بدليل العمد (و هو) أى دليله (استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك) أى عند وجود العمد باستعمال الآلة القاتلة لأن القتل إزهاق الروح و هو غير محسوس فيكون القصد إلى إزهاق الروح بالضرب بالسلاح الذى هو خارج عامل فى الظاهر و

(١)فان كان فهو هو. قال سعدىؒ هذا تعريف الشىء بنفسه ظاهرا اهـ. (٢)فالعمد ما تعمد ضربه أى ضرب المقتول فيخرج العمد فيما دون النفس سعدى و لم يقل ما تعمد قتله لأنه لو أراد يد رجل فأصاب عنقه فهو عمد و لو عنق غيره فخطأ و لذا قال فى المجتبى إن قصد القتل ليس بشرط لكونه عمدا شامى. (٣)المروة. قال الاصمعى المرو (بالفتح فالسكون) حجارة بيض براقة تقدح منها النار، الواحدة مروة الصحاح للجوهرى. (٤)و النار. قال سعدىؒ و ينبغى أن يكون من قبيل علفتها تبنا و ماء باردا إذ الواقع فى صورة النار هو الالقاء فيها لا الضرب بها اهـ. قال فى الكفاية: إن النار تعمل عمل الحديد فى الذكاة حتى أنها إذا وضعت فى المذبح فقطعت ما يجب قطعه فى الذكاة و سال بها الدم حل فان انحسم و لم يسل الدم لا يحل اهـ. (٥)صنجة الميزان. و فى القاموس: سنجة الميزان مفتوحة بالسين أفصح من الصاد اهـ.

و موجب ذلك المأثم لقوله تعالى و من يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية و قد نطق به غير واحد من السنة و عليه انعقد اجماع الأمة

الباطن جميعا (و موجب ذلك) أى مقتضى القتل العمد الموصوف بتلك الأوصاف (المأثم) أى حصول الإثم العظيم لما روى عن النبى ﷺ لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم هذا حديث ذكره غالب الشراح و لم يذكروا من رواه و لا من أخرجه قلت هذا أخرجه (١) الترمذىّ و النسائىّ من حديث عبدالله بن عمرو رضى الله تعالى عنهما أن النبى ﷺ قال لزوال الدنيا الحديث (لقوله تعالى و من (٢) يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية) و يكفى هذه الآية موعظة فى قتل النفس بغير حق (و قد نطق به) أى بالمأثم فى القتل العمد (غير واحد من السنة) يعنى السنن فيه أكثر من أن تحصى و أظهر من أن تخفى منها ما رواه (٣) الترمذىّ عن أبى الحكم البجلى قال سمعت أبا سعيد الخدرى و أبا هريرة رضى الله تعالى عنهما يذكران عن رسول الله ﷺ قال لو أن أهل السماء و أهل الأرض اشتركوا فى دم مؤمن لأكبهم الله فى النار و منها ما رواه (٤) البخارىّ عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ لن يزال المؤمن فى فسحة (٥) من دينه مالم يصب دما حراما و منها ما رواه (٦) النسائىّ عن أبى إدريس الخولانى عائذ الله عن معاوية رضى الله تعالى عنه يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول كل ذنب عسى الله أن يغفره إلا الرجل يقتل المؤمن متعمدا أو الرجل يموت كافرا و منها ما رواه (٧) ابن ماجةّ من حديث سعيد بن المسيب عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ من أعان على قتل مؤمن بشطر كلمة لقى الله عز و جل مكتوب بين عينيه آئس من رحمة الله و الأحاديث فى هذا الباب كثيرة جدا (و عليه انعقد إجماع الأمة) أى و على المأثم فى القتل العمد انعقد إجماع أمة

(١)أخرجه الترمذىّ فى الديات باب ما جآء فى تشديد قتل المؤمن ص١٦٧ ج١ و النسائىّ فى المحاربة (باب) تحريم الدم ص١٦٢ ج٢. (٢)و من يقتل الآية. النساء:٩٣. و اعلم أن قتل النفس بغير حق من اكبر الكبائر بعد الكفر بالله تعالى و تقبل التوبة منه فان قتل مسلما ثم مات قبل التوبة منه لا يتحتم دخوله النار بل هو فى مشية الله تعالى كسائر الكبائر فان دخلها لم يخلد فيها جوهرة و أما الآية فمؤولة بقتله لايمانه أو بالاستحلال أو بأن يراد بالخلود المكث الطويل شامية. (٣)رواه الترمذىّ فى الديات باب الحكم فى الدماء ص١٦٨ ج١. (٤)رواه البخارىّ فى أوائل الديات ص١٠١٤ ج٢. (٥)فسحة بضم الفاء وسكون السين المهملة و حاء مهملة أى سعة منشرح الصدر و إذا قتل نفسا بغير حق صار منحصرا ضيقا لما أوعد الله عليه ما لم يوعد على غيره عمدة القارى. (٦)رواه النسائىّ فى المحاربة (باب) تحريمّ الدم ص١٦٢ ج٢. (٧)رواه ابن ماجةّ فى الديات باب التغليظ فى قتل مسلم ظلماص١٩١.

قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الآية إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة و السلام العمد قود أى موجبه و لأن الجناية بها تتكامل و حكمة الزجر عليها تتوفر و العقوبة

النبى ﷺ (قال و القود (١)) عطف على قوله المأثم أى و موجبه أيضا وجوب القود أى القصاص (لقوله تعالى كتب (٢) عليكم القصاص فى القتلى الآية) و ما كتب على عباده فهو فرض (إلا أنه تقيد بوصف العمدية) يعنى أن الآية بظاهرها لم تفرق بين العمد و الخطأ غير أن القتل تقيد بوصف العمدية (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (العمد قود) هذا الحديث رواه (٣) ابن أبى شيبةؒ فى مسنده من حديث طاوس عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ العمد قود إلا أن يعفو ولى المقتول و رواه (٤) أبو داودؒ و النسائى و ابن ماجةؒ من حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أيضا طويلا و فيه من قتل عمدا فهو قود و الحديث مشهور زيد به على الكتاب فما بقى الكتاب على اطلاقه فصار كالمجمل فيجوز عندنا أن يكون الحديث بيانا له و إن كان خبرا واحدا كما فى بيان قدر مسح الرأس و فسر المصنفؒ قوله عليه الصلاة و السلام العمد قود بقوله (أى موجبه) أى موجب العمد أى الذى يقتضيه العمد قود أى قصاص لأن موجب غير العمد ليس بقصاص (و لأن الجناية بها) أى بالعمدية (تتكامل) فيجب بها القصاص لأن قتل الخطأ ليس بجناية محضة (و حكمة الزجر) مبتدأ (عليها) أى على الجناية (تتوفر) خبر مبتدأ من توفر على الشىء إذا رعى حرماته و وفر عليه حقه توفيرا واستوفره إذا استوفاه كاملا و حاصل المعنى أن العمدية تتكامل بها الجناية و كل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل لأن حكمة الزجر المنع عن الإقدام على الجنايات لمراعاة حرمتها لا للمجازاة المحضة إذ الدنيا ليست بدار الجزاء ودار الجزاء هى الآخرة (و العقوبة (٥)

(١)القود بفتح الواو أى القصاص و يسمى قودا لأنهم يقودون الجانى بحبل أو غيره قاله الازهرى سعدى و فى اللسان: القود (محركة) قتل النفس بالنفس شاذ كالحوكة و الخونة اه. (٢)كتب عليكم الآية. البقرة:١٧٨.
(٣)رواه ابن أبى شيبةؒ فى الديات (باب) من قال العمد قود ص٣٦٥ ج٩. (٤)رواه أبو داودؒ فى الديات باب عفو النساء عن الدم ص٢٧٦ ج٢ و باب فيمن قتل فى عميا بين قوم ص٢٨٣ ج٢ و النسائىؒ فى (باب) من قتل بحجر أو سوط ص٢٤٥ ج٢ و ابن ماجةؒ فى الديات باب من حال بين ولى المقتول و بين القود أو الدية ص١٩٣. (٥)و العقوبة المتناهية الخ. هذا من تتمة ما قبله و المجموع حجة واحدة و لفظ ذلك فى قوله دون ذلك إشارة إلى تكامل الجناية كما ذهب إليه كثير من الشراح أو إلى تعرف حكمة الزجر كما هو الأظهر و الأقرب فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذى هو عقوبة متناهية لا يجب فى غير العمد ثم أقول بقى فى كلام المصنفؒ شىء و هو أن قول المصنفؒ و لأن الجناية تتكامل الخ راجع إلى القياس و تقييد الكتاب بالقياس نسخ لاطلاق الكتاب بالقياس و هو غير جائز كما عرف فى علم الأصول نتائج الأفكار.

المتناهية لا شرع لها دون ذلك. قال إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا لأن الحق لهم ثم هو واجب عينا و ليس للمولى أخذ الدية إلا برضا القاتل و هو أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى إلا أن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل لأنه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه و فى قول الواجب أحدهما لا بعينه و يتعين باختياره لأن حق العبد شرع جابرا و فى كل واحد نوع جبر فيتخير

المتناهية لا شرع لها) هذه حجة أخرى و تقريرها القود عقوبة متناهية و العقوبة المتناهية لا شرع لها (دون ذلك) أى دون قيد العمدية و قال تاج الشريعةؒ العقوبة المتناهية إزالة حياة لا تشرع بدون تكامل الجناية. (قال) أى القدورىؒ (إلا أن يعفو الأولياء) هذا لفظ القدورىؒ و قوله (أو يصالحوا) لفظ المصنف رحمه الله تعالى يعنى إذا عفا الأولياء عن القصاص أو يصالحوا على مال فيسقط القصاص (لأن الحق لهم) أى للأولياء (ثم هو) أى القصاص (واجب عينا) أى من حيث التعين من الشارع و نتيجته تظهر من قوله (و ليس للولى أخذ الدية إلا برضا القاتل) لأن حقه القصاص بتعيين الشارع و ليس هو المخير بين أخذ الدية و القصاص (و هو أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى) و به قال (١) مالك رحمه الله تعالى فى المشهور عنه و هو قول ابراهيم النخعى و سفيان الثورى و الحسن بن حى و عبدالله بن ذكوان و عبدالله بن شبرمة رحمهم الله تعالى (إلا أن له) أى للولى (حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل لأنه) أى المال (تعين مدفعا للهلاك) و صيانة النفس عن الهلاك فرض بقدر الإمكان (فيجوز بدون رضاه) أى يجوز العدول إلى المال بغير رضا القاتل لأنه ملكه ما يحيى به نفسه فيلزم هذا التمليك شاء القاتل أو أبى كمن أصابته مخمصة فبذل له إنسان طعاما بثمن المثل يلزمه هذا التمليك و هذا لأن إحياء النفس فرض على الإنسان ما أمكن (و فى قول) أى للشافعى رحمه الله تعالى (الواجب أحدهما) أى إما القصاص أو أخذ المال (لا بعينه) يعنى من غير تعيين (و يتعين) أى أحدهما (باختياره) أى باختيار الولى (لأن حق العبد شرع جابرا) لحاجة العبد إلى الجبر حين تحقق نقصان فى حقه (و فى كل واحد) من القصاص و أخذ المال (نوع (٢) جبر فيتخير) و به قال مالك فى رواية و أبو ثور و اسحاق و محمد بن سيرين و سعيد بن المسيب و الليث و احمد و الأوزاعى و أبو سليمان و جمهور أصحاب الحديث رحمهم الله تعالى

(١) و به قال مالكؒ الخ. كذا فى العمدة. (٢) نوع جبر أى لحق المقتول مما فات عليه فان المقتول ينتفع بالدية من حيث قضاء ديونه و تنفيذ وصاياه و تجهيزه و تكفينه أو لحق الولى لأنه ينتفع به الولى الذى قام مقامه و فى القصاص نوع جبر أيضا لمعنى الانتقام و تشفى الصدور كفاية.

و لنا ما تلونا من الكتاب و روينا من السنة و لأن المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة و القصاص يصلح للتماثل و فيه مصلحة الاحياء زجرا و جبرا فيتعين و فى الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار و لا يتيقن بعدم قصد الولى بعد أخذ المال

و احتجوا بقوله عليه الصلاة و السلام من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا و إن أحبوا أخذوا العقل أى الدية و هذا تنصيص على أن كل واحد منهما موجب القتل قال الكاكىؒ هذا (١) الحديث رواه الكعبى رضى الله تعالى عنه قلت الجواب عنه أنه خبر واحد فلا يعارض الكتاب و السنة المشهورة و أيضا هو محمول على الرضا و للشافعى رحمه الله تعالى قول آخر ذكره تاج الشريعةؒ حيث قال فى المسألة ثلاثة أقاويل يعنى للشافعى رحمه الله تعالى فى قول الواجب هو القصاص إلا أن يعفو الولى و فى قول الواجب أحدهما و التعيين إلى الولى و فى قول بالعكس (و لنا ما تلونا من الكتاب) و هو قوله تعالى كتب (٢) عليكم القصاص فى القتلى (و روينا من السنة) و هو قوله عليه الصلاة و السلام العمد (٣) قود (و لأن المال) دليل عقلى و بيانه أن المال (لا يصلح موجبا) فى القتل العمد (لعدم المماثلة) بين المال و الآدمى لأن المال مملوك مبتذل و الآدمى مالك مبتذل فأنى يتماثلان (و القصاص (٤) يصلح للتماثل) لأنه صورة إزهاق روح بازهاق روح مثله (و فيه) أى و فى القصاص (مصلحة الاحياء زجرا) للغير عن وقوعه فيه (و جبرا) للورثة (فيتعين) أى القصاص (و فى الخطأ) هذا جواب عما يقال كيف يصلح موجبا فى الخطأ و الفائت فيه مثل الفائت فى العمد و تقرير الجواب أن فى القتل الخطأ (وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار) فانه لما لم يكن الإقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال و الآدمى مكرم لا يجوز إهدار دمه (و لا يتيقن بعدم قصد الولى بعد أخذ المال) هذا جواب عن قوله

(١)هذا الحديث الخ. قلت روى أبو داودؒ فى الديات باب ولى العمد يأخذ الدية ص ٢٧١ ج٢ و الترمذىؒ فيه باب ما جآء فى حكم ولى القتيل فى القصاص و العفو ص١٦٨ ج١ عن سعيد بن أبى سعيد المقبرى عن أبى شريح خويلد بن عمرو الكعبى رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال إن الله حرم مكة و لم يحرمها الناس إلى أن قال ثم انكم معشر خزاعة قتلتم هذا الرجل من هذيل و إنى عاقله فمن قتل له قتيل بعد اليوم فأهله بين خيرتين إما أن يقتلوا أو يأخذوا العقل و قال الترمذىؒ هذا حديث حسن صحيح. (٢)كتب عليكم الآية.البقرة:١٧٨. وجه التمسك به أن الله تعالى ذكر فى الخطأ الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطأ و هو العمد و لما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا تلزم الزيادة على النص بالرأى عناية. (٣)العمد قود. وجه التمسك به أن الألف و اللام فى قوله العمد للجنس إذ لا معهود ينصرف إليه ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك فمن عدل عنه إلى غيره زاد على النص عناية. (٤)و القصاص يصلح للتماثل صورة لأنه قتل بقتل و كذا معنى لأن المقصود بالقتل الانتقام و الثانى فيه كالأول و بهذا سمى قصاصا مبسوط سرخسىؒ.

فلا يتعين مدفعا للهلاك و لا كفارة فيه عندنا و عند الشافعي رحمه الله تعالى تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه في الخطأ فكان أدعى إلى إيجابها و لنا أنه كبيرة محضة و في الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها و لأن الكفارة

لأنه تعين مدفعا للهلاك تقريره أنه لا يتيقن بعدم قصد الولي القتل بعد أخذ الدية لأنه يجوز أن يأخذ الدية ثم تهيجه الضغينة و تحركه العداوة على ارتكاب قتله و إن لم يكن له ذلك شرعا فإذا كان كذلك (فلا يتعين مدفعا للهلاك) فان قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا و قد جاز أجيب بأن في الصلح المراضاة و القتل بعده ظاهر العدم (و لا كفارة فيه) في القتل العمد سواء كان عمدا يجب فيه القصاص أو لا يجب كالأب إذا قتل ابنه عمدا و المسلم إذا قتل من أسلم في دار الحرب و لم يهاجر إلينا عمدا (عندنا) و به قال (١) مالك رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى في المشهور عنه و به قال الثوري و أبو ثور و ابن المنذر رحمهم الله تعالى (و عند الشافعي رحمه الله تعالى تجب) و به قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و لا خلاف في وجوب الكفارة في الخطأ إلا ما حكي عن مالك رحمهم الله تعالى أنه قال لا تجب الكفارة في القتل العمد و الخطأ و للشافعي (٢) رحمه الله تعالى وجهان في سقوط الكفارة عن القاتل إذا قتل قصاصا و الأصح أنه لا تسقط و تؤدى من تركته (لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه) أي من الحاجة إلى التكفير (في الخطأ) لأنها لستر الذنب و الذنب في العمد أعظم (فكان أدعى إلى إيجابها) أي فكان الذنب أدعى إلى إيجاب الكفارة (و لنا أنه) أي القتل العمد (كبيرة (٣) محضة) أي ليس فيه جهة الإباحة (و في الكفارة معنى (٤) العبادة) يعني الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فلا بد أن يكون سببها بين الحظر و الإباحة كما في الغموس (فلا تناط) أي الكفارة (بمثلها) أي بمثل الكبيرة المحضة (و لأن (٥) الكفارة) جواب عن قياس الشافعي رحمه الله تعالى يعني إلحاقه العمد بالخطأ تقريره أن الكفارة

(١) و به قال مالكٌ الخ. كذا في المغني ص٤٠ ج١٠. (٢) و للشافعيٌ الخ. كذا في شرح الوجيز ص٥٣٤ ج١٠.
(٣) كبيرة محضة لما روى البخاريٌ في الديات باب قول الله و من أحياها (ص١٠١٥ ج٢) عن انس بن مالك رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال أكبر الكبائر الاشراك بالله و قتل النفس و عقوق الوالدين و قول الزور أو قال و شهادة الزور. (٤) معنى العبادة بدليل أن للصوم و الاعتاق فيها مدخلا شامي. (٥) و لأن الكفارة الخ. هذا جواب عن قياس الشافعي رحمه الله تعالى حيث قاس وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ تقريره أن الكفارة من المقادير أي مقادير الشرع و تعينها أي تعين الكفارة في الشرع لدفع الأدنى أي لدفع الذنب الأدنى و هو الخطأ لا يعينها أي الكفارة لدفع الأعلى أي لدفع الذنب الأعلى و هو العمد فان كم من شيء يتحمل الأدنى للقدرة عليه و لا يحتمل الأعلى للعجز عنه قاضي زادهٌ.

من المقادير و تعينها فى الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى و من حكمه حرمان الميراث لقوله عليه الصلاة و السلام لا ميراث لقاتل. قال و شبه العمد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح و لا ما أجرى مجرى السلاح

(من المقادير و تعينها فى الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى) و هو القصاص فلا يمكن إلحاق العمد بالخطأ لأنه لا مدخل للرأى فى تقدير العقوبات فإن قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة و مع هذا تجب فيه الكفارة قلت هو جناية على المحل و لهذا لو اشترك حلالان فى قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد و لو كان جناية الفعل لوجب جزآن و الجناية على المحل يستوى فيه العمد و الخطأ (و من حكمه) أى من حكم القتل العمد (حرمان الميراث لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (لا ميراث لقاتل) هذا أخرجه (١) ابن ماجةؒ من حديث عمر رضى الله تعالى عنه مطولا و فيه سمعت رسول الله ﷺ يقول ليس لقاتل ميراث و رواه (٢) مالكؒ فى الموطأ و عن مالكؒ رواه الشافعىؒ فى مسنده و عبدالرزاقؒ فى مصنفه و أخرجه (٣)الترمذىؒ من حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال القاتل لا يرث و قال الترمذىؒ هذا حديث لا يصح لا نعرفه إلا من هذا الوجه و قال فيه إسحاق بن عبدالله بن أبى فروة تركه بعض أهل العلم منهم أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى. (قال) أى القدورىؒ (و شبه (٤) العمد عند (٥) أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح و لا ما أجرى مجرى السلاح) سواء كان الهلاك به غالبا كالحجر و العصا الكبيرين و مدقة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة و فى المبسوط (٦) سمى هذا الفعل الذى لا يوجب القود بشبه العمد أى خطأ يشبه العمد لما فيه من معنى العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب و معنى الخطأ باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر إلى الآلة التى استعملها إذ هى آلة الضرب للتأديب دون القتل و العاقل إنما يقصد إلى كل فعل بآلته فكان ذلك خطأ يشبه العمد بلا خلاف و عن مالك رحمه الله تعالى فى رواية أن قصد

(١)أخرجه ابن ماجةؒ فى الديات باب القاتل لا يرث ص ١٩٤. (٢)رواه مالكؒ فى العقول (باب) ميراث العقل و التغليظ فيه ص ٦٧٦. (٣)أخرجه الترمذىؒ فى الفرائض باب ما جآء فى إبطال ميراث القاتل ص ٣٢ ج ٢ و ابن ماجةؒ فى الديات باب القاتل لا يرث ص ١٩٤ و فى الفرائض باب ميراث القاتل ص ٢٠١. (٤)شبه العمد بفتحتين أو بكسر فسكون أى نظير العمد و يقال له شبه الخطا لأن فيه معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب و معنى الخطا باعتبار عدم قصده إلى القتل إذ ليست الآلة آلة قتل اه من الدرر و القهستانى و زاد الاتقانىؒ أنه يسمى خطا العمد شامى. (٥)عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى الخ. و فى الهندية عن المضمرات: و الصحيح قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. (٦)المبسوط للسرخسىؒ ص ٦٤ ج ٢٦.

و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد و شبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب و نحوه فكان شبه العمد و لا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود و له قوله عليه الصلاة و السلام الا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط و العصا و فيه مائة من الابل

القتل يوجب القود و الخلاف في تفسير شبه العمد و في الأوضح شبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن يتعمده بكل آلة لم توضع للقتل (و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد و شبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما أنه يقصد بها غيره) أي غير القتل (كالتأديب و نحوه فكان شبه العمد و لا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود) أي للقصاص و قال صاحب المجتبىٰ يشترط عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن يقصد التأديب دون الإتلاف و عندهما إن كان متعمدا بما لا يكون الإتلاف به غالبا و عند الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى بكل آلة لا تصلح للقتل فلو ضربه بسوط صغير سوطا أو سوطين فمات فهو شبه العمد عند الكل و لو والى في الضربات إلى أن مات فإن كان جملة ما والى بحيث يقتل مثله غالبا فهو عمد محض عندهما و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و قال بعضهم هو شبه العمد على قولهما كقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و إن كان لا يقتل مثله غالبا فمات فهو شبه عمد لا قصاص فيه إلا أن يكون معروفا بذلك و عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى يجب القود و قال بعضهم شبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن يتعمده بكل آلة لم توضع للقتل و عندهما بكل آلة لا تقتل غالبا و قد ذكرنا هذا (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط و العصا و فيه مائة من الابل) هذا الحديث رواه (١) ابو داودؒ و النسائيؒ و ابن ماجةؒ من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط و العصا مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها و رواه

(١)رواه أبو داودؒ في الديات باب في الدية كم هي ص٢٧٧ ج٢ و النسائيؒ في باب كم دية شبه العمد ص٢٤٦ ج٢ و ابن ماجةؒ في الديات باب دية شبه العمد مغلظة ص١٩٢ و صححه ابن حبانؒ و ابن القطانؒ كما في نصب الراية ص٣٣١ ج٤ و التلخيص الحبير ص١٥ ج٤.

و لأن الآلة غير موضوعة للقتل و لا مستعملة فيه إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله و به يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا إلى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط و العصا الصغيرة. قال و موجب ذلك على القولين الاثم لأنه قتل و هو قاصد في الضرب و الكفارة لشبهه بالخطأ و الدية مغلظة على العاقلة و الأصل أن كل دية وجبت

الثلاثة (١) المذكورونْ عن عبدالله بن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح بمكة الحديث وفيه ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها و رواه أحمدْ و الشافعيْ و إسحاقْ في مسانيدهم و رواه ابن أبي شيبة و عبدالرزاقْ في مصنفيهما و وجه التمسك به أنه ﷺ ذكر السوط و العصا مطلقا فيتناول الصغير و الكبير (و لأن الآلة) سواء كانت كبيرة أو صغيرة (غير موضوعة للقتل و لا مستعملة فيه) أي في القتل (إذ لا يمكن استعمالها) أي لأنه لا يمكن استعمال هذه الآلة (على غرة) بكسر الغين المعجمة و تشديد الراء أي على غفلة (من المقصود قتله و به) أي و بالاستعمال على غرة (يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا إلى الآلة) يعني القصد إلى القتل أمر باطن لا يوقف عليه فأقام الشرع الضرب بآلة وضعت للقتل مقام القصد إلى القتل و أقام الضرب بآلة وضعت للتأديب مقام عدم القصد فسقط اعتبار حقيقة القصد و اعتبر السبب القائم مقامه كذا في مبسوط شيخ الإسلامْ (فكان شبه العمد كالقتل بالسوط و العصا الصغيرة. (قال) أي القدوريْ (و موجب ذلك) أي موجب شبه العمد (على القولين) أي على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قولهما (الاثم (٢) لأنه قتل) على صيغة فعل الماضي (و هو قاصد في الضرب) الواو حالية (و الكفارة) بالرفع عطفا على قوله الاثم أي و موجبه أيضا وجوب الكفارة (لشبهه بالخطأ) أي بالنظر إلى الآلة و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و في الإيضاح وجدت في كتب أصحابنا أن لا كفارة في شبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن الاثم كامل متناه و تناهيه يمنع شرع الكفارة لأن ذلك من باب التخفيف و في الكافي و الصحيح أنها تجب عنده ذكره الطحاويْ و الجصاصْ (و الدية) بالرفع أيضا أي و موجب ذلك أيضا وجوب الدية حال كونها (مغلظة (٣)) أي دية مغلظة و سيجيء تفسيرها إن شاء الله تعالى (على (٤) العاقلة و الأصل) أي في هذا الباب (أن كل دية وجبت

(١) روى الثلاثة المذكورون يعني أبو داود و النسائي و ابن ماجة رحمهم الله تعالى في الأبواب المذكورة. (٢) الاثم أي إثم الضرب لأنه قصده لا إثم القتل لأنه لم يقصده زيلعي. (٣) مغلظة أي من مائة إبل فلو قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ قهستاني و تؤخذ أرباعا من بنت مخاض و بنت لبون و حقة و جذعة شامي و اعلم أن شبه العمد كالخطأ إلا في حق الاثم و صفة التغليظ في الدية زيلعي. (٤) على العاقلة أي الناصرة للقاتل قهستاني و اعلم أن المال الواجب بالعمد المحض يجب في مال القاتل فيما دون النفس و في النفس و في الخطأ فيهما على العاقلة =>

بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطأ و تجب فى ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضى الله عنه و تجب مغلظة و سنبين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى و يتعلق به حرمان الميراث لأنه جزاء القتل و الشبهة تؤثر فى سقوط القصاص دون حرمان الميراث و مالك رحمه الله تعالى و إن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه.

بالقتل ابتداء) يعنى كل دية يوجبها القتل من الابتداء (لا بمعنى يحدث من بعد) احترز به عما تصالحوا فيه على الدية و عن قتل الوالد ولده عمدا و عن إقرار القاتل بالقتل خطأ و قد كان قتله عمدا فإن فى هذه الصور تجب الدية على القاتل فى ماله و قوله من بعد بضم الدال لأن كلمة بعد لما قطع عن الاضافة بأن حذف المضاف إليه بنى على الضم كما فى قوله تعالى لله الأمر من قبل و من بعد أى من قبل كل شيء و من بعد كل شيء بنى على الضم و قوله (فهى على العاقلة) خبر أن و سيجيء تفسير العاقلة فى باب مستقل (اعتبارا (١) بالخطأ) أى قياسا عليه (و تجب) أى الدية (فى ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه و تجب مغلظة) أى الدية حال كونها مغلظة (و سنبين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى) يعنى فى كتاب الديات (و يتعلق به) أى بشبه العمد (حرمان الميراث لأنه) أى لأن حرمان الميراث (جزاء القتل و الشبهة تؤثر فى سقوط القصاص) جواب عما يقال لما أثر شبه العمد فى سقوط القصاص كان ينبغى أن يؤثر أيضا فى حرمان الميراث و تقرير الجواب أن شبه العمد يؤثر فى سقوط القصاص للشبهة (دون حرمان الميراث) لأن الحرمان جزاء القتل بالنص و هو قوله عليه الصلاة و السلام لا ميراث للقاتل (و مالك رحمه الله تعالى و إن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه) و فى المبسوط (٢) و

=> و فى شبه العمد لو نفسا على العاقلة و فيما دونها و إن بلغ الدية على القاتل اه بزازية شامية. (١)اعتبارا بالخطأ. أقول فيه نظر لأن الأصل فى وجوب الدية على العاقلة حديث مرفوع رواه مسلمؒ فى القسامة باب دية الجنين و وجوب الدية فى قتل الخطأ و شبه العمد على عاقلة الجانى (ص٦٢ ج٢) عن المغيرة بن شعبة رضى الله تعالى عنه قال إن امرأة قتلت ضرتها بعمود فسطاط فاتى فيه رسول الله ﷺ فقضى على عاقلتها بالدية اه فكيف يقاس بالخطأ. (٢)المبسوط للسرخسىؒ ص٦٥ ج٢٦ و فى مغنى الحنابلة (ص ٣٢٠ ج٩): القتل على ثلاثة أوجه عمد و شبه العمد و خطأ روى ذلك عن عمر و على رضى الله تعالى عنهما و به قال الشعبى و النخعى و قتادة و حماد و أهل العراق و الثورى و الشافعى و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و أنكر مالك رحمه الله تعالى شبه العمد و قال ليس فى كتاب الله إلا العمد و الخطأ فأما شبه العمد فلا يعمل به عندنا و جعله من قسم العمد و حكى عنه مثل قول الجماعة و هو الصواب اه. قال العثمانىؒ فى الاعلاء: و قد قال بشبه العمد طائفة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم منهم عمر بن الخطاب و عثمان بن عفان و على بن أبى طالب و ابن مسعود و زيد بن ثابت و أبو موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنهم و هو أيضا قول الجمهور من الفقهاء بعد الصحابة رضى الله تعالى عنهم كالنخعى و الشعبى و عطاء و طاوس و مسروق و الحكم بن عتيبة و عمر بن عبدالعزيز و الحسن و ابن المسيب =>

قال و الخطأ على نوعين خطأ فى القصد و هو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمى أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم و خطأ فى الفعل و هو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا و موجب ذلك الكفارة و الدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة و دية مسلمة إلى أهله الآية و هى على عاقلته فى ثلاث سنين لما بيناه و لا إثم فيه يعنى فى الوجهين قالوا المراد إثم القتل فأما فى نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة و المبالغة فى التثبت فى حال الرمى إذ شرع

كان مالك رحمه الله تعالى يقول لا أدرى ما شبه العمد و إنما القتل نوعان عمد و خطأ و قول المصنفؒ فالحجة عليه أى على مالك رحمه الله تعالى ما أسلفناه قال الأكملؒ قيل أراد به قوله عليه الصلاة و السلام ألا إن قتيل العمد قتيل السوط و العصا و لكن المعهود من المصنفؒ فى مثله أن يقول ما روينا و الحق أن يقال إنما قال أسلفنا نظرا إلى الحديث و المعنى المنقول قلت كان الأوجه أن يقول لما ذكرنا على ما لا يخفى. (قال) أى القدوريؒ (و الخطأ (١) على نوعين خطأ فى القصد و هو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمى أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم) قوله يظنه جملة حالية و الفاء فى فإذا فى الموضعين للمفاجاة (و خطأ فى الفعل و هو أن يرمى غرضا) بفتح الغين المعجمة و الراء و بالضاد المعجمة و هو الهدف (فيصيب آدميا و موجب ذلك) أى ما يقتضيه الخطأ بنوعيه (الكفارة و الدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير (٢) رقبة مؤمنة و دية مسلمة إلى أهله الآية و هى على عاقلته فى ثلاث سنين لما بيناه) أراد به قوله و تجب فى ثلاث سنين لقضية عمر رضى الله تعالى عنه (و لا إثم فيه) من كلام القدوريؒ و قال المصنفؒ (يعنى (٣) فى الوجهين) يعنى عدم وجوب الاثم فى الوجهين المذكورين لقوله عليه الصلاة و السلام رفع عن أمتى الخطأ و النسيان (قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (المراد إثم القتل) أى إثم قصد القتل بحذف المضاف لأن إثم القتل غير منفى و هو معنى قوله (فأما فى نفسه) أى فأما القتل فى نفسه (فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة و المبالغة فى التثبت فى حال الرمى إذ شرع

=> و قتادة و الزهرى و أبى الزناد و حماد بن أبى سليمان و هو أيضا قول جمهور الفقهاء كسفيان الثورى و ابن شبرمة و عثمان البتى و الحسن بن حيى و الأوزاعى و أبى حنيفة و الشافعى و أصحابهما رحمهم الله تعالى اه.

(١)الخطأ على نوعين الخ. و فى العناية: إنما انحصر الخطا فى نوعين لأن الرمى إلى شىء مثلا مشتمل على فعل القلب و هو القصد و الجارحة و هو الرمى فان اتصل الخطا بالأول فهو الأول و إن اتصل بالثانى فهو الثانى اه.

(٢)فتحرير رقبة الآية. النساء: ٩٢. (٣)يعنى فى الوجهين. أقول كان الأولى للمصنفؒ أن يقول يعنى فى كل واحد من الوجهين إذ يحصل حينئذ إصلاح إفراد الضمير أيضا قاضى زاده.

الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى و يحرم عن الميراث لأن فيه إثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما إذا تعمد الضرب موضعا من جسده فأخطأ فأصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه و جميع البدن كالمحل الواحد. قال و ما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ فى الشرع و أما القتل بسبب كحافر البير و واضع الحجر .

الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى) الإثم لأنه لم يباشر الرخصة بطريق السلامة و المباح مقيد بهذا كالمرور فى الطريق و إذا كان فيه نوع إثم يستقيم تعليق حرمان الميراث به و هو معنى قوله (و يحرم عن الميراث لأن فيه إثما فيصح تعليق الحرمان به) أى بالقتل الخطأ بنوعيه (بخلاف ما إذا تعمد الضرب) هذا متصل بقوله و موجب ذلك الكفارة و الدية و صورة ذلك رجل تعمد أن يضرب (موضعا من جسده) بأن قصد ضرب يد رجل (فأخطأ فأصاب موضعا آخر) بأن أصاب عنقه (فمات حيث يجب القصاص لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه و جميع البدن كالمحل الواحد) حتى إذا أصاب عنق غيره فهو خطأ. (قال) أى القدورىؒ (و ما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم (١) الخطأ فى الشرع) لكنه دون الخطأ حقيقة فإنه ليس من أهل القصد أصلا و إنما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه فى موضع يتوهم أن يصير قاتلا و الكفارة فى قتل الخطأ إنما تجب لترك التحرز أيضا و إنما جعل محروما عن الميراث لجواز أن يكون متناوما و لم يكن نائما حقيقة و هذا معتبر فى حق الحرمان و فى الأوضح لو وقع من سطح على إنسان فقتله أو كان على دابة فأوطأت إنسانا فمات أو كان فى يده لبنة أو خشبة فسقطت من يده على إنسان فقتله فهذا مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لكونه قتلا للمعصوم من غير قصد فأجرى مجرى الخطأ (و أما القتل بسبب كحافر البئر و واضع (٢) الحجر

(١)حكم الخطأ يعنى من سقوط القصاص و وجوب الدية و الكفارة و حرمان الميراث أما سقوط القصاص فلأنه لم يتعمد و أما وجوب الدية فلأنه مات بفعله و أما وجوب الكفارة فلأنه مات بثقله و أما حرمان الميراث فلجواز أن يكون اعتمد قتله و أظهر النوم و إنما أجرى ذلك مجرى الخطاء و إن تعلق به حكم الخطاء لأن النائم لا قصد له فلا يوصف فعله بعمد و لا خطأ فلهذا لم يطلق عليه اسم الخطاء جوهرة. (٢)و واضع الحجر فى غير ملكه و كذا واضع خشبة على قارعة الطريق و نحو ذلك إلا إذا مشى على البئر و نحوه بعد علمه بالحفر و نحوه در عن درر (فرع) تعقل بحجر فسقط فى بئر حفرها رجل فالضمان على واضع الحجر فلو لم يضعه أحد فعلى الحافر و كذا لو زلق بماء صبه رجل فوقع فى البئر فالضمان على الصاب و لو بماء مطر فعلى الحافر شامية عن تاترخانية و إذا اختلف الولى و الحافر فقال الحافر أنه أسقط نفسه فالقول قول الحافر استحسانا و فى الخجندى هذا قول محمد رحمه الله تعالى جوهرة. (٢)و واضع الحجر أى إذا لم ينحه غيره فان نحاه فعطب به رجل ضمن المنحى شامى.

في غير ملكه و موجبه إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لأنه سبب التلف و هو متعد فيه فأنزل موقعا دافعا فوجبت الدية و لا كفارة فيه و لا يتعلق به حرمان الميراث و قال الشافعي رحمه الله تعالى يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلا و لنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل و هو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا و هذه كفارة ذنب القتل و كذا الحرمان بسببه و ما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة و ما دونها لا يختص إتلافه بآلة دون آلة و الله اعلم.

في غير (١) ملكه و موجبه) أي موجب القتل بسبب (إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لأنه سبب التلف و هو متعد فيه فانزل موقعا) يعني في البئر (دافعا) يعني إلى الحجر (فوجبت الدية و لا كفارة فيه و لا يتعلق به حرمان الميراث و قال الشافعي رحمه الله تعالى (يلحق بالخطأ) أي يلحق القتل بالسبب بقتل الخطأ (في أحكامه) أي في أحكام الخطأ فيجب الكفارة و يحرم عن الميراث و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (لأن الشرع أنزله قاتلا) يعني في حق الضمان فكذا في الكفارة و الحرمان فكان كالمباشر فعندهم المسبب كالمباشر (و لنا أن القتل معدوم منه) أي من المسبب (حقيقة) لأنه ليس بمباشر للقتل حقيقة لأن مباشرة القتل باتصال فعل من القاتل بالمقتول و لم يوجد (فألحق به) أي فألحق التسبيب بالخطأ (في حق الضمان) صيانة للدم عن الهدر على خلاف الأصل (فبقي في حق غيره) أي في حق غير الضمان و هو حق الكفارة و حرمان الميراث (على الأصل) و هو عدم القتل (و هو إن كان يأثم) هذا جواب عما يقال الحافر في غير ملكه يأثم و ما فيه إثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطأ و تقرير الجواب أن المسبب إن كان يأثم (بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا) أي على ما قال المشايخ رحمهم الله تعالى (و هذه) أي كفارة القتل (كفارة ذنب القتل) و لا قتل هنا فلا كفارة (و كذا الحرمان) عن الميراث (بسببه) أي بسبب ذنب القتل و لا قتل هنا فلا حرمان (و ما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها) يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ (لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة) فإن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح و ما يجرى مجراه (و ما دونها) أي ما دون النفس (لا يختص إتلافه بآلة دون آلة و الله أعلم) ألا ترى أن فقأ العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط و العصا الصغيرة.

(١)في غير ملكه. هذا قيد للحفر و الوضع درر فلو في ملكه فلا تعدى فلا دية و لا كفارة ط شامي.

باب ما يوجب القصاص و ما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمدا أما العمدية فلما بيناه و أما حقن الدم علي التأبيد فلتنتفي شبهة الاباحة و تتحقق المساواة.

(باب ما يوجب القصاص و ما لا يوجبه)

أى هذا باب فى بيان ما يوجب القصاص و فى بيان ما لا يوجب القصاص و لما فرغ من بيان أقسام القتل و كان من جملتها العمد و هو قد يوجب القصاص و قد لا يوجبه احتاج إلى تفصيل ذلك فى باب على حدة. (قال) أى القدورىؒ (القصاص واجب بقتل كل محقون (١) الدم) من حقن (٢) دمه إذا منعه أن يسفك (على التأبيد) احترز به عن المستأمن فان فى دمه شبهة الاباحة بالعود إلى دارالحرب المزيلة للمساواة المنبئ عنها القصاص (إذا قتل عمدا) قيد به لأنه إذا قتل خطأ لا يجب القصاص و لا يشكل بقتل الأب ابنه عمدا فانه قتل محقون الدم على التابيد عمدا مع أنه لا يجب القصاص لأن ذلك من العوارض فلا يدخل تحت القواعد و الكلام فى الأصول (أما العمدية فلما بيناه) فى أوائل كتاب الجنايات من قوله عليه الصلاة و السلام العمد قود و من أن الجناية تتكامل بها (و أما حقن الدم على التأبيد فلتنتفى شبهة الإباحة و تتحقق المساواة) بين القاتل و المقتول و قال الأكملؒ و فيه بحث من أوجه الأول أن العفو مندوب إليه و ذلك ينافى وصف القصاص بالوجوب الثانى أن حقن الدم على التأبيد غير متصور لأن أنهى ما يتصور منه أن يكون للمسلم فى دار الإسلام و هو يزول بالارتداد و العياذ بالله الثالث أنها منقوضة بمسلم قتل إبنه المسلم فإنها موجودة فيه و لا قصاص الرابع أن قيد التأبيد لثبوت المساواة و إذا قتل المستأمن مسلما وجب القصاص و لا مساواة بينهما و الجواب (٣) عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء و لا منافاة بينه و بين العفو و عن الثانى أن المراد بالحقن على التأبيد ما هو بحسب (٤) الأصل و الارتداد عارض لا معتبر به و رجوع الحربى إلى داره أصل لا عارض و عن الثالث

(١) محقون الدم. احترز به عن مباح الدم كالزانى المحصن و الحربى و المرتد شامية و المراد الحقن الكامل فمن أسلم فى دار الحرب فقد صار محقون الدم على التابيد و لا يقتص من قاتله هناك لأن كمال الحقن بالعصمة المقومة و المؤثمة و بالاسلام حصلت المؤثمة دون المقومة لأنها تحصل بدار الاسلام أفاده فى الكفاية. (٢) حقن دمه الخ. كذا فى المغرب. (٣) و الجواب عن الأول أن المراد بالوجوب الخ. أقول هذا مجاز لا ينبغى إرتكابه إلا لضرورة و لا ضرورة إذ يجوز أن يقال إنه واجب على الأئمة لا يحل لهم أن يتركوه إذا أراد ولى الدم الاستيفاء أو يقال هو واجب على القاتل إذا لم يسلم نفسه عند مطالبة الولى بالقصاص يأثم و قد فسر بهذين الوجهين قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص الآية سعدى. (٤) بحسب الأصل. أقول الأصل ههنا بمعنى الكثير الراجح سعدى.

قال و يقتل الحر بالحر و الحر بالعبد للعمومات و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر و العبد بالعبد و من ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد و لأن مبنى القصاص على المساواة و هي منتفية بين المالك و المملوك و لهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد

بأن القصاص ثابت لكنه انقلب مالاً لشبهة (١) الأبوة و عن الرابع بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس. (قال) أي القدوريّ (و يقتل الحر بالحر و الحر بالعبد للعمومات) يريد به قوله كتب (٢) عليكم القصاص في القتلى و قوله و من (٣) قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا و قوله و كتبنا (٤) عليهم فيها أن النفس بالنفس و قوله عليه الصلاة و السلام العمد قود و قال الكاكيّ و الحر بالعبد و كذا بالأمة و لكن لا يقتل بعبد نفسه عندنا و قال (٥) النخعي و داود رحمهما الله تعالى يقتل بعبد نفسه أيضا لما روى (٦) الحسنّ عن سمرة رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال من قتل عبده قتلناه و من جدع (٧) عبده جدعناه قلنا الحسنّ ما سمع من سمرة رضي الله تعالى عنه و لئن صح كان محمولا على الزجر دون إرادة الايقاع و قيل هذا منسوخ بدليل سقوط القصاص بين المولى و العبد بالإجماع (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يقتل (٨) الحر بالعبد) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى بل يضمن قيمته (لقوله تعالى الحر بالحر و العبد بالعبد و من ضرورة هذه المقابلة) و هي مقابلة الحر بالحر و العبد بالعبد (أن لا يقتل حر بعبد و لأن مبنى القصاص على المساواة) بين القاتل و المقتول (و هي) أي المساواة (منتفية بين المالك و المملوك و لهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه) أي بطرف العبد (بخلاف العبد

(١)لشبهة الأبوة. أقول الظاهر أن يقال لحرمة الأبوة و مراد الشارح للشبهة الناشئة من الأبوة في درء القصاص و هي شبهة الاباحة الثابتة بقوله عليه الصلاة و السلام أنت و مالك لأبيك سعدى. (٢)كتب الآية. البقرة:١٧٨. (٣)و من قتل الآية. الاسرآء:٣٣. (٤)وكتبنا الآية. المآئدة: ٤٥. (٥)قال النخعيّ الخ. كذا في المغني ص٣٤٩ ج٩. (٦)روى الحسنّ الخ. قلت رواه أبو داودّ في الديات باب من قتل عبده الخ ص٢٧٢ ج٢ و الترمذيّ فيه باب ما جآء في الرجل يقتل عبده ص١٦٩ ج١ و النسائيّ في القسامة (باب) القود من السيد للمولى ص٢٤٠ ج٢ و ابن ماجةّ في الديات باب هل يقتل الحر بالعبد ص١٩٥ و قال الترمذيّ هذا حديث حسن غريب. (٧)جدع. و في النهاية لابن الاثيرّ: الجدع (بالفتح فالسكون) قطع الأنف و الأذن و الشفة و هو بالأنف أخص فاذا أطلق غلب عليه يقال رجل أجدع و مجدوع إذا كان مقطوع الأنف اه. (٨)لا يقتل الحر بالعبد. قلت روى هذا عن أبي بكر و عمر و علي و زيد و ابن الزبير رضي الله تعالى عنهم و به قال الحسن و عطاء و عمر بن عبدالعزيز و عكرمة و عمرو بن دينار و مالك و الشافعي و احمد و اسحاق و أبو ثور رحمهم الله تعالى و يروى عن سعيد بن المسيب و النخعي و قتادة و الثوري و أصحاب الرأي رحمهم الله تعالى أنه يقتل به كذا في المغني ص٣٤٨ ج٩.

بالعبد لأنهما يستويان و بخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان و لنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة و هي بالدين أو بالدار و يستويان فيهما و جريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة و النص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه.

قال و المسلم بالذمي

بالعبد لأنهما يستويان) في المملوكية (و بخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان) أي لأن التفاوت بين العبد و الحر تفاوت إلى نقصان فيجوز أن يقتص بالكامل دون عكسه كما في الطرف (و لنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة) أي عصمة الدم (و هي) أي العصمة (بالدين) يعني عند الشافعي رحمه الله تعالى (أو بالدار) يعني عندنا (و يستويان فيها) أي يستوي الحر و العبد في الدين و الدار فيجري القصاص بينهما (و جريان القصاص بين العبدين) هذا جواب عما يقال للرق أثر الكفر و حقيقه الكفر تورث شبهة الإباحة و لهذا لا يقتص المسلم بالكافر مطلقا عند الشافعي رحمه الله تعالى و لا يقتص المسلم بالمستأمن بالاجماع فكذا أثره يورث شبهة الإباحة و تقدير الجواب أن يقال إن الرق لا يورث شبهة الإباحة و هو معنى قوله و جريان القصاص بين العبدين (يؤذن) أي يعلم (بانتفاء شبهة الإباحة) أي إباحة الدم و الدليل على ذلك أنه لو كان كما قلتم لما جاز جريان القصاص بين العبدين و لهذا لا يجري بين المستأمنين (و النص تخصيص بالذكر) هذا جواب عما استدل به من المقابلة في الآية و وجهه أن النص الذي فيه المقابلة تخصيص بالذكر (فلا ينفي ما عداه) أي ما عدا المنصوص كما في قوله تعالى و الأنثى بالأنثى فإنه لا ينفي الذكر بالأنثى و لا العكس بالإجماع و فائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول و ذلك أن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى إحداهما فضلا على الأخرى اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالأنثى منا و الحر منهم بقتل العبد منا فأنزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم و لم يذكر الجواب عن الأطراف و قد أجيب بأن القصاص في الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان فإنه لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء و لا مساواة بينهما في ذلك لأن الرق ثابت في أجزاء الجسم بخلاف النفوس فإن القصاص فيها يعتمدها في العصمة و قد تساويا فيها. (قال) أي القدوري (و المسلم (١) بالذمي) أي يقتل

(١) و المسلم بالذمي الخ. و في المغني (ص ٣٤١ ج ٩): اكثر أهل العلم لا يوجبون على مسلم قصاصا بقتل كافر أيّ كافر كان روى ذلك عن عمر و عثمان و علي و زيد بن ثابت و معاوية رضي الله تعالى عنهم و به قال عمر بن عبدالعزيز و عطاء و الحسن و عكرمة و الزهري و ابن شبرمة و مالك و الثوري و الأوزاعي و الشافعي و اسحاق و أبو عبيد و أبوثور و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و قال النخعي و الشعبي و أصحاب الرأي رحمهم الله تعالى يقتل المسلم بالذمي خاصة اه.

خلافا للشافعي رحمه الله تعالى له قوله عليه الصلاة و السلام لا يقتل مؤمن بكافر و لأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية و كذا الكفر مبيح فيورث الشبهة و لنا ما روى أن النبي عليه الصلاة و السلام قتل مسلما بذمي

المسلم بالذمي و به (١) قال النخعي و الشعبيّ رحمهما الله تعالى (خلافا للشافعي) ومالك و أحمد و أبي ثور و الثوري و الأوزاعي و زفر و أصحاب الظواهر رحمهم الله تعالى و هو قول عطاء و الحسن البصري رحمهما الله تعالى و في المبسوط الخلاف فيما إذا كان القاتل حال القتل مسلما أما لو قتل ذمي ذميا ثم أسلم القاتل يقتص بالإجماع و عن مالك رحمه الله تعالى إذا قتل المسلم الذمي غيلة يقتل به لما روى أن عثمان رضي الله تعالى عنه أمر به في هذه الصورة و الغيلة أن يخدع الرجل حتى يدخل بيته أو نحوه فيقتله أو يأخذ ماله إن كان معه (له) أي للشافعي رحمه الله تعالى (قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (لا يقتل مؤمن بكافر) هذا الحديث رواه (٢) البخاريّ عن أبي جحيفة قال سألت عليا رضي الله تعالى عنه هل عندكم شيء مما ليس في القرآن قال العقل و فكاك الأسير و أن لا يقتل مسلم بكافر و أخرجه (٣) أبو داودّ و النسائيّ مطولا و فيه ألا لا يقتل مؤمن بكافر و روى (٤) أبو داودّ و ابن ماجةّ أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لا يقتل مسلم بكافر (و لأنه لا مساواة بينهما) أي بين المسلم والذمي (وقت الجناية) قيد به لأن القاتل إذا كان ذميا وقت القتل ثم أسلم فإنه يقتص منه بالإجماع و قد ذكرناه (و كذا الكفر مبيح) لقوله تعالى و قاتلوهم (٥) حتى لا تكون فتنة أي فتنة الكفر (فيورث الشبهة) أي كون الكفر مبيحا يورث الشبهة في عدم المساواة (و لنا ما روى أن النبي ﷺ قتل مسلما بذمي) هذا روى مسندا و مرسلا أما المسند فاخرجه (٦) الدارقطنيّ في سننه عن عمار بن مطر حدثنا ابراهيم بن محمد الأسلمي عن ربيعة بن أبي عبدالرحمن بن البيلماني عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قتل مسلما بمعاهد و قال أنا أكرم من وفي بذمته عمار بن مطر و ابراهيم بن محمد الأسلمي ضعيفان و أما المرسل

(١) و به قال النخعيّ الخ. أقول و هو قول سعيد بن المسيب و محمد بن أبي ليلى و عثمان البتي رحمهم الله تعالى و هو رواية عن عمر بن الخطاب و عبدالله بن مسعود و عمر بن عبدالعزيز رضي الله تعالى عنهم كما في العمدة للعيني ص ١٦١ ج ٢. (٢) رواه البخاريّ في العلم باب كتابة العلم ص ٢١ ج ١ و في الجهاد باب فكاك الأسير ص ٤٢٨ ج ١ و في الديات باب العاقلة ص ١٠٢٠ ج ٢ و باب لا يقتل المسلم بالكافر ص ١٠٢١ ج ٢. (٣) أخرجه أبو داودّ في الديات باب إيقاد المسلم من الكافر ص ٢٧٥ ج ٢ و النسائيّ في القود (باب) سقوط القود من المسلم للكافر ص ٢٤١ ج ٢ و ابن ماجةّ في الديات باب لا يقتل مسلم بكافر ص ١٩٥. (٤) روى أبو داودّ و ابن ماجةّ في البابين المذكورين آنفا. (٥) و قاتلوهم الآية. البقرة: ١٩٣. (٦) فأخرجه الدار قطنيّ في الحدود و الديات ص ١٣٤ ج ٣.

و لأن المساواة في العصمة ثابتة

فأخرجه (١) من طريق عبدالرزاق عن الثورى عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن عبدالرحمن بن البيلمانى أن النبى ﷺ فذكره فإن قلت قال الدار قطنىؒ ابن البيلمانى ضعيف لا تقوم به حجة إذا وصل الحديث فكيف عما يرسله قلت (٢) ابن البيلمانى وثقه ابن حبانؒ و ذكره فى الثقات و هو رجل معروف من التابعين رحمهم الله تعالى فاذا كان كذلك يكون حديثه صحيحا و المرسل حجة عندنا و مالك و أحمد و أكثر العلماء رحمهم الله تعالى حتى قال محمد بن جرير الطبرىؒ أجمع التابعونؒ على قبول المرسل و لم يزل الأمر كذلك إلى رأس المائتين فحدث رد المرسل حتى قيل رد المرسل بدعة و قال ابن عبدالبرؒ من رد المرسل فقد رد أكثر من السنن و لنا أيضا ما رواه الشافعىؒ فى مسنده أخبرنا محمد بن الحسن الشيبانى ثنا قيس بن الربيع الأسدى عن أبان بن تغلب عن الحسين بن ميمون عن عبدالله بن عبدالله مولى بنى هاشم عن أبى الجنوب الأسدى قال أتى على ابن أبى طالب رضى الله تعالى عنه برجل من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة قال فقامت عليه البينة فأمر بقتله فجاء أخوه فقال قد عفوت فقال لعلهم فزعوك أو هددوك قال لا و لكن قتله لا يرد على أخى و عوضونى قال أنت أعرف من كان له ذمتنا فدمه كدمنا و ديته كديتنا فان قلت ذكر صاحب التنقيحؒ أن حسين بن ميمون هو الخندقى قال ابن المدينىؒ ليس بمعروف قل من روى عنه و قال أبو حاتمؒ ليس بالقوى فى الحديث يكتب حديثه و ذكر البخارىؒ فى الضعفاء قلت ذكره ابن حبانؒ فى الثقات و قال ربما يخطئ (و لأن المساواة) أى بين المسلم و الذمى (فى العصمة ثابتة

(١) فأخرجه أى الدار قطنىؒ فى الحدود و الديات ص١٣٥ ج٣ و عبدالرزاقؒ فى العقول باب قود المسلم بالذمى ص١٠١ ج١٠. (٢) قلت ابن البيلمانى الخ. قال العثمانىؒ فى الاعلاء (ص١٠٥ ج١٨): حديث ابن البيلمانى المذكور قد روى من طرق عن أبى حنيفة و مالك و الثورى ثلاثتهم عن ربيعة و كفى بهؤلاء الأئمة قدوة و قد تابعه أيضا بمرسل ابن المنكدر و مرسل عبدالله بن عبدالعزيز فصار حجة فلا يعيب الحديث الارسال مع ثبوته من طرق يقوى بعضها بعضا (عقود ص١٧٦ ج٢) لا سيما و قد وصله ابراهيم بن أبى يحيى فرواه عن ربيعة عن ابن البيلمانى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما مرفوعا كما أخرجه الدار قطنى و لا يضرنا ضعف ابراهيم و لا ضعف عمار بن مطر فى سنده لأن المرسل إذا روى موصولا و لو من طرق ضعيفة صار حجة عند الكل قال فى التدريب و صور الرازى و غيره من أهل الأصول المسند العاضد بأن لا يكون منتهض الاسناد ليكون الاحتجاج بالمجموع و إلا فالاحتجاج حينئذ بالمسند فقط (ص٦٨) و ابن حبان ذكر ابن البيلمانى فى الثقات و إنما ضعفه من ضعفه لما روى عنه ابنه من الغرائب و هذا من رواية ربيعة عنه لا من رواية ابنه فافهم و ابراهيم بن أبى يحيى و إن ضعفه الناس فقد اعتمده الشافعى واحتج به و عمار بن مطر وثقه بعضهم و منهم من وصفه بالحفظ قال عبدالله بن سالم حدثنا عمار بن مطر الرهاوى و كان حافظا للحديث و قال يوسف بن الحجاج حدثنا محمد بن الخضر بن على بالرقة حدثنا عمار بن مطر ثقة كذا فى اللسان (ص٢٧٦ ج٤) و مثله صالح للاحتجاج به و لا أقل من أن يستشهد به اهـ.

نظرا إلى التكليف أو الدار و المبيح كفر المحارب دون المسالم و القتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة و المراد بما روى

نظرا إلى (١) التكليف أو الدار) يعنى عندنا فاذا كان كذلك يثبت العصمة حاصله أنه يستحق البقاء لإقامة التكاليف و لا يمكن من إقامتها إلا بأن يكون محرم التعرض مدفوع أسباب الهلاك (و المبيح كفر المحارب) هذا جواب عن قول الشافعى رحمه الله تعالى و كذا الكفر مبيح و تقريره أنا لا نسلم أن مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوا (٢) الذين لا يؤمنون بالله إلى قوله حتى يعطوا الجزية (دون المسالم) أى دون كفر المسالم لأنه بعقد الذمة صار من أهل دارنا فلم يبق كفره مبيحا و لهذا كفر المرأة لا يبيح القتل لأن كفرها غير باعث على الحرب لأن بنيتها غير صالحة له و العصمة بالدار تؤثر فى النفس و المال جميعا حتى يجب القطع بسرقة مال الذمى و حقن دمه أيضا لعقد الذمة (و القتل بمثله) هذا دفع لقول الشافعى رحمه الله تعالى فيورث الشبهة بيانه أن القتل بمثله أى قتل الذمى بالذمى (يؤذن بانتفاء الشبهة) يعنى يعلم بأن كفر الذمى لا يورث الشبهة إذ لو أورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجرى بين الحربيين فإن قيل يورث الشبهة إذا قتله مسلم قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص (و المراد (٣) بما روى)

(١)نظرا إلى التكليف يعنى عنده أو الدار يعنى عندنا كذا قاله الاكملؒ و فيه نظر لأن العصمة عند الشافعى رحمه الله تعالى بالدين لا بمجرد التكليف و لعل كلمة أو بمعنى الواو فيكون المجموع على مذهبنا و قد وقع فى بعض النسخ كلمة واو بدل كلمة أو و عبارة الكافى و التبيين أيضا بالواو فان قلت لم يحتمل المجموع على مذهبنا مع إبقاء كلمة أو على أصل معناها قلت لأن التكليف وحده لا يقتضى العصمة الموجبة للقصاص ألا يرى أنه إذا قتل مكلف و لو كان مسلما فى دار الحرب لا يجب القصاص صرح به فى عامة المعتبرات فلا بد من أن يكون فى دارالاسلام أيضا كذا فى الأفكار. (٢)قاتلوا الآية. التوبة: ٢٩. (٣)و المراد بما روى الخ. قال الجصاصؒ فى أحكام القرآن (ص١٤٢ ج١): إن فى فحوى هذا الخبر أى حديث لا يقتل مؤمن بكافر ما يدل على أن الحكم مقصور على الحربى دون الذمى و ذلك أنه عطف عليه قوله و لا ذو عهد فى عهده و معلوم أن قوله و لا ذو عهد فى عهده غير مستقل بنفسه فى إيجاب الفائدة لو انفرد عما قبله فهو إذا مفتقر إلى مضمر و المضمر هو ما تقدم ذكره و معلوم أن الكافر الذى لا يقتل به ذو العهد المستأمن هو الحربى فثبت أن مراده مقصور على الحربى و غير جائز أن يجعل المضمر و لا يقتل ذو عهد فى عهده من وجهين أحدهما أنه لما كان القتل المبدو بذكره قتلا على وجه القصاص و كان ذلك القتل بعينه سبيله أن يكون مضمرا فى الثانى لم يجز لنا إثبات المضمر قتلا مطلقا إذ لم يتقدم فى الخطاب ذكر قتل مطلق غير مقيد بصفة و هو القتل على وجه القود فوجب أن يكون هو المنفى بقوله و لا ذو عهد فى عهده فصار تقديره و لا يقتل مؤمن بكافر و لا يقتل ذو عهد فى عهده بالكافر المذكور بديا و لو أضمرنا قتلا مطلقا كنا مثبتين لمضمر لم يجر له ذكر فى الخطاب و هذا لا يجوز و إذا ثبت ذلك و كان الكافر الذى لا يقتل به ذو العهد هو الكافر الحربى كان قوله لا يقتل مؤمن بكافر بمنزلة قوله لا يقتل مؤمن بكافر حربى فلم يثبت عن النبى ﷺ نفى قتل =>

الحربى لسياقه و لا ذو عهد فى عهده و العطف للمغايرة قال و لا يقتل بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأبيد و كذلك كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع و لا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا

هذا جواب عما استدل به الشافعى رحمه الله تعالى من حديث على رضى الله تعالى عنه أى المراد عما روى الشافعي رحمه الله تعالى من قوله ﷺ لا يقتل مؤمن بكافر (الحربى) أى الكافر الحربى (لسياقه) أى لسياق الحديث و هو قوله (و لا ذو عهد فى عهده) بيانه ما ذكره (١)الطحاوىّ فى شرح الآثار أن الذى حكاه أبو جحيفة عن على رضى الله تعالى عنه لم يكن مفردا و لو كان مفردا لاحتمل ما قالوا و لكن موصلا بغيره و هو قوله و لا ذو عهد فى عهده و وجه ذلك أنه عطف هذا على الأول (و العطف للمغايرة) لأن المعطوف غير المعطوف عليه و فى المبسوط و الأسرار الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه و المراد بالأول نفى القتل قصاصا لا نفى مطلق القتل فكذا فى الثانى و إلا فلا مناسبة بين الجملتين و فى مبسوط شيخ الإسلام و لا ذو عهد فى عهده جملة ناقصة فيكون خبره خبر الجملة الكاملة و خبر الكاملة نفى القتل قصاصا فيكون معناه و لا يقتل ذو عهد فى عهده بكافر فلو كان الكافر فى الكاملة مطلقا لا يصح هذا لأنه يصير معناه و لا يقتل ذو عهد مطلقا بكافر و ليس كذلك بالإجماع فإن الذمي يقتل بالذمى بالإجماع فإن قيل قد روى فى بعض الروايات و لا بذى عهد فى عهده أى و لا يقتل مسلم بذمى قلنا هى رواية شاذة مجهولة و لئن صح فنقول إنه معطوف على مؤمن كافر و الجر على الجوار كما فى حجر ضب خرب أى و لا يقتل ذمى بمستأمن و به نقول (و لا يقتل بالمستأمن) أى لا يقتل المسلم بالمستأمن (لأنه غير محقون الدم على التأبيد و كذلك كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع) إلى داره فكان كالحربى (و لا يقتل الذمى بالمستأمن لما بينا) أنه غير محقون الدم على التأبيد قال الأكملّ و قيل هو إشارة إلى قوله ﷺ و لا ذو عهد فى عهده و ليس بواضح لأن المعهود منه فى مثله لما روينا و لأنا قدرنا ذلك بكافر حربى إلا إذا أريد هناك بالحربى أعم من أن يكون مستأمنا أو محاربا و هو الحق و يغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربى و الجواب عنه و عبر بقوله لما بينا لأن التقدير المذكور ليس بمروى و إنما هو تأويل فلم يقل لما روينا

=> المؤمن بالذمى و الوجه الآخر أنه معلوم أن ذكر العهد يحظر قتله ما دام فى عهده فلو حملنا قوله و لا ذو عهد فى عهده على أنه لا يقتل ذو عهد فى عهده لأخلينا اللفظ من الفائدة و حكم كلام النبى ﷺ حمله على مقتضاه فى الفائدة و غير جائز إلغاؤه و لا إسقاط حكمه اهـ. (١)ذكره الطحاوىّ فى الجنايات باب المؤمن يقتل الكافر متعمدا ص١٠٦ ج٢.

و يقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة و لا يقتل استحسانا لقيام المبيح و يقتل الرجل بالمرأة و الكبير بالصغير و الصحيح بالأعمى و الزمن و بناقص الأطراف و بالمجنون للعمومات و لأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص و ظهور التقاتل و التفاني. قال و لا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه الصلاة و السلام

(و يقتل المستأمن بالمستأمن قياسا بالمساواة) بينهما من حيث حقن دمهما بالأمان فصارا متكافئين و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و لا يقتل (١) استحسانا لقيام المبيح) و هو الكافر الباعث على الحراب لما قلنا إنه على قصد الرجوع (و يقتل الرجل بالمرأة و الكبير (٢) بالصغير و الصحيح (٣) بالاعمى و الزمن (٤) و بناقص (٥) الاطراف و بالمجنون للعمومات) أراد بها قوله و من (٦) قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا و غير ذلك من الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص و هذا الذى ذكره من قوله و يقتل الرجل إلى آخره قول أكثر أهل العلم و عن (٧) عطاء و الحسن البصرى رحمهما الله تعالى إذا قتل الرجل امرأة فوليها إن شاء أخذ بديتها ستة آلاف درهم و إن شاء دفع إلى ولى القاتل ستة آلاف و قتله هكذا روى عن على رضى الله تعالى عنه وذكر فى الكشاف فى تفسير قوله تعالى و الأنثى بالأنثى قال مالك و الشافعى رحمهما الله تعالى لا يقتل الذكر بالأنثى قلت هذا مخالف لعامة كتب الشافعى و مالك رحمهما الله تعالى (و لأن فى اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص و ظهور التقاتل و التفانى) و هذا كله يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعى رحمه الله تعالى. (قال) أى القدورىؒ (و لا يقتل الرجل بابنه) و به قال (٨) الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى

(١)لا يقتل استحسانا و ينبغى أن يعول عليه در مختار و جعله فى الهندية عن المحيط ظاهر الرواية. (٢)و الكبير بالصغير. و فى الشامية: قتل صبيا خرج رأسه و استهل فعليه الدية و لو خرج نصفه مع الرأس أو الاكثر مع القدمين ففيه القود و كذا الحكم فى قطع عضو من أعضائه مجتبى و تاترخانية عن الملتقى. (٣)و الصحيح. عبر ابن الكمالؒ بالسالم ثم قال لم يقل و الصحيح لأن المفقود فى الأعمى هو السلامة دون الصحة و لذا احتيج إلى ذكر سلامة العينين بعد ذكر الصحة فى باب الجمعة شامية. (٤)و الزمن هو من طال مرضه زمانا مغرب. (٥)و بناقص الأطراف حتى لو قتل رجلا مقطوع اليدين و الرجلين و الأذنين و المذاكير و مفقود العينين يجب القصاص إذا كان عمدا جوهرة عن الخجندى. (٦)و من قتل الآية. الاسراء: ٣٣. (٧)و عن عطاءؒ الخ. و فى المغنى (ص٣٧٧ ج٩): و يقتل الذكر بالأنثى هذا قول عامة أهل العلم منهم النخعى و الشعبى و الزهرى و عمر بن عبدالعزيز و مالك و أهل المدينة و الشافعى و اسحاق و أصحاب الرأى و غيرهم رحمهم الله تعالى و روى عن على رضى الله تعالى عنه أنه قال يقتل الرجل بالمرأة و يعطى أولياؤه نصف الدية أخرجه سعيدؒ و روى مثل هذا عن احمدؒ و حكى ذلك عن الحسن و عطاء رحمهما الله تعالى و حكى عنهما مثل قول الجماعة اه. (٨)و به قال الشافعىؒ الخ. و فى المغنى =>

لا يقاد الوالد بولده و هو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله تعالى فى قوله يقاد إذا ذبحه ذبحا و لأنه سبب لاحيائه فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ولهذا لا يجوز له قتله و إن وجده فى صف الأعداء مقاتلا

لقول النبى ﷺ (لا يقاد الوالد بولده) هذا الحديث رواه (١) الترمذىّ و ابن ماجةّ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول لا يقاد الوالد بالولد و روى (٢) الترمذى و ابن ماجةّ أيضا من حديث طاووس عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبى ﷺ قال لا تقام الحدود فى المساجد و لا يقتل الوالد بالولد و فى سنده اسماعيل بن مسلم و هو ضعيف (و هو) أى هذا الحديث (باطلاقه حجة على مالك رحمه الله تعالى فى قوله يقاد) أى الوالد (إذا ذبحه ذبحا) يعنى إذا قصد قتله أما لو رماه بالسيف أو السكين و لم يرد قتله فلا قصاص و فى الجواهر للمالكية قال أشهبّ لا يقتل الأب بالابن بكل حال للشبهة و هو قوله عليه الصلاة و السلام أنت و مالك لأبيك و قال الليثى و داود و ابن المنذر و ابن عبد الحكم رحمهم الله تعالى يقتل بابنه للعمومات (و لأنه) أى و لأن الأب (سبب لاحيائه) أى لاحياء الولد (فمن المحال أن يستحق له إفناؤه) أى إفناء الأب (و لهذا) أى و لأجل ذلك (لا يجوز له) أى للابن (قتله) أى قتل الأب (و إن وجده فى صف الأعداء) حال كونه (مقاتلا

=> (ص٣٥٩ ج٩): و من نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه و به قال ربيعة و الثورى و الاوزاعى و الشافعى و احمد و اسحاق و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و قال ابن نافع و ابن عبدالحكم و ابن المنذر يقتل به اه. (١)رواه الترمذىّ فى الديات باب ما جآء فى الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا ص١٦٨ ج١ و ابن ماجةّ فيه باب لا يقتل الوالد بولده ص١٩٥ و فى سنده حجاج بن أرطاة قال صاحب التنقيح قال يحيى بن معين فى حجاج صدوق ليس بالقوى يدلس عن محمد بن عبدالله العرزمى عن عمرو بن شعيب و قال ابن المبارك كان الحجاج يدلس فيحدثنا بالحديث عن عمرو بن شعيب مما يحدثه العرزمى و العرزمى متروك و قد أخرجه الدارقطنىّ (فى الحدود و الديات ص١٤٠ ج٣) و البيهقىّ (فى الجنايات باب الرجل يقتل ابنه ص٣٨ ج٨) عن محمد بن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبدالله بن عمرو بن العاص عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه قال إنى سمعت رسول الله ﷺ يقول لا يقاد الأب من ابنه قال البيهقىّ و هذا اسناد صحيح كذا فى نصب الراية ص٣٣٩ ج٤. (٢)روى الترمذىّ و ابن ماجةّ و الدارقطنى و البيهقىّ فى الأبواب المذكورة آنفا و قال الترمذىّ هذا حديث لا نعرفه بهذا الاسناد مرفوعا إلا من حديث اسماعيل بن مسلم المكى تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه اه و ضعفه ابن القطانّ قلت تابعه قتادة أخرجه البزار و سعيد بن بشير أخرجه الحاكم و عبيدالله بن الحسن العنبرى أخرجه الدارقطنىّ و البيهقىّ كذا فى نصب الراية ص٣٤٠ ج٤ وذكر ابن عبدالبرّ حديث عمر و ابن عباس رضى الله تعالى عنما المذكور و قال هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز و العراق مستفيض عندهم يستغنى بشهرته و قبوله و العمل به عن الاسناد فيه حتى يكون الاسناد فى مثله مع شهرته تكلفا كذا فى المغنى ص٣٥٩ ج٩.

أو زانيا و هو محصن و القصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه و الجد من قبل الرجال أو النساء و إن علا فى هذا بمنزلة الأب و كذا الوالدة و الجدة من قبل الأب أو الأم قربت أم بعدت لما بينا و يقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال و لا يقتل الرجل بعبده و لا مدبره و لا مكاتبه و لا بعبد ولده لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص و لا ولده عليه و كذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص لا يتجزأ. قال و من ورث قصاصا على أبيه سقط لحرمة الأبوة

أو زانيا) أى أو وجده زانيا (و هو محصن) أى و الحال أنه محصن و كذا لو وجده مرتدا ليس له أن يقتله شرعا و قال تاج الشريعةؒ أو راميا موضع قوله زانيا ثم قال يعنى لا يجوز للابن أن يرمى بالحجر نحو أبيه (و القصاص يستحقه المقتول) هذا جواب عما يقال لو استوفى القصاص منه لا يكون هذا استيفاء من الوالد للولد بل لوارث الوالد و تقرير الجواب أن القصاص يستحقه المقتول أولاً و لهذا لو عفى يصح (ثم يخلفه وارثه) أى ثم يخلف المقتول وارثه و الإبن ليس من أهل أن يستوجب ذلك على أبيه و بدون الأهلية لا يثبت الحكم (و الجد من قبل الرجال أو النساء و إن علا فى هذا) أى فى هذا الحكم (بمنزلة الأب و كذا الوالدة و الجدة من قبل الأب أو الأم قربت أم بعدت لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه سبب لإحيائه (و يقتل (١) الولد بالوالد لعدم المسقط) أى لعدم مسقط القصاص فان الولد ما كان سببا لاحياء الوالد و حكى عن أحمد رحمه الله تعالى فى رواية شاذة أنه لا يقتل (و لا يقتل الرجل بعبده و لا مدبره و لا مكاتبه و لا بعبد ولده) و لا يعلم فيه خلاف (لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه) أى لأن الرجل لا يستحق لأجل نفسه (القصاص و لا ولده عليه) بالرفع معطوف على الضمير المستكن فى يستوجب و جاز ذلك بلا تأكيد بمنفصل لوقوع الفصل يعنى و لا يستوجب ولده على أبيه إذا قتل الأب عبد ولده كذا قال الأكملؒ قلت العطف على الضمير المستكن فيه خلاف بين الكوفيين و البصريين على ما لا يخفى على من له يد فى علم النحو (و كذا لا يقتل بعبد ملك بعضه) أى إذا كان عبد بين شريكين فقتله أحدهما لا يقتل به (لأن القصاص لا يتجزأ) فيضمن لشريكه قيمته و ما يخصه من العبد. (قال) أى القدورىؒ (و من ورث قصاصا على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم إبنه مثلا (سقط) أى القصاص (لحرمة الأبوة) لقوله عليه الصلاة و السلام أنت و مالك لأبيك فظاهره يوجب كونه مملوكا لأبيه فحقيقة الملك تمنع

---

(١) و يقتل الولد الخ. هذا قول عامة أهل العلم منهم مالك و الشافعى و اسحاق و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و عن احمدؒ فى رواية أن الابن لا يقتل بأبيه و المذهب أنه يقتل به كذا فى المغنى ص ٣٦٥ ج ٩ ملخصا.

قال و لا يستوفى القصاص إلا بالسيف و قال الشافعي رحمه الله تعالى يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعا فإن مات و إلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة

القصاص كما فى المولى إذا قتل عبده و كذا شبهة الملك باعتبار الظاهر. (قال و لا يستوفى (١) القصاص إلا بالسيف) للحديث الذى يأتى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعا) مثل ان يقطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك و يمهل مثل تلك المدة (فإن مات و إلا تحز رقبته) و به (٢) قال مالك و أحمد و أصحاب الظاهر رحمهم الله تعالى و لو كان ذلك الفعل غير مشروع بأن لاط بصى أو وطئ صغيرة حتى قتلهما أو سقاه خمرا حتى مات اختلف أصحاب الشافعيؒ فيه قيل يحز رقبته و قيل فى اللواطة يتخذ آلة من خشب على مثل هذا الذكر فيفعل به مثل ما فعل و قيل فى الخمر يسقى الماء حتى يموت و فى الحلية فالمذهب أنه يحز رقبته و كذا أنهشه حية يقتل مثلها و إذا حبسه فى بيت فيه سبع فافترسه ففيما يقتص به وجهان و لو فعل به مثل ما فعل و لم يمت ففيه قولان أحدهما أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت و به قال مالك رحمه الله تعالى و الثانى أنه يعدل إلى السيف (لأن مبنى القصاص على المساواة) و ذلك فيما ذكرنا لأن فيه مساواة فى الأصل و الوصف أى الفعل و المقصود به فان قيل قد احتج الشافعي رحمه الله تعالى و من معه بقوله تعالى و إن (٣) عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به و قوله تعالى فمن (٤) اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم و بما روى (٥) عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه أن جارية وجد رأسها قد رض بين حجرين فسألوها من صنع بك هذا فلان و فلان حتى ذكروا اليهودى فأومت برأسها فأخذ اليهودى فأقر فأمر به رسول الله ﷺ أن يرض رأسه بالحجارة و بما روى (٦) عن أنس رضى الله تعالى عنه قال إنما سمل النبى ﷺ أعين العرنيين لأنهم سملوا أعين الرعاء قلت أما قوله تعالى و إن عاقبتم فعاقبوا الآية

(١)و لا يستوفى القصاص إلا بالسيف. قلت و به قال ابراهيم النخعى و عامر الشعبى و الحسن البصرى و سفيان الثورى رحمهم الله تعالى كذا فى العمدة للعينى فى الديات ٣٩ ج٢٤ و به قال عطاء رحمه الله تعالى و احمد رحمه الله تعالى فى رواية كما فى المغنى ص٣٨٦ ج٩. (٢)و به قال مالكؒ الخ كذا فى المغنى و فيه أيضا و هذا مذهب عمر بن عبدالعزيز رحمه الله تعالى. (٣)و إن عاقبتم الآية. النحل:١٢٦. (٤)فمن اعتدى الآية. البقرة:١٩٤. (٥)روى عن انس رضى الله تعالى عنه الخ. قلت أخرجه البخارىؒ فى الديات باب سؤال القاتل حتى يقر و الاقرار فى الحدود ص١٠١٥ ج٢ و باب إذا قتل بحجر أو بعصا و باب من أقاد بحجر ١٠١٦ ج٢ و باب إذا أقر بالقتل مرة قتل به ص١٠١٧ ج٢ و مسلمؒ فى القسامة باب ثبوت القصاص فى القتل بالحجر الخ ص٥٨ ج٢. (٦)روى عن أنس رضى الله تعالى عنه الخ. قلت أخرجه مسلمؒ فى القسامة باب حكم المحاربين و المرتدين ص٥٧ ج٢.

و لنا قوله عليه الصلاة و السلام لا قود إلا بالسيف

فروى (١) الطحاوىّ عن مقسم عن ابن عباس و عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنهما قال لما قتل حمزة رضى الله تعالى عنه و مثل به قال رسول الله ﷺ لئن ظفرت بهم لأمثلن بسبعين رجلا منهم و فى رواية و أيم الله لأمثلن بسبعين منهم مكانك فأنزل الله تعالى و إن عاقبتم الآية فصبر رسول الله ﷺ و كفر عن يمينه فعلم (٢) أن الآية نزلت فى هذا المعنى لا فيما ذكروا و أما قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا الآية فانها نزلت على المماثلة لا على الزيادة و فيما قالوا الزيادة فى الاستيفاء فلا يجوز و أما حديث اليهودى فكان بطريق السياسة لأنه كان مشهورا بذلك فأمر برضه لكونه ساعيا فى الأرض بالفساد لا بطريق القصاص و إن سلم أنه بطريق القصاص فمنسوخ بنسخ المثلة و هذا هو الجواب عن قصة العرنيين (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ (لا قود إلا بالسيف) هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم منهم أبو بكرة رضى الله تعالى عنه أخرج (٣) حديثه ابن ماجةّ عنه قال قال رسول الله ﷺ لا قود إلا بالسيف و منهم نعمان بن بشير رضى الله تعالى عنه أخرج (٤) حديثه ابن ماجةّ أيضا عنه مرفوعا مثله و فيه جابر الجعفى و هو ضعيف قاله ابن الجوزىّ و قال فى موضع آخر قد وثقه الثورىّ و شعبةّ و منهم ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أخرج (٥) حديثه الطبرانىّ فى معجمه عنه مرفوعا نحوه سواء و فيه عبدالكريم ضعفوه و منهم أبو هريرة رضى الله تعالى عنه أخرج (٦) حديثه الدارقطنىّ عنه مرفوعا نحوه سواء و فيه سليمان بن أرقم قال الدارقطنىّ هو متروك و منهم علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أخرج (٧) حديثه الدارقطنىّ أيضا عنه قال

(١)فروى الطحاوىّ فى الجنايات باب الرجل يقتل رجلا كيف يقتل ص١٠١ و ١٠٢ ج٢. (٢)فعلم الخ. قلت لكن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص المورد و الصواب فى الجواب أن الآية لنا لا علينا لأن المماثلة إنما يمكن فى نفس القتل لا فى خصوص طريقه لأن رجلا يموت بضربة من الحجر و الآخر لا يموت بضربات منه فلو روعى خصوص الطريق يلزم الاعتداء إذا قتله بضربات كثيرة زائدة على ما قتل به ذلك القاتل كما إذا قتله القاتل بضربة و قتله الولى بعشر ضربات أو إهدار الدم إذا ضربه بمثل ضرباته و لم يمت القاتل بتلك الضربات ثم لا يمكن مراعات المماثلة فى كيفية الضربات و لا فى أثرها فاذا لم يمكن المماثلة فى خصوص الطريق اكتفى بالمماثلة فى نفس القتل و إذا وجب نفس القتل دون خصوص طريقه يختار له ما هو موضوع له عادة و هو القتل بالسيف و لا يعدل عنه إلى غيره لأن فيه زيادة على الحق الواجب و هو داخل فى الاعتداء هذا هو وجه المسألة فاعرف ذلك كذا فى الاعلاء. (٣)أخرج حديثه ابن ماجةّ فى الديات باب لا قود إلا بالسيف ص١٩٦. (٤)أخرج حديثه ابن ماجةّ فى الباب المذكور آنفا. (٥)أخرج حديثه الطبرانىّ الخ. كذا فى نصب الراية ص٣٤٢ ج٤ و رواه الدارقطنىّ فى الحدود ص٨٨ ج٣. (٦)أخرج حديثه الدارقطنىّ فى الحدود ص٨٧ ج٣. (٧)أخرج حديثه الدارقطنىّ فى =>

و المراد به السلاح و لأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم. قال و إذا قتل المكاتب عمدا و ليس له وارث إلا المولى و ترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لا أرى في هذا

قال رسول الله ﷺ لا قود إلا بحديدة و لا قود في النفس و غيرها إلا بحديدة و فيه معلى بن هلال قال الدارقطنيؒ هو متروك (و المراد به السلاح) أي المراد بقوله عليه الصلاة و السلام إلا بالسيف إلا بالسلاح و يؤيده حديث علي رضي الله تعالى عنه المذكور آنفا و قال تاج الشريعةؒ قوله و المراد به السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله تعالى عنهم بالمعنى المفهوم دلالة و هو الحز و القطع كما يقال المراد من نهي التافيف حرمة الايذاء و أصحاب عبدالله مسعود رضي الله تعالى عنه كانوا يقولون لا قود إلا بالسلاح لفهمهم من اللفظ المظهر النبوي و ذلك لأن المراد من السلاح في الاستيفاء الحديد المحدد كالخنجر و السكين و إنما كنى بالسيف عن السلاح لأن المعد للقتال على الخصوص من بين الأسلحة السيف فانه لا يراد به شيء آخر سوى القتال و قد يراد بسائر الأسلحة منافع سواه و هو معنى قوله ﷺ بعثت بالسيف بين يدي الساعة يعني السلاح الذي هو آلة القتال (و لأن فيما ذهب إليه) أي الشافعي رحمه الله تعالى (استيفاء الزيادة) و هو دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لأن مبنى القصاص على المساواة و وجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب إليه لأن فيه الزيادة (لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز) بعد فعل مثل ما فعل به و إنه غير جائز لأنه أدى إلى انتفاء القصاص (فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم) فان من كسر عظم إنسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص منه فاذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلأن يجوز ترك البعض أولى. (قال) أي القدوريؒ (و إذا قتل المكاتب عمدا و ليس له وارث إلا المولى و ترك وفاء (١) فله) أي فللمولى (القصاص عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى إذا كان قاتله عبدا سواء ترك وفاء أو لا أما لو كان قاتله حرا لا يجب القصاص على الحر بقتل العبد عندهم (و قال محمد رحمه الله تعالى لا أرى في هذا

=> الحدود ص٨٨ ج٣ و منهم أبو سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه أخرج حديثه الدارقطنيؒ أيضا في الحدود ص١٠٧ ج٣ عنه عن النبي ﷺ قال القود بالسيف و الخطأ على العاقلة اه و هؤلاء ستة أنفس من الصحابة رضي الله تعالى عنهم رووا عن النبي ﷺ أن القود لا يكون إلا بالسيف و يشد بعضه بعضا و أقل أحواله أن يكون حسنا فصح الاحتجاج به كذا في العمدة للعينيؒ. (١) ترك وفاء أي مالا يفي ببدل كتابته شامي.

قصاصا لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء إن مات حرا و الملك إن مات عبدا و صار كمن قال لغيره بعتنى هذه الجارية بكذا و قال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا هذا و لهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين و هو معلوم و الحكم متحد و اختلاف السبب لا يفضى إلى المنازعة و لا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسألة لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح و لو ترك وفاء و له وارث غير المولى فلا قصاص و إن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى إن مات عبدا و الوارث إن مات حرا إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم فى موته على نعت الحرية أو الرق

قصاصا لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فانه) أى فان سبب الاستيفاء (الولاء إن مات حرا و الملك إن مات عبدا و صار) هذا (كمن قال لغيره بعتنى هذه الجارية بكذا و قال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا هذا) و قال الاكملؒ كأنه حام حول الدرء بالشبهات (و لهما) أى و لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين) أى على تقدير أن يموت حرا و على تقدير أن يموت عبدا (و هو معلوم) أى المولى معلوم (و الحكم متحد) و هو استيفاء القصاص (و اختلاف السبب لا يفضى إلى المنازعة و لا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به) أى باختلاف السبب كما لو قال المقر لك علىّ ألف من ثمن مبيع و قال المقر له من قرض يجب الألف على المقر و لا يبالى باختلاف السبب (بخلاف تلك المسألة) أى مسألة الجارية (لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح) لأن ملك اليمين يثبت الحل تبعا و النكاح مقصودا فالحل الثابت مقصودا غير الحل الثابت تبعا و يختلف أحكامهما و لما لم يتفقا على أحد الحكمين لم يثبت الحل (و لو ترك وفاء و له وارث غير المولى) أى و لو ترك المكاتب المقتول وفاء و الحال أن له وارثا غير مولاه (فلا قصاص) أى عند أصحابنا رحمهم الله تعالى بلا خلاف خلافا للأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و إنْ اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه من له الحق لأنه) أى لأن من له الحق (المولى إن مات عبدا و الوارث) أى من له الحق الوارث (إن مات حرا إذ ظهر الإختلاف) أى لأنه ظهر الإختلاف (بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم فى موته على نعت الحرية أو الرق) أى على وصف الحرية بأن مات حرا أو على وصف الرقية بأن مات عبدا فعند على و عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنهما يموت حرا إذا أديت كتابته فيكون الاستيفاء لورثته و

بخلاف الأولى لأن المولى متعين فيها و إن لم يترك وفاء و له ورثة أحرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا لأنه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض إذا مات و لم يترك وفاء لأن العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز و إذا قتل عبد الرهن فى يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن و المرتهن لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه و الراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه

عند زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه يموت عبدا و به قال الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى فيكون الاستيفاء للمولى فلهذا الإختلاف لا يجب القصاص (بخلاف الأولى) أى المسألة الأولى (لأن المولى متعين فيها) فيجب القصاص على الإختلاف و إن لم يترك (١) وفاء و له ورثة أحرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا لأنه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة) بموته و لم يذكر ما إذا مات و لم يترك وفاء و لا وارث له أو له ورثة أرقاء لعدم الفائدة فى ذكره لأن حكمه حكم المذكور فى الكتاب (بخلاف معتق البعض إذا مات و لم يترك وفاء) أى لا يجب القصاص للمولى لأن ملك المولى لا يعود بموته (لأن العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز) و هذا على قول من قال يتجزأ الاعتاق (و إذا قتل عبد الرهن فى يد المرتهن لم يجب القصاص حتى (٢) يجتمع الراهن و المرتهن لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه) أى القصاص (و الراهن لو تولاه) أى القصاص (لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط (٣) حق المرتهن برضاه) و في المغني و الجامع الصغير

(١)و إن لم يترك وفاء الخ. ذكر شيخ الاسلام خواهر زادهٌ يريد به أنه لم يترك وفاء و لم يكن فى قيمته وفاء بالمكاتبة أما إذا كان فى قيمته وفاء بالمكاتبة لا قصاص فيه و تجب قيمته على القاتل فى ماله لأن موجب العمد و إن كان هو القصاص إلا أنه يجوز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما إذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقطوع يده العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لما لم يجد مثل حقه بكماله فكذا ههنا جاز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لأن وجوب القيمة أنفع له لأنه يحكم بحريته و حرية أولاده إذا أدى بدل الكتابة من قيمته و لو وجب القصاص يموت عبدا و لا ينتفع بالقصاص و لما كان وجوب القيمة أنفع كان القول به أولى كذا فى الكفاية و أقره فى الدر المنتقى و القهستانى شامية. (٢)حتى يجتمع الراهن و المرتهن. قيد باجتماعهما حتى لو اختلفا أى طلب أحدهما القصاص و الآخر الدية فلهما القيمة تكون رهنا مكانه جوهرة. (٣)ليسقط حق المرتهن برضاه. قلت فيه نوع إشكال و هو أن الاستيفاء قد تم بالهلاك فكيف يعتبر رضاه لسقوط حقه و الجواب عنه أن الاستيفاء و إن تم بالهلاك لكنه غير مقرر لاحتمال العود إما بالصلح أو بدعوى الشبهة فى القتل فيصير خطأ كفاية (فرع) و لو قتل عبد الاجارة يجب القصاص للموجر (لأنه المالك و لم يبق للمستأجر حق فيه و لا فى بدله شامى) و أما المبيع إذا قتل فى يد البائع قبل القبض فان اختار المشترى إجازة البيع فله القصاص لأنه ملكه و إن اختار رد المبيع فللبائع القصاص عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأن المشترى إذا رد انفسخ العقد من أصله فكأنه لم يكن و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا قصاص و للبائع القيمة لأن البائع لم يثبت له القصاص عند الجراحة لأن الملك كان للمشترى جوهرة.

قال و إذا قتل ولى المعتوه فلأبيه أن يقتل لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها و هو تشفي الصدر فيليه كالانكاح و له

لفخر الإسلامؒ وغيرهما لا يثبت لهما القصاص و إن اجتمعا كما إذا قتل عبد المكاتب فاجتمع المولى مع المكاتب و تجب الدية فى مال القاتل فى ثلاث سنين و فى الإيضاح إذا اجتمعا للراهن أن يقتل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما لا و قال الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى استيفاء القصاص للراهن لأنه هو المالك فاذا استوفى لم يجب للمرتهن عليه شيء عند الشافعى رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية و قال أحمد رحمه الله تعالى فى رواية يجب عليه قيمته فيكون رهنا مكانه. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا قتل ولى المعتوه (١)) يعنى قريبه و هو ابنه (فلأبيه) أى فلأب المعتوه و هو جد المقتول (أن يقتل) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قال الشافعى رحمه الله تعالى لم يكن لوليه استيفائه لأن فيه بطلان حق الصغير و المعتوه بل ينتظر بلوغ الصغير و إفاقة المجنون و يحبس القاتل (لأنه) أى لأن استيفاء القصاص (من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها) أى إلى النفس (و هو تشفى الصدر فيليه كالإنكاح) و لا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الإنكاح دون القصاص لأنه شرع للتشفى و للأب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفى كالحاصل للابن بخلاف الأخ و قال الأترازىؒ قال بعض الشارحين فى هذا الموضع كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص فإن الأخ يملك الانكاح و لا يملك استيفاء القصاص فأقول هذا ليس بشيء لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب و الابن و كذلك يملك الانكاح إذا لم يكن ثمة ولى أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لأن من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر و الأنثى فى ذلك سواء حتى الزوج و الزوجة و به صرح الكرخىؒ فى مختصره انتهى قلت أراد ببعض الشارحين الكاكىؒ و الأكملؒ و غيرهما و رده (٢) غير موجه (و له) أى و للأب

(١)المعتوه هو الناقص العقل و قيل المدهوش من غير جنون مغرب. (٢)رده غير موجه لأنه إذا قتل ابن المعتوه مثلا كان هو المستحق لدمه لأنه المستحق لماله و إذا كان للمعتوه أخ أو عم و لا أب له كيف يقال إن الأخ أو العم يستحق دم ابن المعتوه فى حياة المعتوه مع أنه لا ولاية له على المعتوه أصلا على أن وصى المعتوه الذى له الولاية عليه ليس له القود فكيف الأخ الذى لا ولاية له نعم لو كان المقتول هو المعتوه نفسه صح ما قاله و كأنه اشتبه عليه الحال و لهذا قال فى السعدية إن الكلام فيما إذا قتل ولى المعتوه كابنه و أبو المعتوه حى لا فيما إذا قتل المعتوه اه شامية.

أن يصالح لأنه أنظر فى حق المعتوه و ليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه و كذلك إن قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا و الوصى بمنزلة الأب فى جميع ذلك إلا أنه لا يقتل لأنه ليس له ولاية على نفسه و هذا من قبيله و يندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس و استيفاء القصاص فى الطرف فإنه لم يستثن إلا القتل و فى كتاب الصلح أن الوصى لا يملك الصلح لأنه تصرف فى النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء و وجه المذكور ههنا أن المقصود من الصلح المال و إنه يجب بعقده كما يجب بعقد الأب بخلاف

(أن يصالح) أى القاتل (لأنه أنظر فى حق المعتوه) لكن هذا فيما إذا صالح على قدر الدية و لو صالح على أقل منه لم يجز الحط و إن قل و يجب كمال الدية و قال الأترازىؒ قال بعضهم فى شرحه هذا إذا صالح على مثل الدية فذكر ما ذكرناه الآن ناقلا عن الكاكىؒ ثم قال و لنا فيه نظر لأن لفظ محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبى المعتوه عن دم قريبه مطلقا لأنه قال و له أن يصالح من غير قيد بقدر الدية انتهى قلت فى نظره نظر لأنه يجوز أن يكون مراد محمد رحمه الله تعالى بقوله و له أن يصالح مقيدا بهذا القيد على ما لا يخفى و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى المنصوص و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية لا يجوز لأنه لا يملك إسقاط قصاصه و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية يجوز إذا كان الصغير و المجنون محتاجين إلى النفقة و لا مال لهما لحاجته إلى المال للحفظ (و ليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه) أى ليس للأب أن يعفو القاتل لأن فى العفو إبطال حق المعتوه (و كذلك) أى الحكم (إن قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا) أى من قوله لأنه من الولاية على النفس إلى آخره (و الوصى بمنزلة الأب فى جميع ذلك) أى فيما ذكر من الأحكام (إلا أنه) أى إلا أن الوصى (لا يقتل لأنه ليس له ولاية على نفسه) أى على نفس المعتوه (و هذا) أى استيفاء القصاص (من قبيله) أى من قبيل الولاية على النفس على تأويل المذكور (و يندرج تحت هذا الإطلاق) و هو قوله و الوصى بمنزلة الأب فى جميع ذلك (الصلح عن النفس و استيفاء القصاص فى الطرف فإنه لم يستثن إلا القتل) أى فإن محمدا رحمه الله تعالى لم يستثن إلا القتل و المسألة مذكورة فى الجامع الصغير كما ذكرنا (و فى كتاب الصلح) أى ذكر فى كتاب الصلح من الأصل (أن الوصى لا يملك الصلح لأنه) أى الصلح (تصرف فى النفس بالإعتياض عنه فينزل) أى الصلح (منزلة الاستيفاء) فلا يجوز حينئذ صلح الوصى (و وجه المذكور ههنا) أى فى الجامع الصغير (أن المقصود من الصلح المال و إنه) أى المال (يجب بعقده) أى بعقد الوصى (كما يجب بعقد الأب) فوجب القول لصحته (بخلاف

القصاص لأن المقصود التشفى و هو مختص بالأب و لا يملك العفو لأن الأب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو أولى و قالوا القياس أن لا يملك الوصى الاستيفاء فى الطرف كما لا يملكه فى النفس لأن المقصود متحد و هو التشفى و فى الاستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فإنها خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فى المال

القصاص) حيث لا يملك الوصى إستيفائه فى النفس (لأن المقصود) من القصاص (التشفى و هو) أى التشفى (مختص بالأب) لقربه و كمال شفقته و هذا أمر معهود من الأب و الوصى لا ينزل منزلته فى التشفى و درك الثأر (و لا يملك) أى الوصى (العفو لأن الأب لا يملكه لما فيه من الابطال) أى لما فى العفو من إبطال حق المعتوه من القصاص و المال فاذا كان كذلك (فهو أولى) أى فالوصي أولى أن لا يملك العفو لما ذكره حاصل الروايات أن الروايات اتفقت فى الأب أنه يستوفى القصاص فى النفس و ما دونها و أنه يصالح فى البابين جميعا و لا يصح عفوه فى البابين و اتفقت الروايات فى الوصى أنه لا يملك استيفاء النفس و أنه يملك استيفاء ما دونها و أنه يملك الصلح فيما دونها و لا يملك العفو فى البابين و إنما اختلفت الروايات فى الوصى فى فصل واحد و هو صلحه فى النفس على مال فقال فى الجامع الصغير يصح (١) صلحه و قال فى كتاب الصلح لا يصح (و قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (القياس أن لا يملك الوصى الاستيفاء فى الطرف كما لا يملكه فى النفس لأن المقصود متحد و هو التشفى و فى الإستحسان يملكه لأن (٢) الأطرأف يسلك بها مسلك الأموال فإنها) أى فان الأطراف (خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف) فى الأصول (فكان استيفاؤه) أى استيفاء القصاص فى الأطراف (بمنزلة التصرف فى المال) فيجوز و فى المحيط و فى القياس لا يملك الوصى الاستيفاء فى الطرف و و هو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى رواية و هو الأظهر على قولهما لأنهما يجعلان الطرف كالنفس فى حكم القصاص و النكول و هو قول الشافعى رحمه الله تعالى و فى الاستحسان يملكه و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و فى الجامع لأبى الليثؒ هذا إذا أدرك معتوها فإن أدرك عاقلا ثم لحقه العته ففى قول زفر رحمه الله تعالى لا ولاية للوصى فى ماله و لا فى نفسه و فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى حكمه و حكم الذى أدرك معتوها سواء و فى المبسوط لو كان يجن و يفيق فهو

(١) يصح صلحه. ذكر الرملىؒ ترجيح هذه الرواية شامى. (٢) لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال و لهذا جوز أبو حنيفة رحمه الله تعالى القضاء بالنكول فى الطرف شامى عن اتقانى.

و الصبى بمنزلة المعتوه فى هذا و القاضى بمنزلة الأب فى الصحيح ألا ترى أن من قتل و لا ولى له يستوفيه السلطان و القاضى بمنزلته فيه. قال و من قتل و له أولياء صغار و كبار فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى

كالصحيح و لو جن بعد القتل إن كان هذا الجنون الحادث مطبقا يسقط القود و عن محمد رحمه الله تعالى و لو جن بعد القتل لا يسقط القود و كذا لو عته بعد القتل و لو قضى عليه بالقتل لا يقتل قياسا قال فى موضع و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى قبل الرفع إلى الوالى لا يقتل قياسا و بعد الرفع يقتل استحسانا (و الصبى (١) بمنزلة المعتوه فى هذا) أى فى القتل و الصلح و عدم جواز العفو و قال تاج الشريعةؒ أى فى هذا الباب يعنى للأب أن يستوفى القصاص الواجب للصغير فى النفس و ما دونها و قال الشافعى رحمه الله تعالى ليس له ذلك (و القاضى بمنزلة الأب فى الصحيح) يملك الاستيفاء فى النفس و فيما دون النفس لأن له ولاية فى النفس و المال جميعا (ألا ترى أن من قتل و لا ولى له يستوفيه السلطان و القاضى بمنزلته فيه) أى بمنزلة السلطان فى استيفاء القصاص و فى المحيط قال أبو يوسف رحمه الله تعالى ليس للسلطان أن يقتص إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام كاللقيط كما ليس له أن يعفو بغير مال و قال الأترازىؒ للسلطان أن يقتل قاتل من لا ولى له و له أن يصالح و كذلك إذا قتل اللقيط فى قول أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من قتل (٢) و له أولياء صغار و كبار فللكبار (٣) أن يقتلوا القاتل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) أى قبل بلوغ الصغار

(١)و الصبى بمنزلة المعتوه أى إذا قتل قريب الصبى فلأبيه و وصيه ما يكون لأبى المعتوه و وصيه فلأبيه القود و الصلح لا العفو و للوصى الصلح فقط و ليس للأخ و نحوه شىء من ذلك إذ لا ولاية له عليه كما قررناه فى المعتوه و فى الهندية عن المحيط أجمعوا على أن القصاص إذا كان كله للصغير ليس للأخ الكبير ولاية الاستيفاء (تتمة) أفتى الحانوتىؒ بصحة صلح وصى الصغير على أقل من قدر الدية إذا كان القاتل منكرا و لم يقدر الوصى على إثبات القتل قياسا على المال لما فى العمادية من أن الوصى إذا صالح عن حق الميت أو عن حق الصغير على رجل فان كان مقرا بالمال أو عليه بينة أو قضى عليه به لا يجوز الصلح على أقل من الحق و إن لم يكن كذلك يجوز اه شامية. (٢)و من قتل و له أولياء صغار و كبار الخ. و لو كان الكل صغارا ليس للأخ و العم أن يستوفى القصاص كما فى جامع الصفار فقيل ينتظر بلوغ أحدهم و قيل يستوفى السلطان كما فى الاختيار و القاضى كالسلطان و لو كان الكل كبارا ليس للبعض أن يقتص دون البعض و لا أن يوكل باستيفائه لأن فى غيبة الموكل احتمال العفو فالقصاص يستحقه من يستحق ماله على فرائض الله تعالى و يدخل فيه الزوج و الزوجة كما فى الخلاصة و لا يشترط القاضى كما فى الخزانة و لو كان القتل خطأ لم يكن للكبير إلا استيفاء حصة نفسه كما فى البزازية قهستانى و قوله لا يشترط القاضى أى قضاؤه فمن له القصاص له أن يقتص سواء قضى به أو لا كما فى البزازية شامية. (٣)فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إلا إذا كان الكبير أجنبيا عن الصغير بأن كان العبد مشتركا بين =>

و قالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لأن القصاص مشترك بينهم و لا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى و فى استيفائهم الكل إبطال حق الصغار فيؤخر إلى إدراكهم كما إذا كان بين الكبيرين و أحدهما غائب أو كان بين المولیين و له أنه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ و هو القرابة و احتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما فى ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين

و به (١) قال مالك و أحمد فى رواية و الليث بن سعد و حماد بن أبى سليمان و الأوزاعى رحمهم الله تعالى و زاد مالك رحمه الله تعالى و قال إن كان للمقتول ولد صغير و أخ كبير و أخت كبيرة فالأخ و الأخت يقتصان قبل بلوغ الصغير (و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ليس لهم (٢) ذلك) أى ليس للكبار أن يقتصوا (حتى يدرك الصغار) و به (٣) قال الشافعى و أحمد فى الأظهر و إسحاق و عمر بن عبدالعزيز و ابن شبرمة و ابن أبى ليلى رحمهم الله تعالى (لأن القصاص مشترك بينهم) أى بين الصغار و الكبار (و لا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى) لأنه تصرف فى الروح وذا لا يقبل الوصف بالتجزى (و فى استيفائهم الكل إبطال حق الصغار فيؤخر) أى القصاص (إلى إدراكهم) أى إلى بلوغهم (كما إذا كان) أى القصاص (بين الكبيرين و أحدهما غائب) فإنه لا يقتص حتى يحضر الغائب (أو كان) أى القصاص (بين المولیين) صورته معتق رجلين قتل و أحد مولييه غائب فليس للحاضر استيفاء القصاص حتى يحضر الغائب و فى المبسوط صورته عبد مشترك بين الصغير و الكبير فقتل ليس للكبير استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاجماع (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أنه) أى القصاص (حق لا يتجزأ لثبوته (٤) بسبب لا يتجزأ و هو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع) أى فى الحال و الشبهة فى المآل لا تعتبر (فيثبت) أى حق القصاص (لكل واحد كملا) أى على الكمال (كما فى ولاية الإنكاح) حيث يجوز لأحد أولياء الصغير أن يزوجه لأن لكل واحد منهم ذلك (بخلاف الكبيرين) إذا كان أحدهما غائبا

=> صغير و أجنبى فقتل عمدا ليس للأجنبى أن يستوفى القصاص قبل بلوغه بالاجماع إلا أن يكون للصغير أب فيستوفيانه حينئذ نهاية و المراد بالأجنبى من كان شريكا فى الملك لا فى القرابة فلو قتل رجل و له ابن عمة كبير و ابن خالة صغير و هما أجنبيان فللكبير القصاص لأن السبب القرابة للمقتول و هو مما لا يتجزى شامية. (١)و به قال مالكؒ الخ. كذا فى المغنى ص ٤٥٩ ج٩. (٢)ليس لهم ذلك إلا أن يكون الشريك الكبير أبا للصغير شامية عن نهاية. (٣)و به قال الشافعىؒ الخ. كذا فى المغنى. (٤)لثبوته بسبب الخ. و اعترض سعدىؒ كون السبب هو القرابة بأنه يثبت للزوج و الزوجة و لا قرابة و أجاب الطورىؒ بأنه على التغليب أو بأن المراد بها الاتصال الموجب للارث.

لأن احتمال العفو من الغائب ثابت و مسألة المولیین ممنوعة. قال و من ضرب رجلا بمر فقتله فإن أصابه بالحديد قتل به و إن أصابه بالعود فعليه الدية قال و هذا إذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب و إن أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى اعتبارا منه للآلة و هو الحديد و عنه إنما يجب إذا جرح

فليس للحاضر أن يقتص (لأن احتمال العفو من الغائب ثابت) بلا شبهة (و مسألة المولیین ممنوعة) هذا جواب عن قوله أو كان بين المولیین و سند ما ذكر في الأسرار لا رواية في عبد أعتقه رجلان ثم قتل أو قتل و له مولیان فيجوز أن يقال لا نسلم أن أحدهما لا ينفرد بالاستيفاء و لئن سلمنا فأحد المولیین إنما لم ينفرد بالاستيفاء لأن السبب لم يكمل في حقه لأن بعض الملك و بعض الولاء ليس بسبب أصلا فكانا كشخص واحد و الواحد منهما كنصف رجل و شطر علة و في المبسوط احتج أبو حنيفة رحمه الله تعالى أيضا بما روى أن الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما قتل عبدالرحمن بن ملجم حين قتل عليا رضي الله تعالى عنه و في أولاد علي رضي الله تعالى عنه صغار و لم ينتظر بلوغهم و في الأسرار روى عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أنه لما أصابه ابن ملجم قال في وصيته أما أنت يا حسن فإن شئت أن تعفو فاعف و إن شئت أن تقتص فاقتص بضربة واحدة و إياك و المثلة فلما مات علي رضي الله تعالى عنه قتل به و في ورثة علي رضي الله تعالى عنه صغار منهم العباس بن علي رضي الله تعالى عنهما و كان له أربع سنين و ذلك بحضرة الصحابة رضي الله تعالى عنهم من غير نكير. (قال) محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من ضرب رجلا بمر (١)) بفتح الميم و تشديد الراء قال صاحب المغربؒ هو الذي يعمل به في الطين (فقتله فإن أصابه بالحديد) أي بالحديد الذي في أحد طرفي المر (قتل به) بلا خلاف لوجود القتل على وجه الكمال (و إن أصابه بالعود) الذي هو أحد طرفي المر (فعليه الدية قال) أي المصنف رحمه الله تعالى (و هذا) أي وجوب القصاص (إذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب) أي سبب القصاص (و إن أصابه بظهر الحديد فعندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يجب) أي القصاص و به قالت الأئمة الثلاثه رحمهم الله تعالى (و هو) أي قولهما (رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى اعتبارا منه للآلة و هو الحديد) لأن الحديد سلاح كله حده و عرضه في ذلك سواء (و عنه) أي و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى (إنما يجب) أي القصاص (إذا جرح)

(١) بمر الخ. قال العينيؒ في رمز الحقائق: المر بفتح الميم و تشديد الراء و هو خشبة طويلة في رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة يضع الرجل رجله عليها و يحفر بها الأرض و بالفارسية تسمى بيل اه.

و هو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى و على هذا الضرب بسنجات الميزان و أما إذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة و امتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل و فيه خلاف أبى حنيفة رحمه الله تعالى على ما نبين و قيل هو بمنزلة السوط و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى و هى مسألة الموالاة له أن الموالاة فى الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب و لنا ما رويناه ألا إن قتيل خطأ العمد و يروى شبه العمد الحديث و لأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة

كذا ذكره الطحاوى رحمه الله تعالى (و هو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى) قال الأترازىؒ فى هذه الحوالة نظر و قال الكاكىؒ هو قوله بعد ذلك و لا تماثل بين الجرح و الدق لقصور الثانى عن تخريب الظاهر إلى آخره (و على هذا) أى و على هذا الإختلاف (الضرب بسنجات (١) الميزان) يعنى إذا كانت من حديد (و أما إذا ضربه بالعود) أى بعود المر (فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة و امتناع القصاص حتى لا يهدر الدم) يعنى لما وجد قتل النفس المعصومة وامتناع وجوب القصاص وجبت الدية حتى لا يهدر دم المقتول (ثم قيل هو) أى عود المر إذا كان لا يلبث (بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل) كمدقة القصارين و حجر الرحى لا يجب القصاص عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و إليه أشار بقوله (و فيه خلاف أبى حنيفة رحمه الله تعالى على ما نبين) إن شاء الله تعالى فتجب الدية فى ماله فى ثلاث سنين لأنه شبه عمد و عندهما يجب القصاص لأنه قتل عمد و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و قيل هو بمنزلة السوط) يعنى إذا كان العود مما يلبث (و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى و هى مسألة الموالاة) يعنى فى الضرب بالعصا الصغيرة أو الحجر الصغير إذا والى الضربات لا يجب القصاص به و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجب إذا والى الضربات على وجه لا تحمله النفس عادة لأنه دلالة القصد إلى القتل و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و هو معنى قوله (له) أى للشافعي رحمه الله تعالى (أن الموالاة فى الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب) للقصاص (و لنا ما روينا ألا إن قتيل خطأ العمد) قتيل السوط و العصا و لم يفصل بين الموالاة و غيرها (و يروى شبه العمد الحديث) و قد (١) مضى من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنهما ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط و العصا الحديث (و لأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة

(١)بسنجات الميزان. و فى القاموس: سنجة الميزان مفتوحة بالسين أفصح من الصاد اه. (٢)قد مضى فى ص٣٥٥ ج١٥.

قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد فى خلال الضربات فيعرى أول الفعل عنه و عساه أصاب المقتل و الشبهة دارئة للقود فوجبت الدية. قال و من غرق صبيا أو بالغا فى البحر فلا قصاص عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يقتص منه و هو قول الشافعى رحمه الله تعالى غير أن عندهما يستوفى حزا و عنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه

قد تستعمل للتأديب) لأنه قد يشرع حدا و تعزيرا فى مواضع فلو كان ذلك دلالة القصد إلى القتل لم يشرع فى موضع لا يكون القتل فيه مشروعا (أو لعله اعتراه القصد فى خلال الضربات) أى أو لعل الضارب عرضه قصد القتل فى أثناء الضربات (فيعرى أول الفعل عنه) أى فيخلو أول الضرب عن القصد فيتمكن الخلل فى العمدية (و عساه أصاب المقتل) أى لعل أو ل الفعل و هو الضربة أصاب المقتل بدون القصد إلى القتل فلا يدل ذلك على العمد فتمكنت الشبهة بدون القصد (و الشبهة دارئة للقود) فلا يجب القصاص (فوجبت الدية) فى ثلاث سنين. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من (١) غرق صبيا أو بالغا فى البحر فلا قصاص عليه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يقتص منه و هو قول الشافعى رحمه الله تعالى غير أن عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يستوفى حزا) أى تحز الرقبة بالسيف (و عنده) أى و عند الشافعى رحمه الله تعالى (يغرق كما بيناه من قبل) و هو أنه يفعل به مثل ما فعل (لهم) قال شيخنا العلاءؒ أى لأبى يوسف و محمد و الشافعى رحمهم الله تعالى لكن استدلال الشافعى رحمه الله تعالى بالحديث و استدلالهما بالمعقول (قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ (من غرق غرقناه) قال تاج الشريعةؒ النص يقتضى التغريق و هو مذهب الشافعى رحمه الله تعالى و يكون حجة لهما أيضا على أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى نفى وجوب الدية و الحديث رواه (٢) البيهقىؒ فى سننه و فى المعرفة من حديث البراء بن عازب رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال من عرض (٣) عرضنا له و من حرق حرقناه و من غرق غرقناه قال صاحب التنقيحؒ فى هذا الاسناد من يجهل حاله و قال الأترازىؒ الحديث غير موصول إلى النبى ﷺ و لئن

---

(١)و من غرق صبيا الخ. و فى الكفاية: ذكر محمد رحمه الله تعالى التغريق بالماء مطلقا و هو على ثلاثة أوجه إن كان الماء قليلا لا يقتل به غالبا لا يجب القصاص بالاتفاق و إن كان الماء كثيرا إلا أنه يمكنه النجاة بالسباحة فهو شبه العمد عندنا و إن كان الماء كثيرا و لا يمكنه النجاة بالسباحة كالبحر فهذا مسئلة الكتاب كذا فى بعض الفوائد. (٢)رواه البيهقىؒ فى الجنايات باب عمد القتل بالحجر و غيره مما الأغلب أنه لا يعاش من مثله ص٤٣ ج٨. (٣)من عرض عرضنا له أى من عرض بالقذف عرضنا له بتأديب لا يبلغ الحد و من صرح بالقذف حددناه كذا فى النهاية لابن الاثيرؒ.

و لأن الآلة قاتلة فاستعمالها أمارة العمدية و لا مراء فى العصمة و له قوله عليه الصلاة و السلام ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط و العصا و فيه و فى كل خطأ أرش و لأن الآلة غير معدة للقتل و لا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية و لأن القصاص ينبئ عن المماثلة و منه يقال اقتص اثره و منه المقصة للجلمين

صح فهو محمول على السياسة باضافة التغريق إلى النبى ﷺ حيث قال من غرق غرقناه و لم يقل من غرق يغرق قلت الحديث مرفوع و لكنه ضعيف على ما يجيء عن قريب و فى الجامع الصغير و لو أحمى تنورا فألقاه فى النار و لا يستطيع الخروج منها فأحرقته ففيه القود و فيه إشارة إلى أن الإحماء يكفى للقود و إن لم تكن فيه النار و فى جمع التفاريق هو الصحيح و لو ألقاه فى نار ثم أخرج و به رمق فمكث مضنى منه حتى مات ففيه القود و إن كان يجيء و يذهب فلا و لو أوجره سما على كره منه أو ناوله ثم أكرهه على شربه فلا (١)قود عليه (و لأن الآلة قاتلة) هذا استدلالهما بيانه أن الماء الذى لا ينجى منه عادة قاتل جعل هذا الماء كآلة القتل (فاستعمالها أمارة العمدية) أى فاستعمال هذه الآلة علامة العمدية (و لا مراء (٢)) أى و لا شك (فى العصمة) أى عصمة المحل لأن كلامنا فيما إذا كان المقتول محقون الدم على التأبيد و قد وجد فيجب القصاص (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ (ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط و العصا و فيه و فى كل خطأ أرش) و قد مر (٣) الحديث فى أوائل الكتاب (و لأن الآلة) و هى الماء الذى جعل كالآلة (غير معدة للقتل و لا مستعملة فيه) أى فى القتل (لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية و لأن القصاص ينبئ عن المماثلة) فى لغة العرب و استدل عليه بقوله (و منه يقال اقتص اثره) أى تبعه (و منه المقصة) و هو المقراض يقال (للجلمين) الجلم الذى يجز به و هما جلمان يعنى سميت المقصة مقصة لأن كل واحد من الجلمين يماثل الآخر و قال شيخى العلاء رحمة الله عليه قوله للجلمين هكذا بتصحيح

(١)فلا قود عليه و على عاقلته الدية و إذا ناوله فشرب من غير أكرهه عليه لم يكن عليه قصاص و لادية سواء علم الشارب بكونه سما أو لم يعلم هندية عن ذخيرة. (٢)لا مراء. و فى النهاية لابن الأثيرؒ: المراء (بالكسر) الجدال و التمارى و المماراة المجادلة على مذهب الشك و الريبة و يقال للمناظرة مماراة لأن كل واحد منهما يستخرج ما عند صاحبه و يمتريه كما يمترى الحالب اللبن من الضرع اه. (٣)قد مر الحديث فى ص٣٥٥ ج١٥. قال قاضى زادهؒ فى الأفكار: و الانصاف أن هذا الحديث لا يدل على مدعى أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى مسئلة التغريق دلالة إقناعية و لهذا ترك صاحب الكافىؒ التمسك بهذا الحديث و اكتفى بالدليل العقلى مع كون عادته أن يقتفى اثر صاحب الهدايةؒ فى وضع المسائل و بسط الدلائل اه.

و لا تماثل بين الجرح و الدق لقصور الثانى عن تخريب الظاهر و كذا لا يتماثلان فى حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب و بالمثقل نادر و ما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة و قد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه و إذا امتنع القصاص وجبت الدية و هى على العاقلة و قد ذكرناه و اختلاف الروايتين فى الكفارة. قال و من جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب

شيخى رحمة الله عليه و وقع فى النسخ للحكمين و لا وجه له (و لا تماثل بين الجرح و الدق) لأن الدق يعمل فى الباطن دون الظاهر و الجرح بالسيف يعمل فى الظاهر و الباطن و التغريق لا يعمل فى الظاهر و الباطن جميعا أشار إليه بقوله (لقصور الثانى) أى الدق (عن تخريب الظاهر و كذا لا يتماثلان) أى لا يتماثل الجرح و الدق (فى حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب و بالمثقل نادر) و شرعية الزجر فى الغالب لا فى النادر و لهذا شرع الحد فى شرب الخمر لا فى شرب البول (و ما رواه) أى ما رواه الشافعى رحمه الله تعالى من قوله من غرق غرقناه (غير مرفوع) أى غير مرفوع إلى النبى ﷺ و قال الكاكىؒ أى غير ثابت و إنما هو من كلام راويه و إلا يلزم التحريق بالتحريق و هو منهى عنه قال عليه الصلاة و السلام لا يعذب بالنار إلا رب النار قلت قد ذكرنا أن البيهقىؒ رواه مرفوعا و لكنه ضعيف لا تقوم به الحجة و أجاب عنه المصنفؒ بجواب آخر و هو قوله (أو هو محمول على السياسة) هذا جواب بطريق التسليم يعنى و لئن سلمنا أنه مرفوع و لكنه محمول على السياسة و قد مر الكلام فيه عن قريب (و قد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه) أى و قد أشارت إلى الحمل على السياسة إضافة النبى ﷺ فعل التغريق إلى نفسه باسناد الفعل حيث قال غرقناه و قد مر الكلام فيه و قيل هو منسوخ بقوله عليه الصلاة و السلام لا يعذب بالنار إلا رب النار و قد ذكرنا أن تمام الحديث من حرق حرقناه (و إذا امتنع القصاص) أى فى التغريق (وجبت الدية و هى على العاقلة) أى عاقلة الذى غرق فى ثلاث سنين لأنه شبه العمد و قد مر حكم شبه العمد أشار إليه بقوله (و قد ذكرناه) أى فيما مضى عند ذكر شبه العمد (و اختلاف الروايتين فى الكفارة) اختلاف الروايتين بالرفع لأنه مبتدأ و قوله فى الكفارة خبره يعنى اختلاف الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى إنما كان فى الكفارة فى شبه العمد فى رواية تجب و فى رواية لا تجب لا فى الدية فإن الدية تجب بلا تردد و رواية وجوب الكفارة هى الصحيح. (قال) أى القدورىؒ (و من جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) إلى هذا كلام القدورىؒ و قال المصنفؒ (لوجود السبب) و هو سفك دم محقون على

و عدم ما يبطل حكمه فى الظاهر فأضيف إليه. قال و إذا التقى الصفان من المسلمين و المشركين فقتل مسلم مسلما ظن أنه مشرك فلا قود عليه و عليه الكفارة لأن هذا أحد نوعى الخطأ على ما بيناه و الخطأ بنوعيه لا يوجب القود و يوجب الكفارة و كذا الدية على ما نطق به نص الكتاب و لما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان

التأبيد عمدا (و عدم ما يبطل حكمه) أى و لعدم ما يبطل حكم الدم المحقون على التأبيد من العفو أو الشبهة (فى الظاهر فأضيف إليه) أى إلى الظاهر لأن الظاهر أنه مات بذلك السبب لعدم تحصل البرء فأضيف إليه فوجب القصاص. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا التقى الصفان من المسلمين و المشركين فقتل مسلم مسلما ظن أنه مشرك فلا قود عليه) أى فلا قصاص عليه (و عليه الكفارة لأن هذا أحد نوعى الخطأ) و هو الخطأ فى القصد (على ما بيناه) فيما مضى فى بيان تقسيم القتل فى أول كتاب الجنايات (و الخطأ بنوعيه) أى الخطأ فى القصد و الخطأ فى الفعل و قد مر فيما مضى (لا يوجب القود) أى القصاص و قوله الخطأ بنوعيه مبتدأ و قوله لا يوجب القود خبره (و يوجب الكفارة و كذا الدية) بالنصب عطفا على قوله الكفارة أى و كذا يوجب الدية (على ما نطق به نص الكتاب) و هو قوله عزوجل و من قتل (١) مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة و دية مسلمة إلى أهله (و لما اختلفت (٢) سيوف المسلمين على اليمان) بفتح

(١)و من قتل الآية. النساء: ٩٢. (٢)لما اختلفت سيوف المسلمين الخ. قلت روى هذا مسندا و مرسلا أما المسند فرواه الحاكمؒ فى المستدرك و احمدؒ و ابن راهويهؒ فى مسنديهما كلهم من حديث محمد بن اسحاق حدثنى عاصم بن عمر بن قتادة عن محمود بن لبيد رضى الله تعالى عنه قال لما خرج رسول الله ﷺ إلى أحد رفع حسيل بن جابر و هو اليمان أبو حذيفة بن اليمان و ثابت بن قيس رضى الله تعالى عنهما فى الآطام مع النساء و الصبيان فقال أحدهما لصاحبه و هما شيخان كبيران لا أبا لك ما تنتظر فو الله إن بقى لواحد منا من عمره إلا ظمأ حمار أفلا نلحق برسول الله ﷺ لعل الله يرزقنا منه الشهادة فأخذا أسيافهما ثم خرجا حتى دخلا فى الناس و لم يعلم بهما فأما ثابت بن قيس رضى الله تعالى عنه فقتله المشركون و أما اليمان رضى الله تعالى عنه فاختلفت عليه أسياف المسلمين فقتلوه و هم لا يعرفونه فقال حذيفة رضى الله تعالى عنه أبى أبى قالوا و الله إن عرفناه و صدقوا قال حذيفة رضى الله تعالى عنه يغفرالله لكم و هو أرحم الراحمين فأراد رسول الله ﷺ أن يديه فتصدق حذيفة رضى الله تعالى عنه بديته على المسلمين فزاده ذلك عند رسول الله ﷺ خيرا وزاد اسحاق بن راهويهؒ و كان الذى قتله عقبة بن مسعود رضى الله تعالى عنه قال الحاكمؒ حديث صحيح على شرط مسلم و لم يخرجاه و أما المرسل فرواه الشافعىؒ فى مسنده و البيهقىؒ فى المعرفة عن عروةؒ و البيهقىؒ فى دلائل النبوة فى باب المغازى و عبدالرزاقؒ فى مصنفه فى أواخر القصاص عن الزهرىؒ و التفصيل فى نصب الراية ص٣٤٥ ج٤. (تنبيه) اعلم أن هذا الحديث فى الصحيح للبخارىؒ لكن ليس فيه ذكر الدية أخرجه البخارىؒ فى الديات باب العفو فى الخطأ بعد الموت ص١٠١٧ ج٢ عن هشام عن عروة عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت صرخ ابليس يوم أحد فى الناس =>

أبى حذيفة رضى الله تعالى عنه قضى رسول الله ﷺ بالدية قالوا إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين فإن كان فى صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه الصلاة و السلام من كثر سواد قوم فهو منهم

الياء آخر الحروف و تخفيف الميم و فى آخره نون و هو اسم لوالد حذيفة رضى الله تعالى عنه و لهذا بينه بقوله (أبى حذيفة رضى الله تعالى عنه) و هذا بحسب الظاهر على ألسنة الناس و فى نفس الأمر على ما قال ابن شاهينؒ فى المعجم حدثنا عبدالله بن محمد قال حدثنى عمر عن أبى عبيدة قال حذيفة (١) بن حسيل (٢) بن جابر بن عمرو بن ربيعة بن اليمان و إنما قيل حذيفة بن اليمان لأنه كان من ولد اليمان جروة بن الحارث بن مازن بن قطيعة بن عبس مات حذيفة بالمدائن سنة ست و ثلاثين فاليمان إن كان اسما موضوعا له يجب أن يجرى وجوه الإعراب و إن كان منسوبا إلى اليمن يجب كسر نونه لأنه حذفت منه ياء النسبة و عوض منها الألف و بقيت النون على حالها و أما قصته فإنه قتل فى (٣) غزوة الخندق قتله المسلمون و هم يظنون أنه مشرك (قضى رسول الله ﷺ بالدية) فوهبها حذيفة رضى الله تعالى عنه لهم (قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين) أى إذا كان المسلمون و الكفار مختلطين (فإن كان) أى المسلم (فى صف المشركين لا تجب الدية لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه الصلاة و السلام) أى قال النبى ﷺ (من كثر سواد قوم فهو منهم) هذا الحديث رواه (٤) أبو يعلى الموصلىؒ فى مسنده حدثنا أبو همام حدثنا ابن وهب أخبرنى بكر بن مضر عن عمرو بن الحارث أن رجلا دعى عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنه إلى وليمة فلما جاء ليدخل سمع لهوا فلم يدخل فقال له لم رجعت قال إنى سمعت رسول الله ﷺ يقول من كثر سواد قوم فهو منهم و من رضى عمل قوم كان شريك من عمل به و فى المجتبى و هذا حال من كثر سوادهم و لم يتزين بزيهم و لم يتخلق بأخلاقهم فكيف حال المتزين بزيهم و المتخلق بأخلاقهم فى زماننا و

=> يا عباد الله أخراكم فرجعت أولاهم على أخراهم حتى قتلوا اليمان رضى الله تعالى عنه فقال حذيفة رضى الله تعالى عنه أبى أبى فقتلوه فقال حذيفة رضى الله تعالى عنه غفر الله لكم قال و قد كان انهزم منهم قوم حتى لحقوا بالطائف. (١)حذيفة بن حسيل الخ. نحوه فى الاستيعاب لابن عبدالبر المالكىؒ. (٢)حسيل بالتصغير و يقال بالتكبير كذا فى الاصابة و يقال له ايضا حسل بكسر الحاء و اسكان السين و اليمان لقب له و المشهور فى استعمال المحدثين أنه اليمان بالنون من غير ياء بعدها و هى لغة قليلة و الصحيح اليمانى بالياء كذا فى شرح مسلم للنووىؒ. (٣)قتل فى غزوة الخندق. قلت فيه نظر لما مر عن البخارى و غيره آنفا أنه قتل يوم احد. (٤)رواه أبو يعلىؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص٣٤٦ ج٤.

قال و من شج نفسه و شجه رجل و عقره أسد و أصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الأجنبى ثلث الدية لأن فعل الأسد و الحية جنس واحد لكونه هدرا فى الدنيا و الآخرة و فعله بنفسه هدر فى الدنيا معتبر فى الآخرة حتى يؤثم عليه و فى النوادر أن عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى يغسل و يصلى عليه و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يغسل و لا يصلى عليه و فى شرح السير الكبير ذكر فى الصلاة عليه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى على ما كتبناه فى كتاب التجنيس و المزيد فلم يكن هدرا مطلقا و كان جنسا آخر و فعل الأجنبى معتبر فى الدنيا و الآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية و الله أعلم.

أخرج (١) أبو داودؒ فى سننه من حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ من تشبه بقوم فهو منهم. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من شج نفسه و شجه رجل و عقره أسد و أصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الأجنبى ثلث الدية لأن فعل الأسد و الحية جنس واحد لكونه هدرا فى الدنيا و الآخرة و فعله بنفسه هدر فى الدنيا معتبر فى الآخرة حتى يؤثم عليه) قال الشافعى رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى فى قول يجب على الأجنبى الدية لأنه عمد محض (و فى النوادر أن عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى يغسل) يعنى هذا الرجل الذى شج نفسه (و يصلى عليه و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يغسل و لا يصلى عليه) لأنه باغ على نفسه (و فى شرح السير الكبير ذكر فى الصلاة عليه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى على ما كتبناه فى كتاب التجنيس و المزيد) و هما كتابان من جملة مصنفات المصنفؒ و فى تجنيس المصنفؒ قال الحلوانىؒ يصلى عليه لأنه لو تاب قبلت توبته و قال السعدىؒ لا يصلى عليه لأنه لا تقبل توبته لما أنه باغ على نفسه (فلم يكن) أى فعله بنفسه (هدرا مطلقا) يعنى فى أحكام الدنيا (و كان جنسا آخر و فعل الأجنبى معتبر فى الدنيا و الآخرة فصارت) أى الجناية (ثلاثة أجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال) فعل نفسه و فعل الأجنبى و فعل الأسد و الحية (فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث (٢) الدية و الله أعلم).

(١)أخرج أبو داودؒ فى اللباس باب فى لبس الشهرة ص٢٠٣ ج٢ و روى البزارؒ فى مسنده من حديث حذيفة و أبى هريرة رضى الله تعالى عنهما مرفوعا نحو حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما كما فى نصب الراية ص٣٤٧ ج٤. (٢)فيجب عليه أى على الأجنبى ثلث الدية يعنى فى ماله إن كان فعله عمدا و إلا فعلى العاقلة زيلعى.

فصل

قال و من شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه الصلاة و السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه و لأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه و لأنه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله و قوله فعليهم و قول محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير فحق علي

(فصل)

أى هذا فصل فى بيان ما هو بمنزلة التبع للقصاص فى النفس و هو القصاص فى الأطراف. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من شهر على (١) المسلمين سيفا فعليهم (٢) أن يقتلوه لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ و روى (٣) النسائىؒ فى سننه من حديث طاووس عن ابن الزبير رضى الله تعالى عنهما عن رسول الله ﷺ قال من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر و من طريقه رواه الطبرانىؒ فى معجمه و زاد يعنى وضعه ضرب به و روى (٤) أحمدؒ فى مسنده و الحاكمؒ فى المستدرك من حديث عائشة رضى الله تعالى عنها قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين يريد قتله فقد وجب دمه قوله أطل دمه أى أهدر دمه و إذا أهدره صار دمه مباحا (و لأنه باغ) أى و لأن شاهر السيف باغ لأنه شهر سيفه عليهم و قصد قتلهم صار حربيا عليهم فكان باغيا (فتسقط عصمته ببغيه) أى فتبطل عصمة دمه ببغيه و محاربته قال الله تعالى فقاتلوا (٥) التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله (و لأنه) أى و لأن القتل (تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه) أى عن نفس المشهور عليه فإذا كان كذلك (فله قتله) أى قتل الشاهر حتى لو أمكنه بطريق آخر لا يسعه قتله و لا يعلم فيه خلاف (و قوله) قال الكاكىؒ أى قول صاحب المختصر قلت إن أراد بالمختصر مختصر القدورى فالقدورىؒ لم يذكر هذه المسألة و إنما ذكرها محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير و الصواب ما ذكره تاج الشريعةؒ أى قول محمد رحمه الله تعالى فى المبسوط (فعليهم و قول محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير فحق علي

(١)على المسلمين. ذكر أبو السعودؒ عن الشيخ عبدالحىؒ بحثا أن أهل الذمة كالمسلمين شامى. (٢)فعليهم أن يقتلوه أى الشاهر فى حال شهره السيف عليهم قاصدا ضربهم لا بعد انصرافه عنهم فانه لا يجوز قتله شامى. (٣)روى النسائىؒ فى المحاربة (باب) من شهر سيفه ثم وضعه ص١٧٣ ج٢ و الحاكمؒ فى المستدرك و قال صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه و قال عبدالحقؒ فى أحكامه و قد روى موقوفا و الذى أسنده ثقة نصب الراية ص٣٤٨ ج٤. (٤)روى احمدؒ الخ. كذا فى نصب الراية. (٥)فقاتلوا الآية. الحجرات: ٩.

المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب و المعنى وجوب دفع الضرر و فى سرقة الجامع الصغير و من شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا فى مصر أو نهارا فى طريق فى غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا و هذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل و العصا الصغيرة و إن كان يلبث و لكن فى الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل و كذا فى النهار فى غير المصر فى الطريق لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرا قالوا فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما.

المسلمين أن يقتلوه) و الحاصل فى هذا أن لمحمد رحمه الله تعالى عبارتين إحداهما التى ذكرها فى المبسوط بقوله فعليهم و الأخرى التى ذكرها فى الجامع الصغير بقوله فحق على المسلمين و العبارتان تدلان على معنى واحد و هو وجوب قتل الشاهر الباغى المذكور و قول المصنفؒ و قوله أى قول محمد رحمه الله تعالى مبتدأ و قوله و قول محمد رحمه الله تعالى عطف عليه و قوله (إشارة إلى الوجوب) خبر المبتدأ أى يشير القولان بأن قتله واجب (و المعنى) من كلام المصنفؒ أى معنى الوجوب (وجوب دفع الضرر) لأن دفع الضرر واجب لا أن يكون عين القتل واجبا و هذا كما يقتل الحربى لا لعينه بل لرفع كلمة الله عز و جل (و فى سرقة الجامع الصغير و من شهر على (١) رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا فى مصر أو نهارا فى طريق فى غير (٢) مصر فقتله (٣) المشهور عليه عمدا فلا (٤) شيء عليه لما بينا) إشارة إلى ما ذكره من الحديث و المعنى المعقول (و هذا) أى عدم شيء عليه (لأن السلاح لا يلبث (٥)) يعنى ليس فيه مهلة للرفع بغير قتل (فيحتاج إلى دفعه بالقتل و العصا الصغيرة و إن كان يلبث و لكن فى الليل لا يلحقه الغوث) يعنى لا يلحقه من يخلصه منه (فيضطر إلى دفعه بالقتل و كذا فى النهار فى غير المصر فى الطريق لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرا) يعنى لا يلزمه شيء (قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (فان كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد

---

(١)على رجل أى قاصدا قتله بدلالة الحال لا مزاحا و لعبا أفاده الزيلعىؒ فى الطلاق و أفاد بهذه المسئلة أن الواحد كالمسلمين شامى. (٢)فى غير مصر. قيد به لأنه لو شهر عليه عصا فى المصر نهارا فقتله المشهور عليه بالحديد عمدا قتل لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا تلبث و فى المصر يلحقه الغوث بالنهار سعدى عن شرح الجامع الصغير لقاضيخان هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما لا قصاص عليه هندية عن كافى. (٣)فقتله المشهور عليه أو غيره دفعا عنه زيلعى و فى الكفاية و لو ترك المشهور عليه قتله يأثم اهـ. (٤)فلا شيء عليه. هذا إذا كان الشاهر مكلفا كما يعلم من قوله الآتى و إن شهر المجنون الخ و لما لم يكن عين القتل واجبا كان محتملا أن يكون القتل موجبا للضمان فصرح بعدمه شامى عن ابن الكمال. (٥)لا يلبث من اللبث و هو الابطاء و التأخر لسان و تاج.

قال و إن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية فى ماله و قال الشافعى رحمه الله تعالى. لا شيء عليه و على هذا الخلاف الصبى و الدابة و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يجب الضمان فى الدابة و لا يجب فى الصبى و المجنون للشافعى رحمه الله تعالى أنه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر و لأنه يصير محمولا على قتله بفعله فأشبه المكره و لأبى يوسف رحمه الله تعالى أن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق

لا يوجب الضمان أما فعلهما معتبر فى الجملة حتى

رحمهما الله تعالى. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية فى ماله و قال الشافعى رحمه الله تعالى لا شيء عليه) و كذا الصبى و الدابة على ما يجيء الآن و به قال مالك و أحمد و أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى و عند مالك رحمه الله تعالى فى المضطر كذلك أما لو كان الصائل عبدا أو صيد الحرم لا يضمن بلا خلاف (و على هذا الخلاف) أى على الخلاف المذكور بيننا و بين الشافعى رحمه الله تعالى (الصبى) إذا صال على انسان (و الدابة) كالجمل مثلا إذا صال على إنسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن (١) عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى (و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يجب الضمان فى الدابة و لا يجب فى الصبى و المجنون) و قال الطحاوىّ فى مختصره و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إنى استقبح فى هذا أن أضمنه قيمته يعنى فى البعير إذا صال على إنسان (للشافعى رحمه الله تعالى أنه قتله دافعا) أى للشر (عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر و لأنه) أى و لأن المشهور عليه (يصير محمولا على قتله) أى قتل الشاهر (بفعله) أى بفعل الشاهر (فأشبه المكره) يعنى مع علمه أن هذا الفعل يسقط عصمة دمه صار كأنه أكرهه على قتله فيكون المشهور عليه مكرها بهذا الطريق هكذا ذكره الرغوىّ و قال الأكملّ قوله فأشبه المكره يعنى أن المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره أضيف التلف إلى المكره فكذلك المصول عليه و قيل معناه فأشبه المكره يعود على المكره فيقتله (و لأبى يوسف رحمه الله تعالى أن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق) أى فعل الدابة (لا يوجب الضمان) لقوله عليه الصلاة و السلام (٢) العجماء جرحها جبار (أما فعلهما) أى فعل الصبى و المجنون (معتبر فى الجملة حتى

(١) يضمن أى الدية فى الصبى و القيمة فى الدابة شامى. (٢) لقوله عليه الصلاة و السلام الخ. قلت روى البخارىّ فى الديات باب المعدن جبار ص ١٠٢١ ج ٣ من حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال العجماء جرحها جبار الحديث.

لو حققاه يجب عليهما الضمان و كذا عصمتهما لحقهما و عصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة و لنا أنه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالاً معصوما حقا للمالك و فعل الدابة لا يصلح مسقطا و كذا فعلهما و إن كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح و لهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لأن له اختيارا صحيحا و إنما لا يجب القصاص لوجود المبيح و هو دفع الشر فتجب الدية. قال و من شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته.

لو حققاه) أى الفعل و أتلفا مالاً أو نفسا (يجب عليهما الضمان و كذا عصمتهما) أى عصمة الصبى و المجنون (لحقهما) أى لأنفسهما لا لحق الغير (و عصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما) أى فعل الصبى و المجنون (مسقطا للعصمة دون فعل الدابة و لنا أنه) أى أن المشهور عليه (قتل شخصا (١) معصوما) بالعصمة الأبدية (أو أتلف مالاً (٢) معصوما حقا للمالك) فيجب الضمان (و فعل الدابة لا يصلح مسقطا) للعصمة الثابتة حقا للمالك و الأذى وجد من الدابة لا من المالك فلا يجب بطلان العصمة الثابتة للمالك و لا يرد عليه العبد الصائل لأن عصمة دم العبد تثبت حقا له و لهذا ليس للمولى سفك دمه و أما صيد الحرم فلأن عصمته إنما تثبت بالشرع لحرمته أو لحرمة الحرم موقتا إلى غاية الأذى فإذا وجد الأذى من جهته لم يبق معصوما (و كذا فعلهما) أى و كذا فعل الصبى و المجنون لا يصلح مسقطا (و إن كانت عصمتهما حقهما) يعنى لأنفسهما لا لحق الغير (لعدم اختيار صحيح و لهذا) أى و لأجل عدم الاختيار الصحيح منهما (لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما) أى من الصبى و المجنون (بخلاف العاقل البالغ لأن له اختيارا صحيحا) فيجب القتل بتحقق الفعل منه (و إنما لا يجب القصاص) على المشهور عليه (لوجود المبيح و هو دفع الشر) فإذا لم يجب القصاص (فتجب الدية) فصار كأكل مال الغير حال المخمصة فانه يحل و يجب الضمان فكذا هنا. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من شهر على غيره سلاحا فى المصر فضربه) أى الشاهر (ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص) و قال المصنف رحمه الله تعالى (معناه) أى معنى هذا (ضربه فانصرف) يعنى أشهر سيفه و ضربه ثم انصرف و ترك الضرب ثم قتله المشهور عليه فعليه القصاص و لا قصاص على الشاهر (لأنه خرج من أن يكون محاربا بالإنصراف فعادت عصمته) لأنه لما شهر حل دمه دفعا

(١)شخصا معصوما و هو الصبى و المجنون. (٢)مالا معصوما و هى الدابة.

قال و من دخل عليه غيره ليلا و أخرج السرقة فاتبعه و قتله فلا شيء عليه لقوله عليه الصلاة و السلام قاتل دون ماله و لأنه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الإنتهاء و تأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل و الله أعلم.

لشره فلما لم يقتله وكف عنه اندفع شره و عادت عصمته فعلى القاتل القصاص. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من دخل عليه غيره ليلا و أخرج السرقة) أي التي سرقها (فاتبعه و قتله فلا شيء عليه لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (قاتل دون ماله) هذا جواب من حديث طويل أخرجه (١) البخاريؒ في تاريخه الوسط عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال أتى رجل إلى النبي ﷺ الحديث و فيه قاتل (٢) دون ماله و روى (٣) مسلمؒ عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي قال فلا تعطه مالك قال أرأيت إن قاتلني قال قاتله قال أرأيت إن قتلني قال فأنت شهيد قال أرأيت إن قتلته قال هو في النار (و لأنه) أي و لأن المدخول عليه ليلا (يباح له القتل دفعا) أي لأجل الدفع (في الابتداء فكذا استردادا) أي فكذا له القتل لأجل استرداد ما أخذه (في الانتهاء) لأنه أسهل من الابتداء و قال المصنفؒ (و تأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الإسترداد إلا بالقتل و الله أعلم) يعني فحينئذ يباح له القتل و أما إذا علم أنه لو صاح به يترك ما أخذه و يذهب فلم يفعل هكذا و لكن قتله كان عليه القصاص لأنه قتله بغير حق كالمالك إذا قتل الغاصب لأنه يتمكن من استرداد المال من يده بدون القتل كذا ذكره فخر الدين قاضي خانؒ و العجب من الأترازيؒ أنه قال الأصل في هذا ما روى (٤) الترمذيؒ في جامعه باسناده إلى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال من قتل دون ماله فهو شهيد الحديث قال و ذكر (٥) مسلمؒ أيضا باسناده إلى عبدالله بن عمرو رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال من قتل دون ماله فهو شهيد فمن أين يؤخذ من هذا الحديث جواز قتل من دخل عليه ليلا و أخرج

(١)أخرجه البخاريؒ الخ. كذا في نصب الراية ص٣٤٨ ج٤. (٢)قاتل دون مالك. هل يشترط أن يبلغ المال نصابا؟ فقال في الصغرى قصد ماله إن عشرة أو اكثر له قتله و إن أقل قاتله و لم يقتله اه در مختار يريد به تقييد ما أطلقه المتون و الشروح مع أنها لا تقيد بما في الفتاوى و قال في المنح عن البحر استقبله اللصوص و معه مال لا يساوى عشرة حل له أن يقاتلهم لقوله عليه الصلاة و السلام قاتل دون مالك و اسم المال يقع على القليل و الكثير اه شامي عن سائحاني. (٣)روى مسلمؒ في الايمان باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق الخ ص٨١ ج١. (٤)روى الترمذيؒ في الديات باب ما جآء من قتل دون ماله فهو شهيد ص١٧٠ ج١. (٥)ذكر مسلمؒ في الايمان في الباب المذكور آنفا و البخاريؒ في المظالم و القصاص باب من قتل دون ماله ص٣٣٧ ج١.

باب القصاص فيما دون النفس

قال و من قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده و إن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى و الجروح قصاص و هو ينبئ عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص و ما لا فلا

ما أخذه فالمصنفؒ استدل بالحديث الذى ذكرناه و كان ينبغى أن يستدل بالحديث المذكور فى المتن فالظاهر أنه لم يقف عليه و استدل بالحديث الذى ذكره بالجر الثقيل و هذا ينافى دعواه الطويلة العريضة فى هذا الباب و الله أعلم.

(باب القصاص فيما دون النفس)

أى هذا باب فى بيان أحكام القصاص فيما دون النفس و هو الأطراف و لما ذكر القصاص فى النفس شرع فى بيان القصاص فيما دون النفس إذ الجزء يتبع الكل. (قال) أى القدورىؒ (و من قطع يد غيره عمدا من المفصل (١) قطعت يده) هذا كلام القدورىؒ و قال المصنفؒ (و إن كانت يده) كلمة إن وصلية أى و إن كانت يد القاطع (أكبر من اليد المقطوعة) و قال الكرخىؒ فى مختصره كل عمد أبان جارحة من مفصل ففيه القصاص و ما كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه فاذا أبان الكف من الزند أو من مفصل الذراع أو القدم من مفصل القدم أو اصبعا من الكف من المفصل أو مفصلا من مفاصل الأصابع ففيه القصاص سواء كانت الجناية بسلاح أو غيره و فيه القصاص إذا تعمد ذلك (لقوله تعالى و الجروح (٢) قصاص) و فى الإيضاح و غيره القصاص فيما دون النفس مشروع بهذه الآية و بحديث (٣) انس بن مالك رضى الله تعالى عنه أن الربيع أخت انس بن النضر لطمت جارية فكسرت ثنيتها فأتوا النبى ﷺ فأمر بالقصاص و هو مشهور و باجماع الأئمة رحمهم الله تعالى (و هو) أى القصاص (ينبئ عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه) أى رعاية المماثلة فيه (يجب فيه القصاص و ما لا فلا) أى و ما لم يمكن فيه رعاية المماثلة فلا يجوز القصاص كما إذا كسر عظما أو ساعدا أو كسر ضلعا أو ترقوة أو ما أشبه ذلك ففيه حكومة عدل و إذا أجرى الأطراف مجرى الأموال اعتبرت المماثلة و لأنهم أجمعوا أن اليد الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء و لا بناقصة الأصابع لعدم المماثلة و أجمعوا أيضا أن اليمنى لا تؤخذ

---

(١)المفصل (وزان مسجد) واحد مفاصل الأعضاء و هو كل ملتقى عظمين من الجسد لسان و تاج. (٢)و الجروح قصاص. المآئدة: ٤٥. (٣)بحديث انس رضى الله تعالى عنه الخ. قلت أخرجه البخارىؒ فى الديات باب السن بالسن ص١٠١٨ ج٢ و أبو داودؒ فيه باب القصاص من السن ص٢٨٢ ج٢ و النسائىؒ فى القسامة (باب) القصاص من الثنية ص٢٤٢ ج٢.

و قد أمكن فى القطع من المفصل فاعتبر و لا معتبر بكبر اليد و صغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك و كذلك الرجل و مارن الأنف و الأذن لإمكان رعاية المماثلة. قال و من ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة فى القلع و إن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال

باليسرى و لا اليسرى باليمنى و لا يؤخذ شيء من الأعضاء إلا بمثله من القاطع الإبهام بالإبهام و السبابة بالسبابة و الوسطى بالوسطى و الخنصر بالخنصر و البنصر بالبنصر و كذلك الأسنان الثنية بالثنية و الناب بالناب و الضرس بالضرس و لا يؤخذ الأعلى بالأسفل و لا الأسفل بالأعلى و كذلك الشجاج و الجراحات لا تقتص فيما يجب القصاص منه إلا فى موضع الشجة و الجراحة فى المشجوج و المجروح (و قد أمكن) أى رعاية المماثلة (فى القطع) أى فى قطع اليد (من المفصل فاعتبر) أى الإمكان (و لا معتبر (١) بكبر اليد و صغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك) أى بكونها صغيرة أو كبيرة لأن منفعة اليد و هو البطش لا يختلف بالصغر و الكبر و لا يعلم فيه خلاف قال القدورىؒ (و كذلك الرجل) أى و كذلك يجب القصاص إذا قطع رجل إنسان عمداً من مفصل (و مارن (٢) الأنف) و هو ما لان منه (و الأذن (٣) لإمكان رعاية المماثلة) و إنما قيد بالمارن لأنه إذا قطع قصبة الأنف لا يجب القصاص لأنها عظم و لا قصاص فى العظم سوى السن و أما الأذن إذا قطع كلها وجب القصاص لإمكان المماثلة و إن قطع بعضها و للقطع حد يعرف أمكنت المماثلة فيجب القصاص و إن لم يكن يعرف سقط القصاص كذا ذكر القدورىؒ فى شرحه. (قال) أى القدورىؒ (و من ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة فى القلع و إن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال

(١)لا معتبر بكبر اليد الخ. و لا ترد الشجة الموضحة إذا أخذت ما بين قرنى المشجوج و لم تأخذه من الشاج لكبر رأسه فان الكبر قد اعتبر و خير المشجوج بين القصاص بمقدار شجته و بين أخذه أرش الموضحة لأن المعتبر فى ذلك الشين و فى الاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج و يأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة فى القصاص صورة و معنى فان شاء استوفاه معنى و هو مقدار شجته و يترك الصورة و إن شاء أخذ أرشها عناية. (٢)مارن الأنف قال ط و إذا قطع بعضه لا يجب أى القصاص ذخيرة و فى الأرنب حكومة عدل على الصحيح خزانة المفتين و إن كان أنف القاطع أصغر خير المقطوع أنفه الكبير إن شاء قطع و إن شاء أخذ الأرش محيط و كذا إذا كان قاطع الأنف أخشم لا يجد الريح أو أصرم الأنف أو بانفه نقصان من شيء أصابه فان المقطوع مخير بين القطع و بين أخذ دية أنفه ظهيرية اه شامية. (٣)الأذن الخ. و لو كانت أذن القاطع صغيرة أو خرقاء أو مشقوقة و المقطوعة كبيرة أو سالمة خير المجنى عليه إن شاء قطع و إن شاء ضمن نصف الدية و إن كانت المقطوعة ناقصة كان له حكومة عدل شامية عن تاترخانية.

فى الكتاب تحمى له المرآة و يجعل على وجهه قطن رطب و تقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها و هو مأثور عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم. قال و فى السن القصاص لقوله تعالى و السن بالسن و إن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر و الكبر.

فى الكتاب) أى القدورىؒ فى المختصر (تحمى له المرآة (١) و يجعل على وجهه قطن رطب و تقابل عينه بالمرآة فيذهب (٢) ضوؤها و هو مأثور) أى هذا الحكم بهذه الصورة منقول (عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم) قال القدورىؒ فى شرحه روى أن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه حكم بذلك بحضرة الصحابة رضى الله تعالى عنهم من غير خلاف لأن هذا حدث فى زمن عثمان رضى الله تعالى عنه فسأل عنه الصحابة رضى الله تعالى عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جآء على رضى الله تعالى عنه فقضى بذلك و عمل عليه عثمان رضى الله تعالى عنه و روى (٣) عبدالرزاقؒ فى مصنفه أخبرنا معمر عن رجل عن الحكم بن عتيبة قال لطم رجل رجلا فذهب بصره و عينه قائمة فأرادوا أن يقيدوه فأعيا عليهم و على الناس كيف يقيدونه و جعلوا لا يدرون كيف يصنعون فأتاهم على رضى الله تعالى عنه فأمر به فجعل على وجهه كرسف ثم استقبل به الشمس و أدنى من عينه مرآة فالتمع بصره و عينه قائمة و فى المحيط لا قصاص فى العين إذا قورت أو انخسفت و لو كانت قائمة ذهب ضوؤها يجب القصاص و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يجب القصاص و قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى تقلع عينه لقوله تعالى العين بالعين. (قال) أى القدورىؒ (و فى السن (٤) القصاص لقوله تعالى و السن بالسن و إن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر) كلمة إن واصلة بما قبلها (لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر و الكبر)

(١)المرآة بكسر الميم و مد الهمزة آلة الرؤية و رأيت بخط بعض العلماء أن المراد بها هنا فولاذ صقيل يرى به الوجه لا المرآة المعروفة من الزجاج شامى. (٢)فيذهب ضوؤها. قال بعضهم يعرف ذلك إذا أخبر رجلان من أهل العلم به و قال ابن مقاتلؒ بأن لا تدمع إذا قوبلت مفتوحة للشمس شامية و قال محمد رحمه الله تعالى ينظر إلى البصر أهل البصر و إن لم يعلم ذلك يعتبر فيه الدعوى و الانكار و القول قول الجانى مع يمينه على البتات هندية عن ظهيرية. (٣)روى عبدالرزاقؒ فى العقول باب العين ص٣٢٨ج٩ قلت شيخ معمر مجهول و حكم عن على منقطع و لكن لا ضير فان المسئلة قياسية و الرواية الضعيفة تصلح للتاييد و التقوية كذا فى الاعلاء. (٤)و فى السن القصاص الخ. و المراد بالسن السن الأصلية السليمة ففى القهستانى لا قصاص فى السن الزائدة اه بل فيها حكومة عدل تاترخانية و فيها ايضا لو سن الجانى سوداء أو صفراء أو حمراء أو خضراء إن شاء المجنى عليه اقتص أو ضمنه أرش سنه خمسمائة و لو المعيب سن المجنى عليه فله الأرش حكومة عدل و لا قصاص شامية.

قال و فى كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلوناه. قال و لا قصاص فى عظم إلا فى السن و هذا اللفظ مروى عن عمر و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهما

و منفعة السن القطع فى الثنايا و الطحن فى الأضراس لا يختلف. (قال) أى القدورىؒ (و فى كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلوناه) إشارة إلى قوله تعالى و الجروح قصاص و فى بعض النسخ لما ذكرنا إشارة إلى قوله و هو ينبئ عن المماثلة و قال الكرخىؒ فى مختصره و الشجاج كلها لا قصاص فيها إلا الموضحة و السمحاق إن أمكن القصاص فى السمحاق و هذه رواية الحسن رحمه الله تعالى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى و السمحاق هى التى تصل إلى السمحاق و هى جلدة رقيقة بين اللحم و عظم الرأس و قال محمد رحمه الله تعالى يجب القصاص فى الموضحة و فيما دونها و هى الحارصة و الدامعة و الدامية و الباضعة و المتلاحمة و السمحاق و ما فوق الموضحة و هى الهاشمة و المنقلة و الآمة لا قصاص فيها عند أحد من أهل العلم. (قال) أى القدورىؒ (و لا قصاص فى عظم إلا فى السن و هذا اللفظ) أى قوله و لا قصاص فى عظم إلا فى السن (مروى عن عمر و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهما) هذا اللفظ غريب و قال الأترازىؒ قال القدورىؒ فى شرحه المروى عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنهما أنه قال لا قصاص فى عظم إلا فى السن و عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال لا قصاص فى عظم قلت روى (١) إبن أبى شيبةؒ فى مصنفه حدثنا حفص عن أشعث عن الشعبى و الحسن رحمهما الله تعالى قالا ليس فى العظام قصاص ما خلا السن أو الرأس انتهى فان كان السن عظما فالاستثناء متصل و لا بد من فرق بينها و بين غيرها من العظام و هو إمكان القصاص فيها بأن (٢) يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها

(١)روى ابن أبى شيبةؒ فى الديات (باب) الرجل يصيب من الرجل ص٢٢٣ ج٩. (٢)بأن يبرد بالمبرد بقدر ماكسر منها. قلت هذا إذا لم يسود الباقى و إن اسود لا يجب القصاص فان طلب المجنى عليه استيفاء قدر المكسورة و ترك ما اسود لا يكون له ذلك و فى ظاهر الرواية إذا كسر السن لا قصاص فيه خانية و فى البزازية قال القاضى الامامؒ و فى كسر بعض السن إنما يبرد بالمبرد إذا كسر عن عرض أما لو عن طول ففيه الحكومة اه شرنبلالية و فى التاترخانية إن كسر مستويا يمكن استيفاء القصاص منه اقتص و إلا فعليه أرش ذلك فى كل سن خمس من الابل أو البقراه فعلم تقييده أيضا بما إذا أمكن فيه المساواة ١ه و فى الخانية ضرب سن رجل فاسود فنزعها آخر فعلى الأول أرش تام خمسمائة وعلى الثانى حكومة عدل اه و فيها كسر ربع سن رجل و ربع سن الكاسر مثل سن المكسور ذكر ابن رستمؒ أنه يكسر من الكاسر و لا يعتبر فيه الصغر و الكبر بل يكون على قدر ما كسر اه (تنبيه) قال فى الخلاصة و لو كسر بعض السن فسقط الباقى لا يجب القصاص فى المشهور من الرواية و لو ضربها فتحركت و لم تتغير فقلعها آخر فعلى كل حكومة عدل اه.

و قال عليه الصلاة و السلام لا قصاص فى العظم و المراد غير السن و لأن اعتبار المماثلة فى غير السن متعذر لاحتمال الزيادة و النقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد و لو (١) قلع من أصله يقلع الثانى فيتماثلان. قال و ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة

أو إلى أصلها إن قلعها و لا يقلع لتعذر المماثلة فربما تفسد به لثاته (٢) كذا فى المبسوط و إن كان غير عظم كما أشار إليه قوله عليه الصلاة و السلام لا قصاص فى عظم حيث لم يستثن السن فالإستثناء منقطع و قد اختلف الأطباء فى ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لأنه يحدث و ينمو بعد تمام الخلقة و منهم من قال هو عظم و كأنه وقع عند المصنفؒ أنه عظم حتى قال و المراد منه غير السن (و قال عليه الصلاة و السلام) أى قال النبى ﷺ (لا قصاص فى العظم) هذا غريب و لم يثبت و روى (٣) ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه حدثنا حفص بن غياث عن حجاج عن ابن أبى مليكة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال ليس فى العظام قصاص و أخرج نحوه عن الشعبى و الحسن رحمهما الله تعالى (و المراد غير السن) أى المراد من قوله عليه الصلاة و السلام لا قصاص فى العظم غير السن لقوله تعالى و السن بالسن (و لأن اعتبار المماثلة فى غير السن متعذر لاحتمال الزيادة و النقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد) فيبرد (٤) سن الجانى بقدر ذلك و لا يقلع لما ذكرنا. (قال) أى القدورىؒ (و ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة) أى لأن شبه العمد فى النفس إنما يثبت

(١) و لو قلع من أصله يقلع الثانى فيتماثلان. قال قاضى زادهؒ هذا القول غير مذكور فى بعض نسخ الهداية لكنه واقع فى كثير من النسخ اه. (٢) لثاته. و فى المغرب: اللثات هى لحمات أصول الأسنان اه. (٣) روى ابن أبى شيبةؒ فى الديات (باب) العظام من قال ليس فيها قصاص ص٢٥٧ ج٩ و روى أيضا فى هذا الباب حدثنا حفص عن حجاج عن عطاء عن عمر رضى الله تعالى عنه قال إنا لا نقيد من العظام اه. قال ابن حجرؒ فى الدراية: حديث عمر رضى الله تعالى عنه ضعيف منقطع و حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ضعيف اه قال العثمانىؒ فى الاعلاء: إنما حكم بالضعف للحجاج و هو حسن الحديث عندنا و لو سلم الضعف فهو لا يضر لأن المسئلة قياسية و مقصودنا تائيد القياس و الضعف يصلح للتاييد اه. (٤) فيبرد الخ. اعلم أن صاحب الكافىؒ أخذ بالقول بالبرد و عليه مشى شراح الهدايةؒ و عزوه إلى الذخيرة و المبسوط و تبعهم فى الجوهرة و التبيين و لم يتعرضوا للقول بالقلع أصلا بل قالوا لا تقلع و إنما تبرد مع أنه فى الهداية قال و لو قلع من أصله يقلع الثانى فيتماثلان و كأن الشراح لم يرتضوا به لكن مشى عليه فى مختصر الوقاية و الملتقى و الاختيار و الدرر و غيرها و نقل الطورىؒ عن المحيط أن فى المسئلة روايتين و نقل بعضهم عن المقدسىؒ أنه قال ينبغى اختيار البرد خصوصا عند تعذر القلع كما لو كانت أسنانه غير مفلجة بحيث يخاف من قلع واحد أن يتبعه غيره أو أن تفسد اللثة اه قلت يؤيده ما فى شرح مسكين عن الخلاصة النزع مشروع و الأخذ بالمبرد احتياط اه شامية.

و القتل هو الذى يختلف باختلافها دون ما دون النفس لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة فلم يبق إلا العمد و الخطأ و لا قصاص بين الرجل و المرأة فيما دون النفس و لا بين الحر و العبد و لا بين العبدين خلافا للشافعى رحمه الله تعالى فى جميع ذلك إلا فى الحر يقطع طرف العبد و يعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها و لنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة و هو معلوم قطعا بتقويم الشرع

بالنظر إلى الآلة لأن الآلة لم توضع للقتل فلم يجب القصاص بل تجب الدية المغلظة نظرا إلى التعمد (و القتل هو الذى يختلف باختلافها) أى باختلاف الآلة (دون ما دون النفس لأنه لا يختلف إتلافه) أى اتلاف ما دون النفس (باختلاف الآلة) يعنى يستوى السلاح و غير السلاح فى إتلافه فإذا تعمد بأىّ شىء كان سلاحا أو غير سلاح و أبان من المفصل يجب القصاص فإذا كانت الإبانة من غير تعمد يجب الأرش و لكن لا يجب القصاص فيما دون النفس حتى يبرأ منه أو يموت و لا بعجل بل يترقب خلافا للشافعى رحمه الله تعالى ذكره فى الأسرار و غيره فإذا كان الأمر كذلك (فلم يبق إلا العمد و الخطأ) قد ذكر المصنفؒ هذا فيما مضى لكنه ذكر هناك أنه عمد و ههنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص و ذلك لأن شبه العمد إذا حصل فيما دون النفس و أمكن القصاص جعل عمدا و إن لم يمكن جعل خطأ و وجب الأرش (و لا (١) قصاص بين الرجل و المرأة فيما دون النفس و لا بين الحر و العبد و لا بين العبدين) أى فى حق الطرف لا فى حق النفس (خلافا للشافعى رحمه الله تعالى فى جميع ذلك) و به قال مالك و أحمد و اسحاق رحمهم الله تعالى (إلا فى الحر يقطع طرف العبد) فانه لا يجرى القصاص على الحر عنده أيضا (هو) أى الشافعى رحمه الله تعالى (يعتبر الأطراف بالأنفس لكونها) أى لكون الأطراف (تابعة لها) أى للأنفس (و لنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال) لكونها وقاية للأنفس كالأموال (فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة) و مبنى القصاص على المساواة (و هو) أى التفاوت (معلوم قطعا بتقويم الشرع) فإن الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا و يقينا و لا تبلغ قيمة يد العبد إلى ذلك فإن بلغت كان بالحزر و الظن فلا تكون مساوية ليد

(١)لا قصاص الخ. فيجب الأرش فى ماله حالا جوهرة و فى الشرنبلالية عن المحيط قيل لا يجرى القصاص فى الشجاج بين الرجل و المرأة لأن مبناه على المساواة فى المنفعة و القيمة و لم توجد و قيل يجرى و نص عليه محمد رحمه الله تعالى فى المبسوط لأن فى قطع الأطراف تفويت المنفعة و إلحاق الشين و قد تفاوتا و ليس فى هذه الشجاج تفويت منفعة و إنما هو إلحاق الشين و قد تساويا فيه اه و اقتصر فى الاختيار على الثانى فتأمل شامية.

فامكن اعتباره بخلاف التفاوت فى البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله و بخلاف الأنفس لأن المتلف إزهاق الروح و لا تفاوت فيه و يجب القصاص فى الأطراف بين المسلم و الكافر للتساوى بينهما فى الأرش. قال و من قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه إذ الأول كسر العظم و لا ضابط فيه و كذا البرء نادر فيفضى الثانى إلى الهلاك ظاهرا. قال و إذا كانت يد المقطوع صحيحة و يد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد

الحر يقينا فإذا كان التفاوت معلوما قطعا (فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت فى البطش لأنه لا ضابط له) أى للبطش (فاعتبر أصله) أى أصل البطش فإن قيل إن استقام فى الحر و العبد لم يستقم بين العبدين لإمكان التساوى فى قيمتهما بتقويم المقومين و أجيب بأن التساوى إنما يكون بالحزر و الظن و المماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بذلك كالمماثلة فى الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها (و بخلاف الأنفس) حيث لا يسلك بها مسلك الأموال (لأن المتلف) و فى نسنة شيخى العلاء رحمة الله عليه لأن المتعلق (إزهاق الروح و لا تفاوت فيه) أى فى إزهاق الروح (و يجب القصاص فى الأطراف بين المسلم (١) و الكافر للتساوى بينهما) أى بين المسلم و الكافر (فى الأرش) أى فى أرش الطرف فصارا كالحرين المسلمين. (قال) أى القدورىؒ (و من قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ (٢) منها فلا قصاص عليه) بل يجب حكومة عدل (لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه إذ الأول) أى لأن الأول و هو القطع من نصف الساعد (كسر العظم) لأن الفعل وقع فيه ليس له حد معلوم ينتهى إليه القطع (و لا ضابط فيه) أى فى كسر العظم و فى بعض النسخ و لا ضابط فى الثانى و هو الجائفة لأنها تصل إلى البطن من الصدر أو الظهر أو البطن (و كذا البرء نادر) أى فى الجائفة و الهلاك فيها غالب فلا يمكن المماثلة بين الثانية و الأولى لوجود البرء فى الأولى دون الثانية فإذا اقتص (فيفضى الثانى) و هو الجائفة (إلى الهلاك ظاهرا) فلا يجب القصاص لانتفاء شرطه بل يجب ثلث الدية فى ماله و لا تكون الجائفة إلا فيما يصل إلى البطن و لا تكون فى الرقبة و لا فى الحلق و لا فى اليدين و لا فى الرجلين فإن كانت الجراحة فى الأنثيين و الدبر فهى جائفة ذكره القدورىؒ فى شرحه. (قال) أى القدورىؒ (و إذا كانت يد المقطوع صحيحة و يد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد

---

(١) بين المسلم و الكافر أى الذمى و كذا بين المرأتين المسلمة و الكتابية و كذا بين الكتابيتين جوهرة. (٢) فبرأ منها الخ. فلو لم يبرأ منها ينتظر البرء أو السراية فيقتص شامى.

المعيبة و لا شيء له غيرها و إن شاء أخذ الأرش كاملا لأن استيفاء الحق كملا متعذر فله أن يتجوز بدون حقه و له أن يعدل إلى العوض كالمثلى إذا انصرم عن أيدى الناس بعد الإتلاف ثم إذا استوفاها ناقصا فقد رضى به فيسقط حقه كما إذا رضى بالردىء مكان الجيد و لو سقطت المؤفة قبل اختيار المجنى عليه أو قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لأن حقه متعين فى القصاص و إنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرش لأنه أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى.

المعيبة و لا شيء له غيرها و إن شاء أخذ الأرش كاملا) و لا نعلم (١) خلافا فى الشلاء و فى ناقصة الأصابع ليس له مع القطع أرش أو دية و به قال (٢) أبوبكر الحنبلىّ و قال الشافعى و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى يجوز له أن يقتص و يأخذ دية الأصابع الناقصة و له أن يعفو و يأخذ دية اليد كاملة وذكر فى المبسوط و قال الشافعى رحمه الله تعالى له الأرش مطلقا و لم يفرق بين الشلل و نقصان الأصابع (لأن استيفاء الحق كملا متعذر فله أن يتجوز بدون حقه) و يرضى بقطع المعيبة (و له أن يعدل إلى العوض) و هو الأرش (كالمثلى إذا انصرم) أى إذا انقطع (عن أيدى الناس بعد الإتلاف) صورته رجل أتلف على رجل ما له مثل فانقطع عن أيدى الناس فلم يبق منه إلا هو ناقص الصفة عن المتلف فصاحب الحق بالخيار إن شاء أخذ الموجود و إن شاء عدل إلى القيمة لأنه لم يقدر على استيفاء جنس حقه بكماله فكذا هذا (ثم إذا استوفاها ناقصا) أى ثم إذا استوفى المقطوع قطع اليد الناقصة (فقد رضى بحقه فيسقط حقه كما إذا رضى بالردىء مكان الجيد) فى المثلى إذا انقطع (و لو سقطت المؤفة) أى اليد التى أصابتها الآفة و هى الشلاء (قبل اختيار المجنى عليه) أخذها (أو قطعت ظلما) أى أو قطعت المؤفة أى الشلاء من جهة الظلم (فلا شيء له عندنا) احترز به عن قول الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى لأن عندهما تجب الدية (لأن حقه متعين فى القصاص) فى اليد بدلالة أنه ليس له العدول إلى الأرش مع القدرة (و إنما ينتقل) أى حقه (إلى المال باختياره) لأجل العيب (فيسقط بفواته) يعنى إذا لم يقتص حتى تلفت المؤفة يسقط حقه لأن ما تعلق به حقه قد هلك فصارت المؤفة كالصحيحة إذا تلفت (بخلاف ما إذا قطعت) أى المؤفة و هى اليد الشلاء (بحق عليه) أى على القاطع (من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرش لأنه أوفى به حقا مستحقا فصارت) أى يد القاطع (سالمة له معنى) من حيث

(١) لا نعلم خلافا فى الشلاء كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص٤٥٣ ج٩. (٢) و به قال أبوبكر الحنبلىّ الخ. كذا فى المغنى ص٤٥٤ ج٩.

قال و من شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه و هى لا تستوعب ما بين قرنى الشاج فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أىّ الجانبين شاء و إن شاء أخذ الأرش لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها و فى استيفائه ما بين قرنى الشاج زيادة على ما فعل و لا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما فى الشلاء و الصحيحة و فى عكسه يخير أيضا لأنه يتعذر الإستيفاء كملا للتعدى إلى غير حقه و كذا إذا كانت الشجة فى

المعنى لا من حيث الصورة إيضاح هذا إذا ذهبت اليد الشلاء قبل أن يختار المجنى عليه أخذها فالكلام فيه على وجهين فإن قطعت يده بحق عليه مثل أن يقتص منها أو تقطع فى سرقة فعليه أرش اليد المقطوعة و إن تلفت يده بغير حق عليه مثل أن يقطعها رجل ظلما أو تتلف بآفة سماوية سقط حق صاحب القصاص و قال الشافعى رحمه الله تعالى يجب الأرش فى الوجهين لا يقال إنه كان مخيرا بين أمرين فإذا فات أحدهما تعين الآخر لأن حقه لم يثبت إلا فى اليد و كان له أن يعدل عن هذا الحق إلى بدله فإذا تلف لم تجز له المطالبة بالبدل عنه مع تلفه كذا فى شرح مختصر الطحاوىّ و قال صاحب المجتبىّ و على هذا السن و الأطراف التى يجب فيها القصاص إذا كان طرف الضارب و القاطع معيبا يتخير المجنى عليه بين أخذ الدية كاملة و بين استيفاء المعيب و قال برهان الأئمة الصدر الشهيدّ هذا إذا كانت الشلاء ينتفع بها فان كانت لا ينتفع بها لا تكون محلا للقصاص فله دية كاملة من غير خيار و عليه الفتوى. (قال) أى القدورىّ (و من شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه) أى ما بين ناحيتى رأسه (و هى لا تستوعب ما بين قرنى الشاج فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أىّ الجانبين شاء و إن شاء أخذ الأرش) هذا لفظ القدورىّ و قال المصنفّ (لأن الشجة موجبة) للقصاص (لكونها مشينة) أى مقبحة من الشين و هو التقبيح (فيزداد الشين بزيادتها) أى بزيادة الشجة (و فى استيفائه) أى و فى استيفاء المشجوج (ما بين قرنى الشاج زيادة على ما فعل) يعنى إذا كان رأس الشاج كبيرا (و لا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص) يعنى ينتقص حق المشجوج إذا لم تستوعب الشجة ما بين قرنى الشاج إذا كان رأسه صغيرا فإذا كان كذلك (فيخير) أى المشجوج رأسه بين الاقتصاص بمقدار شجته و بين أخذ الأرش (كما فى الشلاء و الصحيحة و فى عكسه) أى و فيما إذا كان رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج (يخير أيضا لأنه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدى إلى غير حقه) لأنه يكون الشين فى الثانية أزيد من الأولى (و كذا) أى بالخيار (إذا كانت الشجة فى

طول الرأس و هى تأخذ من جبهته إلى قفاه و لا تبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار لأن المعنى لا يختلف. قال و لا قصاص فى اللسان و لا فى الذكر و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه إذا قطع من أصله يجب لأنه يمكن اعتبار المساواة و لنا أنه ينقبض و ينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة إلا أن تقطع الحشفة لأن موضع القطع معلوم كالمفصل و لو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض و لا ينبسط و له حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة

طول الرأس و هى تأخذ من جبهته إلى قفاه و لا تبلغ إلى قفا الشاج فهو (١) بالخيار) أى المشجوج بالخيار (لأن المعنى لا يختلف) أى المعنى الموجب للتخيير بين أرش الشجة و بين الإقتصاص بالشجة لا يختلف. (قال) أى القدورىؒ (و لا قصاص (٢) فى اللسان و لا فى الذكر) هذا الذى ذكره القدورىؒ رواية (٣) الأصل (و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى) رواه بشرؒ عنه (أنه) أى كل واحد من اللسان و الذكر (إذا قطع من أصله يجب) أى القصاص (لأنه يمكن اعتبار المساواة) و بقول أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى قال مالك رحمه الله تعالى فى رواية و أبو اسحاق رحمه الله تعالى من أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى فى اللسان و قال الشافعى رحمه الله تعالى و مالك رحمه الله تعالى فى رواية و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية يجب القود فى الكل و فى البعض بقدره (و لنا أنه) أى كل و احد من اللسان و الذكر (ينقبض و ينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة إلا أن تقطع الحشفة لأن موضع القطع معلوم) لأن هناك حد يقع فيه القصاص (كالمفصل) لأن موضع القطع فيه معلوم (و لو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره فتنفى المساواة و عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى يؤخذ بعضه ببعض و يعتبر ذلك بالأجزاء دون المساحة فيؤخذ النصف بالنصف و الربع بالربع و ما زاد أو نقص فبحساب ذلك كما فى الأذن و الأنف (بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض و لا ينبسط و له حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة) و عن بعض أصحاب الشافعى رحمه الله تعالى لا يجب القود فى بعض

(١)فهو بالخيار. و فى التبيين: ذكر الطحاوىؒ عن على الرازى الكبيرؒ أن له الاقتصاص و لا خيار له لأن فى القصاص فيما دون النفس تعتبر المساواة فى المحل فلا ينظر إلى الصغر و الكبر كاليد و جوابه أن القصاص فى الشجة لأجل الشين و هو يتفاوت فى الصغر و الكبر و فى قطع اليد لفوات منفعة البطش و هى لا تتفاوت و لعل الصغيرة أنفع من الكبيرة فافترقا اهـ. (٢)لا قصاص فى اللسان. و فى الخانية: و يجب الدية فى لسان الصبى إذا استهل و إن لم يستهل كان فيه حكومة عدل و فى لسان الأخرس حكومة عدل اهـ. (٣)رواية الأصل. و فى الهندية عن المضمرات: و الصحيح ظاهر الرواية.

و الشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها.

فصل

قال و إذا اصطلح القاتل و أولياء القتيل على مال سقط القصاص و وجب المال قليلا كان أو كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح

الأذن و حكى عن مالك رحمه الله تعالى أنه لا تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم و لو قطع (١) الختان بعض الحشفة في الصبي أو في العبد فعليه حكومة عدل و إن قطع الحشفة كلها فإن برأ فعليه في العبد كمال القيمة و في الصبي كمال الدية فإذا مات ففي الصبي نصف الدية و في العبد نصف القيمة (و الشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها) أي اعتبار المساواة و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى واختار أبو حامد رحمه الله تعالى من أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى أنه لا يجب القود و في شرح الطحاويؒ إذا قطع شفة رجل و كان يمكن أن يقتص منه فعليه القصاص السفلى بالسفلى و العليا بالعليا و لا تؤخذ السفلى بالعليا و لا العليا بالسفلى.

(فصل)

أي هذا فصل في بيان أحكام الصلح في القصاص و في بيان العفو عنه و أخر ذكرهما عن بيان القصاص لأنهما لا يتبعانه إلا بعد وجوب القصاص. (قال) أي القدوريؒ (و إذا اصطلح القاتل و أولياء القتيل على مال سقط القصاص و وجب المال قليلا كان أو كثيرا) هذا لفظ القدوريؒ و قال المصنفؒ (لقوله تعالى فمن (٢) عفي له من أخيه شيء الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح) يعني الآية نزلت على قول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما و الحسن البصري و الضحاك و مجاهد رحمهم الله تعالى في الصلح أي فمن أعطي له على سهولة و أريد به ولي القتيل يقال خذ ما أتاك عفوا أي سهلا و قوله من أخيه أي من جهة أخيه المقتول و قوله شيء أي شيء من المال بطريق الصلح

(١) و لو قطع الختان الخ. و في الهندية: قال في الأصل إذا قطع ذكر مولود فان كان قد بدا صلاحه بأن قد تحرك فعليه القصاص إذا قطعه من الحشفة عمدا و في الخطا الدية كملا و أراد بالتحرك التحرك للبول كذا في المحيط. و إن لم يتحرك فعليه حكومة العدل كما في آلة الخصي و العنين كذا في شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد حسام الدينؒ اه. و في المغني لابن قدامة الحنبليؒ (ص٤٢٥ ج٩): و أما ذكر الخصي و العنين فذكر الشريفؒ أن غيرهما لا يؤخذ بهما و هو قول مالك رحمه الله تعالى و قال أبو الخطابؒ يؤخذ غيرهما بهما في أحد الوجهين و هو مذهب الشافعي رحمه الله تعالى اه. (٢) فمن عفي الآية. البقرة: ١٧٨.

و قوله عليه الصلاة و السلام من قتل له قتيل الحديث و المراد و الله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه و هو الصلح بعينه و لأنه حق ثابت

و يكره لأنه مجهول القدر فإنه مقدر بما تراضيا عليه و قوله تعالى فاتباع بالمعروف أى فله اتباع أى فلولى القتيل اتباع المصالح بالمعروف أى مطالبة ببدل الصلح على مجاملة و حسن معاملة و قوله تعالى و أداء إليه باحسان أى و على المصالح أداء إلى ولى القتيل باحسان فى الأداء و قال جماعة و هو مروى عن عمر و ابن عباس و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهم الآية نزلت فى عفو بعض الأولياء و يدل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض و تقديره فمن عفى له و هو القاتل من أخيه فى الدين و هو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالاً و هو الدية على قدر حصصهم فى الميراث و قوله فاتباع بالمعروف أى فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أى بقدر حقوقهم من غير زيادة و قوله و أداء إليه باحسان أى و ليؤد القاتل إلى غير العافى حقه وافيا غير ناقص (و قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ (من قتل له قتيل الحديث) هذا الحديث أخرجه (١) الأئمة الستةؒ فى كتبهم عن يحيى بن كثير عن أبى سلمة عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال لما فتح الله على رسوله ﷺ مكة قام فى الناس فحمد الله و أثنى عليه الحديث بطوله و فى آخره و من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يعطى يعنى الدية و إما أن يقاد أهل القتيل هذا لفظ مسلمؒ فى كتاب الحج و لفظ البخارىؒ فى كتاب العلم إما أن يعقل و إما أن يقاد أهل القتيل و لفظه فى اللقطة إما أن يفدى و إما أن يقيد و لفظه فى الديات إما يودى و إما يقاد و لفظ الترمذىؒ إما أن يعفو و إما أن يقتل و لفظ النسائىؒ فى القود إما أن يقاد و إما أن يفدى و لفظ ابن ماجةؒ إما أن يقتل و إما أن يفدى (و المراد و الله أعلم الأخذ بالرضا) أى برضا القاتل (على ما بيناه) أى فى أول كتاب الجنايات و هو قوله ليس للولى أخذ الدية إلا برضا القاتل (و هو الصلح بعينه) أى أخذ الدية هو الصلح بعينه لأن الصلح عبارة عن قطع النزاع ففى أخذ الدية قطع النزاع (و لأنه) أى و لأن القصاص (حق ثابت

(١) أخرجه الأئمة الستةؒ الخ. قلت أخرجه البخارىؒ فى العلم باب كتابة العلم ص٢١ ج١ و فى اللقطة باب كيف تعرف لقطة أهل مكة ص٣٢٨ ج١ و فى الديات باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ص١٠١٦ ج٢ و مسلمؒ فى الحج باب تحريم مكة الخ ص٤٣٨ ج١ و أبو داودؒ فى الديات باب ولى العمد يأخذ الدية ص٢٧١ ج٢ و الترمذىؒ فيه باب ما جآء فى حكم ولى القتيل فى القصاص و العفو ص١٦٨ ج١ و النسائىؒ فى القود (باب) هل يؤخذ من قاتل العمد الدية إذا عفا ولى المقتول عن القود ص٢٤٥ ج٢ و ابن ماجةؒ فى الديات باب من قتل له قتيل فهو بالخيار الخ ص١٩٢.

للورثة يجرى فيه الإسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على إحسان الأولياء و إحياء القاتل فيجوز بالتراضي و القليل و الكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع و غيره و إن لم يذكروا حالا و لا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد و الأصل في أمثاله الحلول نحو المهر و الثمن بخلاف الدية لأنها ما وجبت بالعقد. قال و إن

للورثة يجرى فيه الإسقاط عفوا فكذا تعويضا) من حيث أخذ العوض و هو الدية (لاشتماله على إحسان الأولياء و إحياء القاتل) أى لاشتمال التعويض على شيئين أولهما الإحسان إلى أولياء المقتول و الثانى فيه إحياء القاتل لأنه كان قد تعين للقتل و أشرف عليه و فى الصلح استمرت فيه الحياة و الاضافة فى كل من قوله على إحسان الأولياء و إحياء القاتل إضافة المصدر إلى المفعول (فيجوز بالتراضى) أى فإذا كان الأمر كذلك فيجوز الصلح و أخذ المال بالتراضى من الجانبين (و القليل و الكثير فيه) أى فى أخذ العوض (سواء) يعنى يجوز أخذ العوض سواء كان قليلا أو كثيرا لكن الصلح على مال يجوز على أكثر من الدية فى القصاص فى النفس و فيما دونها و هذا المال يجب حالا فى مال الجانى و لا يكون ذلك (١) على العاقلة و أما الصلح على أكثر من الدية فى القتل الخطأ لا يجوز إذا كان الصلح على جنس ما افترضت فيه الدية و إذا كان الصلح على خلاف الجنس يجوز و إن زاد على قدر الدية نص عليه الكرخىؒ فى كتاب الصلح (لأنه ليس فيه) أى فى أخذ العوض (نص مقدر) بكسر الدال من التقدير فإذا كان كذلك (فيفوض) أى التقدير (إلى اصطلاحهما) أى اصطلاح القاتل و ولى المقتول (كالخلع) على مال فإنه ليس فيه شىء مقدر بل يرجع ذلك إلى رضى الزوجين عن القليل و الكثير (و غيره) أى و غير الخلع و هو الاعتاق على مال (و إن لم يذكروا) أى و إن لم يذكر أولياء المقتول و القاتل مالا (حالا و لا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد) أى بعقد الصلح (و الأصل فى أمثاله) أى فى أمثال الواجب بالعقد (الحلول نحو المهر و الثمن) فإن الأصل فيهما حلول المال و إن كان التأجيل جائزا (بخلاف الدية) فى قتل الخطأ حيث لا تجب حالة (لأنها) أى لأن الدية (ما وجبت بالعقد) العارض على القتل بل وجبت بالقتل ابتداء فوجبت مؤجلة إلى ثلاث سنين. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن

---

(١) لا يكون ذلك على العاقلة. و فى رد المحتار: و قيل على العاقلة جرى عليه فى الاختيار و شرح المجمع و رده محشيه العلامة قاسمؒ بما فى الأصل و الجامع الصغير و المبسوط و المحيط و الهداية و الكافى و سائر الكتب أنه على القاتل فى ماله قال و هو الثابت رواية و دراية و تمامه فى ط و كذا رده فى تصحيحه بأنه ليس قولا لأحد مطلقا اهـ.

كان القاتل حرا و عبدا فأمر الحر و مولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالألف على الحر و المولى نصفان لأن عقد الصلح أضيف إليهما و إذا عفى أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص و كان لهم نصيبهم من الدية و أصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة و كذا الدية خلافا لمالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في الزوجين

كان القاتل حرا و عبدا) يعنى اشترك حر و عبد فى قتل شخص (فأمر الحر و مولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما بألف درهم ففعل فالألف على الحر و المولى نصفان لأن عقد الصلح أضيف (١) إليهما) أى إلى الحر و مولى العبد فيجب على الحر خمسمائة و على مولى العبد خمسمائة (و إذا عفى أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص و كان لهم نصيبهم من الدية) هذا لفظ القدورىؒ فى مختصره و قال المصنفؒ (و أصل هذا) أى أصل هذا الحكم الذى ذكره القدورىؒ فى هذه المسألة أن القصاص (٢) حق جميع الورثة) من الذكر و الأنثى و الزوج و الزوجة نص عليه الكرخىؒ فى مختصره (و كذا الدية) حق جميع الورثة (خلافا لمالك و الشافعى رحمهما الله تعالى فى الزوجين) هذا اللفظ يدل على أنه ليس للزوجين حق فى القصاص و الدية جميعا عندهما و المشهور (٣) عن مالك رحمه الله تعالى أن القصاص موروث للعصبات خاصة و به قال بعض أصحاب الشافعى رحمه الله تعالى و قال بعض أصحابه رحمه الله تعالى لذوى الأنساب دون الزوجين و قال الليث و الزهرى و ابن سيرين و الأوزاعى و الحسن و قتادة رحمهم الله تعالى ليس للنساء عفو و قال بعض أهل المدينة القصاص لا يسقط بعفو بعض الورثة و قيل هو رواية عن مالك رحمه الله تعالى و فى شرح الكافى القصاص و الدية يصير ميراثا لكل الورثة عندنا بالسبب و النسب جميعا و قال الشافعى رحمه الله تعالى و هو قول

(١) أضيف إليهما لأن الواجب بدل عن القصاص و القصاص عليهما على السواء فيقسم البدل عليهما على السواء فان قيل يجب أن يكون الألف عليهما على قدر قيمتهما لأنه بالصلح اشترى كل واحد منهما دمه المستحق لولى القتيل كمن خالع إمرأتيه على ألف درهم يقسم الألف عليهما على قدر قيمة بضعهما قلنا الألف بدل دم المقتول و هما فى إتلافه على السواء و الجامع بدل بضعهما فيقسم على قيمة بضعهما كفاية. (٢) أن القصاص حق جميع الورثة الخ. و فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ (ص ٤٦٤ ج ٩): القصاص حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب و الأسباب و الرجال و النساء و الصغار و الكبار فمن عفا منهم صح عفوه وسقط القصاص و لم يبق لأحد إليه سبيل هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء و النخعى و الحكم و حماد و الثورى و أبو حنيفة و الشافعى رحمهم الله تعالى و روى معنى ذلك عن عمر رضى الله تعالى عنه و طاوس و الشعبى رحمهما الله تعالى اه. (٣) و المشهور عن مالكؒ الخ. نحوه فى المغنى.

لهما أن الوراثة خلافة و هي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا أنه عليه الصلاة و السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي رضي الله تعالى عنها من عقل زوجها أشيم رضي الله تعالى عنه

ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يورث بالنسب و لا يورث بالسبب و هو الزوجية حتى لا يورث الزوج من قصاص زوجته لو قتلت و كذا من ديتها و كذا الزوجة من قصاص زوجها و لا من ديته (لهما) أي لمالك و الشافعي رحمهما الله تعالى (أن الوراثة خلافة و هي بالنسب دون السبب لانقطاعه) أي لانقطاع السبب (بالموت) لأن الزوجية تنقطع بالموت (و لنا أنه عليه الصلاة و السلام) أي أن النبي ﷺ (أمر بتوريث امرأة اشيم الضبابي رضي الله تعالى عنها من عقل زوجها أشيم رضي الله تعالى عنه) هذا الحديث أخرجه (١) أصحاب السنن الأربعةؓ عن سفيان بن أبي عيينة عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان عمر رضي الله تعالى عنه يقول الدية للعاقلة و لا ترث المرأة من دية زوجها شيئا حتى قال له الضحاك بن سفيان رضي الله تعالى عنه كتب إليّ رسول الله ﷺ أن ورث امرأة أشيم الضبابي رضي الله تعالى عنها من دية زوجها فرجع عمر رضي الله تعالى عنه و قال الترمذيؒ حديث حسن صحيح و أخرجه (٢) الدار قطنيؒ في سننه عن محمد بن عبدالله الشعيثي عن زفر بن وثيمة عن المغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنه أن زرارة بن جزى رضي الله تعالى عنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ كتب إلى الضحاك بن سفيان رضي الله تعالى عنه أن يورث إمرأة أشيم الضبابي من ديته قال (٣) الدار قطنيؒ في كتاب المؤتلف و المختلف و زرارة بن جزء (٤) له صحبة روى عنه المغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنه قال و هو بكسر الجيم هكذا يعرفه أصحاب الحديث و أهل العربية يقولون بفتح الجيم اه و أخرجه الطبرانيؒ في معجمه عن محمد بن عبدالله الشعيثي عن زفر بن وثيمة البصري عن المغيرة بن شعبة أن أسعد بن زرارة

(١)أخرجه أصحاب السنن الأربعةؓ الخ. قلت أخرجه أبو داودؒ في أواخر الفرائض باب في المرأة ترث من دية زوجها ص ٥٠ ج ٢ و الترمذيؒ في الديات باب ما جآء في المرأة ترث من دية زوجها ص ١٦٩ ج ١ و في الفرائض باب ما جآء في ميراث المرأة من دية زوجها ص ٣٢ ج ٢ و النسائيؒ في الكبرى في الفرائض (باب) توريث المرأة من دية زوجها ص ٧٨ ج ٤ و ابن ماجةؒ في الديات باب الميراث من الدية ص ١٩٤. (٢)أخرجه الدار قطنيؒ في الفرائض ٧٦ ج ٤. (٣)قال الدار قطنيؒ الخ. كذا في نصب الراية ص ٣٥٢ ج ٤. (٤)جزء: قال ابن الاثيرؒ في اسد الغابة: جزى قال ابن ماكولاؒ يقوله المحدثون بكسر الجيم و سكون الزاى و أهل اللغة يقولونه جزء بفتح الجيم و الهمزة و قال أبو عمرؒ جزى يعنى بالكسر و جزى يعنى بالفتح و قال عبدالغنيؒ جزى بفتح الجيم و كسر الزاى اه التعليق المغني.

و لأنه حق يجرى فيه الإرث حتى أن من قتل و له إبنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبى و ابن الابن فيثبت لسائر الورثة و الزوجية تبقى بعد الموت حكما فى حق الإرث أو يثبت بعد الموت مستندا إلى سببه و هو الجرح و إذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء و الإسقاط عفوا و صلحا و من ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه لأنه لا يتجزى بخلاف ما إذا قتل رجلين و عفى أحد الوليين لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل و المقتول و ههنا واحد لاتحادهما

الأنصارى قال لعمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه إن رسول الله ﷺ كتب إلى الضحاك بن سفيان رضى الله تعالى عنه أن يورث امرأة أشيم الضبابى رضى الله تعالى عنه من دية زوجها و قال الطبرانىؒ و أسعد بن زرارة صحابى يكنى أبا أمامة توفى على عهد رسول الله ﷺ فى السنة الأولى من الهجرة قلت قد ذكره الذهبىؒ فى تجريد الصحابة رضى الله تعالى عنهم و قال أشيم الضبابى الذى قتل فورث النبى ﷺ زوجته من ديته وذكر عليه علامة أحمد بن حنبلؒ يعنى أخرجه فى مسنده و الضبابى بكسر الضاد و بالبائين الموحدتين نسبة إلى ضباب بطن من العرب ذكره ابن دريدؒ (و لأنه) أى و لأن القصاص (حق يجرى فيه الإرث حتى أن من قتل و له إبنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبى) و هو ابن الميت (و ابن الابن) أى و بين ابن الإبن (فيثبت لسائر الورثة) فمن كان وارثا فله حق فى القصاص (و الزوجية تبقى) هذا جواب عما قال مالك و الشافعى رحمهما الله تعالى من قولهما لانقطاعه بالموت تقريره أن الزوجية تبقى (بعد الموت حكما) أى من حيث الحكم (فى حق الإرث) فإذا كانت الزوجية باقية فى حق الإرث كان لكل من الزوجين حق من قصاص الميت (أو يثبت بعد الموت) دليل آخر أى أو يثبت الارث بعد الموت حال كونه (مستندا إلى سببه و هو الجرح) فصار له كمال آخر فى ثبوته قبل الموت ألا ترى أنه لو أوصى بثلث ماله دخلت ديته فى الوصية و تقضى منه ديونه (و إذا ثبت) أى حق القصاص (للجميع) أى لجميع الورثة (فكل منهم يتمكن من الاستيفاء و الإسقاط عفوا و صلحا) فقوله عفوا يرجع إلى الاسقاط و قوله صلحا يرجع إلى الاستيفاء (و من ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه) يعنى فى القصاص (لأنه) أى لأن القصاص (لا يتجزى) استيفاء و بنقل حق الباقين إلى المال (بخلاف ما إذا قتل رجلين و عفى أحد الوليين) أى و لى القصاص حيث لا يسقط حق الآخر فى القصاص (لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل و المقتول و ههنا) أى فى مسألة ما إذا قتل و له إبنان (واحد لاتحادهما) أى

و إذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالاً لأنه امتنع بمعنى راجع إلى القاتل و ليس للعافى شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله و رضاه ثم يجب ما يجب من المال فى ثلاث سنين و قال زفر رحمه الله تعالى يجب فى سنتين فيما إذا كان بين الشريكين و عفى أحدهما لأن الواجب نصف الدية فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ و لنا أن هذا بعض بدل الدم و كله مؤجل إلى ثلاث سنين فكذلك بعضه و الواجب فى اليد كل بدل الطرف و هو فى سنتين فى الشرع و يجب في ماله لأنه عمد. قال و إذا قتل جماعة

القصاص واحد لاتحاد القتل و المقتول (و إذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالاً لأنه امتنع (١) بمعنى راجع إلى القاتل) و هو العجز عن استيفاء قصاص من نفسه لأن من قسمه أن ازهاق الروح لا يتجزى (و ليس للعافى) حقه فى القصاص (شيء من المال أنه أسقط حقه بفعله و رضاه ثم يجب ما يجب من المال فى ثلاث سنين و قال زفر رحمه الله تعالى يجب فى سنتين فيما إذا كان) أى القصاص (بين الشريكين و عفى أحدهما لأن (٢) الواجب نصف الدية فيعتبر) أى نصف الدية (بما إذا قطعت يده خطأ) لأن الواجب فيها نصف الدية مؤجلا إلى سنتين (و لنا أن هذا) أى بعض ما يجب من المال (بعض بدل الدم و كله) أى و كل بدل الدم (مؤجل إلى ثلاث سنين فكذلك بعضه) أى فكذلك بعض بدل الدم يؤجل إلى ثلاث سنين (و الواجب فى اليد) جواب عن اعتبار زفر رحمه الله تعالى بما إذا قطعت يده خطأ تقريره أن الواجب فى اليد أى فى قطع اليد خطأ (كل بدل الطرف و هو فى سنتين فى الشرع و يجب فى ماله) أى يجب المال فى مال القاتل فى المسألة المذكورة أولاً (لأنه عمد) و العاقلة لا تتحمل العمد. (قال) أى القدورىؒ (و إذا قتل (٣) جماعة

(١)لأنه امتنع بمعنى راجع إلى القاتل و هو ثبوت العصمة للقاتل بعفو البعض من القصاص فيجب المال كما فى الخطأ فان العجز عن القصاص ثمة لمعنى فى القاتل و هو كونه خاطئا كفاية. (٢)لأن الواجب نصف الدية يعنى بالعفو فيكون فى السنة الأولى الثلث و فى الثانية السدس عناية. (٣)و إذا قتل جماعة الخ. و فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ (ص٣٦٦ج٩): إذا قتل جماعة واحد فعلى كل واحد منهم القصاص إذا كان كل واحد منهم لو انفرد بفعله وجب عليه القصاص روى ذلك عن عمر و على و المغيرة بن شعبة و ابن عباس رضى الله تعالى عنهم و به قال سعيد بن المسيب و الحسن و أبو سلمة و عطاء و قتادة رحمهم الله تعالى و هو مذهب مالك و الثورى و الأوزاعى و الشافعى و اسحاق و أبى ثور و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و حكى عن احمد رحمه الله تعالى رواية أخرى لا يقتلون به و تجب عليهم الدية و هذا قول ابن الزبير رضى الله تعالى عنه و الزهرى و ابن سيرين و حبيب بن أبى ثابت و عبد الملك و ربيعة و داود و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و حكاه ابن أبى موسىؒ عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و روى عن معاذ بن جبل و ابن الزبير رضى الله تعالى عنهما و ابن سيرين و الزهرى رحمهما الله تعالى أنه يقتل منهم واحد و يؤخذ من الباقين حصصهم من الدية اهـ.

واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضى الله تعالى عنه فيه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم و لأن القتل بطريق التغالب غالب و القصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء

واحدا عمدا اقتص من جميعهم) و به قال الشافعى و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى و أكثر أهل العلم من الصحابة رضي الله تعالى عنهم و التابعين و قال ابن الزبير رضى الله تعالى عنه و الزهرى و ابن سيرين و ابن أبى ليلى و عبد الملك و ربيعة و داود و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و احمد رحمه الله تعالى فى رواية لا يقتلون به و يجب عليهم الدية و هذا الذى ذكره القدورىؒ استحسان و القياس أن لا تقتل الجماعة بالواحد لأن القصاص ينبئ عن المساواة و لا مساواة بين الواحد و الجماعة وجه الإستحسان ما أشار إليه المصنفؒ بقوله (لقول عمر رضى الله تعالى عنه فيه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) هذا رواه (١) مالكؒ فى الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه قتل نفرا خمسة أو سبعة برجل قتلوه قتل غيلة و قال عمر رضى الله تعالى عنه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا و رواه محمد بن الحسنؒ أيضا عن مالكؒ قوله تمالأ أى تعاون و أصله المعاونة فى ملأ الدلو ثم عم يقال تمالؤوا أى تعاونوا و صنعاء بالمد قصبة باليمن و الغيلة بكسر الغين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف أى الغفلة و الخديعة و قوله قتل غيلة مضاف و مضاف إليه أى قتل غفلة و خديعة (و لأن (٢) القتل بطريق التغالب غالب) أراد أن القتل بغير حق لا يكون فى العادة إلا بالتغالب و الإجتماع لأن الواحد يقاوم الواحد غالبا (و القصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الإحياء) أراد أن الحكمة

(١) رواه مالكؒ فى العقول ما جآء فى الغيلة و السحر ص٦٧٨ و محمد بن الحسنؒ فى الديات باب النفر يجتمعون على قتل واحد ص ٢٩٤ و روى البخارىؒ فى الديات باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم ص١٠١٨ ج٢ باسناده عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن غلاما قتل غيلة فقال عمر رضى الله تعالى عنه لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم و قال مغيرة بن حكيم عن أبيه أن أربعة قتلوا صبيا فقال عمر رضى الله تعالى عنه مثله اهـ. و فى الكفاية: فان قيل ما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه يحتمل أن يكون بطريق السياسة فكيف يصح استدلالكم به على وجوب القصاص قلنا القصاص واجب بالنص فى القتل العمد و قد وجد من كل واحد منهم قتل إذ المسئلة فيما إذا جرح كل واحد منهم جرحا مزهقا بخلاف قطاع الطريق لأن هناك القتل بالمعاونة فأما ههنا يشترط الجرح من كل واحد منهم فاذا كان القصاص ثابتا بالنص فلا يمكن حمل الأثر على السياسة فيكون معناه بيانا للمسئلة بالمماثلة و إزالة الشبهة اهـ. (٢) و لأن القتل الخ. تقرير الدليل القتل بطريق التغالب فساد غالب و كل فساد غالب يحتاج إلى مزجرة للسفهاء فالقتل بطريق التغالب يحتاج إلى مزجرة و مزجرة القتل العمد هو القصاص سعدية.

و إذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم و لا شيء لهم غير ذلك فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين و قال الشافعي رحمه الله تعالى يقتل بالأول منهم و يجب للباقين المال و إن اجتمعوا و لم يعرف الأول قتل لهم و قسمت الديات بينهم و قيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له أن الموجود من الواحد قتلات والذى تحقق فى حقه قتل واحد فلا تماثل و هو القياس فى الفصل الأول إلا أنه عرف بالشرع و لنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الأول

الموضوعة فى القصاص إحياء النفس فلو لم يجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد أدى إلى سد باب القصاص و فيه إبطال الحكمة المذكورة (و إذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم و لا شيء لهم غير ذلك فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين) هذا كله لفظ القدورىؒ قال أصحابنا رحمهم الله تعالى الواحد يقتل بالجماعة اكتفاء بالقصاص و قال الكاكىؒ و بقولنا (١) قال مالك رحمه الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يقتل بالأول منهم و يجب للباقين المال) يعنى إذا كان قتلهم على التعاقب (و إن اجتمعوا و لم يعرف الأول قتل لهم و قسمت الديات بينهم و قيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته) و يجب للباقين المال و قد أوضح هذه فى الطريقة العلانية حيث قال و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يقتل اكتفاء غير أن الواحد إن قتلهم على التعاقب يقتل بالأول و يجب دية للباقين و إن قتلهم على المقارنة له فيه قولان فى قول يقتل بالواحد غير عين و يجب دية الباقين مشتركة بينهم و فى قول يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته و يجب الديات للباقين و استوفى الباقون بالديات من تركته و قال أحمد رحمه الله تعالى إن طلبوا القصاص بجماعتهم فلا شيء للواحد الذى قتل له و إن طلب بعضهم القصاص و البعض الدية قتل لمن طلب القود و للآخرين الدية و عن مالك رحمه الله تعالى رواية كقول أحمد رحمه الله تعالى (له) أى للشافعي رحمه الله تعالى (أن الموجود من الواحد قتلات) لأنه قتل جماعة (والذى تحقق فى حقه) أى فى حق الواحد (قتل واحد فلا تماثل) أى بين قتل واحد و بين قتلات (و هو القياس فى الفصل الأول) و هو ما إذا قتل جماعة واحدا (إلا أنه) أى إلا أن قتل الجماعة بالواحد اتفاقا (عرف بالشرع) على خلاف القياس (و لنا أن كل واحد منهم) أى من الأولياء (قاتل بوصف الكمال) يعنى قاتل للقاتل قصاصا (فجاء التماثل) فى قتل الواحد بالجماعة فصح القياس (أصله الفصل الأول) و هو أنه تقتل الجماعة بالواحد اتفاقا فلو

(١) و بقولنا قال مالك رحمه الله تعالى كما فى شرح الوجيز ص١٧٧ ج١٠.

إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص و لأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للانزهاق فيضاف إلى كل منهم إذ هو لا يتجزى و لأن القصاص شرع مع المنافى لتحقيق الاحياء و قد حصل بقتله فاكتفى به. قال و من وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجانى و يتأتى فيه خلاف الشافعى رحمه الله تعالى إذ الواجب أحدهما عنده. قال و إذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما و عليهما نصف الدية و قال الشافعى رحمه الله تعالى تقطع يداهما و المفروض (١) إذا أخذا سكينا و أمراه على يده حتى انقطعت له

لم يكن التماثل لما قتلوا به و هو معنى قوله (إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص) لأن التماثل شرط (و لأنه وجد من كل واحد منهم) أى من الأولياء (جرح صالح للانزهاق) يعنى أن القتل جرح صالح لانزهاق الروح و قد وجد من كل واحد منهم (فيضاف إلى كل منهم إذ هو) أى ازهاق الروح (لا يتجزى) فيضاف إلى كل منهم كملاً لأن مالا يتجزى إذا أضيف يضاف كملاً (و لأن القصاص شرع مع المنافى) أى شرع بالكتاب و السنة مع وجود المنافى و هو أن الآدمى بنيان الرب فلا يجوز تجزئته قال عليه الصلاة و السلام الآدمى بنيان الرب ملعون من هدمه و إنما شرع (لتحقيق الاحياء و قد حصل) أى تحقيق الاحياء (بقتله) أى بقتل القاتل (فاكتفى به) و لا شيء لهم غير ذلك. (قال) أى القدورىؒ (و من وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص لفوات محل الإستيفاء فأشبه موت العبد الجانى) لأنه إذا مات العبد الجانى لا يلزم شيء على أحد (و يتأتى فيه) أى فى هذا الحكم (خلاف الشافعى رحمه الله تعالى) فعنده تجب الدية فى ماله (إذ الواجب أحدهما عنده) أى لأن الواجب القصاص أو الدية عند الشافعى رحمه الله تعالى و هذا مردود بقوله تعالى كتب عليكم القصاص و قد مر بيانه فى أول كتاب الجنايات. (قال) أى القدورىؒ (و إذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما و عليهما نصف الدية) و به (٢) قال الثورى و الحسن و الزهرى و ابن المنذر رحمهم الله تعالى (و قال الشافعى رحمه الله تعالى تقطع يداهما و المفرض) أى و موضع فرض المسألة الخلافية (إذا أخذا سكينا و أمراه) بتشديد الراء (على يده حتى انقطعت) يعنى إذا وضعا سكينا من جانب واحد من يده و أمراه على مفصل يده حتى أبانا يده أما لو وضع أحدهما السكين من جانب و الآخر من جانب آخر و أمر كل واحد سكينه حتى التقيا و انقطعت اليد لا قصاص عنده أيضا (له) أى

(١)المفروض. ن. المفرض. (٢)و به قال الثورىؒ الخ. كذا فى المغنى ص ٣٧٠ ج٩.

الاعتبار بالأنفس و الأيدى تابعة لها فأخذت حكمها أو يجمع بينهما بجامع الزجر و لنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع حصل باعتماديهما و المحل متجز فيضاف إلى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لأن الانزهاق لا يتجزأ. و لأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث و الاجتماع على قطع اليد من المفصل فى حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث. قال و عليهما نصف الدية لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها و إن قطع واحد يمينى رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده و يأخذا منه نصف الدية يقتسمانها نصفين سواء قطعهما معا أو على التعاقب

للشافعى رحمه الله تعالى (الاعتبار بالأنفس) لأن طريق جريان القصاص على الأنفس إن جعل كل واحد منهم منفردا بالقتل لزجر القاتل سدا لباب العدوان فيجب القصاص عليهم (و الأيدى تابعة لها) أى للأنفس (فأخذت حكمها) أى حكم الأنفس (أو يجمع بينهما) أى بين الطرف و النفس (بجامع الزجر) سداً لباب العدوان و بقوله (١) قال مالك و أحمد و إسحاق و أبو ثور رحمهم الله تعالى (ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الإنقطاع حصل باعتماديهما و المحل متجز) المحل هو اليد و هى تتجزأ فإذا كان كذلك (فيضاف إلى كل واحد منهما البعض) أى بعض القطع (فلا مماثلة) بين قطع اليدين و اليد الواحدة (بخلاف النفس لأن الانزهاق لا يتجزأ) أى بخلاف قتل الأنفس بالنفس الواحدة لأن قتل النفس يضاف إلى كل واحد منهم كملاً فيجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال فحصلت المماثلة بين الأنفس و النفس الواحدة (و لأن القتل بطريق الإجتماع غالب) هذا جواب عما جمع الشافعى رحمه الله تعالى بين النفس و الطرف بيانه أن القتل بوصف الإجتماع غالب (حذار الغوث) أى لأجل الحذار عن لحوق الغوث (و الإجتماع على قطع اليد من المفصل فى حيز الندرة لإفتقاره إلى مقدمات بطيئة) من شد اليد و أخذ السكين و الإمرار على المفصل إلى أن ينقطع (فيلحقه الغوث) بسبب المقدمات البطيئة فلا نفع فى الاجتماع. (قال) أى القدورىؒ (و عليهما) أى على الرجلين القاطعين (نصف الدية لأنه) أى نصف الدية (دية اليد الواحدة و هما قطعاها) و يجب فى مالهما لأنه عمد و كذلك الحكم فى بيان الأطراف كالعين و السن و الرجل و نحوها (و إن قطع واحد يمينى رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده (٢) و يأخذا منه نصف (٣) الدية يقتسمانها نصفين سواء قطعهما معا أو على التعاقب) هذا

---

(١) و بقوله قال مالكؒ الخ. كذا فى المغنى ص ٣٧٠ ج٩. (٢) يده أى يمينه در. (٣) نصف الدية أى نصف دية النفس و هى خمسة آلاف درهم و هى دية اليد الواحدة شامى.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى في التعاقب يقطع بالأول و في القران يقرع لأن اليد استحقها الأول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن و في القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة و لنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة و القصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء أما المحل فخلو عنه فلا يمنع

لفظ القدوريؒ (و قال الشافعي رحمه الله تعالى في التعاقب يقطع بالأول و في القران يقرع) و في شرح الكافي للحاكم الشهيدؒ و قال الشافعي رحمه الله تعالى إن قطع اليمين على التعاقب يقتص للأول و يغرم الدية للآخر و إن قطعهما معا فالقاضي يقرع بينهما أيّا خرجت قرعته يقتص له و الدية للآخر و قال الكاكيؒ قوله يميني رجلين و كذا الحكم لو قطع يساري رجلين و قيد به لأنه لو قطع يمين رجل و يسار آخر قطعت (١) يداه بهما و كذلك إن قطعهما من واحد لأن المماثلة المشروطة في الفعل و المحل و المأخوذ بالفعل موجود ذكره في المبسوط (٢) و لا يعلم فيه خلاف (لأن اليد) أي يد القاطع (استحقها الأول فلا يثبت الإستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن) فإن المرتهن الثاني لا يستحقه (و في القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة) تطييبا لكليهما لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر في تعيين القصاص له و لا الدية للآخر و لا يأتي الترجيح إلا بالقرعة (و لنا أنهما استويا في سبب الإستحقاق) و هو قطع محسوس (فيستويان في حكمه) و هو القصاص لأن الاستواء في العلة يوجب الإستواء في الحكم (كالغريمين في التركة) و إن كان دين أحدهما أقدم و في بعض النسخ كالشفيعين في الشفعة فلا يتقدم أحدهما على الآخر (و القصاص ملك الفعل) هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى لأن اليد استحقها الأول تقريره أن يقال إن القصاص ملك للفعل يعني أن القصاص عبارة عن إطلاق الفعل و الإطلاق في الفعل لا يقتضي حقا في المحل كما في الإصطياد و الإحتشاش فان الفعل مملوك و المحل خلو عن الملك و لهذا لا يجب القصاص على قاتل من وجب عليه القصاص و القصاص ملك الفعل (يثبت مع المنافي) يعني أن من عليه القصاص حر (فلا يظهر) أي ملك الفعل (إلا في حق الاستيفاء) لأنه ثابت بطريق الضرورة (أما المحل فخلو عنه) أي عن ملك الفعل (فلا يمنع

---

(١) قطعت يداه لا يقال تنتفي المماثلة حينئذ لأنه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة و هما فوتاه عليه لأن المعتبر في حق كل واحد ما استوفاه و ليس في ذلك تفويت جنس المنفعة و لا زيادة على حقه عناية.

(٢) المبسوط للسرخسيؒ ص ١٣٩ ج ٢٦.

ثبوت الثاني بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل و صار كما إذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما و إن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لأن للحاضر أن يستوفي لثبوت حقه و تردد حق الغائب و إذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به حقا مستحقا. قال و إذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود

ثبوت الثاني) أي فلا يمنع ملك الفعل ثبوت حق الثاني و ذلك لأن ملك الفعل لما ثبت ضرورة الاستيفاء لا يتعدى إلى شغل المحل الخالي بتجزئته عنه و إذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت الثاني (بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل) لكونه مملوكا فاذا ثبت للأول استحال ثبوته للثاني كما في الاستيفاء الحقيقي (و صار) أي هذا (كما إذا قطع العبد يمينيهما) أي يميني الرجلين (على التعاقب فتستحق رقبته لهما) جميعا و لا يكون الأول أولى بها (و إن حضر واحد منهما) أي من الرجلين المقطوعين يمينيهما (فقطع يده) أي يد القاطع (فللآخر) أي للذي لم يحضر (عليه) أي على القاطع (نصف (١) الدية لأن للحاضر أن يستوفي) حقه (لثبوت حقه) في اليد (و تردد (٢) حق الغائب) أي في العفو و الاستيفاء (و إذا استوفى) أي الحاضر (لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به حقا مستحقا) يعني أنه إذا قضى جميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضي للآخر بالأرش بخلاف النفس فان هناك لو استوفى أحدهما القصاص ثم حضر الآخر لا يقضي بشيء لأن حقه في الاستيفاء فات بغيبته فإنهما إذا اجتمعا و استوفيا صار كل واحد مستوفيا على الكمال فلا يجب معه الدية و ليس في الطرف الواحد وفاء بحقهما فاذا استوفى الحاضر لم يبق للغائب إلا الأرش (٣). (قال) أي القدوريّ (و إذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) أي القصاص و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و قيد بالعمد لأنه إذا أقر بالخطأ

(١)نصف الدية أي نصف دية النفس و هي خمسة آلاف درهم و هي دية اليد الواحدة شامي. (٢)و تردد حق الغائب لاحتمال أن لا يطلب أو يعفو مجانا أو صلحا زيلعي. (٣) الأرش. (فائدة) و لو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما قبل استيفاء الدية فللآخر القود و عند محمد رحمه الله تعالى له الأرش در أي دية يد كلها و للعافي نصفها مجمع قال شارحه لأن القصاص و الأرش كان مشتركا بينهما بالقضاء فلما أسقط أحدهما حقه في نصف القصاص بالعفو انقلب نصيب الآخر مالاً فيستوفي العافي نصف الأرش الذي كان مشتركا بينهما و غير العافي تمام الأرش نصفه من المشترك و نصفه من المنقلب مالاً اه قال ط وذكر في البرهان أنه الاستحسان و جعل قولهما قياسا و ظاهره أن المعتمد قول محمد رحمه الله تعالى اه قلت و ظاهر الشروح ترجيح قولهما و عليه اقتصر الاتقانيّ نقلا عن شرح الكافي و مختصر الكرخيّ معللا بأن حق كل ثبت في جميع اليد و إنما ينتقص بالمزاحمة فاذا زالت بالعفو بقي حق الآخر بحاله كالغريمين و الشفيعين رد المحتار.

و قال زفر رحمه الله تعالى لا يصح إقراره لأنه يلاقى حق المولى بالابطال فصار كما إذا أقر بالمال و لنا أنه غير متهم فيه لأنه مضر به فيقبل و لأن العبد مبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود و القصاص و بطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به و من رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص للأول و الدية للثانى على عاقلته لأن الأول عمد و الثانى أحد نوعى الخطأ كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدميا و الفعل يتعدد بتعدد الأثر

لا يصح إقراره بالاتفاق سواء كان مأذونا أو محجورا لأن إقراره بالخطأ ليس من باب التجارة فكان إقراره على مولاه لا يصح ذكره فى المبسوط (و قال زفر رحمه الله تعالى لا يصح إقراره لأنه يلاقى حق المولى بالإبطال فصار) أى إقراره به (كما إذا أقر بالمال) فإنه لا يصح اتفاقا (ولنا أنه) أى أن العبد (غير متهم فيه) أى فى إقراره بقتل العمد (لأنه مضر به) أى لأن اقراره بذاك مضر بنفسه لأنه إقرار بالعقوبة على نفسه فلا يتهم فإذا كان كذلك (فيقبل) أى إقراره (و لأن العبد مبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملاً بالآدمية حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود و القصاص) قوله حتى إلى آخره توضيح لبقائه على الحرية و كل ما لا يصح إقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر و لهذا وقع طلاق زوجته بالإقرار لوقوعه بالايقاع و إذا أقر بسبب يوجب الحد يؤخذ به (و بطلان حق المولى) هذا جواب عن قول زفر رحمه الله تعالى تقريره أن بطلان حق المولى فى إقرار العبد بقتل العمد (بطريق الضمن) يعنى ضمنى (فلا يبالى به) لأن الضمنيات لا تعتبر كما إذا تزوج رجل فى مرض الموت على مهر معين و مات فهى أسوة للغرماء و التزام المهر يضر بهم إلا أنه ثبت ضمنا للنكاح فلا يبالى به بخلاف إقراره بالمال لأنه يتضرر به المولى لا فى ضمن شىء فيتهم فى إقراره فلا يقبل منه (و من رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص للأول و الدية للثانى على عاقلته لأن الأول عمد) لأنه قصد بالرمى فمات منه (و الثانى أحد (١) نوعى الخطأ) لأنه لم يقصد بالرمى حيث قصد الرامى غيره و لكنه أصاب بالنفاذ من الأول فصار قتله خطأ (كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدميا) فوجب الدية على عاقلته (و الفعل يتعدد بتعدد الأثر) أى الفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره فإن الرمى إذا أصاب حيوانا و مزق جلده يسمى جرحا و إذا قتل يسمى قتلا و إن أصاب كوزا و فرق أجزائه يسمى كسرا باعتبار اختلاف

(١) أحد نوعى الخطأ و هو الخطأ فى الفعل زيلعى لكن نقل الشامى عن الاتقانى و هو الخطأ فى القصد اه تأمل.

فصل

قال و من قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعا و الأصل فيه

المحل فجاز أن يكون الفعل الواحد عمدا بالنسبة إلى محل و خطأ بالنسبة إلى محل (١) آخر.

(فصل)

أى هذا فصل فى بيان حكم الفعلين وذكر هذا بعد الفراغ من بيان حكم الفعل الواحد لأن الاثنين يذكر بعد الواحد. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من (٢) قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعا) القطع و القتل إذا حصلا فى شخص واحد كانا على وجوه أربعة مثل ما ذكر فى الكتاب ثم إن كل واحد منهما إما أن يكون قبل البرء أو بعده فذلك ثمانية أوجه و كل ذلك إما أن يتحقق من شخص واحد أو شخصين فذلك ستة عشر وجها فإن كانا من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص و أخذ الأرش مطلقا لأن التداخل إنما يكون عند اتحاد المحل لا غير و إن كانا من شخص واحد فإيجاب موجب الفعلين أو إهدار أحدهما مبنى على أصل ذكره المصنفؒ بقوله (و الأصل فيه) أى

---

(١)محل آخر. و فى الدر عن الصيرفية و مجمع الفتاوى: وقعت حية على شخص فدفعها عن نفسه فسقطت على آخر فدفعها عن نفسه فوقعت على ثالث فلسعته فهلك فعلى من الدية هكذا سئل أبو حنيفة رحمه الله تعالى بحضر جماعة (منهم الثورى و ابن أبى ليلى و شريك بن عبدالله رحمهم الله تعالى شامى عن منح) فقال لا يضمن الأول لأن الحية لم تضر الثانى و كذلك لا يضمن الثانى و الثالث لو كثر الدافعون و أما الأخير فان لسعته مع سقوطها فورا من غير مهلة فعلى الدافع الأخير الدية (و تتحملها العاقلة كما هو ظاهر شامى عن رملى) لورثة الهالك و إلا تلسعه فورا لا يضمن دافعها عليه أيضا فاستصوبوه جميعا و هذه من مناقبه رحمه الله تعالى اه. (٢)و من قطع الخ. قال فى الكفاية: اعلم أنه لا يخلو القطع و القتل من أن يتخلل بينهما برء أو لا فان تخلل يعتبر كل فعل و يؤخذ بموجبهما لأن الموجب الأول تقرر بالبرء فلا يدخل أحدهما فى الآخر حتى لو كانا عمدين فللولى القطع و القتل و لو خطأين يجب دية و نصف دية و لو القطع عمدا و القتل خطأ ففى اليد القود و فى النفس الدية و لو بالعكس ففى اليد نصف الدية و فى النفس القود و إن لم يتخلل برء فلو أحدهما عمدا و الآخر خطأ اعتبر كل على حدة ففى الخطأ الدية و فى العمد القود و لو خطأين فالكل جناية واحدة اتفاقا فتجب دية واحدة و لو عمدين فعندهما يقتل و لا يقطع و عنده إن شاء الولى قطع و قتل و إن شاء قتل و لا يعتبر إتحاد المجلس و هو الظاهر و روى عن نصر بن سلامؒ أنه كان يقول الخلاف فيما إذا قطع يده فى مجلس و قتله فى آخر فلو فى مجلس واحد يقتل و لا يقطع عندهم اه ملخصا.

أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تتميما للأول لأن القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة و في اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه و قد تعذر الجمع في هذه الفصول في الأولين لاختلاف حكم الفعلين و في الآخرين لتخلل البرء و هو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل و قد تجانسا بأن كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع و اكتفى بدية واحدة و إن كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده فإن شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه و إن شاء قال اقتلوه و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يقتل و لا تقطع يده لأن الجمع ممكن لتجانس الفعلين و عدم تخلل البرء فيجمع بينهما

في الحكم المذكور (أن الجمع بين الجراحات واجب) يعني الاكتفاء بموجب أحدهما واجب (ما أمكن) أي مهما أمكن (تتميما للأول) لأن الأصل في العقوبات التداخل فيجعل الآخر متمما للأول لأن القتل عادة لا يحصل بضربة واحدة ظاهرا بل بأكثر من ذلك و هو معنى قوله (لأن القتل في الأعم) أي في أعم الأحوال (يقع بضربات متعاقبة) فيجعل الثاني متمما للأول و يجعل الكل قتلا واحدا (و في اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه و قد تعذر الجمع في هذه الفصول) المذكورة (في الأولين) أي في الفصلين الأولين عدم إمكان الجمع لاختلاف حكم الفعلين) كما إذا كان القطع خطأ و القتل عمدا أو على العكس (و في الآخرين) أي و في الفصلين الآخرين عدم إمكان الجمع (لتخلل البرء و هو) أي تخلل البرء (قاطع للسراية) لأن بتخلل البرء ينتهي الفعل الأول لانتهاء أثره فلا يمكن جعل الثاني متمما للأول (حتى لو لم يتخلل) أي البرء (و قد تجانسا) أي و قد تجانس الفعلان (بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع و اكتفى بدية واحدة و إن كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده فإن (١) شاء الإمام قال اقطعوه ثم اقتلوه و إن شاء قال اقتلوه و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و به (٢) قال الشافعي و مالك و أحمد في رواية و أبو ثور رحمهم الله تعالى و هو مذهب عمر بن عبدالعزيز رحمه الله تعالى (و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يقتل و لا تقطع يده) و به (٣) قال أحمد في رواية و الثوري و عطاء رحمهم الله تعالى (لأن الجمع ممكن لتجانس الفعلين و عدم تخلل البرء فيجمع بينهما) لأن الثاني يصح متمما للأول لأن القطع يصلح

---

(١) فان شاء الامام الخ. قال شمس الأئمة السرخسيؒ يشير إلى أن الخيار للامام عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و ليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين للأولياء أن لهم الخيار عناية. (٢) و به قال الشافعيؒ الخ. كذا في المغني ص ٣٨٦ ج ٩. (٣) و به قال احمدؒ الخ. كذا في المغني.

و له أن الجمع متعذر إما للاختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب القود و هو يعتمد المساواة فى الفعل و ذلك بأن يكون القتل بالقتل و القطع بالقطع و هو متعذر أو لأن الحز يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدرا من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما إذا قطع و سرى لأن الفعل واحد و بخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب الدية و هى بدل النفس من غير اعتبار المساواة و لأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل و ذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل و ضمان الجزء فى حالة واحدة و لا يجتمعان أما القطع و القتل قصاصا يجتمعان. قال

مزهقا للروح بالسراية و القتل متمما له قبل تخلل البرء (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن الجمع متعذر) معنى الجمع هنا الاكتفاء بالقتل (إما للاختلاف بين الفعلين هذين) أى القتل و القطع يعنى بالنظر إلى صورتهما و إن كانا عمدين و إنما قلنا بالنظر إلى صورتهما لأن القطع إبانة للطرف عن الجملة و الطرف يسلك به مسلك الأموال و القتل إزهاق الروح (لأن الموجب للفعلين (القود و هو) أى القود (يعتمد المساواة فى الفعل) قال الله تعالى و إن (١) عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به و قال تعالى فاعتدوا (٢) عليه بمثل ما اعتدى عليكم (و ذلك) أى اعتماد المساواة (بأن يكون القتل بالقتل و القطع بالقطع وهو) أى القود الذى يعتمد المساواة (متعذر) لأنه يكون استيفاء الفعلين فى فعل واحد و التعذر فيه ظاهر (أو لأن الحز) أى حز الرقبة (يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدرا من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء) و لا جمع فيه بالاتفاق (بخلاف ما إذا قطع و سرى لأن الفعل واحد و بخلاف ما إذا كانا) أى القتل و القطع (خطأين لأن الموجب الدية و هو بدل النفس من غير اعتبار المساواة) بدليل أن عشرة لو قتلوا رجلا خطأ يجب عليهم دية واحدة (و لأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل) يعنى القطع بانقطاع توهم السراية (و ذلك) إنما يكون (بالحز القاطع للسراية) فأرش اليد إنما يجب بالجز القاطع للسراية و به يجب ضمان الكل (فيجتمع ضمان الكل و ضمان الجزء فى حالة واحدة) و هى حالة الحز (و لا يجتمعان) أى و الحال أنهما لا يجتمعان (أما القتل و القطع قصاصا يجتمعان) لأن مبنى العمد على التغليظ و التشديد و لهذا تقتل الجماعة بالواحد و ليس كذلك الخطأ لأن مبناه على التخفيف و لهذا لا تتعدد الدية بتعدد القاتلين. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى

---

(١)و إن عاقبتم الآية. النحل: ١٢٦. (٢)فاعتدوا الآية. البقرة: ١٩٤.

و من ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين و مات من عشرة ففيه دية واحدة لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة فى حق الأرش و إن بقيت معتبرة فى حق التعزير فبقى الاعتبار للعشرة و كذلك كل جراحة اندملت و لم يبق لها أثر على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى مثله حكومة عدل و عن محمد رحمه الله تعالى أنه تجب أجرة الطبيب و إن ضرب رجلا مائة سوط و جرحته و بقي له أثر تجب حكومة العدل

فى الجامع الصغير (و من ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين و مات من عشرة ففيه دية واحدة) و معنى هذا ضربه فى موضع تسعين و فى موضع آخر عشرة فبرأ موضع التسعين و لم يبرأ موضع العشرة (لأنه لما برأ منها) أى من التسعين (لا تبقى معتبرة فى حق الأرش) لأنه لما لم يبق لها أثر جعل كأنها لم توجد فى حق الضمان (و إن بقيت معتبرة فى حق التعزير فبقى الإعتبار للعشرة) فلا يجب إلا دية واحدة (و كذلك) أى الجواب فى (كل جراحة اندملت و لم يبق لها أثر) مثل أن كانت شجة فالتحمت و نبت الشعر فإنها لا تبقى معتبرة لا فى حق الأرش و لا فى حق حكومة عدل و إنما تبقى فى حق التعزير (على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى) إنما قيد بقوله و لم يبق لها أثر حتى لو بقى أثر الجراحة من نقصان أو غيره تجب حكومة العدل بلا خلاف لأحد و أما إذا لم يبق لها أثر فلا يجب شيء لأنه لا قيمة لمجرد الألم و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى ألا ترى أنه لو ضربه أو لطمه أو وكزه فتألم و لم يؤثر فيه لا يجب شيء ذكره المحبوبيّ و هو ظاهر الجواب (و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى مثله حكومة (١) عدل) و تفسير حكومة العدل يجيء فى آخر فصل الشجاج (و عن محمد رحمه الله تعالى أنه تجب أجرة (٢) الطبيب) و ثمن الأدوية و فى النوازل قال لآخر خبيث جاز له أن يقول بل أنت لقوله تعالى لا يحب (٣) الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم و كذا فى كل كلمة لا يجب الحد و قيل معنى الآية هو الرجل يشتمك فتشتمه و لكن إن افترى عليك فلا تفتر عليه كذا ذكره التمرتاشيّ (و إن ضرب رجلا مائة و جرحته و بقي له أثر تجب حكومة العدل) هذه من مسائل الجامع الصغير و صورتها فيه محمد

(١)حكومة عدل أى مع الدية شامى عن رملى و تفسير حكومة العدل أنه لو كان عبدا مجروحا بهذا كم قيمته و بدون الجراحة كم قيمته فيضمن التفاوت الذى بينهما فى الحر من الدية و فى العبد من القيمة كفاية. (٢)أجرة الطبيب الخ. و فى الفتاوى النعمية للسائحانى إذا ضرب يد غيره فكسرها و عجز عن الكسب فعلى الضارب المداواة و النفقة إلى أن يبرأ و إذا برئ و تعطلت يده و شلت وجبت ديتها و الظاهر أنه يحسب المصروف من الدية اه و فيها المجروح إذا صح و زال الأثر فعلى الجارح ما لحقه من أجرة الطبيب و ثمن الأدوية و هو قولهما و الاستحسان ذكره الصدر اه ملخصا تأمل شامية. (٣)لا يحب الله الآية. النساء:١٤٨.

لبقاء الأثر و الأرش إنما يجب باعتبار فى النفس. قال و من قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية فى ماله و إن عفا عن القطع و ما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم إن كان خطأ فهو من الثلث و إن كان عمدا فهو من جميع المال و هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا و على هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس و مات لهما

عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى الرجل يضرب الرجل مائة سوط فيجرحه و يبرأ منها قال على الضارب أرش الضرب انتهى و قال الصدر الشهيدؒ و غيره و هذا إذا بقى أثر الضرب فإن لم يبق لا يجب شىء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كما فى المسألة المتقدمة و هذا إذا جرح ثم برأ فأما إذا لم يجرح فى الإبتداء لا يجب شىء بالإتفاق (لبقاء الأثر و الأرش إنما يجب باعتبار الأثر فى النفس) بأن لم يبرأ و ليس بموجود و هذا يشير إلى أنه إن لم يجرح فى الابتداء لا يجب شىء بالاتفاق و إن جرح و اندمل و لم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنه لم يكن إلا مجرد الألم و هو لا يوجب شيئا كما لو ضربه ضربا مؤلما. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية فى ماله و إن عفا عن القطع و ما يحدث منه) أى من القطع (ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس) سواء عفى بلفظ العفو أو الوصية و به قال (١) مالك و أحمد و طاوس و الحسن و قتادة و الأوزاعى رحمهم الله تعالى و قال أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى إذا قال عفوت عن الجناية و ما يحدث منها ففيه قولان أحدهما أنه وصية فيبنى على الوصية للقاتل و فيها قولان أحدهما لا يصح فتجب دية النفس إلا دية الجرح و الثانى أنه يصح فإن خرجت من الثلث سقط و إلا سقط منها ما خرج من الثلث و وجب الباقى و القول الثانى ليس بوصية لأنه إسقاط فى الحياة فلا يصح و تلزمه دية النفس إلا دية الجرح (ثم إن كان خطأ فهو من الثلث و إن كان عمدا فهو من جميع المال) أى ثم إن كان القطع خطأ فالعفو معتبر من ثلث المال و إن كان القطع عمدا فالعفو معتبر من جميع المال (و هذا) أى التفصيل (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا و على هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس و مات) فهو عفو عن الشجة لا عن النفس عنده و أما عندهما فهو عفو عن النفس أيضا و كذلك الاختلاف فى الجراحة و ما أشبهها (لهما)

(١) و به قال مالكؒ الخ. كذا فى المغنى ص ٤٧٢ ج ٩.

أن العفو عن القطع عفو عن موجبه و موجبه القطع لو اقتصر و القتل إذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن أحد موجبيه أيهما كان و لأن اسم القطع يتناول السارى و المقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه و صار كما إذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية و المقتصرة كذا هذا و له أن سبب الضمان قد تحقق و هو قتل نفس معصومة متقومة و العفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع و هو غير القتل و بالسراية تبين أن الواقع قتل و حقه فيه و نحن نوجب ضمانه و كان ينبغى أن يجب القصاص و هو القياس لأنه هو الموجب للعمد إلا أن فى الاستحسان تجب الدية لأن صورة العفو أورثت شبهة و هى دارئة للقود و

لا نسلم أن السارى نوع من القطع

أى لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن العفو عن القطع عفو عن موجبه) لأن نفس الفعل لا يحتمل العفو لأنه عرض كما وجد يتلاشى فيكون المراد موجبه العفو و موجبه أحد الشيئين ضمان الطرف إن اقتصر و ضمان النفس إن سرى و هو معنى قوله (و موجبه القطع لو اقتصر و القتل إذا سرى فكان العفو عنه) أى عن القطع (عفوا عن أحد موجبيه أيهما كان) أى أىّ موجبى القطع وجد (و لأن إسم القطع يتناول السارى و المقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه) و هما السارى و المقتصر (و صار) أى هذا (كما إذا عفى عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية و المقتصرة) بلا خلاف (كذا هذا و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن سبب الضمان قد تحقق و هو قتل نفس معصومة متقومة و العفو (١) لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع و هو غير القتل و بالسراية تبين أن الواقع قتل و حقه (٢) فيه و نحن نوجب ضمانه) أى ضمان القتل (و كان ينبغى (٣) أن يجب القصاص و هو القياس لأنه هو الموجب للعمد إلا أن فى الاستحسان تجب الدية لأن صورة العفو أورثت شبهة و هى دارئة للقود) أى الشبهة مسقطة للقصاص (و لا نسلم) هذا جواب عن قولهما فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه أى لا نسلم (أن السارى نوع من القطع

(١) و العفو لم يتناوله بصريحه كما لو قال لا قطع لى قبل فلان فانه لا يوجب البرائة عن النفس كفاية. (٢) و حقه فيه أى فى القتل فما هو حقه لم يعف عنه و ما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا ألا ترى أن الولى لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا أو قال المجنى عليه عفوتك عن القتل و اقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا إذا عفا عن اليد ثم سرى و إذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان عناية. (٣) و كان ينبغى أن يجب القصاص و هو القياس. قال فى الأفكار: و كان ينبغى أن يقول و كان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله و كان ينبغى أن يجب القصاص لأن الذى ينبغى هو موجب الاستحسان دون موجب القياس إلا أن موجب القياس هو الظاهر فى بادئ الرأى اهـ.

و أن السراية صفة له بل السارى قتل من الابتداء و كذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس و بخلاف العفو عن الشجة و ما يحدث منها لأنه صريح فى العفو عن السراية و القتل و لو كان القتل خطأ فقد أجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه وفاقا و خلافا آذن بذلك إطلاقه

و أن السراية صفة له) قيل فيه نظر فإنه منع كون السراية صفة له و يقال سرى القطع و قطع سار فكيف يصح ذلك أجيب عنه بأن المراد صفة منوعة و هى ليست كذلك بل هى مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر (بل السارى قتل من الابتداء) هذا إضراب عن قوله نوع من القطع و ذلك لأن القتل فعل مزهق للروح و لما انزهق الروح به عرفنا أنه كان قتلا (و كذا لا موجب له) أى للقطع السارى (من حيث كونه قطعا) لأنه إذا سرى و مات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلا إنما الثابت موجب القتل و هو الدية فكان العفو المضاف إلى القطع مضافا إلى غير محله فلا يصح و إذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل و هو معنى قوله (فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه) أى لأن لفظ الجناية (إسم جنس) يتناول السارى وغيره (و بخلاف العفو عن الشجة و ما يحدث منها لأنه صريح فى العفو عن السراية و القتل) و هذا ظاهر (و لو كان القتل خطأ فقد أجراه) أى محمد رحمه الله تعالى (مجرى العمد فى هذه الوجوه) و هى العفو عن القطع مطلقا و العفو عن القطع و ما يحدث منه و العفو عن الشجة و العفو عن الجناية (وفاقا) أى من حيث الوفاق أى الإتفاق و هو فى موضعين أحدهما أن العفو عن القطع و ما يحدث منه عفو عن الدية بالإتفاق فيما إذا كان القطع خطأ و الثانى العفو عن الجناية فإنه عفو عن الدية أيضا (و خلافا) أى من حيث الخلاف بين أبى حنيفة و بين صاحبيه رحمهم الله تعالى و هو أيضا فى موضعين أحدهما أن العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ و عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يكون عفوا عن أرش اليد لا غير و الثانى أن العفو عن الشجة عفو عن الدية إذا سرت عندهما و عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى عن أرش الشجة لا غير (آذن) بالمد أى أعلم و هو فعل ماض من الايذان (بذلك إطلاقه) أى إطلاق محمد رحمه الله تعالى فى الجامع حيث قال و من قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده لأنه ذكره مطلقا من غير وصف العمد و الخطأ و قال تاج الشريعة فإن قلت الوضع فى قتل العمد بدليل قوله فعلى القاطع الدية فى ماله فلا يكون مطلقا قلت الوضع مطلق إلا أن قوله فعلى القاطع الدية فى ماله جواب لأحد نوعيه

إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث و إن كان عمدا فهو من جميع المال لأن موجب العمد القود و لم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى باعارة أرضه أما الخطأ فموجبه المال و حق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث. قال و إذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها و على عاقلتها الدية إن كان خطأ و إن كان عمدا ففي مالها

أى عليه الدية فى ماله إن كان عمدا (إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث و إن كان عمدا فهو من جميع المال لأن موجب العمد القود و لم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى باعارة أرضه) يعنى أنه إذا تبرع بمنافع أرضه فى مرضه بالعارية و انتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لأن المنافع ليست بأموال قال الأكملؒ و فيه بحث من أوجه الأول أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة و الثانى أن الوصية بإعارة أرضه باطلة و إن صحت فحكمه التهايؤ يسكن الموصى له يوما و الورثة يومين إن لم يقبل القسمة و إن قبلها يفرز الثلث للموصى له و الثالث أن المنافع أموال فكيف صارت نظيرا لما ليس بمال و الجواب عن الأول أن المصنفؒ نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا و لا تنافى بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة و حكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل و القياس فى المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم إلا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله ﷺ لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس و تركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى و هو المال فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس و القصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لأن الارث خلافة ذى نسب الميت الحقيقى أو الحكمى أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكما فى ماله أو حق قابل لها بعد موته و عن الثانى بأن المراد من قوله أوصى تبرع كما عبرنا عنه آنفا و الوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه و عن الثالث بأن المنافع أموال إذا كانت فى عقد فيه معاوضة (أما الخطأ فموجبه المال و حق الورثة يتعلق به) أى بالمال (فيعتبر من الثلث) فيه إشكال و هو أنه إذا اعتبر من الثلث كان وصية و القاتل من العاقلة و الوصية للقاتل باطلة فيجب أن لا يصح فى حصته و أجيب بأن المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية و إنما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ و لا مانع عنه ألا ترى أنه لو وهب له شيئا و سلم جاز. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده) أى على موجب يده (ثم مات) أى الزوج (فلها مهر مثلها و على عاقلتها الدية إن كان خطأ و إن كان عمدا ففي مالها) قيد بقوله ثم مات فى وجوب مهر المثل لأنه

و هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع إذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف و هو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل و عليها الدية فى مالها لأن التزوج و إن كان يتضمن العفو على ما نبين إن شاء الله تعالى لكن عن القصاص فى الطرف فى هذه الصورة و إذا سرى تبين أنه قتل النفس و لم يتناوله العفو فتجب الدية و تجب فى مالها لأنه عمد و القياس أن يجب القصاص على ما بيناه و إذا وجب لها مهر المثل و عليها الدية

إذا لم يمت (١) فتزوجها على اليد صحت التسمية و يصير أرش (٢) اليد مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا أو خطأ تزوجها على القطع أو على القطع و ما يحدث منه أو على الجناية لأنه لما برأ تبين أن موجبها الأرش دون القصاص لأن القصاص لا يجرى فى الأطراف بين الرجل و المرأة عندنا و الأرش يصلح صداقا كذا ذكره المحبوبى و قاضى خان رحمهما الله تعالى (و هذا) أى هذا الحكم (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه) فيكون ما لها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه (ثم القطع إذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف و هو (٣) ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط) أى سقوط القصاص (فيجب مهر المثل و عليها الدية فى مالها) فإن قيل قبول التزوج يتضمن العفو و العفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية فأجاب المصنفؒ بقوله (لأن التزوج و إن كان يتضمن العفو على ما نبين إن شاء الله تعالى) إشارة إلى قوله لما جعل القصاص مهرا فقد رضى بسقوط حقه بجهة المهر (لكن عن القصاص) أى لكن يتضمن العفو عن القصاص (فى الطرف فى هذه الصورة) أى فيما نحن فيه (و إذا سرى تبين أنه قتل النفس و لم يتناوله العفو) يعنى العفو لم يتعرض لذلك (فتجب الدية و تجب فى مالها لأنه عمد) و العاقلة لا تتحمل العمد (و القياس أن يجب القصاص على ما بيناه) يريد به قوله لأنه هو الموجب للعمد (و إذا وجب لها مهر المثل و عليها الدية) أى

(١)إذا لم يمت يعنى من سراية القطع إلى الهلاك قيدنا به ليشمل ما إذا لم يمت أصلا أو مات من غيره شامية.
(٢)أرش اليد و هو خمسة آلاف درهم كفاية. (٣)و هو ليس بمال الخ. فان قيل القصاص متقوم فى حق من عليه و لهذا لو صالح القاتل فى مرض موته يصح من جميع المال فيصلح مهرا كالمنافع فانها غير متقومة فى ذاتها و لكنها لما تقومت عند ورود العقد عليها صلحت مهرا قلنا القصاص ليس بمتقوم فى حق من له و المهر لا بد أن يتقوم فى حق الرجل على الاطلاق قال الله تعالى أن تبتغوا بأموالكم كفاية.

تقع المقاصة إن كانا على السواء و إن كان فى الدية فضل ترده على الورثة و إن كان فى المهر ترده الورثة عليها و إذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش اليد و إذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد و أن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما فى اليد و لا شيء فيها و لا يتقاصان لأن الدية تجب على العاقلة فى الخطأ و المهر لها. قال و لو تزوجها على اليد و ما يحدث منها أو على الجناية ثم مات من ذلك و القطع عمد فلها مهر مثلها لأنه هذا تزوج على القصاص و هو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه و صار كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير و لا شيء عليها لأنه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلاً

و الحال أن عليها الدية (تقع المقاصة إن كانا) أى إن كان مهر المثل و الدية (على السواء و إن كان فى الدية فضل ترده) أى المرأة (على الورثة) أى على ورثة الميت (و إن كان) أى الفضل (فى المهر ترده الورثة عليها) أى على المرأة (و إذا كان القطع خطأ يكون هذا) أى التزوج (تزوجا على أرش اليد و إذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد و أن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما فى اليد و لا شيء فيها) أى و الحال أنه لا شيء فى اليد (و لا يتقاصان) أى لا يتقاص ما على الزوج من مهر المثل و ما على المرأة من الدية لاختلاف الذمم (لأن (١) الدية تجب على العاقلة فى الخطأ) و القتل هنا خطأ (و المهر لها) أى و يجب مهر المثل لها و إنما تكون المقاصة إذا اتحدت الذمة فى الوجوب لها و عليها كما إذا قطعت عمدا و سرى إلى النفس لأن الدية تجب عليها لا على العاقلة لأنه عمد و المهر لها أيضا فاتحدت الذمة فوقعت المقاصة. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و لو تزوجها على اليد و ما يحدث منها أو على الجناية) أى أو تزوجها على الجناية (ثم مات من ذلك و القطع عمد فلها مهر المثل) و فى بعض النسخ فلها مهر مثلها (لأن هذا تزوج على القصاص و هو) أى القصاص (لا يصلح مهرا) فإذا كان كذلك (فيجب مهر المثل على ما بيناه) من أنه سمى ما لا يصلح مهرا (و صار) أى هذا (كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير) حيث يجب مهر المثل فى هذا (و لا شيء عليها) أى على المرأة لا القصاص و لا الدية و هذا هو فائدة التعميم بقوله و لا شيء عليها (لأنه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه) أى بسقوط القصاص (بجهة المهر فيسقط أصلاً) أى فيسقط القصاص

---

(١)لأن الدية تجب على العاقلة الخ. لا يقال بأن الصحيح أنه تجب على القاتل ثم تتحمل العاقلة فيكون أصل الوجوب على القاتل و إعتبار هذا يوجب جواز المقاصة لأنا نقول عند بعض المشايخ تجب على العاقلة ابتداء و عند بعضهم تتحمل العاقلة عن القاتل بطريق الحوالة و الحوالة توجب البرائة فلا تقع المقاصة كفاية.

كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالاً فإنه يسقط أصلاً و إن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها و لهم ثلث ما ترك وصية لأن هذا تزوج على الدية و هي تصلح مهرا إلا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لأنه مريض مرض الموت و التزوج من الحوائج الأصلية و لا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة فتكون وصية و يرفع عن العاقلة لأنهم يتحملون عنها فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنايتها و هذه الزيادة وصية لهم لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط و إن لم تخرج يسقط ثلثه و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى كذلك الجواب فيما إذا تزوجها علي اليد لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين.

أصلا (كما إذا أسقط القصاص) بأن قال أسقطت عنك القصاص (بشرط أن يصير مالاً) أى بشرط أن يصير القصاص مالاً (فانه يسقط أصلا) لأن معنى كلامه بشرط أن يصير الدم مالاً و الدم ليس بمال في دين سماوى فكان شرطا باطلا فصار إسقاطا مطلقا (و إن كان خطأ) أى و إن كان القطع خطأ (يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أى قدر مهر مثلها (و لهم) أى و للعاقلة (ثلث ما ترك وصية) أى ثلث ما ترك الميت من الدية من حيث الوصية لهم (لأن هذا) أى التزوج على اليد و ما يحدث منها (تزوج على الدية و هى) أى الدية (تصلح مهرا إلا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لأنه مريض مرض الموت و التزوج من الحوائج الأصلية) و المريض إذا تزوج إمرأة بمال كان لها مقدار مهر مثلها (و لا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة فتكون وصية) لها و الوصية للقاتل لا تصح (و يرفع) أى مهر مثلها أى قدر مهر مثلها (عن العاقلة لأنهم) أى لأن العاقلة (يتحملون عنها) و لا يتحملون لها (فمن المحال أن ترجع) أى المرأة (عليهم بموجب جنايتها و هذه الزيادة وصية لهم) أى للعاقلة (لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فإن كانت) أى الزيادة (تخرج من الثلث تسقط عنهم و إن لم تخرج) من الثلث (يسقط ثلثه) أى ثلث ما زاد على مهر المثل إلى تمام الدية و يردون ما بقى إلى الورثة و اعلم أن هذا كله من قوله و إذا قطعت المرأة يد رجل إلى هنا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و أما قول أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى فهو ما أشار إليه بقوله (و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى كذلك الجواب) أى كجواب أبى حنيفة رحمه الله تعالى (فيما إذا تزوجها على اليد) أى على موجب اليد (لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (فاتفق جوابهما فى الفصلين) أى فيما إذا تزوجها على اليد إذا كان القطع خطأ و فيما إذا تزوجهاعلى اليد

قال و من قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد و حق المقتص له القود و استيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود إذا استوفى طرف من عليه القصاص و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يسقط حقه فى القصاص لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما ورائه و نحن نقول إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه و بعد السراية تبين أنه فى القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به. قال و من قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا و قد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا شيء عليه لأنه استوفى حقه فلا يضمنه و هذا لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها

و ما يحدث منها أو على الجناية و عبر بالفصلين باعتبار المتفق و المختلف و إلا فالفصول ثلاثة. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات) أى المقطوعة يده (فانه يقتل المقتص منه) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد و حق المقتص له القود و استيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود) أى حق القصاص (إذا استوفى طرف من عليه القصاص) فإنه لا يسقط حقه من القصاص (و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يسقط حقه فى القصاص لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما ورائه) أى أبرأ المقتص منه عما وراء القطع و هو القتل (و نحن (١) نقول) أى فى الجواب عما قاله أبو يوسف رحمه ا تعالى (إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه) أى فى القطع (و بعد السراية) أى بعد سراية القطع إلى الموت (تبين أنه) أى أن حقه (فى القود فلم يكن مبرئا عنه) أى عن القود (بدون العلم به) أى بأن حقه فى القود. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفى و قد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) و به (٢) قال أحمد رحمه الله تعالى عفا أو لم يعف و قال مالك رحمه الله تعالى عليه القصاص (و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا شيء عليه) لا القصاص و لا الدية و به (٣) قال الشافعى رحمه الله تعالى (لأنه استوفى حقه فلا يضمنه و هذا) توضيح لما قبله (لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها) لأن اليد كانت جميعا

(١)و نحن نقول الخ. و استشكله ابن الكمالؒ بما حاصله أنهم فى المسئلة المارة و هى ما إذا قطع فعفا عن القطع فمات عللوا سقوط القصاص بأن صورة العفو تكفى فى سقوطه لأنها تورث شبهة و لم يلتفتوا إلى أنه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به فأوجبوا الدية قال الرحمتىؒ و يجاب بالفرق بأن العافى عن القطع ظهر منه الميل إلى العفو بخلاف هذا فانه استوفى ما ظهر له أنه واجب له فلم توجد منه صورة العفو رد المحتار. (٢)و به قال احمدؒ الخ. كذا فى شرح الوجيز ص ٣٠٤ ج ١٠. (٣)و به قال الشافعىؒ كذا فى شرح الوجيز ص٣٠٣ ج ١٠.

و لهذا لو لم يعف لا يضمنه و كذا إذا سرى و ما برأ أو ما عفا و ما سرى أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده و صار كما إذا كان له قصاص فى الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الأصابع و له أنه استوفى غير حقه لأن حقه فى القتل و هذا قطع و إبانة و كان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فان له أن يتلفه تبعا و إذا سقط وجب المال و إنما لا يجب فى الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه و ملك القصاص فى النفس ضرورى لا يظهر إلا عند الإستيفاء أو العفو أو الاعتياض

للولى تبعا للنفس فبطل حقه بالنفس مما بقى لا مما استوفى (و لهذا) أى و لأجل استحقاقه إتلاف النفس بجميع أجزائها (لو لم يعف لا يضمنه) أى لو لم يعف و سرى لا يجب الضمان عليه هذا إلزام على أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا على أحمد و مالك رحمهما الله تعالى لأنهما قالا بضمان اليد بعد الإستيفاء و يدل عليه أحكام منها قوله (و كذا إذا سرى) أى بعد العفو (و ما برأ) تأكيد لقوله سرى أى لم يعف و سرى و منها قوله (أو ما عفا) يعنى قطع و ما عفا (و ما سرى) يعنى ما ظهر حاله بعد القطع و منها قوله (أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده) لا يضمن (و صار كما إذا كان له قصاص فى الطرف فقطع أصابعه ثم عفا) عن الكف (لا يضمن الأصابع) فكذا فى الطرف مع النفس و هذا لأن حقه ثابت فى النفس و كل حق ظهر فى النفس يظهر فى حق الأطراف تبعا لأنها من جملة النفس (و له) أى لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أنه استوفى غير حقه لأن حقه فى القتل و هذا قطع و إبانة) يعنى القطع هو الإبانة و القتل إزهاق الروح و بينهما مغايرة فاستوفى غير حقه بالقطع (و كان القياس أن يجب القصاص) يعنى فى اليد لأنه قطع يد القاتل عمدا (إلا أنه سقط للشبهة) أى غير أن القصاص سقط للشبهة و علل الشبهة بقوله (فان له أن يتلفه تبعا) أى يتلف الطرف تبعا للنفس (و إذا سقط) أى القصاص (وجب المال و إنما لا يجب) أى المال (فى الحال) هذا جواب عما يقال لما سقط القصاص و وجب المال كان ينبغى أن يثبت المال فى الحال و لا يتوقف على البرء كما فى الجنايات و تقرير الجواب أن المال إنما لا يجب فى الحال بل يجب عند البرء (لأنه يحتمل أن يصير) أى القطع (قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه) فلا يبقى له شىء (و ملك القصاص فى النفس ضرورى) هذا جواب عن قولهما أنه استوفى حقه و تقرير الجواب أن ملك القصاص فى النفس ثبت بالضرورة لثبوته مع المنافى و هو الحرية لأن الآدمى بنيان الرب لا يحل تخريبه فإذا كان كذلك (لا يظهر) أى ملك القصاص إلا فى أحوال ثلاثة أشار إليها بقوله (إلا عند الإستيفاء) و هو استيفاء النفس بالقصاص (أو العفو أو الإعتياض) عنه و هو

لما أنه تصرف فيه فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما إذا سرى لأنه استيفاء و أما إذا لم يعف و ما سرى قلنا إنما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع و ما عفا و برأ الصحيح أنه على هذا الخلاف و إذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء و لو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح و الأصابع و إن كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لأنها تابعة للنفس من كل وجه. قال و من له القصاص فى الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس و مات يضمن دية النفس

عفو من وجه (لما أنه تصرف فيه) أى لما أن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة تصرف فى القاتل فلا يجوز التصرف بغيرها (فأما قبل ذلك) أى قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة (لم يظهر) أى ملك القصاص (لعدم الضرورة بخلاف ما إذا سرى) جواب عن قولهما و كذا إذا سرى أى بخلاف ما إذا سرى القطع (لأنه استيفاء) لحقه (و أما إذا لم يعف و ما سرى) جواب عن قولهما أو ما عفا و ما سرى أى أما إذا لم يعف القاطع و ما سرى القطع (قلنا إنما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع و ما عفا و برأ الصحيح أنه على هذا الخلاف) فلا يكون مستشهدا به و قال الإمام علاء الدينؒ لو قطع و ما عفا و برأ اختلف المشايخؒ فيه و الصحيح أنه على الخلاف (و إذا قطع ثم حز رقبته) جواب عن قولهما أو قطع ثم حز رقبته إلى آخره تقرير الجواب أن حز الرقبة إن كان (قبل البرء فهو استيفاء) فلا يضمن لأن الطرف صار مستحقا فى حق القتل و هذا الفعل صار قتلا (و لو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح) أى كونه على الخلاف هو الصحيح فلا يكون مستشهدا به (و الأصابع و إن كانت تابعة) جواب عن قولهما و صار كما إذا كان له قصاص فى الطرف إلى آخره تقديره أن الأصابع و إن كانت تابعة يعنى للكف حال كونها (قياما بالكف) من حيث أنها تقوم بالكف (فالكف تابعة لها) أى للأصابع (غرضا) أى من حيث الغرض لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع و هو اختيار بعض المشايخؒ فإنهم تبرعوا بالفرق و منعه صاحب الأسرارؒ و قال لا نسلم أنه لا يلزمه ضمان الأصابع بل يلزمه إذا عفى عن الكف (بخلاف الطرف) مع النفس (لأنها تابعة للنفس من كل وجه) فلم يكن مستحقا أصلا فكان قطع اليد قطعا بغير حق فوجب الضمان. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الأصل لأن هذه من مسائل الأصل ذكرها تفريعا و ليست بمذكورة فى البداية فعلى هذا لم يقع لفظ قال فى أول المسألة مناسبا (و من له القصاص فى الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس و مات يضمن دية النفس

عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يضمن لأنه استوفى حقه و هو القطع و لا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام و البزاغ و الحجام و المأمور بقطع اليد و له أنه قتل بغير حق لأن حقه في القطع و هذا وقع قتلا و لهذا لو وقع ظلما كان قتلا و لأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة و هو مسمى القتل إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل لأنه مكلف فيها بالفعل إما تقلدا كالإمام أو عقدا كما في غيره منها و الواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي

عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يضمن) و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى (لأنه استوفى حقه و هو القطع و لا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام) أي القاضي إذا قطع يد السارق فمات من ذلك (و البزاغ) من بزغ (١) البيطار الدابة شقها بالمبزغ و هو مثل مشرط الحجام (و الحجام) هو الذي يحجم (و المأمور بقطع اليد) كما إذا قال لرجل اقطع يدي فقطع يده فمات المقطوع من القطع لأن كل واحد من هؤلاء مأذون بما فعله فلا يوصف بالتعدي فلا يضمن (و له) أي لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أنه) أي أن القاطع (قتل بغير حق لأن حقه في القطع و هذا وقع قتلا و لهذا لو وقع ظلما) أي و لكونه قطعا بغير حق لو وقع هذا القطع ظلما من غير قصاص و سرى إلى النفس (كان قتلا) موجبا للقصاص أو الدية في حق النفس (و لأنه) أي و لأن هذا الفعل (جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة) يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة (و هو) أي الجرح المفضي إلى فوات الحياة في مجرى العادة (مسمى القتل إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به) أي بخلاف ما استشهد أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى به (من المسائل لأنه) أي لأن الذي باشر (مكلف فيها) أي في المسائل (بالفعل إما تقلدا) أي من حيث التقلد (كالإمام) فانه إذا تقلد القضا وجب عليه أن يحكم (أو عقدا) أي من حيث العقد (كما في (٢) غيره) أي غير الإمام و هو البزاغ و الحجام (منها) أي من المسائل (و الواجبات) أي الأمور التي يجب فعلها (لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي) فإنه إذا رمى إلى الحربي فأصاب أسيرا مسلما

(١) بزغ البيطار الخ. كذا في المغرب. (٢) كما في غيره الخ. أقول في التعليل قصور لأنه لا يشمل المأمور بقطع اليد إذ ليس بينه و بين الآمر عقد و الجواب بالتغليب مخدوش لأن قوله بعده و الواجبات لا تتقيد بوصف السلامة يأبى عنه إذ لا يجب على المامور بالقطع القطع بل هو تبرع منه.

و فيما نحن فيه لا إلتزام و لا وجب إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الاطلاق فأشبه الاصطياد.

باب الشهادة فى القتل

قال و من قتل و له ابنان حاضر و غائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

لم يضمن (و فيما نحن فيه) من الإستيفاء (لا إلتزام) من الذى فعل (و لا وجوب) من حيث الشرع (إذ هو مندوب إلى العفو) قال الله تعالى و أن (١) تعفو أقرب للتقوى (فيكون من باب الاطلاق) أى من باب الاباحة (فأشبه الاصطياد) فانه إذا رمى إلى صيد فأصاب إنسانا ضمن كذا هذا فان قيل ما الفرق بين هذا و بين المستعير و المستأجر و معلم ضرب الصبى باذن الأب فمات و قاطع يد حربى أو مرتد أسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستعير و المستأجر للركوب إذا نفقت الدابة منه و على المعلم و القاطع ضمان و ههنا يجب إذا سرى و أجيب بأن فى الثلاثة الأولى حصل سبب الهلاك بالاذن فينتقل إلى الآذن و لو أهلك المالك دابته لم يجب عليه شيء فكذا إذا أذن بسبب الهلاك و الأب إذا قتل ابنه يجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن و لما قطع و سرى كان القطع قتلا و ليس له ملك القتل فكان تصرفا فى غير ملكه و هو يوجب الضمان و أما الرابع فلأن القطع مع السراية يصير قتلا من الابتداء و لو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام فى مباح الدم و ذلك لا يوجب الضمان فكذا إذا صار قتلا فى الانتهاء لأنه مستند إلى ابتداء القطع.

(باب (٢) الشهادة فى القتل)

أى هذا باب فى بيان حكم الشهادة فى القتل و لما كانت الشهادة فيه متعلقا بالقتل ذكرها بعد ذكر حكم القتل لأنه لما تعلق به صار كالتابع له. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من قتل و له إبنان حاضر و غائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) يعنى إذا أقام الحاضر البينة أنه قتل أباه عمدا قبلت البينة

---

(١)و أن تعفوا الآية. البقرة:٢٣٧. (٢)باب الشهادة فى القتل. قال ط و اعلم أنه تقبل شهادة النساء مع الرجال فى القتل الخطا و القتل الذى لا يوجب القود و كذا الشهادة على الشهادة و كتاب القاضى إلى القاضى لأن موجبها المال و لو شهد عليه عدل بقتل يحبس فان جاء بشاهد آخر و إلا خلى سبيله و كذا لو شهد مستوران بقتل عمد يحبس حتى تظهر عدالة الشهود لأنه صار متهما و كذا فى الخطا على الأظهر اه شامية.

و قالا لا يعيد و إن كان خطأ لم يعدها بالاجماع و كذلك الدين يكون لأبيهما على آخر لهما فى الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين و هذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك فى المعوض كما فى الدية و لهذا لو انقلب مالاً يكون للميت و لهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين و له أن القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة

و حبس القاتل فإذ حضر الغائب كلفا جميعا إعادة البينة (و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يعيد) البينة و هو قياس الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و إن كان) أى القتل (خطأ لم يعدها) أى البينة (بالإجماع و كذلك (١) الدين يكون لأبيهما على آخر) يعنى لا يكلف إعادة البينة بالاجماع و يكون الحاضر خصما عن نفسه و عن أخيه الغائب (لهما) أى لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (فى الخلافية) أى فى المسألة الخلافية (أن القصاص طريقه طريق الوراثة) أى على معنى أنه يثبت للميت أولاً ثم ينتقل عنه إلى الوارث فصار (كالدين) و ثمة أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فى إثباته و لهذا يحبس القاتل بهذه البينة لأن الوارث خصم فى إثباته (و هذا) توضيح لما قبله أى كونه بطريق الوراثة (لأنه) أى لأن القصاص (عوض عن نفسه) أى نفس الميت لأن النفس نفس (فيكون الملك فيه) أى فى العوض (لمن له الملك فى المعوض) و هو النفس (كما فى الدية) إذا ادعى الحاضر لم يكلف إعادة البينة بالاتفاق إذا حضر الغائب (و لهذا) أى و لأجل كون طريق القصاص طريق الوراثة (لو انقلب) أى القصاص (مالاً يكون للميت) يقضى به ديونه و ينفذ منه وصاياه (و لهذا) أى و لأجل ذلك (يسقط بعفوه) أى يسقط القصاص بعفو المجروح (بعد الجرح قبل الموت) فاذا كان كذلك (فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين) لأنهم كالوكلاء عن الميت فينفرد كل منهم باثبات حقوقه (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن القصاص طريقه طريق (٢) الخلافة دون الوراثة) و هو أن يثبت الملك

(١)و كذلك الدين الخ. و إنما خص الدين لأن فى إعادة الحجة للعقار اختلافا و إن كان الأصح أنه لا يعيدها كما فى العمادية قهستانى شامى. (٢)طريق الخلافة من غير سبق ملك المورث در مختار أشار إلى أن المراد بالخلافة هنا ما قابل الوراثة و إلا فالوراثة خلافة أيضا كما صرحوا به لكنها تستدعي سبق ملك المورث و لا يرد صحة عفو المورث لأن السبب انعقد له و لهذا قال الاتقانىؒ إن القصاص حق الورثة ابتداء عند الامامؒ من حيث أنه شرع للتشفى و درك الثأر لأن الميت لا ينتفع به و حق الميت من حيث أنه بدل النفس و لذا إذا انقلب مالاً تقضى منه ديونه و تنفذ منه وصاياه و تمامه فيه فعلم أن تفسير الخلافة بما ذكر باعتبار الحيثية الأولى و صحة عفو المورث باعتبار الثانية فقد راعى الامامؒ الحيثيتين احتيالا للدرء كما حققه الطورىؒ شامية.

ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت و الميت ليس من أهله بخلاف الدين و الدية لأنه من أهل الملك فى الأموال كما إذا نصب شبكة و تعقل بها صيد بعد موته فإنه يملكه و إذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم و يسقط القصاص لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص إلى مال و لا يمكنه اثباته إلا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب و كذلك عبد بين رجلين قتل عمدا و أحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بيناه.

ابتداء للوارث دون المورث لقوله تعالى من (١) قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت و الميت ليس من أهله) أى من أهل ملك القصاص لأنه شرع للتشفى و درك الثأر كالعبد إذا قبل الهبة فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك (بخلاف الدين و الدية) هذا جواب عن قولهما كالدين و عن قولهما كما فى الدية (لأنه) أى لأن الميت (من أهل الملك فى الأموال كما إذا نصب شبكة و تعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه) أى الصيد (و إذا كان طريقه الاثبات ابتداء) أى و إذا كان طريق القصاص الاثبات للورثة ابتداء (لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد) أى الغائب (البينة بعد حضوره فان كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفى فالشاهد خصم) أى الحاضر خصم فى ذلك (و يسقط القصاص لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص إلى مال و لا يمكنه إثباته إلا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب و كذلك (٢) عبد بين رجلين قتل عمدا و أحد الرجلين غائب فهو على هذا) أى على الحكم المذكور (لما بيناه) و هو أن القود مشترك بينهما فالقاتل يدعى بطلان حق الحاضر و لا يمكنه إثبات ذلك إلا باثبات

---

(١) من قتل الآية. الاسراء: ٣٣. وجه الاستدلال أن اللام فى لوليه للتمليك فقد ملك تعالى التسلط للولى بعد القتل و فيه أن التسلط قد يكون لثبوت الحق له ابتداء و قد يكون الحق انتقل له من مورثه فلا تكون الآية نصا (يعنى فيما نحن فيه) اه شامى عن ط. (٢) و كذلك عبد الخ. قال الزيلعىّ فى التبيين: لو كان عبد بين رجلين فقتل عمدا و أحد المولين غائب فحكمه مثل ما ذكرنا فى الوليين حتى لا يقتل ببينة أقامها الحاضر من غير إعادة بعد عود الغائب و لو أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم و يسقط القصاص لما بينا فحاصله أن هذه المسئلة مثل الأولى فى جميع ما ذكرنا إلا إذا كان القتل عمدا أو خطأ لا يكون الحاضر خصما عن الغائب بالاجماع و الفرق لهما فى الكل و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى فى الخطأ أن أحد الورثة خصم عن الباقين على ما بينا و لا كذلك أحد المولين على ما عرف فى موضعه اه.

قال فإن كانت الأولياء ثلاثة فشهد إثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة و هو عفو منهما لأنهما يجران بشهادتهما إلى أنفسهما مغنما و هو انقلاب القود مالاً فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثا معناه إذا صدقهما وحده لأنه لما صدقهما فقد أقر بثلثى الدية لهما فصح إقراره إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه و هو ينكر فلا يصدق و يغرم نصيبه و إن كذبهما فلا شيء لهما و للآخر ثلث الدية معناه إذا كذبهما القاتل أيضا و هذا لأنهما أقرا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل و ادعيا انقلاب نصيبهما مالاً فلا يقبل إلا بحجة و ينقلب نصيب المشهود عليه مالاً لأن دعواهما العفو

العفو عن الغائب إلى آخره و يحتمل أن يكون قوله على ما بيناه من أن ملك القود يثبت عندهما بطريق الوراثة لأن العبد يبقى فى حق الدم على أصل الحرية و عنده بطريق الخلافة. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (فان كانت الأولياء ثلاثة) أى فان كانت أولياء المقتول عمدا ثلاثة أنفس (فشهد إثنان منهم على الآخر أنه قد عفى) أى عن القصاص (فشهادتهما باطلة و هو عفو منهما) لأنهما زعما أن القود قد سقط و زعمهما معتبر فى حقهما (لأنهما يجران) هذا تعليل لقوله فشهادتهما باطلة و لم يذكر تعليل قوله و هو عفو منهما و قد ذكرناه آنفا أى لأن الوليين من الأولياء الثلاثة يجران (بشادتهما إلى أنفسهما مغنما و هو انقلاب القود مالاً) قال محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (فان صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثا) أى جميع الدية يقسم بين الأولياء الثلاثة أثلاثا و تتأتى فيه القسمة العقلية لأنه إما أن يصدقهما القاتل و المشهود عليه جميعا أو يكذبهما أو يصدقهما القاتل دون المشهود عليه أو بالعكس و المذكور فى الكتاب أولاً هو أن يصدقهما القاتل وحده و فيه الدية بينهم أثلاثا و قال المصنفؒ (معناه إذا صدقهما وحده) يعنى إذا صدق القال الشاهدين وحده و لم يصدق المشهود عليه بل كذبهما قيد به لأنه إذا صدق المشهود عليه مع القاتل أيضا سقط حقه فى الدية لاقراره بالعفو (لأنه لما صدقهما فقد أقر بثلثى الدية لهما فصح إقراره إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه و هو ينكر فلا يصدق و يغرم نصيبه و إن كذبهما) أى و إن كذبهما القاتل (فلا شيء لهما) أى للشاهدين (و للآخر) و هو المشهود عليه (ثلث الدية معناه إذا كذبهما المشهود عليه أيضا) و فى بعض النسخ معناه إذا كذبهما القاتل أيضا فعلى تلك النسخة يكون تقدير قوله و إن كذبهما أى المشهود عليه و الأول أصح (و هذا) توضيح لما قبله (لأنهما أقرا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل و ادعيا انقلاب نصيبهما مالاً و لا يقبل إلا بحجة و ينقلب نصيب المشهود عليه مالاً لأن دعواهما العفو

عليه و هو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حق المشهود عليه لأن سقوط القود مضاف إليهما و إن صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك. قال و إذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمدا لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة و فى ذلك القصاص على ما بيناه و الشهادة على قتل

عليه و هو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حق المشهود عليه لأن سقوط القود مضاف إليهما و إن صدقهما المشهود عليه وحده) يعنى و كذبهما القاتل (غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لا قراره له بذلك) أى لاقرار القاتل للمشهود عليه بثلث الدية لأنه أنكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالاً بشهود صاحبيه و فى بعض النسخ (و لكنه يصرف ذلك إلى الشاهدين و هذا استحسان و القياس أن لا يلزمه شيء لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره و ما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه) أى بتكذيب المشهود عليه القاتل فى إنكاره العفو يعنى لما صدق المشهود عليه الشاهدين صار تصديقه تكذيبا منه للقاتل فى إنكاره العفو بعد و بالقياس قال زفر رحمه الله تعالى (وجه الإستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو عن الثالث و انقلب نصيبه مالاً و الثالث لما صدق الشاهدين فى العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالاً فصار مقرا لهما) أى صار الثالث و هو المشهود عليه بالعفو مقرا للشاهدين (بما أقر به القاتل) و هو ثلث الدية (له) أى للثالث (فيجوز إقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر) رجل (لرجل بألف درهم فقال المقر له هذه الألف ليست لى و لكنها لفلان جاز و صار الألف لفلان كذا (١) هذا) حاصله أن من أقر لإنسان بشئ فأقر المقر له لغيره لا يصير ردا للإقرار و لكن يتحول الحق إلى المقر له الثانى. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل) أى المضروب (صاحب فراش) يعنى لم يحصل له البرء أصلا (حتى مات فعليه القود) أى القصاص إلى هنا لفظ محمد رحمه الله تعالى فى الجامع و قال المصنفؒ (إذا كان عمدا) احترز به عن الخطأ و تفسير العمد أن يضربه عمدا فيموت بسبب ذلك الضرب حتى لو كان يوما ذهب فى حوائجه بعد الضرب لا يقتل و إن كان صاحب فراش بذلك الضرب و مات فقد مات بذلك السبب فوجب الحكم به (لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة و فى ذلك القصاص على ما بيناه) فى القتل العمد (و الشهادة على قتل

(١) كذا هذا. قال سعدىؒ إلى هنا ما فى بعض النسخ.

العمد تتحقق على هذا الوجه لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات و تأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح. قال و إذا اختلف شاهدا القتل فى الأيام أو فى البلد أو فى الذى كان به القتل فهو باطل لأن القتل لا يعاد و لا يكرر و القتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر و القتل بالعصا

العمد تتحقق على هذا الوجه لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتي مات و تأويله) أى تأويل قول محمد رحمه الله تعالى إذا شهد الشهود أنه ضربه إلي آخره (إذا شهدوا) أى إذا شهد الشهود (أنه ضربه بشيء جارح) يعنى مثل السيف و ما يجرى مجراه فى تفريق الأجزاء لأن فى غير ذلك لا يجب القود عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و إنما أول بذلك لتكون المسألة مجمعا عليها لا يقال (١) الضرب بسلاح قد يكون خطأ فكيف يجب القود لأنا نقول لما شهدوا أنه ضربه بسلاح ثبت العمد لا محالة لأنه لو كان خطأ لقالوا إنه قصد غيره فأصابه. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا اختلف شاهدا القتل فى الأيام) بأن قال أحد الشاهدين إنه قتل يوم الخميس و قال الآخر يوم الجمعة (أو فى (٢) البلد) بأن قال أحدهما قتله بالبصرة و قال الآخر بالكوفة (أو فى الذى كان به القتل) بأن قال (٣) أحدهما قتله بالسيف و قال الآخر قتله بالعصا (فهو باطل) أى لا تسمع هذه الشهادة (لأن القتل لا يعاد و لا يكرر) و هذا ظاهر (و القتل فى زمان أو فى مكان غير القتل فى زمان أو مكان آخر و القتل بالعصا

(١)لا يقال الخ. و فى الشامية بعد نقل هذا السوال مع الجواب عن الاتقانىؒ و قال فى شرح الكافى و لا ينبغى أن يسئل الشهود أنه مات بذلك أم لا و كذلك إذا شهدوا أنه ضرب بالسيف حتى مات و إن لم يذكروا العمد لأن العمد هو القصد بالقلب و هو أمر باطن لا يوقف عليه و لكن يعرف بدليله و هو الضرب بآلة قاتلة عادة و لو شهدوا أنه قتله عمدا و أنه مات به فهو أحوط اه اتقانى قال الرملىؒ أول الجنايات هذا صريح فى أنه بعد ثبوت القتل بالآلة الجارحة بالبينة لا يقبل قول القاتل لم أقصده بخلاف ما لو أقر و قال أردت غيره لأنه ثبت من جهته مطلقا عن قيد العمدية و الخطئية فيقبل منه ما أقر به و يحمل على الأدنى قال فى التاترخانية و فى المجرد روى الحسن بن زيادؒ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى لو أقر أنه قتل فلانا بحديدة أو سيف ثم قال أردت غيره فقتلته لم يقبل منه ذلك و يقتل و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا قال ضربت فلانا بالسيف فقتلته قال هذا خطأ حتى يقول عمدا اه ملخصا (قال ابن عابدينؒ) أقول التفرقة بين الشهادة و الاقرار إنما تظهر على الرواية الثانية دون الأولى تأمل. (٢)أو فى البلد الخ. و كذا الحكم فى كل مكان متباعد فان كان متقاربا كبيت شهد أحدهما إنى رأيته قتله فى هذا الجانب و شهد الآخر إنى رأيته قتله فى هذا الجانب فتقبل شامية عن ولوالجية. (٣)بأن قال الخ. قال فى الخزانة و لو شهد أحدهما بالقتل بالسيف و الآخر بالسكين لم يجز و لو كانت الشهادتان باقراره جاز اه و منه يظهر أن وجه بطلان الشهادة مجرد الاختلاف لا كون موجب شهادة أحدهما العمد و الآخر الخطا عزمية شامية.

غير القتل بالسلاح لأن الثانى عمد و الأول شبه العمد و تختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد و كذا إذا قال أحدهما قتله بعصا و قال الآخر لا أدرى بأىّ شىء قتله فهو باطل لأن المطلق يغاير المقيد. قال و إن شهدا أنه قتله و قالا لا ندرى بأىّ شىء قتله ففيه الدية استحسانا و القياس أن لا تقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق و المطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه و هو الدية و لأنه يحمل إجمالهم فى الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه

غير القتل بالسلاح لأن الثانى) أى القتل بالسلاح (عمد و الأول) أى القتل بالعصا (شبه العمد و يختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد) و لم يوجد الإتفاق من الشاهدين على قتل واحد فلم تقبل شهادتهما (و كذا) الحكم (إذا قال أحدهما) أى أحد الشاهدين (قتله بعصا و قال الآخر لا أدرى بأىّ شىء قتله فهو باطل لأن المطلق يغاير المقيد) لأن المقضى به إن كان القتل بعصا فالدية على العاقلة و إن كان المقضى به لا يعلم فالدية فى ماله كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زادهؒ. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن شهدا أنه قتله و قالا لا ندرى بأىّ شىء قتله ففيه الدية استحسانا) أى من حيث الاستحسان (و القياس أن لا تقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به) لأنه غفلة من الشاهدين (وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق و المطلق ليس بمجمل) و لهذا وجب التحرير فى التكفير بقوله فتحرير رقبة و لو كان مجملا لما وجب العمل به فإذا كان كذلك (فيجب أقل موجبيه) أى أقل موجبى القتل قال شيخنا العلاءؒ أدنى موجبيه (و هو الدية) أى أقل موجبى القتل الدية لأن موجبى القتل القصاص و الدية فالدية أقلهما و أدناهما (و لأنه يحمل إجمالهم فى الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه) فيه صنعة التجنيس التام كما فى قوله تعالى و يوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الأول بمعنى الإبهام و الثانى بمعنى الإحسان أى و لأنه يحمل إجمالهم أى إبهام الشهود فى الشهادة على إجمالهم أى إحسانهم بالمشهود عليه (سترا عليه) أى لأجل الستر عليه حتى لا يجب عليه القصاص و هذا فى الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان و هو أن يقال الشهود فى قولهم لا ندرى بأىّ شئ قتله إما صادقون و إما كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق و الكذب و على كلا التقديرين يجب أن لا تقبل شهادتهم لأنهم إن صدقوا امتنع القضاء به

و أولوا كذبهم فى نفى العلم بظاهر (١) ما ورد باطلاقه فى إصلاح ذات البين و هذا فى معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك و تجب الدية فى ماله لأن الأصل

لاختلاف موجب السيف و العصا و إن كذبوا فكذلك لأنهم صاروا فسقة و قال فى جوابه جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندرى ستروا عليه (و أولوا كذبهم) أى المشايخ رحمهم الله تعالى أولوا كذب الشهود (فى نفى العلم) أى فى قولهم لا ندرى (ظاهر ما ورد) نصب بنزع الخافض أى بظاهر ما ورد (باطلاقه) أى باطلاق الكذب أى تجويزه (فى إصلاح ذات البين) و هو قوله ﷺ ليس بكذاب من يصلح بين اثنين ذكر الشراح كلهم هذا الحديث و لم يتعرض أحد منهم من أخرجه و لا من رواه عن النبى ﷺ قلت الحديث رواه (٢) ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه و لفظه حدثنا يزيد بن هارون حدثنا سفيان بن حسين عن الزهرى عن حميد بن عبدالرحمن عن أمه قالت قال رسول الله ﷺ لم يكذب من قال خيرا أو نما خيرا أو أصلح بين اثنين و روى (٣) أبو داودؒ و الترمذىؒ من حديث أبى الدرداء رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام و الصلاة و الصدقة قالوا بلى قال إصلاح (٤) ذات البين و روى (٥) البيهقىؒ فى شعب الإيمان من حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال ما عمل ابن آدم شيئا أفضل من الصلاة و صلاح ذات البين (و هذا فى معناه) أى ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل فى معنى إصلاح ذات البين لأن العفو مندوب إليه هنا لقوله تعالى و أن تعفوا أقرب للتقوى كما أن الإصلاح مندوب إليه ثمة فكان تجويز الكذب ثمة تجويزا هنا (فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعنى إذا احتمل أن يكونوا عالمين و أجملوا و احتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك و الاختلاف لا يثبت بالشك (و تجب (٦) الدية فى ماله لأن الأصل

(١)بظاهر. ن. ظاهر. (٢)رواه ابن أبى شيبةؒ فى الأدب (باب) ما رخص فيه من الكذب ص٨٤ج٩ قلت و رواه البخارىؒ فى الصلح باب ليس الكاذب الذى يصلح بين الناس ص٣٧١ج١ عن ابن شهاب أن حميد بن عبدالرحمن أخبره أن أمه أم كلثوم بنت عقبة رضى الله تعالى عنها أخبرته أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول ليس الكذاب الذى يصلح بين الناس فينمى خيرا أو يقول خيرا و رواه مسلمؒ فى البر و الصلة باب تحريم الكذب و بيان ما يباح منه ص٣٢٥ج٢ و أبو داودؒ فى الأدب باب فى إصلاح ذات البين ص٣٢٥ج٢ و الترمذىؒ فى البر و الصلة باب ما جآء فى إصلاح ذات البين ص١٦ج٢. (٣)روى أبو داودؒ فى الباب المذكور آنفا و الترمذىؒ فى الباب المذكور آنفا. (٤)فى إصلاح ذات البين يعنى الأحوال التى بينهم و إصلاحها بالتعهد و التفقد و لما كانت ملابسة للبين وصفت به فقيل لها ذات البين كما قيل للأسرار ذات الصدور لذلك كذا فى المغرب تحت مادة بين. (٥)روى البيهقىؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص٣٥٥ج٤. (٦)تجب الدية فى ماله فى ثلاث سنين در عن شرنبلالية.

فى الفعل العمد فلا يلزم العاقلة. قال و إذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولى قتلتماه جميعا فله أن يقتلهما و إن شهدوا على رجل أنه قتل فلانا و شهد آخرون على آخر بقتله و قال الولى قتلتماه جميعا بطل ذلك كله و الفرق أن الاقرار و الشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل و وجوب القصاص و قد حصل التكذيب فى الأول من المقر له و فى الثانى من الشهود له غير أن تكذيب المقر له المقر فى بعض ما أقر به لا يبطل إقراره فى الباقى و تكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لأن التكذيب تفسيق و فسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار.

باب فى اعتبار حالة القتل

قال و من رمى مسلما فارتد المرمى إليه و العياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامى الدية عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا

فى الفعل العمد فلا يلزم العاقلة) لأن العاقلة لا تتحمل العمد. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولى قتلتماه جميعا فله أن يقتلهما) أما لو قال صدقتما ففى هذه الصورة لا يقتل واحد منهما ذكره التمرتاشىّ (و إن شهدوا على رجل أنه قتل فلانا و شهد آخرون على آخر بقتله و قال الولى قتلتماه جميعا بطل ذلك كله و الفرق أن الاقرار و الشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل و وجوب القصاص و قد حصل التكذيب فى الأول) أى فى الوجه الأول (من المقر له و فى الثانى) أى و فى الوجه الثانى (من المشهود له غير أن تكذيب المقر له المقر فى بعض ما أقر به) قيد به لأن تكذيب المقر له فى كل ما أقر به المقر يبطل الاقرار لأنه رد لاقراره (لا يبطل إقراره فى الباقى) فإن من أقر بألف فصدق المقر له فى النصف و كذبه فى النصف صح الاقرار فيما صدقه (و تكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لأن التكذيب تفسيق) للشاهد (و فسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار) فافترق الوجهان المذكوران.

(باب فى اعتبار حالة القتل)

أى هذا باب فى اعتبار حالة القتل و لما كانت الأحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل و ما يتعلق به. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من رمى مسلما فارتد المرمى إليه و العياذ بالله ثم وقع به السهم) أى ثم وقع السهم بالمرتد (فعلى الرامى الدية عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) أى لورثة المرتد (و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى

لا شيء عليه لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامى عن موجبه كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت و له أن الضمان يجب بفعله و هو الرمى إذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمى و المرمى إليه فيها متقوم و لهذا يعتبر حالة الرمى فى حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامى بعد الرمى و كذا فى حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت و الفعل و إن كان عمدا فالقود سقط للشبهة و وجبت الدية و لو رمى إليه و هو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه فى قولهم جميعا

(لا شيء عليه) أى على الرامى من الدية و القصاص و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأنه) أى لأن المرمى إليه (بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامى عن موجبه) أى عن موجب الرمى (كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت) أى كما إذا أبرأ المرمى إليه الرامى عن الجناية بعد جرحه إياه قبل الموت و كما إذا أبرأه عن حقه بعد الرمى قبل أن يصيبه السهم و كما لو أعتق المالك العبد المغصوب يصير مبرئا للغاصب عن الضمان كذا ذكره صدر الاسلامؒ (و له) أى لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن الضمان يجب بفعله) أى بفعل الرامى (و هو الرمى إذ لا فعل منه بعده) أى لأنه لا فعل من الرامى بعد الرمى و ما هو كذلك (فيعتبر حالة الرمى و المرمى إليه فيها) أى فى حالة الرمى (متقوم) لاسلامه ثم أوضح ذلك بقوله (و لهذا) أى و لأجل اعتبار حالة الرمى (يعتبر حالة الرمى فى حق الحل) أى حل الصيد (حتى لا يحرم) أى الصيد (بردة الرامى بعد الرمى) إيضاحه لو رمى مسلم إلى صيد ثم ارتد و العياذ بالله فأصاب السهم الصيد و هو مرتد فجرحه و مات حل أكله و يعتبر قاتلا من وقت الرمى و لو كان مجوسيا فرمى إلى صيد ثم أسلم قبل الاصابة ثم أصابه و جرحه لا يحل أكله لأن المعتبر وقت الرمى و وقت الرمى كان مجوسيا و كذلك إرسال الكلب على هذا التفصيل (و كذا فى حق التكفير حتى جاز) أى التكفير (بعد الجرح قبل الموت) يعنى لو كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمى قبل الاصابة أو بعد الجرح قبل الموت صح تكفيره لأن الاعتبار بحالة الفعل (و الفعل و إن كان عمدا) هذا جواب عما يقال إن كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته و الفعل عمد فالواجب القصاص و تقرير الجواب أن الفعل و إن كان عمدا أى و إن وقع على جهة العمد و القصد (فالقود سقط للشبهة) النائشة من اعتبار حالة الاصابة (و وجبت الدية) أى فى ماله (و لو رمى إليه و هو مرتد) أى و الحال أنه مرتد وقت الرمى (فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه فى قولهم جميعا) أى فى قول أصحابنا جميعا رحمهم الله تعالى و قال الشافعى و

و كذا إذا رمى حربيا فأسلم لأن الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك. قال و إن رمى عبدا فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمى و قول أبى يوسف رحمه الله تعالى مع قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى له أن العتق قاطع للسراية و إذا انقطعت بقى مجرد الرمى و هو جناية ينتقص بها قيمة المرمى إليه بالاضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك

أحمد رحمهما الله تعالى يجب عليه فى المرتد و الحربى إذا أصابهما الرمية بعد إسلامهما الدية لأن الاعتبار بحالة الاصابة (و كذا إذا رمى حربيا فأسلم) ثم وقع به السهم لا يجب على الرامى شيء (لأن الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل لا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك) لأن الفعل واحد فإن قلت يشكل بما إذا رمى إلى صيد فى الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فقتله يجب الجزاء على الرامى قلت جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل و لهذا يجب بدلالة المحرم و إشارته. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن رمى عبدا فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به) أى بالعبد فمات (فعليه (١) قيمته) أى فعلى الرامى قيمة العبد (للمولى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) و قال الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى يجب عليه دية حر لورثته لأن اعتبار الضمان عندهما حالة الاصابة و بقولهما قال زفر رحمه الله تعالى (و قال محمد رحمه الله تعالى عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمى) قالوا فى تفسير قول محمد رحمه الله تعالى إنه ينظر بكم يشترى لو لم يكن ذلك الرمى و بكم يشترى فى تلك الحالة فيجب فضل ما بينهما بيانه أن قيمته إن كانت قبل الرمى ألف درهم و بعده ثمانمائة درهم يلزمه مائتا درهم (و قول أبى يوسف رحمه الله تعالى مع قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى) رواه الحسنؒ كذا قاله فخر الاسلام البزدويؒ فى شرح الجامع الصغير (له) أى لمحمد رحمه الله تعالى (أن العتق قاطع للسراية) لاشتباه من له الحق لأن المستحق حال ابتداء الجناية المولى و حال الاصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء (و إذا انقطعت) أى السراية بالعتق (بقى مجرد الرمى و هو جناية ينتقص بها قيمة المرمى إليه بالاضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك) أى فضل ما بين قيمته مرميا

(١) فعليه قيمته و القياس القصاص لكن سقط للشبهة فانه يجب للمولى لو اعتبر الرمى و للعبد ثم ينتقل إلى وارثه لو اعتبر الوصول فأورث شبهة دارئة للقصاص شرح المجمع فتقييد القهستانيؒ القتل هنا بالخطأ محل نظر أفاده أبو السعودؒ شامى (قوله فانه يجب للمولى لو اعتبر الرمى الخ) مقتضاه أنه لو لم يكن له وارث سوى مولاه يجب القصاص رافعى.

و لهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمى لأن فعله الرمى و هو مملوك فى تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع و الجرح لأنه إتلاف بعض المحل و إنه يوجب الضمان للمولى و بعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية أما الرمى قبل الإصابة ليس باتلاف شيء لأنه لا أثر له فى المحل و إنما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف البداية و النهاية فتجب (١) قيمته للمولى و زفر رحمه الله تعالى و إن كان يخالفنا فى وجوب القيمة نظرا إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ما حققناه. قال و من قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد

إلى غير مرمى (و لهما) أى لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (أنه) أى أن الرامى (يصير قاتلا من وقت الرمى لأن فعله الرمى و هو مملوك فى تلك الحالة) أى العبد مملوك فى حالة الرمى (فتجب قيمته) أى قيمة العبد وقت الرمى للمولى ألا ترى أن رجلا لو كان مولى لرجل بالموالاة فرمى رجلا ثم تحول ولاؤه إلى غيره فالضمان على مولاه الأول و لا يجب على الآخر شئ فكذلك ههنا (بخلاف القطع و الجرح) جواب عما ذكر لمحمد رحمه الله تعالى من صورة القطع و الجرح استشهادا على قطع السراية فأجاب بقوله (لأنه) أى لأن كل واحد من القطع و الجرح (إتلاف بعض المحل و إنه يوجب الضمان للمولى و بعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية) فيعتبر ذلك كتبدل المحل و عند تبدله لا تتحقق السراية كذا ههنا (أما (٢) الرمى قبل الاصابة ليس بإتلاف شيء منه) أى من المرمى إليه (لأنه لا أثر له) أى للرمى (فى المحل) لعدم إصابته إلى المحل (و إنما قلت الرغبات فيه) أى فى العبد (فلا يجب به ضمان فلا تتخالف البداية و النهاية فيجب قيمته للمولى) بخلاف الجرح فانه هناك اتصل بالمحل و وجب الجرح للمولى فى الحال و عند السراية لو قلنا بوجوب ضمان النفس كان ذلك للعبد الميت فخالفت النهاية البداية فكذلك قطع العتق السراية (و زفر رحمه الله تعالى و إن كان يخالفنا فى وجوب القيمة نظرا إلى حالة الاصابة) و هو حر فى تلك الحالة فتجب الدية عنده لا القيمة (فالحجة عليه) أى على زفر رحمه الله تعالى (ما حققناه) أراد به ما ذكره من الدلائل لأصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد

---

(١) فتجب. ن. فيجب. (٢) أما الرمى الخ. أقول لمتوهم أن يتوهم أن هذا الكلام ينافى ما قاله فى صدر دليلهما من أنه يصير قاتلا من وقت الرمى فان القتل لا يتصور بدون إتلاف شيء من المقتول و الجواب أن معنى ما قاله فى صدر دليلهما هو أنه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمى من جهة إستناد الحكم إلى وقت الرمى عند الاتصال بالمحل نتائج الأفكار.

الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامى لأن المعتبر حالة الرمى و هو مباح الدم فيها و إذا رمى المجوسى صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل و إن رماه و هو مسلم ثم تمجس و العياذ بالله أكل لأن المعتبر حال الرمى فى حق الحل و الحرمة إذ الرمى هو الذكاة فتعتبر الأهلية و انسلابها عنده و لو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء و إن رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان إنما يجب بالتعدى و هو رميه فى حالة الإحرام و فى الأول هو محرم وقت الرمى و فى الثانى حلال فلهذا افترقا والله أعلم.

الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامى لأن المعتبر حالة الرمى و هو مباح الدم فيها) أى فى حالة الرمى هكذا هو عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و لكن يجب الضمان على الراجع إن رجعوا جميعا يجب عليهم الدية و إن رجع واحد فعليه ربع الدية و أما عندهما فلأن هذا الفعل لما وقع هدرا لم ينقلب معتبرا لأن الأصل عندهما أنه إذا وقع معتبرا ثم بطل عصمته يبطل الضمان و إذا وقع هدرا ثم صار متقوما لا ينقلب معتبرا (و إذا رمى المجوسى صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل) أى الصيد (و إن رماه و هو مسلم ثم تمجس و العياذ بالله أكل) أى الصيد (لأن المعتبر حال الرمى فى حق الحل و الحرمة إذ الرمى هو الذكاة فتعتبر الأهلية و انسلابها) أى سقوط الأهلية (عنده) أى عند الرمى (و لو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء و إن رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان إنما يجب بالتعدى و هو) أى التعدى (رميه فى حالة الاحرام و فى الأول) و هو رمى المحرم صيدا (هو محرم وقت الرمى و فى الثانى) و هو رمى الحلال صيدا (هو حلال فلهذا افترقا) أى افترق الوجهان بالتعليل المذكور و فى هذا الباب اعتبر حالة الرمى بالإجماع (١) (والله أعلم).

---

(١) بالاجماع إلا أن المرمى إليه فيما إذا رمى مسلما فارتد و العياذ بالله ثم أصابه صار مبرئا للرامى عن ضمان الجناية فلم يجب شيء عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى على ما مر فى أول هذا الباب كفاية و تبيين.

بفضل الله تعالى و كرمه تم تصحيح الجزء الخامس عشر و تعليقه من البناية و يتلوه الجزء السادس عشر بعون الله تعالى و حسن توفيقه مطلعه كتاب الديات العبد الفقير إلى الله تعالى مسعود احمد بن فيض احمد غفرلهما الله الأوحد يوم الخميس ٢٩ جمادى الأولى ١٤٢٦هج